ACCESO AL E-BOOK GRATIS

[+] Diríjase a la página web de la editorial www.tirant.com/mex

[+] En *Mi cuenta* vaya a Mis promociones www.tirant.com/mex/mispromociones

[+] Introduzca su mail y contraseña, si todavía no está registrado debe registrarse

[+] Una vez en Mis promociones inserte el código oculto en esta página para activar la promoción

Código Promocional

Rasque para visualizar

La utilización del LIBRO ELECTRÓNICO y la visualización del mismo en NUBE DE LECTURA excluyen los usos bibliotecarios y públicos que puedan poner el archivo electrónico a disposición de una comunidad de lectores. Se permite tan solo un uso individual y privado.

No se admitirá la devolución de este libro si el código promocional ha sido manipulado

DIRECTORIO

Consejo de la Judicatura

Mgdo. Dr. Sergio Javier Medina Peñaloza
Presidente

Mgdo. Lic. Palemón Jaime Salazar Hernández
Mgdo. Lic. Juan Manuel Trujillo Cisneros
Mtro. Luis Gerardo de la Peña Gutiérrez
Jueza M. en C.P. Fabiola Catalina Aparicio Perales
M. en D. Marco Antonio Morales Gómez
Lic. Otoniel Campirán Pérez
Consejeros

ESCUELA JUDICIAL

Dr. Víctor Manuel Rojas Amandi
Director General

CONSEJO EDITORIAL

Dr. Leonel Pereznieto Castro
Director del Centro de Investigaciones Judiciales, Editor responsable

Dr. Arturo Argente Villarreal
Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey

M. en D. Faustino Carrillo Ahumada
Juez de Control y Tribunal de Enjuiciamiento
Poder Judicial del Estado de México

Dr. Mario Cruz Martínez
Universidad Iberoamericana

Dr. Miguel Eslava Camacho
Escuela Normal Superior del Estado de México

Dr. Virgilio Ruiz Rodríguez
Universidad Iberoamericana

Dr. José María Serna de la Garza
Instituto de Investigaciones Jurídicas —UNAM

Dra. Yaritza Pérez Pacheco
Secretaria Ejecutiva del Consejo

ESTUDIOS JURÍDICOS

6

EL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

María José Añón Roig
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

Ana Cañizares Laso
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

Jorge A. Cerdio Herrán
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México

José Ramón Cossío Díaz
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Owen Fiss
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

José Antonio García-Cruces González
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

Luis López Guerra
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

Ángel M. López y López
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Marta Lorente Sariñena
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

Javier de Lucas Martín
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Angelika Nussberger
Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)

Héctor Olasolo Alonso
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Tomás Sala Franco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España

Tomás S. Vives Antón
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

Ruth Zimmerling
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

ESTUDIOS JURÍDICOS

6

EL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Armida Ramírez Dueñas

y

Yaritza Pérez Pacheco

Coordinadoras

PODER JUDICIAL
DEL ESTADO DE MÉXICO

tirant lo blanch

Ciudad de México, 2019

Copyright ® 2019

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/

Los trabajos que integran la presente obra fueron sometidas a dictamen doble ciego, de acuerdo con la política editorial del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México.

Editor: Dr. Leonel Pereznieto Castro.
Cuidado de la edición y corrección de estilo: Dra. Yaritza Pérez Pacheco.

© Armida Ramírez Dueñas (Coordinadora)
Yaritza Pérez Pacheco (Coordinadora)

© Poder Judicial del Estado de México

© EDITA: TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Río Tiber 66, Piso 4
Colonia Cuauhtémoc
Delegación Cuauhtémoc
CP 06500 Ciudad de México
Telf: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1336-623-4
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: *atencioncliente@tirant.com*. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en *www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa* nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf

Autores:

Armida Ramírez Dueñas
Yaritza Pérez Pacheco
Mélida Díaz Vizcarra
Jesús Contreras Suárez
Everardo Guitrón Guevara
Juan Carlos González Mondragón
Ma. Cristina Miranda Cruz
Jesús Santiago Morales
Raúl Aarón Romero Ortega
Silvia Berenice Turlay Hernández
Romeo Antonio Fuentes Navarro
Patricia Baños Gálvez
Paulina Piña Pérez
Arturo Heiner Garduño Roldán
Luis Alberto Piña Flores
Hilda Viridiana Colín Arreola
Eduardo Hernández Rojas
Arturo Contreras Fidel

Índice

Parte I
ESTUDIOS INTRODUCTORIOS

Capítulo I
EL ACCESO A LA JUSTICIA ES PRINCIPIO FUNDAMENTAL DEL ESTADO DE DERECHO

Armida Ramírez Dueñas

1. Introducción 21
2. Contexto universal del acceso a la justicia 25
   2.1. Naciones Unidas y el apoyo al fortalecimiento de la justicia 27
   2.2. Obstáculos para el acceso a la justicia 29
   2.3. El acceso a la justicia como meta del Objetivo 16 de Desarrollo Sostenible (ODS 16) 31
3. Contexto regional del acceso a la justicia 33
   3.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 34
   3.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos 35
4. Contexto nacional: México frente al acceso a la justicia 36
5. Algunos retos para México en materia de acceso a la justicia: incremento en la percepción de la inseguridad, impunidad y corrupción 40
6. Principales desafíos para México en materia de acceso a la justicia 42
   6.1. Reducir la violencia 42
   6.2. Erradicar la corrupción 43
   6.3. Promover y garantizar el pleno respeto de los derechos humanos 45
7. Compromisos internacionales e implementación del marco legal para garantizar el acceso a la justicia 46
8. Aportación del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México desde el ámbito académico 47
   8.1. Acceso a la justicia en materia civil 47
   8.2. Acceso a la justicia en materia familiar 49
   8.3. Acceso a la justicia en materia penal y procesal penal 50
   8.4. Acceso a la justicia en el sistema de justicia penal para adolescentes 51
   8.5. Grupos vulnerables frente a la justicia 52
9. Reflexiones finales 53
10. Bibliohemerografía 54

Capítulo II
LA ENSEÑANZA DE LA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Yaritza Pérez Pacheco

1. Consideraciones preliminares 57
2. Estudio del marco normativo 59

3. Fundamento de los derechos humanos 59
4. Los derechos humanos como *valor*, como *derecho* y como *principio* 61
5. Hacia una definición de los derechos humanos 62
6. Principios que rigen a los derechos humanos 64
7. Características que identifican a los derechos humanos 66
8. Clasificación de los derechos humanos 67
9. Mecanismos de protección de los derechos humanos 68
10. Sistema jurídico mexicano de derechos humanos 70
11. Bibliohemerografía 71

Capítulo III
REFLEXIONES EN TORNO AL PRINCIPIO *PRO ACTIONE* COMO PARÁMETRO INTERPRETATIVO DEL DERECHO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
Mélida Díaz Vizcarra

1. Preliminares 73
2. Tutela judicial efectiva 75
3. Principio *pro actione* 77
4. Ponderación del derecho 84
5. Consideraciones finales 85
6. Bibliohemerografía 86

Parte II
ASPECTOS DE DERECHO CIVIL

Capítulo I
COLEGIACIÓN DE ABOGADOS POSTULANTES COMO REQUISITO NECESARIO PARA UN COMPLETO ACCESO A LA JUSTICIA
Jesús Contreras Suárez

1. Introducción 91
2. Antecedentes 93
3. Contexto general 95
4. Colegiación de abogados en diversos países 99
   4.1. Francia 100
   4.2. España 101
   4.3. Italia 103
   4.4. Alemania 104
   4.5. Inglaterra 105
   4.6. Estados Unidos 106
   4.7. Canadá 108
   4.8. Brasil 108
   4.9. Argentina 109
   4.10. Chile 110
5. Propuesta de colegiación de abogados en México 111

6. Conclusiones 123
7. Bibliohemerografía 124

Capítulo II

LA DEBIDA DILIGENCIA EN EL EMPLAZAMIENTO COMO GARANTE DEL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL

Everardo Guitrón Guevara

1. Introducción 129
2. Medios de comunicación procesal de los tribunales con los particulares 131
3. Naturaleza jurídica del emplazamiento 133
4. Requisitos del emplazamiento 135
5. Supuestos del emplazamiento irregular y sus consecuencias 137
   5.1. Cercioramiento insuficiente respecto del domicilio del demandado 138
   5.2. Falta de precisión y omisión de la media filiación de los vecinos 139
   5.3. Falta de cercioramiento de las personas que afirman ser familiares del demandado 140
   5.4. Falta de motivación de las circunstancias por la cuales se deja citatorio en la primera busca del demandado 140
   5.5. La persona con quien se realiza la diligencia se niega a firma 142
6. Deberes de revisión del juzgador en el emplazamiento 143
7. El emplazamiento elemento esencial del derecho humano de acceso a la justicia 146
8. Beneficios del emplazamiento en el acceso a la justicia 151
9. Conclusiones 153
10. Bibliohemerografía 154

Capítulo III

EFECTIVIDAD EN EL JUICIO CIVIL Y EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Juan Carlos González Mondragón

1. Introducción 157
2. Características del Derecho procesal civil 159
3. Los derechos humanos en el procedimiento civil 162
4. Efectividad procesal desde la perspectiva del juez 166
5. Las sentencias inhibitorias como denegación de justicia 167
6. Herramientas para el perfeccionamiento del procedimiento 168
   6.1. Patrocinio de licenciados en Derecho 169
   6.2. Prevención para aclarar o corregir la demanda inicial 170
   6.3. Facultad probatoria del juez 172
   6.4. Suplencia de la queja deficiente 175
7. Conclusiones 179
8. Bibliohemerografía 180

Parte III
LA JUSTICIA EN DERECHO FAMILIAR

Capítulo I
DE LA JUSTICIA ORAL FAMILIAR A LA JUSTICIA RESTAURATIVA, COMO ACTO PREVIO AL JUICIO

Ma. Cristina Miranda Cruz

1. Introducción 185
2. La justicia restaurativa en México 186
3. Base constitucional de los medios alternos 189
4. Concepto de justicia restaurativa familiar 192
   4.1. Características de la justicia restaurativa familiar 193
   4.2. Ventajas de la justicia restaurativa familiar 193
5. Principios básicos de la justicia restaurativa familiar 194
6. Antecedentes de los Centros de Mediación, Conciliación y Justicia restaurativa del Estado de México 200
7. El perfil del facilitador familiar 203
8. Necesidad de la justicia restaurativa familiar 204
9. La restauración como etapa preprocesal 205
7. Conclusiones 208
8. Bibliohemerografía 209

Capítulo II
GUARDA Y CUSTODIA PROVISIONAL EN EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO INCAUSADO

Jesús Santiago Morales

1. Introducción 213
2. Contexto jurídico de la familia en México 214
3. El problema ético-social y jurídico del divorcio incausado 220
   3.1. Valores de la familia y el matrimonio 221
   3.2. Definición y antecedentes del divorcio incausado 223
4. Situación jurídica de la institución de la guarda y custodia 227
   4.1. Definición de guarda y custodia 227
   4.2. Régimen jurídico de la guarda y custodia en el Estado de México 231
5. Medidas provisionales de la guarda y custodia 233
6. Reflexiones en torno a la regulación del procedimiento de divorcio incausado en la guarda y custodia 235
7. Conclusiones 240
8. Bibliohemerografía 241

Capítulo III
REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR EN EL ESTADO DE MÉXICO
Raúl Aarón Romero Ortega

1. Introducción 245
2. Recurso de apelación 247
3. Ausencia de algún presupuesto procesal esencial..... 250
4. Violación procesal manifiesta cuando haya trascendido al resultado del fallo 252
5. Suplencia de la queja de menores o incapaces y del acreedor alimentario..... 254
6. Debido proceso y plazo razonable 256
7. Tutela judicial efectiva en la ejecución de la reposición 258
8. Conclusiones..... 260
9. Bibliohemerografía 261

Capítulo IV
EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DEL CONCUBINATO EN EL ESTADO DE MÉXICO
Silvia Berenice Turlay Hernández

1. Introducción 265
2. Generalidades del concubinato 266
3. Concubinato en otros países 268
4. Regulación del concubinato en el Estado de México..... 272
5. Derechos humanos de los concubinos..... 279
6. La labor jurisdiccional en materia de concubinato 286
7. Conclusiones..... 290
8. Bibliohemerografía 291

Parte IV
TEMAS DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Capítulo I
INTERPRETACIÓN HERMENÉUTICA EN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO
Romeo Antonio Fuentes Navarro

1. Introducción 295
2. Momentos de la actividad hermenéutica 296
3. Procedimiento mental hermenéutico del juzgador 301
4. Postulados conceptuales de la hermenéutica jurídica..... 306
5. Identificación de preceptos legales del Código Penal del Estado de México que requieren una interpretación hermenéutica..... 311

6. Conclusiones 315
7. Bibliohemerografía 316

Capítulo II

EL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA PARA SENTENCIADOS CON DISCAPACIDAD PSICOSOCIAL EN EL ESTADO DE MÉXICO

Patricia Baños Gálvez

1. Preliminares 319
2. Discapacidad psicosocial, inimputabilidad y medidas de seguridad 323
   2.1. Algunas nociones previas 323
   2.2. Tratamiento de inimputables 324
   2.3. La problemática y su impacto 328
3. Contexto normativo internacional 331
4. Contexto normativo nacional 335
5. Estructura judicial en el Estado de México para la atención de inimputables 338
6. Medidas de seguridad como forma de rehabilitación 340
7. Medidas alternas para la protección de sus derechos fundamentales 342
8. Conclusiones 345
9. Biliohemerografía 346

Capítulo III

RECONOCIMIENTO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO POR ERROR JUDICIAL EN LA LEGISLACIÓN PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO

Paulina Piña Pérez

1. Introducción 349
2. El error judicial en el Derecho comparado y en México 350
   2.1. En Europa 350
   2.2. En América Latina 353
   2.3. México 356
3. Definición de error judicial 361
4. Tipos de errores judiciales 367
5. Instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por los Estados Unidos Mexicanos 370
6. Teoría de las reparaciones por derechos humanos 373
7. Responsabilidad patrimonial del Estado 375
8. Indemnización por error judicial en el Estado de México 379
9. Reflexiones finales 382
10. Bibliohemerografía 384

Parte V
SISTEMA DE JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES

Capítulo I
SITUACIÓN JURÍDICA DEL ADOLESCENTE EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL

Arturo Heiner Garduño Roldán

1. Introducción 389
2. *Corpus iuris* internacional 391
   - 2.1. Declaración de los Derechos del Niño 393
   - 2.2. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) 393
   - 2.3. Convención sobre los Derechos del Niño 395
   - 2.4. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) 396
   - 2.5. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) 398
   - 2.6. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de la Habana) 399
   - 2.7. Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos 400
3. *Corpus iuris* nacional 401
4. Criterios adoptados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación 410
5. Conclusiones y reflexiones 411
6. Bibliohemerografía 413

Capítulo II
LA REPARACIÓN DEL DAÑO MEDIANTE JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES

Luis Alberto Piña Flores

1. Introducción 415
2. Acceso a la justicia 416
3. Justicia restaurativa 418
4. La víctima y el acceso a la justicia para obtener una reparación del daño 423
5. Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes 425
6. Concepto de adolescente y la justicia penal en México 427
7. Principios rectores del Sistema de Justicia Penal para Adolescentes 428
8. Marco jurídico internacional y nacional 428
   - 8.1. Ámbito internacional 429
   - 8.2. Ámbito Nacional 429
9. Modelos de justicia restaurativa 433
   - 9.1. La mediación entre la víctima y el delincuente 434
   - 9.2. La comunidad y las conferencias de grupos familiares 434
   - 9.3. Sentencias en círculos 434

10. Caso práctico 436
11. Conclusiones 439
12. Bibliohemerografía 439

Parte VI
GRUPOS VULNERABLES FRENTE A LA JUSTICIA

Capítulo I
COMPETENCIA DEL JUZGADO FAMILIAR EN LÍNEA DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO PARA CONOCER DE REASIGNACIÓN SEXO-GENÉRICA

Hilda Viridina Colín Arreola

1. Introducción 445
2. ¿Qué es la reasignación sexo-genérica? 447
3. Beneficios de la reasignación sexo-genérica 450
4. Procedimiento de rectificación de acta en el Estado de México 451
5. Pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la reasignación sexo-genérica 453
6. Criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación 454
7. Perspectiva de género 455
8. La tecnología en el Poder Judicial del Estado de México 456
9. Conclusiones y propuesta 457
10. Bibliohemerografía 460

Capítulo II
DERECHOS HUMANOS DE LOS ADULTOS MAYORES EN CIRCUNSTANCIAS DE VULNERABILIDAD

Eduardo Hernández Rojas

1. Introducción 463
2. Adultos mayores, su conceptualización 465
   2.1. Persona adulta mayor en México 467
   2.2. Vulnerabilidad del adulto mayor 468
   2.3. El cuidado familiar del adulto mayor 470
3. Dignidad humana 473
4. El lanzamiento forzoso en materia civil 475
5. Control de convencionalidad 478
   5.1. Obligación de ejercer un control de convencionalidad 484
   5.2. Personas adultas mayores y su derecho a una vida digna, deben recibir un trato especial por parte de los jueces civiles en lanzamientos 490
6. Conclusiones 491
7. Bibliohemerografía 492

Capítulo III

JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL ESTADO DE MÉXICO: UN DEBER EN LAS CONTROVERSIAS SOBRE GUARDA Y CUSTODIA

Arturo Contreras Fidel

1. Introducción 495
2. Perspectiva de derechos humanos y derechos fundamentales 496
   2.1. Principios constitucionales de derechos humanos, en tutela efectiva de la igualdad y no discriminación del varón y la mujer 497
   2.2. Obligaciones del Estado conforme al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 502
3. Sexo y género 507
4. ¿Qué se entiende por perspectiva de género, igualdad de género y equidad de género? 508
5. Transversalidad de la perspectiva de género 514
6. La perspectiva de género como derecho humano en la actividad jurisdiccional 515
7. Equidad de género y perspectiva de género en las controversias familiares .. 517
6. Conclusiones 518
7. Bibliohemerografía 519

Parte I
ESTUDIOS INTRODUCTORIOS

Capítulo I

EL ACCESO A LA JUSTICIA ES PRINCIPIO FUNDAMENTAL DEL ESTADO DE DERECHO

Armida Ramírez Dueñas*

SUMARIO

1. Introducción. 2. Contexto universal del acceso a la justicia. 3. Contexto regional del acceso a la justicia. 4. Contexto nacional: México frente al acceso a la justicia. 5. Algunos desafíos para México en materia de acceso a la justicia. 6. Principales retos que enfrenta México en materia de acceso a la justicia. 7. Acciones en México para garantizar el acceso a la justicia. 8. Aportación del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México desde el ámbito académico. 9. Conclusiones. 10. Bibliohemerografía.

1. Introducción

La obra colectiva "El derecho humano de acceso a la justicia" parte de la siguiente premisa: en el Estado de Derecho, el acceso a la justicia es el derecho humano que consiste en la posibilidad de que cualquier persona, independientemente de su condición, pueda acudir al sistema de justicia, si así lo desea, con la garantía de que el sistema le dé resultados individual y socialmente justos.

Con el auge del Estado Constitucional de Derecho, el derecho de acceso a la justicia se transformó, de un principio "de enunciación general y carente de efectividad, en un derecho fundamental de primer orden", cuya regulación exige un análisis más exhaustivo, "para garantizar de manera efectiva su ejercicio".[1] Se evoluciona de un concepto jurídico general, como el previsto en la Declaración Universal de Derechos Humanos,[2] consistente en que: "toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante tribunales nacionales competentes, que la ampare, contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Consti-

---

* Doctora en Derecho. Académica de Número de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, A.C. Magistrada en Retiro del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México. Docente de la Escuela Judicial del Estado de México.

1 Ortiz Ahlf, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, Serie: Doctrina Jurídica, núm. 588, México, IIJ-UNAM, 2011, p. 3.

2 Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10/12/1948 en su Resolución 217 A (III), como un ideal común para todos los pueblos y naciones. La Declaración establece, por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero y ha sido traducida en más de 500 idiomas. Puede consultarse en: *https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/*

tución o por la ley" (art. 8); hacia la materialización de una noción con mayor amplitud y alcance. Así, los instrumentos internacionales en el ámbito universal y regional constituyen un complejo sistema de protección de derechos humanos, lidereado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)[3] y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH).[4]

El artículo 14 del PIDCP amplía el ámbito de protección y garantía de acceso a la justicia, en la primera parte del numeral 1,[5] al considerar que todas las personas son iguales ante los tribunales de justicia y tienen el derecho a ser oídas públicamente, con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

En la tendencia por consagrar el derecho a la justicia desde una visión amplia, Cappelletti y Bryant definen al *derecho de acceso a la justicia efectiva* como aquel que:

> …es planeado para servir a la gente común, tanto actores como demandados, debe caracterizarse por ser barato, tener poco papeleo y ser rápido, con jueces activos que empleen expertos legales y técnicos. Debe tener además la capacidad de resolver disputas que incluyan relaciones complejas y continuas. Estas características ofrecen las posibilidades de atraer a la gente y capacitarla para hacer valer sus derechos eficazmente contra sus adversarios más experimentados y poderosos.[6]

Las dificultades u obstáculos que enfrentan los justiciables para hacer efectivo este derecho en cuanto a sus atributos, esto es, el acceso a una justicia razonablemente pronta, efectiva y eficiente, en términos muy generales, son tres: i) insatisfacción indudable y generalizada con el desempeño de los sistemas de administración de justicia (prevención, procuración e impartición); ii) ineficiencia y lentitud de los procesos que se ventilan ante los tribunales; y iii) altísimo costo de los litigios.

---

3 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16/12/1966. Entrada en vigor: 23/03/1976, de conformidad con el artículo 49. *Vid.,* Ortiz Ahlf, *op. cit.,* p. 3.

4 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948, *http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp*

5 Art. 14.1. "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil".

6 Cappelletti, Mauro y Brayant, Garth, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 61.

Karlos Artemio Castillo Juárez identifica y denomina una serie de problemas como *barreras de acceso a la justicia*,[7] las cuales son de distinta naturaleza:

a) Barreras de desigualdad: pobreza, mujeres, indígenas, niños y niñas [y adolescentes], discapacidad y adultos mayores, afrodescendientes, homosexuales y migrantes;[8]

b) Barreras normativas: falta de integración [instrumentación] del Derecho de origen internacional; sistemas normativos mono culturales, para el hombre promedio y en lenguaje incomprensible para las mayorías; el individuo y su interés personal indirecto como eje de funcionamiento de los sistemas normativos y procesales.[9]

c) Barreras jurisdiccionales o procesales: interpretaciones limitadas al Derecho de origen nacional; la forma y técnica por encima del fondo y la sustancia; preferencia del pasado a la evolución y el progreso; inejecución de resoluciones; impunidad de resultados.[10]

d) Barreras materiales: "número y distribución de los órganos de justicia, las características que tienen para atender a todos los grupos de la sociedad y si ello es suficiente para pensar en un acceso a la justicia efectivo". [11]

e) Barreras de credibilidad: el hecho que los ciudadanos no confíen en los sistemas de justicia, al existir una alta percepción de corrupción y nepotismo, entre otras prácticas en los poderes judiciales, producen pérdida de confianza de la ciudadanía en las instituciones.[12]

f) Barreras formativas: la formación del abogado en los centros universitarios está centrada en el litigio, en lugar de profesionales que fomenten la conciliación, lo que produce que la sociedad visualice al abogado como "pleitista", "leguleyo", parte del problema y no de la solución. [13]

g) Barreras culturales: son aquellas derivadas de la sociedad, "se refieren al desconocimiento que tiene la población respecto a los derechos, libertades y obligaciones con que cuenta", lo que se puede denominar "analfabetismo legal o la falta de cultura jurídica y cívica mínima que padece una gran parte de la población".[14]

---

7 Castilla Juárez, Karlos Artemio, *Acceso efectivo a la justicia,* México, Porrúa, 2012, p. 88.
8 *Ibidem*, pp. 39-68.
9 *Ibidem*, pp. 69-77.
10 *Ibidem*, pp. 77-88.
11 *Ibidem*, p. 88.
12 *Ibidem*, p. 95.
13 *Ibidem*, p. 102.
14 *Ibidem*, p. 105.

h) Barreras de medición: ausencia de "datos certeros y confiables"[15] sobre el impacto y efecto que tienen las políticas públicas vinculadas con la administración, procuración e impartición de justicia.

Todas estas barreras obstaculizan el derecho humano de acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva contenido en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), así como al debido proceso, ampliamente desarrollado en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Se debe tomar en consideración que el acceso efectivo a la justicia es "el requisito más básico —el derecho humano más fundamental— en un sistema igualitario moderno que pretenda garantizar, y no solamente proclamar, los derechos de todos".[16] El acceso a la justicia es un derecho humano consolidado y recogido en los diversos instrumentos internacionales y en las constituciones de la mayoría de los Estados del mundo, este derecho va más allá de la petición ante la instancia judicial, se extiende a lo largo del proceso con el respeto del debido proceso y hasta la ejecución de la sentencia.[17]

Ante esta situación, el Estado debe tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que existen para que los ciudadanos gocen de los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y en la legislación interna.

En el ámbito interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH),[18] dice que se produce una violación a los artículos 1.1 y 8.1 cuando el Estado tolera circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, por cuanto constituye una violación al derecho de acceso a la justicia; de lo que se observa que los Estados no deben imponer trabas a las personas para que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté

---

15 *Ibidem*, p. 108.

16 Ortiz Ahlf, *op. cit.,* p. 16.

17 Quispe Remón, Florabel, "Acceso a la justicia y objetivos del desarrollo sostenible", en Fernández Liesa, Carlos R. y Díaz Barrado, Castor M., *Objetivos de desarrollo sostenible y derechos humanos: Paz, justicia e instituciones sólidas /Derechos humanos y empresas,* Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, colección electrónica, núm. 9, 2018, pp. 241-245, especialmente, p. 244.

18 Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José", adoptada en San José Costa Rica el 22/11/1969, aprobada por el Senado el 18 de diciembre de 1980; adhesión de México el 24/03/1981; entrada en vigor internacional el 18 de julio de 1978; entrada en vigor en México el 24/03/1981; publicación el DOF el 07/05/1981.

justificado por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse que contraviene el artículo 8.1 de esta Convención.

Consecuentemente, en el ámbito universal, el acceso a la justicia es uno de los objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas. En esta materia, muchos son los retos y desafíos que enfrenta el Estado mexicano, sin dejar de reconocer los esfuerzos que actualmente se han materializado, con la finalidad de cumplir con el Objetivo 16 y las metas previstas en el marco de esta Agenda.

En este contexto, el Poder Judicial del Estado de México ha implementado acciones, entre las cuales se destacan foros de reflexión y análisis con los operadores del sistema de impartición de justicia, en relación con los procedimientos y mecanismos, tanto formales como alternativos de solución de controversias, procedimientos orales y restaurativos, la publicación de estudios académicos que evidencian la problemática y plantean propuestas de solución, con el objetivo de superar los obstáculos a los que se enfrentan los justiciables en el acceso a la justicia.

En este sentido, en esta obra colectiva se integran quince estudios sobre el derecho humano de acceso a la justicia, precedidos por tres estudios introductorios, en los cuales se abordan problemas concretos que pretenden identificar las barreras mencionadas, en los distintos ámbitos de la impartición de justicia, las cuales abarcan desde barreras de desigualdad, barreras normativas, barreras jurisdiccionales o procesales, hasta barreras formativas.

Los autores de cada uno de los capítulos de esta obra han advertido en su quehacer jurisdiccional la problemática recurrente en cada uno de los aspectos que analizan. A partir de esta preocupación, se plantean soluciones y se ha considerado necesario hacer patentes dichas cuestiones con la finalidad de proponer soluciones. Si bien, el abordaje se realiza desde una perspectiva práctica, se apoya en la doctrina, la jurisprudencia, los tratados internacionales y la normatividad interna.

En definitiva, en cada uno de los capítulos se destaca la problemática que presentan estas barreras y se proponen soluciones para facilitar a la sociedad el acceso a la justicia.

2. Contexto universal del acceso a la justicia

La normativa internacional en este tema asume paulatinamente un sistema de garantías que posibilita el pleno ejercicio de los derechos humanos. Existen, así, diversos instrumentos internacionales que posibilitan su cabal cumplimiento y

que México ha ratificado.[19] Entre los cuales es importante destacar el PIDCP (art. 14°); como "una herramienta central para conocer los parámetros del derecho internacional para la protección de personas".[20] El artículo 14 tiene por objeto garantizar que la justicia se aplique adecuadamente a todas las personas en igualdad de condiciones ante los órganos de justicia ordinarios o especiales. En atención a lo cual todas las personas que intervienen en un proceso deben tener las mismas condiciones y oportunidades para ejercer sus derechos, lo cual garantiza una solución justa del mismo.

En algunos casos excepcionales, la publicidad de un proceso puede afectarse legítimamente por diversas razones como la moral, el orden público, la reputación de las personas o porque se afecte la finalidad de la justicia. Sin embargo, las sentencias deben ser públicas; esta disposición, de acuerdo al Pacto aludido, solo puede afectarse para salvaguardar intereses de menores de edad o intereses matrimoniales.

En virtud del derecho de acceso a la justicia, las personas tienen derecho a un juicio justo y a garantías procesales. El Estado cumple con esta obligación, si por lo menos le garantiza a una persona acusada de un delito el derecho a ser considerada inocente hasta que no se pruebe en un proceso su culpabilidad, a que no se aplique una pena en contra de quien no existan pruebas que demuestren que

---

19 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16/12/1966, entrada en vigor el 03/01/1976; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21/12/1965, y entró en vigor el 04/01/1969; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18/12/1979, entrada en vigor: 03/09/1981; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10/12/1984, entrada en vigor: 26/06/1987; Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20/11/1989, entrada en vigor: 02/09/1990; Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18/12/1990; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue aprobada el 13/12/2006 y entró en vigor el 03/05/2008; Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptado el 20/12/2006, en vigor desde el 23/12/2010. Para una revisión más detallada de instrumentos internacionales aplicables en México, *vid.,* Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Compilación de instrumentos internacionales sobre protección de la persona aplicables en México*, tomos I y II, México, 2012.

20 Barrena, Guadalupe, *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, Fascículo 3, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, p. 13, *http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29904.pdf*

participó en el delito; a ser informada de los hechos por los que se le acusa en su idioma; a estar asistida de un intérprete gratuito en el idioma que utilice el tribunal y asistida por un defensor de su elección, a comunicarse con él y a preparar su defensa en un juicio rápido; a estar presente en el proceso y defenderse por sí misma o a través de su defensor; a interrogar a los testigos que presenten para acusarlo, así como a presentar a sus testigos en igualdad de condiciones; y a no estar obligado a declarar en su contra, ni a declararse culpable.

Además, cuando una persona es sometida a juicio justo, tiene derecho a que a través de una sentencia firme dictada legítimamente sean condenadas o absueltas, a que se revise su sentencia condenatoria por un tribunal distinto al que la dictó, a no ser juzgadas o sancionadas por el mismo hecho; las personas que cumplan una pena, como consecuencia de una sentencia emitida por error del tribunal debidamente probado, tienen derecho a que se les indemnice por el perjuicio y daño sufrido. También es importante destacar la disposición sobre la readaptación social de los menores de edad (art. 14.4 PIDCP), circunstancia que se debe considerarse cuando estos se encuentren en un proceso penal.

En el contexto universal, la Organización de Naciones Unidas (ONU) es el más importante punto de partida de la internacionalización de los derechos humanos, protagonista de momentos clave en la historia del siglo XX, en el proceso de gestación y desarrollo de los derechos. A partir de la firma de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1º de diciembre de 1948, se inicia el fortalecimiento de los derechos humanos, en general, y en materia de acceso a la justicia, en particular, con la aprobación de un importante número de convenciones y acciones para el fortalecimiento de la justicia.

2.1. Naciones Unidas y el apoyo al fortalecimiento de la justicia

Las Naciones Unidas brinda apoyo a los Estados miembros en el fortalecimiento de la justicia en esferas como: la supervisión y la evaluación; el empoderamiento de los pobres y marginados para buscar recursos y reparaciones ante la injusticia; la mejora de la protección jurídica; la sensibilización jurídica y la asistencia letrada; la supervisión de la sociedad civil y parlamentaria; la respuesta ante desafíos en el sector de la justicia, como la brutalidad policial; las condiciones inhumanas de encarcelamiento; los prolongados períodos de detención preventiva; la impunidad de los autores de violencia sexual y de género y otros delitos graves relacionados con conflictos; y el fortalecimiento de los vínculos entre las estructuras oficiales y oficiosas.[21]

---

21 ONU, Acceso a la Justicia, *https://www.un.org/ruleoflaw/es/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/*

Esas actividades de la ONU, en apoyo de las iniciativas de los Estados miembros, están dirigidas a asegurar el acceso a la justicia como un componente del Estado de Derecho. En efecto, en la Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los planos nacional e internacional (2012), se hace énfasis en el derecho a la igualdad de acceso a la justicia para todos, incluidos los miembros de grupos vulnerables, y se reafirmó el compromiso de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para prestar servicios justos, transparentes, eficaces, no discriminatorios y responsables, que promovieran el acceso a la justicia para todos, entre ellos la asistencia jurídica.[22]

En esta Declaración, los Estados miembros resaltaron que la independencia del sistema judicial, junto con la imparcialidad e integridad, es un requisito previo esencial para apoyar el Estado de Derecho y lograr que la justicia se administre sin discriminación.[23] Así, se reafirma que la administración de justicia debe ser imparcial y no discriminatoria.

En el año 2014, el Informe del Secretario General sobre "El fortalecimiento y la coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho", incluye una sección dedicada a las actividades de las Naciones Unidas para mejorar el acceso a la justicia, en vista de la atención prestada por la Asamblea General durante el sexagésimo noveno período de sesiones al subtema "Puesta en común de las prácticas nacionales de los Estados para el fortalecimiento del estado de derecho mediante el acceso a la justicia".[24]

Helen Clark, administradora del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), durante el discurso de apertura del evento anual *Estado de Derecho*, celebrado en Nueva York, señaló: "Poner a las personas al centro de las reformas de justicia y seguridad, y trabajar para el alcance de los objetivos de nuestros socios nacionales son cruciales para establecer adecuadamente el estado de derecho y el acceso a la justicia."[25]

---

22 UN, A/RES/67/1, párrs. 14-15, https://undocs.org/es/A/RES/67/1

23 *Ibidem*, párr. 13.

24 UN, A/69/181, párrs. 59-68, *https://undocs.org/es/A/69/181*

25 PNUD, "Fortalecer el estado de derecho es vital para sustentar la paz y promover el desarrollo", 29/06/2016, *http://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/presscenter/articles/2016/06/29/undp-s-annual-rule-of-law-event-stresses-on-strengthening-the-rule-of-law-to-sustain-peace-and-foster-development.html*

2.2. Obstáculos para el acceso a la justicia

Como señaláramos, en la Declaración (2012) antes mencionada, los Estados miembros se comprometieron a adoptar todas las medidas necesarias para prestar servicios justos, transparentes, eficaces, no discriminatorios, responsables y que promuevan el acceso a la justicia para todos, entre ellos la asistencia jurídica.[26]

Así, en el marco del programa de *La ONU y el Estado de Derecho*, se considera "el costo de representación y asesoramiento jurídicos" como uno de los principales obstáculos para el acceso a la justicia; en este contexto, se ha considerado que los programas de asistencia letrada deben ser el componente central de las estrategias que se planten para mejorar el acceso a la justicia.[27]

Otra acción importante la constituyen los *Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal*,[28] primer instrumento internacional sobre el derecho a la asistencia jurídica, aprobado por la Asamblea General de la ONU en diciembre del año 2012.

Estos Principios y Directrices establecen normas mínimas para el derecho a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal y ofrecen orientación práctica sobre el modo de garantizar el acceso a servicios eficaces de asistencia letrada en materia penal.[29]

Se trata de 14 principios[30] y 18 Directrices[31] que se basan en las normas internacionales, las buenas prácticas reconocidas y tienen por objeto impartir orientación

---

26 UN, A/RES/67/1, párrs. 12 y 14, *https://undocs.org/es/A/RES/67/1*

27 ONU, *op. cit.*

28 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC): Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal, Resolución 67/187, Viena, 2013, *https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/13-86673_ebook-Spanish.pdf*

29 Los Principios y Directrices tratan principalmente del derecho a la asistencia jurídica, que se distingue del derecho a la asistencia letrada reconocido en el derecho internacional, debe interpretarse en el sentido de que brinde un grado de protección menor que el que se reconoce en la legislación y los reglamentos nacionales en vigor o en las convenciones o pactos internacionales y regionales de derechos humanos aplicables a la administración de justicia, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, entre otros. Sin embargo, esto no significa que los Estados estén obligados por los instrumentos internacionales y regionales que no hayan ratificado o a los que no se hayan adherido.

30 Los principios son: Principio 1: Derecho a la asistencia jurídica, como elemento esencial de un sistema de justicia penal eficaz; Principio 2: Responsabilidades del Estado, en virtud que los Estados deben considerar la prestación de asistencia jurídica como un deber y una responsabilidad; Principio 3: Asistencia jurídica a las personas sospechosas o inculpadas de un delito pe-

nal, que tienen derecho a asistencia jurídica en todas las etapas del proceso de justicia penal; 4. Principio a Asistencia jurídica a las víctimas de delitos asistencia, sin perjuicio ni contradicción de los derechos del acusado; Principio 5. Asistencia jurídica a los testigos, sin perjuicio ni contradicción de los derechos del acusado; Principio 6. No discriminación, independientemente de su condición; Principio 7: Prestación rápida y eficaz de la asistencia jurídica, en todas las etapas del proceso de justicia penal; Principio 8. Derecho a ser informado, los Estados deben velar porque la información sobre los derechos durante el proceso de justicia penal y los servicios de asistencia jurídica se deben a conocer libremente y estén al alcance del público; Principio 9. Medidas de reparación y salvaguardias, que los Estados deben establecer; Principio 10. Equidad en el acceso a la asistencia jurídica, se deben adoptar medidas especiales para asegurar un acceso real a la asistencia jurídica de grupos vulnerables; Principio 11. Asistencia jurídica en aras del interés superior del niño, en todas las decisiones que los afecten; Principio 12. Independencia y protección de los proveedores de asistencia jurídica, para que puedan realizar su trabajo de manera eficaz, libre e independiente; Principio 13. Competencia y rendición de cuentas de los proveedores de asistencia jurídica, las denuncias disciplinarias contra estos deben ser investigadas y resueltas por un órgano imparcial; Principio 14. Asociaciones, los estados deben reconocer y alentar su contribución.

31 Las directrices son: Directriz 1. Prestación de la asistencia jurídica, los Estados deben determinar quiénes tienen derecho a asistencia jurídica; Directriz 2. Derecho a ser informado de la asistencia jurídica, se debe velar por la información sobre el derecho a la asistencia jurídica y sus características; Directriz 3. Otros derechos de las personas detenidas, arrestadas, sospechosas o acusadas o inculpadas de un delito penal, los Estados deben adoptar medidas para informarlas de su derecho a consultar con su abogado, en cualquier etapa de las actuaciones antes de ser interrogadas por las autoridades; Directriz 4. Asistencia jurídica en la etapa previa al juicio, con el fin de asegurarse que las personas detenidas tengan pronto acceso a la asistencia jurídica; Directriz 5. Asistencia jurídica durante las actuaciones del tribunal, a fin de que toda persona inculpada de un delito penal tenga acceso o asistencia jurídica en todas las actuaciones del proceso; Directriz 6. Asistencia jurídica en la etapa posterior al juicio, los Estados deben garantizar que las personas presas y los niños privados de libertad tengan derecho a la asistencia jurídica; Directriz 7. Asistencia jurídica a las víctimas, los Estados deben adoptar medidas adecuados para asegurarse que las victimas tengan asistencia jurídica sin perjuicio ni contradicción de los derechos del acusado; Directriz 8. Asistencia jurídica a los testigos, los Estados deben adoptar medidas adecuadas para asegurarse que a lo largo de todo el proceso de justicia penal se preste asesoramiento, asistencia, atención, servicios y apoyo adecuado a los testigos de delito; Directriz 9. Aplicación del derecho de la mujer a recibir asistencia jurídica, los Estados deben adoptar medidas aplicables y adecuadas para garantizar el derecho de la mujer a recibir asistencia jurídica; Directriz 10. Medidas especiales para los niños, los Estados deben velar porque se adopten medidas especiales para los niños a fin de promover su acceso efectivo a la justicia y prevenir la estigmatización y otros efectos negativos de su contacto con el sistema de justicia penal; Directriz 11. Sistema de asistencia jurídica nacional, a fin de alentar el funcionamiento de un sistema de asistencia jurídica nacional; Directriz 12. Financiación del sistema de asistencia jurídica nacional, que redundan en beneficios financieros y ahorros de costos a lo largo de todo el proceso de justicia penal; Directriz 13. Recursos humanos, los Estados deben tomar disposiciones adecuadas y específicas para proporcionar al sistema de asistencia de justicia nacional una dotación de personal que corresponda a las necesidades; Directriz 14. Personal parajurídico, los Estados deben reconocer el papel que desempeña el personal parajurídico y otros proveedores de servicios similares en la prestación de servicios de asistencia jurídica, cuando el acceso a los abogados es limitado; Directriz 15. Reglamentación y supervisión de los proveedores de asistencia jurídica, los Estados en cooperación con las asociaciones profesionales deben velar porque se establezcan criterios para la acreditación de

a los Estados acerca de los principios fundamentales en que se ha de asentar un sistema de asistencia jurídica en esta materia, y describir los elementos concretos necesarios para que un sistema nacional de asistencia jurídica sea eficaz y sostenible, a fin de fortalecer el acceso a esa asistencia en cumplimiento de la resolución 2007/24, de 26 de julio de 2007, del Consejo Económico y Social, titulada "Cooperación internacional para mejorar el acceso a la asistencia judicial en el sistema de justicia penal, particularmente en África".[32]

2.3. El acceso a la justicia como meta del Objetivo 16 de Desarrollo Sostenible (ODS 16)

La Cumbre de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, reunida en Nueva York el 25 de septiembre del año 2015, con la participación de más de 150 líderes mundiales, aprobó el documento titulado "Transformar Nuestro Mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", el cual fue adoptado por 193 Estados miembros de las Naciones Unidas.[33] Dicho documento incluye los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), cuya finalidad es poder terminar con la pobreza, luchar contra la desigualdad y la injusticia, y hacer frente al cambio climático para el 2030.[34]

En la página web de la ONU México se lee:

> Este nuevo marco de desarrollo da una oportunidad para el Sistema de las Naciones Unidas, a nivel mundial y en México, de focalizar nuestra cooperación y programación, de seguir abogando y promover el tema de inclusión y equidad en un marco de derechos, de construir más ciudadanía para las y los mexicanos en este país.[35]

---

los proveedores de asistencia jurídica; Directriz 16. Asociaciones con proveedores de servicios de asistencia jurídica no estatales y con universidades, los Estado deben establecer asociaciones con proveedores de servicios de asistencia jurídica no estatales, como organizaciones no gubernamentales y otros proveedores de servicios; Directriz 17. Investigación y datos, los Estados deben velar porque se establezcan mecanismos para seguir de cerca, vigilar y evaluar, la asistencia jurídica; y Directriz 18. Asistencia técnica, las organizaciones intergubernamentales como las Naciones Unidas, los donantes bilaterales y las organizaciones no gubernamentales competentes, así como los Estado en el marco de la cooperación bilateral y multilateral deben prestar asistencia jurídica en función de las necesidades y prioridades señaladas por los Estado que la soliciten.

32 UNODC, *op. cit.,* p. 6.

33 UN, A/RES/70/1, *https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d1_es.pdf*

34 *Ibidem,* pp. 15-31.

35 ONU México, Objetivos de Desarrollo Sostenible, *http://www.onu.org.mx/agenda-2030/objetivos-del-desarrollo-sostenible/*

Los ODS "son mecanismos apropiados que permitirán a la población y a sus dirigentes de forma conjunta, participar en la búsqueda de consensos sociales y disminuir las brechas."[36] Estos mecanismos se sistematizan en 17 ODS, que en total plantean 169 metas a alcanzar, las cuales "inciden en las causas estructurales de la pobreza, combaten las desigualdades y generan oportunidades para mejorar la calidad de vida de la población en un marco de desarrollo sostenible". Sin lugar a duda, esta agenda

> sirve como plataforma de lanzamiento para la acción de la comunidad internacional, los gobiernos, así como organismos de la sociedad civil, academia y el sector privado, con el fin de hacer frente a los tres elementos interconectados del desarrollo sostenible: crecimiento económico, inclusión social y sostenibilidad ambiental. [37]

En el año 2015, fecha de adopción de la Agenda 2030, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) advierte que en México siete de cada diez personas percibían como insegura la entidad en la que residen (73.2%), según mediciones de la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE).[38] Se estima que, a nivel nacional, la tasa de población que tuvo contacto con algún servidor público y experimentó al menos un acto de corrupción fue de 12,590 por cada 100,000 habitantes, según datos de la Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental (ENCIG, 2015).[39]

En el año 2018, la ENVIPE denota que estas cifras van en ascenso (79.4%). Se estima en 25.4 millones el número de víctimas de 18 años y más en el país durante 2017; el 35.6% de los hogares del país contó con al menos un integrante como víctima del delito; y en el 93.2% de los delitos no hubo denuncia, o bien, la autoridad no inició una averiguación previa o carpeta de investigación.[40]

En cuanto a la percepción de confianza de la población en las instituciones, la ENCIG reporta para 2017 que solo el 31.7% de los mexicanos manifiesta tener mucha o algo de confianza en los jueces y magistrados.[41]

En este contexto, en el tema que nos ocupa, el derecho humano de acceso a la justicia es necesario destacar el ODS 16: "Paz, Justicia e Instituciones sólidas", cuya meta es: "Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sos-

---

36 *Idem*.
37 *Idem*.
38 INEGI, ENVIPE 2015, p. 34, *https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2015/doc/envipe2015_presentacion_nacional.pdf*
39 INEGI, ENCIG 2015, p. 123, *https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/encig/2015/doc/encig15_principales_resultados.pdf*
40 INEGI, ENVIPE 2018, *https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2018/*
41 INEGI, ENCIG 2017, marzo 2018, pp. 149-150, *https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/encig/2017/doc/encig2017_principales_resultados.pdf*.

tenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas". Entre las metas globales se destaca la 16.3: "Promover el Estado de Derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos". A partir del año 2015, el acceso a la justicia se incorpora como "uno de los elementos fundamentales de la agenda de cooperación internacional".[42]

En el cumplimiento de este objetivo, es importante que los Estados organicen todo el aparato estatal para implementar un sistema que se articule en función del derecho humano de acceso a la justicia, "teniendo en cuenta su realidad y hacer que este derecho sea accesible para todas las personas al margen de su condición social, económica y su ubicación geográfica".[43]

Para alcanzar estas metas, se plantean cuatro actores fundamentales: la *sociedad*, con la no participación en actos de corrupción y la denuncia de los que tenga conocimiento; la *iniciativa privada*, absteniéndose de participar en actos de soborno y corrupción; la *academia*, mediante la articulación de acciones para fortalecer la investigación, colaborar en la creación de soluciones innovadoras y apoyar en la medición del impacto; y los *gobiernos*, garanticen la seguridad de los ciudadanos y sus derechos humanos, así como con la creación de instituciones eficaces, responsables y transparentes a todos los niveles.

3. Contexto regional del acceso a la justicia

En materia de acceso a la justicia en el contexto regional, destacan la DADDH (art. XVIII); la CADH (art. 8, inc. 1).[44] También se destaca el papel de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte-IDH), las recomendaciones y opiniones consultivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

---

42 Sainz-Borgo, Juan Carlos, "El acceso a la justicia en la dinámica institucional internacional en Iberoamérica", en Rojas Aravena, Francisco y Acosta, Karen, *El Acceso a la justicia desde una perspectiva internacional en América Latina*, Costa Rica, UPEACE, University Press, Agencia de Cooperación Alemana (GIZ), 2018, p. 30.

43 Quispe Remón, Florabel, *op. cit.*, p. 245.

44 Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José", adoptada del 7 al 22/11/1969. Publicada en el DOF de 07/05/1981.

3.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Esta Declaración, aprobada en 1948, ha inspirado instrumentos jurídicos posteriores sobre derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH),[45] su importancia no únicamente consiste en consagrar por primera vez esos derechos y obligaciones, sino desarrollar en forma pionera el Derecho internacional de los derechos humanos, con instrumentos como CADH (1969) y sus dos protocolos adicionales: en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador" (1988), y el relativo a la abolición de la pena de muerte (1990); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985); Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con discapacidad (1999); Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia (2013); Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia (2013); y Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores (2015).

La Declaración Americana permitió la creación del SIDH y su aplicación fue permitida por la valiosa interpretación de sus disposiciones, tanto por la Corte-IDH como por la CIDH;[46] al nacer como un catálogo de derechos y deberes constituye una verdadera fuente de Derecho internacional; como el derecho a la vida, la integridad personal, igualdad, libertad, seguridad, no discriminación, derecho de justicia, libertad religiosa y de culto, entre otros; e impone deberes correlativos que coadyuven a una mejor convivencia y a un efectivo cumplimento, como el derecho al sufragio y la obligación de cumplir la ley.

El artículo 18 consagra el *derecho de justicia*, relativo a que toda persona puede acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve, por el cual la justicia lo ampare contra actos

---

45 Salvioli, Fabián Omar, "El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos", p. 4, *http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-aporte-de-la-declaracion-americana-de-1948-para-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf*

46 "Son incontables las sentencias y opiniones consultivas que se han producido en el sistema interamericano y sobre todo el valor en su aplicabilidad para los miembros de la OEA, convirtiendo a la Declaración Americana no solo en un mecanismo complementario y necesario tanto para la Carta de la OEA, así como también para el CADH y el Estatuto de la Corte IDH, entre otros tratados e instrumentos a nivel internacional, no hubieran sido posible sin la Declaración Americana". *Vid*. Tomas Alonso, "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: El Derecho a la vida, seguridad e integridad personal de los privados de libertad", *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 13, edición especial, 2019, *http://www.urjc.es/ceib/*

de la autoridad que viole, en perjuicio de la persona, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

En cuanto a las prerrogativas conexas con la administración de justicia y las garantías procesales, se contempla el derecho a la justicia o a la igualdad ante la ley; la protección contra la detención arbitraria y la presunción de inocencia.

3.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos

La CADH consagra las garantías judiciales en los artículos 8.1 y 25.1, que contienen los lineamientos del debido proceso legal, que consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley para la determinación de sus derechos. El plazo razonable se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento, todo su desarrollo hasta que se dicta sentencia definitiva y su ejecución, toda vez que la función de los órganos judiciales intervinientes en un proceso no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en un tiempo razonable el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables.

El derecho a la tutela judicial efectiva exige que los jueces que dirigen el proceso eviten dilaciones y entorpecimientos indebidos, impunidad y frustración en la debida pretensión judicial de los derechos humanos, para superar las barreras jurisdiccionales o procesales que eviten formalismos excesivos en el proceso en los que prevalezca la forma y técnica por encima del fondo y la sustancia originadas por una tradición conservadora y formalista; lo cual impide alcanzar niveles de igualdad y de cercanía entre el Derecho y la sociedad, y que obliga a materializar el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, para lograr la efectividad de los derechos y el aseguramiento pleno de los principios, valores, derechos, deberes y fines constitucionales, que imponen un control de constitucionalidad y una interpretación de derechos conforme a tratados y análisis de legalidad integral que comprenda lo formal y lo material, y que tenga la visión de servicio a la sociedad.[47]

En este sentido, los artículos mencionados de la CADH contemplan la protección judicial, el deber de garantía, el derecho al recurso de amparo, el derecho a la ejecución de las sentencias firmes, el deber de una reparación adecuada y el cumplimiento de sentencias internacionales.

---

47 Castilla Juárez, *op. cit.*, pp. 77-82.

Así, el artículo 25.1 consagra, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo ("un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes"), contra actos violatorios de sus derechos fundamentales; establece además que la garantía que consagra se aplica no solo respecto de los derechos contenidos en la CADH, sino también de aquellos reconocidos por la Constitución o por la ley; así como cuando esa violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. El texto citado es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados parte y por la Convención; puesto que todos los derechos son susceptibles de amparo, lo son también los que están señalados de manera expresa por el artículo 27.2 como no susceptibles de suspensión en situaciones de emergencia.

Los artículos 8 y 25 de la Convención Americana concretan, en relación con las actuaciones y omisiones de los órganos judiciales internos, los alcances del principio de generación de responsabilidad por los actos de cualquiera de los órganos del Estado.

La Corte-IDH, en diversas sentencias ha enfatizado la importancia de estos artículos. En palabras del juez de la Corte Internacional de Justicia, Antônio Augusto Cançado Trindade:

> …no se reduce al acceso formal, stricto sensu, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional, y encuéntrase subyacente a disposiciones interrelacionadas de la Convención Americana (como los artículos 25 y 8), además de permear el derecho interno de los Estados Partes. El derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido jurídico propio, significa, lato sensu, el derecho a obtener justicia. Configurase, así, en suma, como el derecho a la propia realización de la justicia.[48]

Se puntualiza que dichas disposiciones exigen no solo una adecuada regulación en la materia, sino el garantizar un acceso efectivo y rápido a un recurso jurídico.

4. Contexto nacional: México frente al acceso a la justicia

El derecho humano de acceso a la justicia se encuentra previsto en los artículos 1°, 14, 17 y 133 de la CPEUM.

---

48 Corte-IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras. Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, párr. 51, *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_141_esp.doc*

El artículo 17 compele a los órganos jurisdiccionales para que, en sus interpretaciones, remuevan o superen los obstáculos o restricciones, innecesarias o intrascendentes, para obtener un pronunciamiento en torno a las pretensiones de los gobernados, lo cual es acorde con el criterio emitido por la Corte-IDH al interpretar el artículo 25 de la CADH, en el caso Cantos vs. Argentina,[49] de manera sistemática con el artículo 1o. de la Ley Fundamental.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) establece el derecho de acceso a la impartición de justicia, que se integra a su vez por los principios de justicia pronta, completa, imparcial y gratuita,[50] en concordancia con los artículos 8, numeral 1 y 25 de la CADH, que prevén garantías o mecanismos que subyacen en el citado artículo 17.

De la totalidad de los preceptos antes mencionados, se debe realizar una interpretación conforme, atenta al principio *pro homine* o *pro personae*, la interpretación más favorable que les permita a los gobernados el más amplio acceso a la impartición de justicia.[51]

El juzgador tiene la obligación de analizar oficiosamente si el derecho humano de acceso a la justicia se satisface y se justifica; esto es, porque si bien, existe la autonomía e independencia de los jueces en el ejercicio del arbitrio judicial, es claro que cuando se afecta un derecho humano como el de acceso a la justicia, "la aplicación de la norma en la resolución judicial debe obedecer a un ejercicio de ponderación en el que exista la mayor aproximación a la finalidad de lograr la protección más amplia de la persona".[52]

Con el nuevo principio constitucional relativo a lograr la protección más amplia de la persona exige justificar la búsqueda de la solución que más se aproxima a ese objetivo; pues, es en ese ámbito donde necesariamente se inscribe el tema de la violación manifiesta de la ley; por ende, el arbitrio judicial en la aplicación de

---

49 Corte-IDH, Cantos vs. Argentina (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 28/11/2002, párr. 52.

50 Tesis de Jurisprudencia: 2a./J. 192/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Segunda Sala, t. XXVI, octubre de 2007, p. 209, de rubro: "ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES".

51 Tesis de Jurisprudencia: VI.1o.A. J/2, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro XI, agosto de 2012, t. 2, p. 1096.

52 Tesis: I.3o.C.29 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXI, junio de 2013, t. 2, p. 1225.

la norma exige una serie de argumentos para justificar o desestimar su aplicación al caso concreto.[53]

El Estado mexicano ha reconocido el acceso a la justicia como un derecho humano, en relación con la obligación de las autoridades de dar respuesta de manera pronta, completa, imparcial y gratuita a las solicitudes de los particulares mediante un procedimiento que cumpla con las formalidades del debido proceso para garantizar la tutela judicial efectiva.

Es primordial que los órganos jurisdiccionales sean expeditos —desembarazados, libres de todo estorbo— en la impartición de justicia en los plazos y términos que fijen las leyes, significa que el Poder Público —en cualquiera de sus manifestaciones: Ejecutivo, Legislativo o Judicial— no puede supeditar el acceso a los tribunales a condición alguna; pues, de establecer cualquiera, esta constituiría un obstáculo entre los gobernados y los tribunales, por lo que es indudable que el derecho a la tutela judicial no puede conculcarse por normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, esas trabas resultan innecesarias, excesivas y carentes de razonabilidad o proporcionalidad, respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador.

Sin embargo, no todos los requisitos para el acceso a la justicia pueden considerarse inconstitucionales, como ocurre con aquellos que respetan el contenido de ese derecho fundamental, que están encaminados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida, como es el caso del cumplimiento de los plazos legales, el de agotar los recursos ordinarios previos antes de ejercer cierto tipo de acciones o el de la previa consignación de fianzas o depósitos.[54] La jurisprudencia ha definido la garantía a la tutela judicial efectiva como:

> el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión.[55]

De los artículos 14, 17 y 20, apartados B y C, de la CPEUM, deriva el derecho de acceso efectivo a la justicia, el cual comprende, en adición a determinados factores socioeconómicos y políticos, el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva y

---

53 *Idem*.

54 Tesis: 1a./J. 42/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala, t. XXV, abril de 2007, p. 124.

55 *Idem*.

los mecanismos de tutela no jurisdiccional que también deben ser efectivos y estar fundamentados constitucional y legalmente.

Del mismo modo que los ciudadanos tienen un derecho constitucional para defender sus derechos en un proceso establecido por el legislador, también tienen el derecho a acceder a los recursos previstos legalmente para impugnar las resoluciones dictadas por el juez de primera instancia. Lo anterior es así, porque el recurso es la continuación del proceso, dado que, a través de este, el órgano *ad quem* revisa la decisión del órgano *ad quo*; de manera que los principios de defensa, igualdad de las partes, contradicción e igualdad jurídica en la aplicación de la ley, también son aplicables al derecho de acceso a los recursos.

De ahí que, cuando el ordenamiento procesal regula un recurso, el acceso al mismo por la parte que sufre un perjuicio en sus derechos se encuentra comprendido dentro de los derechos a la tutela judicial efectiva y de administración de justicia. Sin embargo, si bien el derecho a los recursos es de base constitucional, porque encuentra su fundamento en los derechos a la tutela judicial efectiva y a la administración de justicia, previstos en el artículo 17 de la CPEUM, corresponde su configuración legal al legislador ordinario, pero dicha facultad no es omnímoda, pues solo puede limitar el acceso a los recursos en aras de proteger otros derechos fundamentales.

Así, el legislador no puede crear obstáculos irrazonables o desproporcionados que impidan a las partes afectadas por un acto procesal acceder de inmediato a una segunda instancia. Por su parte, los jueces y tribunales tienen el deber de aplicar e interpretar las disposiciones legales que regulan los recursos, en la forma más favorable a su admisión, toda vez que el acceso a estos se rige por los principios del derecho a la tutela judicial efectiva, dado que constituyen la continuación del proceso; de manera que, al existir un medio de defensa para impugnar las resoluciones del juez del proceso, la parte afectada tiene los siguientes derechos: a) a interponer el medio de defensa sin que se le exijan requisitos desproporcionados; b) a que se admita el recurso, salvo que exista un impedimento legal para ello, pero dicho impedimento deberá interpretarse en el sentido más favorable al recurso; c) a que los impedimentos legales que obstaculizan el acceso a los recursos, se apliquen sin formalismos y en atención a su finalidad de estos; d) a que se tramiten los recursos con arreglo a los principios de igualdad y contradicción; y e) a que se dicte una resolución de fondo en segunda instancia que resuelva en sus méritos la controversia planteada por el recurrente.[56]

---

[56] Tesis: I.7o.C.66 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 997.

En suma, el libre acceso a los recursos para poder plantear en ellos las cuestiones que afectan los derechos de las partes en un proceso, es una condición necesaria para que resulten efectivos los derechos a la tutela judicial y a la administración de justicia. Ello supone que el legislador debe configurar el acceso a los recursos mediante una ley que establezca los términos, formas y modos de tramitarlos; pero está impedido para establecer libremente límites a ese derecho, dado que solo puede hacerlo en forma restrictiva y para dar cobertura o proteger otros bienes constitucionalmente garantizados, y observar que no sean desproporcionadas las cargas que esos límites impongan a los justiciables.

Por su parte, los jueces y tribunales deben interpretar las normas que regulan la tramitación de los recursos en el sentido más favorable que permita el acceso a las partes a una segunda instancia, evitar introducir o hacer interpretaciones estrictas de las disposiciones legales que impidan el acceso a los medios de defensa legal.[57]

El cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso; esto es, la obligación de la autoridad de hacer cumplir sus resoluciones, especialmente, cuando se trata de una sentencia definitiva o laudo que ha sido favorable a los intereses de alguna de las partes.

Por tanto, para afirmar que se ha respetado el derecho fundamental de acceso a la justicia previsto en el artículo 17 constitucional, se requiere se dé respuesta al justiciable en los términos de ley, y se atienda al aspecto material o subgarantía de "ejecución de resoluciones" o de "justicia cumplida", que otorga a los gobernados el derecho a que los fallos dictados por las autoridades jurisdiccionales se notifiquen y cumplan cabalmente.[58]

5. Algunos retos para México en materia de acceso a la justicia: incremento en la percepción de la inseguridad, impunidad y corrupción

En el año 2016, el INEGI en la ENVIPE, dio a conocer las siguientes cifras: la inseguridad y el delito en hogares representaron una cifra de 229,100 millones de pesos (mdp) durante 2016, equivalente al 1.1% del Producto Interno Bruto (PIB); lo que, en promedio, equivale a 5,647 pesos por persona afectada por la inseguridad y el delito. El costo de la inseguridad se divide en gastos en medidas

---

57 *Idem*.

58 Tesis: XXXI.4 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 1105.

preventivas, pérdidas económicas causadas por los delitos y gastos por daños en la salud.[59]

En el primer semestre del año 2019, *México Evalúa* presentó la sexta edición de un ejercicio de seguimiento y evaluación, denominado *Hallazgos 2018*,[60] en el cual destaca que nos encontramos en "un momento crucial para el sistema de justicia penal". Alertan sobre las consecuencias negativas de "una contrarreforma penal que redunde en mayores incentivos para la corrupción", por lo que proponen consolidar las capacidades de las instituciones del sistema. También señalan que, para el año 2018, el promedio nacional de impunidad directa del sistema acusatorio es de 96.1%, y que en el ámbito federal es de 94.6%.

Lamentablemente, persisten los rezagos en la consolidación del sistema a nivel nacional; los estados peor evaluados en el Ranking Nacional de Avance en la Consolidación son Guerrero, Nayarit y Quintana Roo.

En la página de Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO) se reporta el *Índice Global de Impunidad México* (IGI) 2018,[61] y se sostiene que es el cuarto país más impune a nivel global. Con una calificación de 69.21 puntos está a la cabeza de las naciones impunes en América, de acuerdo con el Índice Global de Impunidad México 2018 (IGI-MEX 2018), publicado por la Universidad de las Américas Puebla (UDLAP). Dicho estudio se publica anualmente desde 2015 y busca medir estadísticamente los grados de impunidad en distintos países, así como al interior del país. El reporte no solo ubica a México en la lista de impunidad global, sino que también ahonda en el estado de esta problemática en cada una de las entidades federativas.

En la lucha contra la corrupción en México, desde el año 2012 se ha experimentado un marcado retroceso. En 2017, el *Índice de Percepción de Corrupción 2018 de Transparencia Internacional* calificó a México con 29 puntos, para ubicarlo en el lugar 135 (de 180). En ese año, la corrupción fue el segundo problema más importante que enfrentó el país, de acuerdo con la percepción de la población de 18 años y más en ciudades de 100 mil habitantes o más.[62] En esta edición, el informe evaluó a 180 países en una escala donde 0 es altamente corrupto y 100 es

---

59 INEGI, ENVIPE 2016, *https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2016/*

60 Índice Global de Impunidad México (IGI) 2018, *http://www.mexicoevalua.org/Hallazgos2018/*

61 Índice Global de Impunidad México 2018 vía UDLAP, *https://imco.org.mx/temas/indice-global-impunidad-mexico-2018-via-udlap/*

62 "…el porcentaje de población preocupada por este fenómeno pasó de 50.9% en 2015 a 56.7% en 2017. La inseguridad y delincuencia se mantuvo como el principal problema que preocupa a la población con 73.7%, superior al 66.4% estimado en 2015". *Vid.*, INEGI, Comunicado de Prensa Núm. 136/18, 22/03/2018, ENCIG 2017, p. 2, *https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/EstSegPub/encig2018_03.pdf*

muy limpio. El índice reveló que más de dos tercios de los territorios analizados calificaron por debajo de los 50 puntos, lo que dio un promedio general de 43. [63]

6. Principales desafíos para México en materia de acceso a la justicia

6.1. Reducir la violencia

El alto índice de delitos denominados de alto impacto[64] y aquellos que afectan a las mujeres son alarmantes en México. Según el *Observatorio Nacional Ciudadano*, los reportes sobre delitos de alto impacto revelan que entre enero y agosto de 2017, se han cometido un total de 483 mil 098 delitos. Los primeros 5 meses de 2019 culminaron con estadísticas alarmantes de incidencia delictiva; en este periodo se reportaron la mayor cantidad de víctimas de homicidios dolosos y feminicidios. Si se compara con el mismo periodo de 2018, este año lo supera en 5.37%, lo que equivale a 740 víctimas. En ese mismo periodo, las entidades con mayor número de víctimas fueron Guanajuato, Estado de México y Jalisco, en las cuales se acumula el 27.42% del total nacional.[65]

Human Rights Watch en su Informe Mundial 2019,[66] reporta que en México:

> Es habitual que las víctimas de delitos violentos y violaciones de derechos humanos no obtengan justicia en el sistema de justicia penal mexicano. Esto se debe a diversos motivos que incluyen corrupción, falta de capacitación y de recursos suficientes, y la complicidad de agentes del Ministerio Público y defensores de oficio con delincuentes y funcionarios abusivos.

El *Institute for Economics and Peace* (IEP), en su informe Índice de Paz México 2019,[67] destaca que, en 2018, la paz en México tuvo un retroceso de 4.9%; el nivel de paz mejoró en 10 estados, pero en 22 se deterioró. La razón principal de ese deterioro fue el recrudecimiento de la tasa de homicidios, que se elevó 14%. En

---

63 IMCO, Índice de Percepción de la Corrupción 2018 vía Transparencia Internacional, *https://imco.org.mx/politica_buen_gobierno/indice-percepcion-la-corrupcion-2018-via-transparencia-internacional-2/*

64 Homicidio doloso, homicidio culposo, secuestro, extorsión, robo con violencia, robo de vehículo, robo a casa habitación, robo a negocio, robo a transeúnte, violación, trata de personas, narcomenudeo.

65 Observatorio Nacional ciudadano, Reporte de Delitos de Alto Impacto, mayo 2015, *http://onc.org.mx/wp-content/uploads/2019/08/reporte-mayo.pdf*

66 Human Rights Watch en su Informe Mundial 2019, *https://www.hrw.org/es/world-report/2019/country-chapters/326034*

67 Institute for Economics and Peace, Índice de Paz México 2019, *http://visionofhumanity.org/app/uploads/2019/06/Mexico-Peace-Index-2019-Spanish.pdf*

2018, esta tasa alcanzó en México niveles históricamente altos: 27 muertes por cada 100,000 habitantes, más de 34,000 víctimas. Este grado de violencia supera el punto álgido que hubo en 2011. El incremento en la tasa de homicidios en 2018 se acompañó de un aumento considerable en la tasa de violencia con armas de fuego, que creció 16% y provocó que 24 de los 32 estados reportaran crecientes tasas de delitos cometidos con ese tipo de armas.

El principal hallazgo de este informe es que, ante la escalada de violencia, el gobierno ha invertido en el sistema judicial menos de lo que se requiere. Actualmente, el gasto del gobierno en las fuerzas policiales y el sistema judicial como porcentaje del PIB, es apenas la mitad del promedio de los demás países que integran la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Aunado a ello, únicamente en 7% de los delitos se abrieron carpetas de investigación en 2017 y menos de 3% terminaron en una sentencia, lo que arrojó una tasa de impunidad de 97%. México tiene tan solo 3.5 jueces y magistrados por cada 100,000 habitantes, muy por debajo del promedio global de 16, y del promedio de la OCDE de 17.9.

De nueva cuenta, Yucatán fue el estado más pacífico de México, seguido de Campeche, Tlaxcala, Chiapas e Hidalgo. Sin embargo, el año pasado estos cinco estados registraron un incremento en sus tasas de homicidios, lo que concuerda con la tendencia nacional.

De acuerdo con la OCDE, el reto para superar estas alarmantes cifras es que todas las administraciones trabajen en conjunto en acciones que contengan y reduzcan la violencia que afecta a la mayor parte del territorio nacional. Para ello, se debe mejorar urgentemente la capacidad de investigación y disuasión de las instituciones de seguridad, procuración e impartición de justicia, en áreas prioritarias como tráfico de armas y lavado de dinero.

6.2. Erradicar la corrupción

Los datos del INEGI reportan que la corrupción afecta la economía nacional, le cuesta a México el 5% de la inversión privada, de acuerdo al reporte de la última Encuesta Nacional de Calidad Regulatoria e Impacto Gubernamental en empresas (ENCRIGE), del año 2016,[68] que tiene como objetivo generar información estadística relativa a la experiencia y percepción de las unidades económicas del sector privado al realizar trámites y solicitar servicios públicos; así como sobre la percepción de los marcos regulatorios bajo los cuales se rigen tanto aquellas

---

68 INEGI, ENCRIGE 2016, Principales Resultados, p. 54, *https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/encrige/2016/doc/presentacion.pdf*

unidades económicas establecidas como aquellas que pretenden establecerse en México.[69]

En cuanto al acceso a la justicia las empresas requieren que el Estado en el cual realizan sus actividades económicas les ofrezca simplificación de trámites administrativos, certeza y seguridad jurídica respecto al cumplimiento de los contratos.

Algunos de los resultados obtenidos en esa encuesta ilustran la realidad y los problemas a los que se enfrentan las empresas en México:

- Los negocios y empresas pagaron 1,600 millones de pesos por actos de corrupción.
- El 20% de las empresas consideró el marco regulatorio como un obstáculo para alcanzar sus objetivos y 50.9 % que las cargas administrativas aumentaron respecto al año anterior.
- El 40% de los trámites se realizó en instalaciones gubernamentales y el 22.7% se hizo en internet.
- Las pequeñas empresas son quienes invirtieron más tiempo al realizar pagos de trámites y pagos o solicitudes de servicios y emplearon para ello 26.8 horas.
- El 69% de las empresas consideró que la obtención de una conexión eléctrica es el trámite que les generó menor satisfacción y el 80.2% consideró el alta patronal de trabajadores del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), como el trámite más satisfactorio.
- El servicio de recolección de basura fue el servicio mejor valorado pues 56% de las empresas lo consideró satisfactorio. El servicio de policía fue el peor calificado y solo para un 32% de las empresas resultó el más satisfactorio.

Por su parte, Transparencia Internacional, realiza las siguientes recomendaciones para México en el *Índice de Percepción de la Corrupción 2018*: asegurar la correcta implementación del Sistema Anticorrupción en todo el territorio nacional; incorporar a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) y al Servicio de Administración Tributaria (SAT) en el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA), para fortalecer las investigaciones de lavado de dinero y las llamadas "empresas fantasma"; crear una Fiscalía General de la República capaz, autónoma e independiente para asegurar que la política anticorrupción del país no dependa ni de la política, ni de intereses privados; avanzar hacia sistemas de información interoperable y automatizada de todas las instituciones públicas, incluye la máxima

---

69 *Ibidem*, p. 2.

publicidad y formatos abiertos respecto del financiamiento a partidos políticos y sus proveedores.

6.3. Promover y garantizar el pleno respeto de los derechos humanos

Se deben fortalecer las acciones para garantizar el pleno respeto de los derechos humanos. La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) ha establecido una amplia agenda en esta materia, con 186 puntos; la cual, responde a una complejidad y diversidad de problemáticas vinculadas a las diversas exigencias de los derechos humanos que existen en México. La agenda agrupa estos problemas en seis rubros principales: (i) hacer posibles los derechos humanos; (ii) legalidad, seguridad y justicia para los derechos humanos; (iii) temas de atención urgente para el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos; (iv) empoderamiento y protección de grupos de atención prioritaria; (v) los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) y los objetivos de desarrollo sostenible; y (vi) compromisos internacionales.

Para la CNDH, se requiere "emprender un proceso de reconciliación social que, a partir del reconocimiento y respeto de la dignidad de las personas, nos permita orientar las acciones de gobierno que se emprendan, hacia la construcción de un entorno de paz, justicia, inclusión, legalidad y civilidad". Estas acciones están encaminadas a propiciar "que México sea, de verdad, una sociedad de derechos".[70]

Si bien es cierto que, "México cuenta con el marco legal y la capacidad para consolidar las instituciones necesarias para que las violaciones a la dignidad humana que se presenten en nuestro país puedan ser investigadas, los responsables sancionados y el daño reparado", en la práctica, este mismo marco legal es usado en contra de los gobernados; quienes, por desconocimiento y altos índices de impunidad, no ejercen su derecho de reclamar justicia y reparación para todas las víctimas. Pero se debe tener presente que los ciudadanos tienen derecho a la legalidad y al efectivo respeto y garantía de los derechos fundamentales, y las pautas que orienten nuestra convivencia cotidiana.[71]

---

70 CNDH, Agenda Básica de Derechos Humanos 2019. Propuesta, 01/04/2019, p. 77, *https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/informes/agenda/Basica-de-DDHH-2019.pdf*

71 *Idem.*

7. Compromisos internacionales e implementación del marco legal para garantizar el acceso a la justicia

En materia de derechos humanos, México ha aprobado un importante número de instrumentos internacionales, en función de los cuales ha implementado reformas constitucionales y legales, para armonizar el sistema interno con el internacional y están pendientes algunas acciones, entre las cuales se pueden señalar las siguientes: leyes reglamentarias de los artículos 29 y 33 constitucionales; leyes que garanticen que los organismos locales de derechos humanos cuenten con los recursos y capacidades necesarias para el desempeño de sus funciones y ejerzan una autonomía plena; revisión de los contenidos de la Ley de Seguridad Interior y de Seguridad Nacional, a efecto que sean pertinentes pero acordes al reconocimiento y respeto de los derechos humanos; leyes federales sobre temas como la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas; hacer las adecuaciones normativas para que la implementación de las alertas de violencia de género contra las mujeres sea más oportuna y cuente con los recursos necesarios para ello; procurar la aplicación efectiva de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, mediante la armonización normativa de los ordenamientos cuyos contenidos sean incompatibles con esta; realizar la armonización legislativa a nivel local, a efecto de que se homologuen sus contenidos con la legislación federal, respecto del requisito de 18 años como edad mínima para contraer matrimonio, que contemple medidas que puedan resolver casos concretos, en atención al interés superior de niñas, niños y adolescentes; promover una armonización legislativa conforme al bloque constitucional y al control convencional de los ordenamientos jurídicos vigentes en nuestro país con el contenido de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.

También se requiere promover las adecuaciones legislativas para que se establezca un procedimiento unificado de corrección de actas de nacimiento y otros documentos oficiales, para que correspondan con la identidad de género de las personas. Así mismo, el reconocimiento a la no discriminación por identidad de género, expresión de género; generación del registro confidencial, expedito y con tendencia gratuita.

En definitiva, está pendiente promover la armonización legislativa (legislación), y armonización normativa (dentro de la normatividad del poder ejecutivo), en todo el país en los rubros de acoso sexual, abuso sexual, hostigamiento sexual, así como para eliminar las prácticas discriminatorias o tipos penales contenidos en leyes, códigos y normas, en perjuicio de la vida, salud y dignidad de las mujeres, conforme a estándares internacionales.

Es importante impulsar el respeto y protección de los derechos de la población indígena y afrodescendiente, a partir de la revisión del marco normativo, a fin de asegurar su armonización con el bloque constitucional y el control convencional.

En cuanto a la armonización del marco jurídico existente en el país sobre las personas mayores, bajo una perspectiva de derechos humanos, que contemple enfoque de género y que concrete el reconocimiento de derechos como los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, la protección de los derechos laborales de las personas mayores, el relativo al trato preferente, el principio de no discriminación, así como el empoderamiento económico de las mujeres mayores; legislar para la protección de las personas mayores y con discapacidad, en situación de migrantes, apátridas, desplazamiento; legislar para la protección de los derechos de las personas con discapacidad mental, en condiciones de privación de libertad; armonización en toda la República, de la legislación relativa al matrimonio igualitario.

En el planteamiento del *Pacto por México* se esbozaron reformas estructurales para alcanzar crecimiento económico: reforma en materia laboral, energética, competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión, hacendaría, financiera, educativa, Ley de Amparo, sistema penal acusatorio, político-electoral, en materia de transparencia, y sistema nacional anticorrupción.[72]

8. Aportación del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México desde el ámbito académico

El Tribunal Superior de Justicia del Estado de México día a día facilita el acceso a la justicia mediante los órganos que imparten justicia en las diversas materias: constitucional, civil, mercantil, familiar, penal, justicia para adolescentes. Además contribuye desde el ámbito académico a garantizar y mejorar este acceso en la práctica, con la reflexión y diálogo de académicos que estudian las barreras que impiden el acceso a la justicia mediante la publicación de los resultados de las investigaciones de posgrado.

Esta obra forma parte de esas investigaciones que permiten evidenciar algunos problemas recurrentes y proponer soluciones tendientes a mejorar la función jurisdiccional.

8.1. Acceso a la justicia en materia civil

En materia civil se abordan tres problemas de sumo interés: la "Colegiación de abogados postulantes como requisito necesario para un completo acceso a la

---

72 Ver texto completo del Pacto por México, del 02/12/2012, en: *https://embamex.sre.gob.mx/bolivia/images/pdf/REFORMAS/pacto_por_mexico.pdf*

justicia", "La debida diligencia en el emplazamiento como garante del acceso a la justicia en el procedimiento civil" y la "Efectividad en el juicio civil y el derecho de acceso a la justicia".

En el primer artículo de la segunda parte, se expone como la formación jurídica y ética constituyen el binomio inseparable del profesional del Derecho que la sociedad requiere. La deficiencia en estos dos elementos constituye una barrera de acceso a la justicia, por lo que se exige litigantes más honestos y comprometidos con el fondo de los procedimientos, como intermediarios necesarios de las personas que necesitan tramitar un juicio. Consecuentemente, este estudio propone, para superar esta situación, que una vez que los estudiantes de derecho concluyan su licenciatura e inicien el ejercicio de la profesión, sean examinados para comprobar sus competencias e incorporarse en algún colegio o barra de abogados de manera obligatoria, para acreditar los conocimientos teóricos y prácticos. Para garantizar el acceso efectivo a la justicia, se propone que, en cumplimiento los compromisos internacionales asumidos por México, la implementación de mecanismos para colegiación y certificación obligatorios de los abogados.

En el segundo, se propone la intervención oficiosa del juez para verificar si el emplazamiento se realizó conforme a las formalidades del artículo 2.120 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México (CPC), con la finalidad de prevenir y subsanar oportunamente las irregularidades que pudiera contener la diligencia de emplazamiento para evitar la tramitación de un juicio que pudiera resultar nulo y que impida una impartición de justicia pronta y completa. La falta de emplazamiento o su práctica defectuosa puede y debe corregirse de oficio en cualquier estado del procedimiento, no solo por el juzgado de primera instancia sino también por el tribunal de apelación. Su indebida práctica es violatoria de los derechos humanos de acceso a la justicia, debido proceso y tutela judicial efectiva.

En la última contribución de la segunda parte de esta obra, se destaca la obligación de garantizar y proteger el derecho de acceso a la justicia, privilegiar la solución del conflicto sobre formalismos procedimentales y emitir sentencias completas, se traslada así la efectividad a la real solución de la controversia. El trabajo plantea como en materia civil es recurrente que se dicten sentencias inhibitorias, como consecuencia de deficiencias y omisiones en el planteamiento de la demanda inicial o errores en el ofrecimiento de pruebas, sin analizar el fondo de la controversia. Sin embargo, el derecho de acceso a la justicia no puede estar supeditado a la pericia legal de los justiciables y sus abogados, sino que es deber del juez emitir sentencias prontas, completas e imparciales, por ser una obligación constitucional. Se propone, para evitar el dictado de resoluciones que no entren al fondo del asunto por cuestiones formales, que el juez utilice, en toda su amplitud, las atribuciones que le confiere el CPC del Estado de México, relativas a la revi-

sión oficiosa del emplazamiento, la prevención y aclaración de la demanda inicial, y la facultad probatoria.

8.2. Acceso a la justicia en materia familiar

En la materia familiar también se presentan importantes barreras de acceso a la justicia. La tercera parte está integrada por cuatro capítulos: el primero, "De la justicia oral familiar a la justicia restaurativa, como acto previo al juicio"; el segundo, "Guarda y custodia como medida provisional en el procedimiento de divorcio incausado", seguida de la "Reposición del procedimiento en las controversias del orden familiar en el Estado de México", por último, "El reconocimiento judicial del concubinato en el Estado de México".

El primer capítulo, está dedicado a la restauración en el ámbito familiar, se concibe como una herramienta jurídica que deviene de los mecanismos alternos de solución de controversias sustentado en el artículo 17 de la CPEUM cuyo objetivo, en esencia, radica en reestablecer las relaciones humanas fragmentadas en el sistema familiar. En este contexto, la justicia restaurativa se instituye como un acto previo al juicio para que los interesados tengan la oportunidad de externar su dilema en forma directa, eficaz e igualitaria y sobre todo humana, para obtener un acuerdo satisfactorio en atención a sus necesidades e intereses. Además, se propone la reforma al artículo 5.40 del CPC del Estado de México, con la finalidad de incluir al facilitador familiar, con facultades de orientación y conducción del procedimiento restaurativo.

En el segundo capítulo, se reconoce la importancia del Derecho familiar para el desarrollo armónico de la sociedad, para la regulación de los conflictos que se generan en su seno; uno de ellos es el vinculado con la medida provisional de guarda y custodia decretada en el procedimiento de divorcio incausado, que puede no satisfacer el interés superior del niño, niña o adolescente por cuanto el juez, al decretar la medida cautelar, no tiene ningún elemento para determinar qué esa designación sea la más adecuada al interés superior de estos. Ante esta problemática se presenta un análisis del ordenamiento jurídico mexicano, en sus fuentes internacionales e internas, para reflexionar sobre las implicaciones de las medidas provisionales de la guarda y custodia sobre el desarrollo integral de la niña, niño o adolescentes, en un procedimiento de divorcio incausado.

El capítulo tercero evidencia que las normas jurídicas que regulan la reposición del procedimiento en las controversias del orden familiar en el Estado de México no establecen las bases para que el acceso a la justicia sea una realidad; pues no basta con ordenar la reposición del procedimiento para decretar medios de prueba, cuando se involucren derechos de menores o incapaces y en materia de alimentos a favor del acreedor alimentario (art. 5.79); y la reposición del proce-

dimiento con reenvío al juzgado de primera instancia, por ausencia de algún presupuesto procesal esencial o por una violación procesal manifiesta, cuando haya trascendido al resultado del fallo; o bien, cuando en suplencia de la queja se estime necesario el desahogo de medios probatorios (art. 5.80). Por tanto, se propone dar paso a los mecanismos y medios que aseguren la protección efectiva de sus derechos, en atención al artículo 17, párrafos segundo y tercero constitucional. Este estudio evidencia la necesidad de incorporar una norma procesal que prevea un mecanismo de control para que el tribunal de segunda instancia dé seguimiento a la reposición del procedimiento, con el objeto de verificar el cumplimento de lo determinado en un plazo razonable para garantizar el derecho de acceso efectivo a la justicia. Sin perjuicio de poder hacerlo con base al principio del debido proceso. Así se propone la reforma del artículo 5.81 del CPC del Estado de México.

En el cuarto y último capítulo de este apartado, se aborda la realidad social del concubinato ante las omisiones del Código Civil del Estado de México. En atención a la obligación del juez de salvaguardar los derechos humanos en cualquier controversia se propone el reconocimiento del concubinato a través de un procedimiento en línea, que permita acreditar tanto su constitución como disolución, con el objeto de otorgar fecha cierta de inicio y fin a esta relación jurídica, lo que redundaría en certeza y seguridad jurídica, a los fines de determinar claramente los derechos que se adquirieron durante este tiempo: pensión alimenticia, seguridad social, incluso guarda y custodia, en caso de existir menores.

8.3. Acceso a la justicia en materia penal y procesal penal

La materia penal ha sido tradicionalmente el punto de principal atención de la impartición de justicia, en virtud de lo sensible de este sector, en el cual se suelen vulnerar con mayor intensidad los derechos humanos, en la cuarta parte de esta obra se tratan tres temas: "Interpretación hermenéutica en la función jurisdiccional penal en el Estado de México"; el "Derecho humano de acceso a la justicia para sentenciados con discapacidad psicosocial en el Estado de México"; y el "Reconocimiento de la reparación del daño por error judicial en la legislación penal del Estado de México".

En el primer capítulo, se aborda la interpretación hermenéutica en atención a las reformas constitucionales y legales que han impactado el sistema de justicia penal mexicano, ante lo cual se hace patente la necesidad de un cambio sustantivo en la estructura de las sentencias dictadas por los jueces penales, con la finalidad de lograr resoluciones justas y coherentes a la realidad jurídica, lo que permitirá coadyuvar en los esfuerzos permanentes para erradicar la impunidad; por ello, es indispensable la implementación de la interpretación hermenéutica que considera los conceptos de historicidad, tradición, cultura y autoridad, propios del ser hu-

mano. Para lograr este objetivo se propone que el titular del órgano jurisdiccional al emitir una sentencia realice un análisis hermenéutico de la ley, la jurisprudencia y el caso concreto; de esta manera se garantizará el derecho humano de acceso a la justicia.

En el segundo capítulo, se identifica una barrera de desigualdad y discriminación de acceso a la justicia de las personas con discapacidad psicosocial que infringen la ley penal, en atención a que el Estado debe procurar una efectiva impartición de justicia, con respeto a los derechos humanos; se hace patente esa problemática social y la necesidad de atención por parte del sistema de justicia penal, en especial de aquellos sectores de la población que sufren discriminación por tener algún tipo de discapacidad mental, que al ser privadas dela libertad, no están en condición de comprender el motivo o la conducta ilícita en la que incurrieron. En ese sentido, existe un derecho diferenciado y no se les debe impartir justicia en igualdad de circunstancias frente a los demás sujetos de derechos, toda vez que son más propensas a violaciones de derechos humanos. Durante el proceso penal, estas personas enfrentan demasiados obstáculos para ejercer efectivamente sus derechos y obtener una efectiva impartición de justicia, debido a que la legislación penal requiere de ajustes razonables respecto a su tratamiento psiquiátrico, así como apoyo psicológico y social. Para un efectivo sistema de justicia que proteja el derecho de acceso a la justicia de estas personas se requiere que se adopten diversas medidas de seguridad, en atención a sus particulares necesidades.

En el capítulo tercero, se estudia el error judicial en la legislación penal, por cuanto es una figura legal reconocida de manera sustantiva en el artículo 10 de la CADH; no obstante, en la CPEUM, no se contempla como un derecho de la persona imputada en el artículo 20 apartado B, ni se han establecido mecanismos o procedimientos para hacer valer el derecho a ser indemnizado por error judicial a nivel federal ni local. En esa tesitura, se hace un estudio comparativo del error judicial, se analizan los criterios emitidos por la SCJN, la definición y tipos de errores judiciales. Se reconoce la necesidad de instrumentalizar el derecho a ser indemnizado en caso de haber sido condenado mediante sentencia firme por error judicial en materia penal, para que los particulares tengan un efectivo acceso a la justicia y evitar que en el Estado de México se incurra en responsabilidad por incumplimiento de los tratados y convenios internacionales vigentes. Se propone regular la indemnización patrimonial por error judicial, en aplicación del control de convencionalidad, en atención al artículo 2º de la CADH.

8.4. Acceso a la justicia en el sistema de justicia penal para adolescentes

En este apartado se identifican barreras normativas en materia de justicia penal para adolescentes, en dos capítulos: el primero sobre la "Situación jurídica

del adolescente en el ámbito penal" y el segundo, sobre "La reparación del daño mediante justicia restaurativa en el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes".

En el primer capítulo se hace un análisis positivista y descriptivo, acerca del adolescente desde el ámbito penal, a la luz de la legislación nacional e internacional. Los adolescentes que trasgreden la ley enfrentan una barrera de desigualdad y discriminación para el acceso a la justicia penal. Con este estudio se pretende generar certidumbre en cuanto a las particularidades del adolescente frente al Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, para la imposición de medidas cautelares de carácter personal, en el dictado de penas o sanciones, así como en la ejecución de la sentencia.

En el segundo capítulo, se realiza un análisis de lo que es la justicia restaurativa, objetivo, finalidad y aplicación en el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, vista como una elección para garantizar a la víctima el acceso a la justicia, y con ello, obtener la reparación del daño a un nivel individual y social, que fue causado por la comisión de un hecho antijurídico realizado por un adolescente; lo que se alcanza a través de un proceso en el que la o el agresor, la víctima y, de ser necesario, otros individuos pertenecientes a una comunidad, participen de manera activa y en conjunto, para resolver los problemas que surgieron por el hecho delictuoso, para así generar la reconciliación entre los afectados y los agresores, y en el caso de los adolescentes en conflicto con la ley penal, asuman un rol constructivo y cuenten con las herramientas necesarias para reintegrarse a la vida profesional y social.

8.5. Grupos vulnerables frente a la justicia

El último apartado de esta obra está dedicado a los grupos vulnerables, específicamente a personas transexuales y transgénero, adultos mayores y niños, niñas y adolescentes, en todos estos estudios se identifican barreras normativas y jurisdiccionales de acceso a la justicia.

En el primer capítulo, se plantea que el Código Civil del Estado de México no contempla la posibilidad de que mediante una solicitud de carácter administrativo ante el Registro Civil, se pueda realizar una reasignación sexo-genérica; por tanto, con la finalidad de cumplir con los lineamientos establecidos por la Corte-IDH en este rubro, se propone que se adicione dentro de la competencia del Juzgado Familiar en Línea del Poder Judicial del Estado de México, el conocer sobre los asuntos de reasignación sexo-genérica, para garantizaría el respeto y protección de derechos humanos de una forma más rápida y menos costosa para los justiciable, pues se trata un procedimiento no contencioso y con muchas ventajas.

El segundo capítulo, se dedica a los derechos humanos de los adultos mayores. Si bien, a partir de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, se obliga a todas las autoridades del país en el ámbito de su competencia a garantizar, proteger, promover y respetar los derechos humanos de las personas, cierto es, que debe acudirse a los tratados internacionales que consagran de manera más amplia los derechos fundamentales de las personas adultas mayores. Por ello, se propone que todas las autoridades, especialmente los jueces en materia civil en el Estado de México asuman dicha obligación constitucional y ejerzan un control de convencionalidad, interpreten y apliquen el orden jurídico local a la luz de toda la normativa nacional e internacional, en lo que más favorezca a las personas, conforme a los criterios fijados por la SCJN.

Para cerrar esta obra colectiva, en el tercer capítulo de esta última parte, se aborda lo relacionado con la igualdad, equidad y perspectiva de género en litigios de guarda y custodia de un menor. Se analizan sí, en efecto, las determinaciones dictadas por el juez familiar tutelan de manera efectiva la igualdad entre el hombre y la mujer, al momento de otorgar la guarda y custodia de un menor, en una controversia de carácter familiar. Se tratan cuatro aspectos fundamentales: derechos humanos y derechos fundamentales; principios constitucionales de derechos humanos en salvaguarda de la igualdad y no discriminación entre el varón y la mujer; equidad, igualdad y perspectiva de género; y la función jurisdiccional de los jueces familiares en impartición de justicia con perspectiva de género. Se identifica la importancia de juzgar en las controversias de guarda y custodia con perspectiva de género.

9. Reflexiones finales

El acceso a la justicia es un derecho humano, principio fundamental del Estado de Derecho, contenido en los artículos 1, 14, 17 y 133 de la CPEUM; el juzgador tiene la obligación de actuar oficiosamente, en algunos supuestos, y dar respuesta al justiciable de manera pronta, completa, imparcial y gratuita, para garantizar la tutela judicial efectiva.

En México en la internacionalización de los derechos humanos, específicamente en materia de acceso a la justicia, se han aprobado un importante número de convenciones, así como acciones para el fortalecimiento de la justicia.

El derecho a la tutela judicial efectiva exige que los jueces en la dirección del proceso eviten dilaciones, entorpecimientos indebidos, impunidad y frustración en la pretensión judicial de los derechos humanos y que superen las barreras jurisdiccionales o procesales; y eviten formalismos excesivos en los que prevalezcan la forma y técnica por encima del fondo.

El nuevo principio constitucional relativo a la protección más amplia de las personas obliga a los jueces a la búsqueda de la solución que más se aproxime a ese objetivo.

Los jueces tienen el deber de aplicar e interpretar las disposiciones legales que regulan los recursos en la forma más favorable a su admisión, toda vez que el acceso a estos se rige por los principios del derecho a la tutela judicial efectiva al constituir la continuación del proceso.

El Tribunal Superior de Justicia del Estado de México contribuye desde el ejercicio jurisdiccional y en el ámbito académico para garantizar y mejorar el acceso a la justicia con la reflexión y diálogo de académicos que analizan y estudian las barreras que impiden al acceso a esta, mediante la publicación de los resultados de las diversas investigaciones producidas por los servidores públicos.

10. Bibliohemerografía

Bibliografía

Cappelletti, Mauro y Brayant, Garth, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

Castilla Juárez, Karlos Artemio, *Acceso efectivo a la justicia elementos y caracterización*, México, Porrúa, 2012.

Ortiz Ahlf, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, Serie: Doctrina Jurídica, núm. 588, México, IIJ-UNAM, 2011.

Quispe Remón, Florabel, "Acceso a la justicia y objetivos del desarrollo sostenible", en Fernández Liesa, Carlos R. y Díaz Barrado, Castor M., *Objetivos de desarrollo sostenible y derechos humanos: Paz, justicia e instituciones sólidas /Derechos humanos y empresas,* Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, colección electrónica, núm. 9, 2018, pp. 241-245.

Hemerografía

Sainz-Borgo, Juan Carlos, "El acceso a la Justicia en la dinámica institucional internacional en Iberoamérica", en Rojas Aravena, Francisco y Acosta, Karen, *El Acceso a la justicia desde una perspectiva internacional en América Latina*, Costa Rica, UPEACE, University Press, Agencia de Cooperación Alemana (GIZ), 2018, pp. 19-37.

Tomas, Alonso, "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: El Derecho a la vida, seguridad e integridad personal de los privados de libertad", *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 13, Edición Especial, 2019, pp. 7-36.

Documentos publicados en Internet

Barrena, Guadalupe, *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, Fascículo 3, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, *http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29904.pdf*

CNDH, Agenda Básica de Derechos Humanos 2019. Propuesta, 01/04/2019, *https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/informes/agenda/Basica-de-DDHH-2019.pdf*

Human Rights Watch en su Informe Mundial 2019, *https://www.hrw.org/es/world-report/2019/country-chapters/326034*

IMCO, Índice de Percepción de la Corrupción 2018 vía Transparencia Internacional, *https://imco.org.mx/politica_buen_gobierno/indice-percepcion-la-corrupcion-2018-via-transparencia-internacional-2/*

Índice Global de Impunidad México (IGI) 2018, *http://www.mexicoevalua.org/Hallazgos2018/*

INEGI, Comunicado de Prensa núm. 136/18, 22/03/2018, ENCIG 2017, *https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/EstSegPub/encig2018_03.pdf*

INEGI, ENCIG 2015, *https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/encig/2015/doc/encig15_principales_resultados.pdf*

INEGI, ENCIG 2017, marzo 2018, *https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/encig/2017/doc/encig2017_principales_resultados.pdf*.

INEGI, ENCRIGE 2016, Principales Resultados, *https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/encrige/2016/doc/presentacion.pdf*

INEGI, ENVIPE 2015, *https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2015/doc/envipe2015_presentacion_nacional.pdf*

INEGI, ENVIPE 2016, *https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2016/*

INEGI, ENVIPE 2018, *https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2018/*

Institute for Economics and Peace, Índice de Paz México 2019, *http://visionofhumanity.org/app/uploads/2019/06/Mexico-Peace-Index-2019-Spanish.pdf*

Observatorio Nacional ciudadano, Reporte de Delititos de Alto Impacto, mayo 2015, http://onc.org.mx/wp-content/uploads/2019/08/reporte-mayo.pdf

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC): Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal, Resolución 67/187, Viena, 2013, *https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/13-86673_ebook-Spanish.pdf*

ONU México, Objetivos de Desarrollo Sostenible, *http://www.onu.org.mx/agenda-2030/objetivos-del-desarrollo-sostenible/*

ONU, Acceso a la Justicia, *https://www.un.org/ruleoflaw/es/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/*

Pacto por México, del 02/12/2012, *https://embamex.sre.gob.mx/bolivia/images/pdf/REFORMAS/pacto_por_mexico.pdf*

PNUD, "Fortalecer el estado de derecho es vital para sustentar la paz y promover el desarrollo", 29/06/2016, *http://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/presscenter/articles/2016/06/29/undp-s-annual-rule-of-law-event-stresses-on-strengthening-the-rule-of-law-to-sustain-peace-and-foster-development.html*

Salvioli, Fabián Omar, "El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos", *http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-aporte-de-la-declaracion-americana-de-1948-para-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf*

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Compilación de instrumentos internacionales sobre protección de la persona aplicables en México, tomos I y II, México, 2012.

UN, A/69/181, *https://undocs.org/es/A/69/181*

UN, A/RES/67/1, *https://undocs.org/es/A/RES/67/1*

UN, A/RES/67/1, *https://undocs.org/es/A/RES/67/1*

UN, A/RES/70/1, *https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d1_es.pdf*

Tratados, convenios, pactos y declaraciones internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José", 1981.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, 1984.

Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 2006.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1965.

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 1990.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006.

Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

Jurisprudencia

Corte-IDH, Cantos vs. Argentina (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 28/11/2002.

Corte-IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras. Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_141_esp.doc*

Tesis de Jurisprudencia: 2a./J. 192/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Segunda Sala, t. XXVI, octubre de 2007, p. 209.

Tesis de Jurisprudencia: VI.1o.A. J/2, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XI, agosto de 2012, t. 2, p. 1096.

Tesis: 1a./J. 42/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena, t. XXV, abril de 2007, p. 124.

Tesis: I.7o.C.162 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 1278.

Tesis: I.7o.C.66 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 997.

Tesis: XXXI.4 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 1105.

Tesis: I.3o.C.29 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXI, Tribunales Colegiados de Circuito, junio de 2013, t. 2, p. 1225.

Capítulo II

LA ENSEÑANZA DE LA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Yaritza Pérez Pacheco*

SUMARIO

1. Consideraciones preliminares. 2. Estudio del marco normativo. 3. Fundamento de los derechos humanos. 4. Los derechos humanos como *valor,* como *derecho* y como *principio.* 5. Hacia una definición de los derechos humanos. 6. Principios que rigen a los derechos humanos. 7. Características que identifican a los derechos humanos. 8. Clasificación de los derechos humanos. 9. Mecanismos de protección de los derechos humanos. 10. Sistema jurídico mexicano de derechos humanos. 11. Bibliohemerografía.

1. Consideraciones preliminares

La teoría general de cualquier disciplina jurídica pretende ser más que una introducción a sus temas fundamentales, para mostrar las distintas posiciones o concepciones que sobre la disciplina en estudio se presentan en la doctrina; así como sus significados, alcances, principios, consecuencias, saberes, entre otros. Si bien es imposible abarcar todos los problemas de una disciplina a partir de su teoría general, se deben seleccionar los más importantes, los que coadyuven a la solución de los problemas que se plantean en la realidad.

La docencia jurídica en los países latinoamericanos ha estado fuertemente influenciada por la tradición romano-germánica, de la cual proviene su derecho positivo; es así como, la clase o cátedra magistral y la *glosa* o comentarios de los textos jurídicos se constituye en la técnica de enseñanza tradicional en las escuelas de Derecho. En los últimos veinte años se ha tratado de introducir cambios en los modelos y enfoques educativos para estudiar el *Derecho en acción*, la *realidad misma del Derecho*, a través de la *metodología de casos*, la *educación activa*, el

* Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogada por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesora de Derecho Internacional Privado. Fue directora de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV (2011-2015). Candidata a Investigadora Nacional del Sistema Nacional de Investigadores del CONACyT. Actualmente es la Subdirectora de Investigación del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México.

pensamiento lógico, crítico y valorativo, el *aprendizaje por proyectos*, *basados en competencias* y, más recientemente, el *aprendizaje basado en retos*.[1]

Si bien, estas nuevas tendencias educativas presentan importantes ventajas para el proceso de enseñanza-aprendizaje a nivel universitario, pues permiten acercar al estudiante a la resolución de problemas prácticos, no debemos obviar que en todos los casos es necesario apelar a la teoría, porque en ella se encuentran las herramientas necesarias para la comprensión de las posibles soluciones al caso planteado. Como afirma Pérez Cazarez: "Para cualquier manejo de casos es imprescindible, absolutamente, el conocimiento teórico de las instituciones jurídicas que han de ser aplicadas a cada supuesto concreto".[2]

El conocimiento sobre derechos humanos no solo es importante a nivel universitario y en las escuelas de Derecho, su teoría general constituye un eje trasversal para la educación en todos los niveles, porque se trata de educar en valores. La teoría general de los derechos humanos, desde su universalidad y validez transcultural, permitirá al estudiante alcanzar una mejor comprensión del mundo en que vive, para estar en capacidad de proponer soluciones mejor estructuradas a los problemas que se le presenten. No se trata de desconocer las diferencias culturales existentes o imponer los derechos humanos de occidente al resto del mundo, se trata de comprenderlas para favorecer su convivencia pacífica. Por cuanto, el fin último "de la enseñanza de los Derechos Humanos es transformar los valores de referencia en razones para vivir".[3]

Si partimos de la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948, en la cual se establece que la educación es el derecho a través del cual se propone extender el conocimiento, promoción y defensa del resto de los derechos (art. 26.2), podemos advertir la importancia de incorporar los temas sobre derechos humanos, no solo en su contenido, sino desde la realidad social y política que nos ha tocado vivir.[4]

En este contexto, este estudio introductorio pretende brindar al lector un acercamiento a los temas fundamentales de la teoría general de los derechos humanos

---

1 Millán López, Jaime y Pérez Pacheco, Yaritza, "Formación académica y profesional del abogado mexicano en el siglo XXI", *Revista Ex Legibus*, núm. 10, 2019, pp. 365-415.

2 Pérez Cazarez, Martín Eduardo, "Teoría de los conceptos en la enseñanza del Derecho en base a casos concretos", *Academia*, año 10, núm. 20, 2012, p. 41.

3 González R. Arnaiz, Graciano, "Enseñar derechos humanos: oportunidades y retos", en Aguilera Portales, Rafael (coord.), *La enseñanza de los derechos humanos*, Gobernación del Estado de Nuevo León, CECYTE, NL, México, 2009, p. 29.

4 *Vid.,* Gil Cantero, Fernando y Villamor Manero, Patricia, "El derecho humano a la educación y la educación en derechos humanos", en Aguilera Portales, Rafael (coord.), *La enseñanza de los derechos humanos*, Gobernación del Estado de Nuevo León, CECYTE, NL, México, 2009, pp. 43-44.

que consideramos deben ser objeto de difusión y enseñanza en todos los niveles de estudio, en particular a los estudiantes de educación superior. Para ello, reflexionaremos sobre el marco normativo, internacional y nacional; el fundamento de los derechos humanos; su concepción como valor, derecho y principio; sobre la multiplicidad de definiciones existentes; los principios que los rigen; las características principales a través de las cuales se identifican; su clasificación; los sistemas de protección existentes en el mundo; y, por último, el sistema jurídico mexicano de derechos humanos.

2. Estudio del marco normativo

Los derechos humanos deben ser analizados desde una perspectiva del Derecho interno de cada Estado, pero también desde una perspectiva internacional; dado que ambas permiten definir el esquema de protección de los valores, principios y derechos que se tutelan en un determinado país.

Los derechos humanos son definidos por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como "el conjunto de derechos y libertades fundamentales para el disfrute de la vida humana en condiciones de plena dignidad y se definen como intrínsecos a toda persona por el mero hecho de pertenecer al género humano".[5] Estos derechos y libertades se encuentran reconocidos en la DUDH, la cual proporcionó al mundo un "ideal común por el que todos los pueblos y naciones", basado en el "el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana", con la finalidad de que sean reconocidos y aplicados de manera universal y efectiva, "tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción".[6]

3. Fundamento de los derechos humanos

La dignidad del ser humano es el fundamento intrínseco de los derechos humanos. En la DUDH, quedó consagrado que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos" (art. 1°).

---

5 Naciones Unidas, Preguntas Frecuentes, Oficina del Alto Comisionado para Derechos Humanos (México), *https://www.hchr.org.mx*

6 La DUDH se compone de un preámbulo en el que se exponen seis consideraciones sobre los derechos y de los 30 artículos.

No se puede hacer referencia a la dignidad humana sin referirse al filósofo alemán Immanuel Kant, para quien los seres humanos se merecen un trato especial y digno que posibilite su desarrollo como personas. En este sentido, afirmó Kant, el hombre es un fin en sí mismo, no un medio para uso de otros individuos, lo que lo convertiría en una cosa. Los seres irracionales, como los animales, pueden ser medios para, por ejemplo, la alimentación; en cambio, la existencia de las personas es un valor absoluto y, por ello, son merecedoras de todo el respeto moral, mientras la discriminación, la esclavitud, entre otros, son acciones moralmente incorrectas, porque atentan contra la dignidad de las personas.

Si bien, no es fácil definir qué se entiende por dignidad humana, Virgilio Ruiz Rodríguez señala que la dignidad es el fundamento ontológico de los derechos humanos, "porque el hombre al poseer esos derechos, que le son inherentes merece que se le respeten, solo por ser lo que es: persona, ser humano".[7] Por lo que, la dignidad del ser humano radica precisamente en lo que es, no en la apariencia, en el tener, sino en el ser. Todos los seres humanos tienen la misma dignidad, por cuanto esta no admite grados y no admite distingos, preferencias ni discriminación alguna.

Ruiz Rodríguez destaca el reconocimiento de la dignidad ontológica de la persona en los considerandos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), de 1948:

> Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad;
>
> Que, en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana.

En efecto, en el Preámbulo de la DADDH se reconoce que: "Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros".

Sin lugar a duda, los derechos humanos encuentran su fundamento en la dignidad humana, como ha quedado plasmado en el DUDH y el la DADDH. Así se reconoció en el continente americano, unos meses antes de la DUDH (10 de diciembre, 1948), cuando ve la luz DADDH (30 de abril, 1948), germen de los derechos y deberes de las personas.

---

7 Ruiz Rodríguez, Virgilio, *Democracia y derechos humanos en México. Situación actual*, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2014, p. 92.

En efecto, como hemos señalado, en la DADDH se manifiesta que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos; dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros, en el entendido de que el cumplimiento del deber de cada uno está en la exigencia del derecho de todos.

En este punto es muy importante destacar la relación derecho-deber. ¿Qué función tienen los derechos y deberes? Mientras el derecho exalta la libertad, el deber expresa la dignidad de esa libertad; y en ese sentido, un derecho siempre va a exigir un deber, por cuanto los derechos y los deberes van siempre unidos.

Es así como, en la DADDH también se estipulan deberes ante la sociedad, para con los hijos y padres, de obediencia a la ley, de asistencia, entre otros. En la mayoría de los casos, ante el incumplimiento del deber recae una sanción, multa o castigo para la persona que poseía la obligación.

En México, de acuerdo con el mandato constitucional, quienes deben acatar con más rigor los derechos y deberes son las autoridades; es decir, los hombres y mujeres que tienen la función de servidores públicos (art. 1° CPEUM).

Lamentablemente, en nuestro día a día, observamos cómo se vulnera el valor dignidad, pero como persona, y sobre todo como ciudadanos, miembros activos de la sociedad, nos corresponde hacer valer nuestros derechos y cumplir con nuestros deberes con responsabilidad, para alcanzar un mundo más equilibrado.

4. Los derechos humanos como *valor*, como *derecho* y como *principio*

Los derechos humanos constituyen la positivización del valor dignidad humana, los cuales se reputan intrínsecos a la persona humana. Esto no implica que los derechos humanos sean una *invención* de los sistemas jurídicos; se trata, más bien, de su reconocimiento por parte del Estado, para instrumentalizar mecanismos institucionales y jurisdiccionales que hagan posible su eficacia.

Es evidente que los derechos humanos son valores preexistentes a las normas legales, cuando en la DUDH se señala que en ellas tienen como finalidad el "reconocer la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana" (*vid*. Preámbulo y art. 6). La DUDH es uno de los más importantes acontecimientos históricos en la positivización y universalización de los derechos. Como nos recuerda Aguilera Portales: "Un pacto universal de mínimos éticos acordados por la sociedad mundial después de atroces acontecimientos bélicos de las dos guerras mundiales, donde los distintos totalitarismos (fascismo, nazismo, comunismo)" fueron responsables de "las más graves violaciones de los derechos y libertades humanas", manifestaciones que lamentable-

mente no han desaparecido y que hoy presentan "distintas formas, por ejemplo, la pobreza, la violencia de género, la marginación, el desempleo y empleo precario, la criminalidad organizada, la corrupción, el autoritarismo",[8] la persecución y criminalización de las migraciones.

Los derechos humanos deben analizarse desde una triple dimensión; como *valor*, como *derecho* y como *principio,* en tanto que:

- Como valor los derechos humanos se han construido a partir de la noción de dignidad humana; por lo que, su reconocimiento implica respetar al ser humano por su sola condición humana. De manera que la dignidad humana es un valor esencial en su reconocimiento formal.
- Como derecho, los derechos humanos son un conjunto de normas debidamente sistematizadas, tanto en el orden internacional, como interno en cada uno de los Estados. La DHDH establece las bases para el desarrollo del *corpus* del Derecho internacional relativo a los derechos humanos. Esas garantías y obligaciones figuran en una serie de tratados y otros documentos y su implementación está apoyada y supervisada a través del sistema de órganos de tratados.
- Como principio, los derechos humanos son el fundamento, origen, comienzo, causa o razón de ser en los cuales deberá apoyarse el juez para resolver el caso, ante la falta de la norma expresa o al comprobar la no aplicabilidad de las demás que integran el ordenamiento jurídico. En este sentido, los principios de los derechos humanos, como los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad se erigen como el sustento de las reglas fundamentales en esta materia.

5. Hacia una definición de los derechos humanos

Cuando nos planteamos la tarea de elaborar una definición, es preciso explicar en un enunciado de la manera más exacta y clara posible lo que se pretende definir lo que significa más allá del significado etimológico; implica esbozar nuestra opinión o idea sobre lo que se pretende definir, y procurar también exponer sus límites.

En este sentido, en la doctrina encontramos una pluralidad de conceptos y definiciones de los derechos humanos. Así, para el español Pérez Luño, los derechos

---

[8] Aguilera Portales, Rafael (coord.), *La enseñanza de los derechos humanos*, Gobernación del Estado de Nuevo León, CECYTE, NL, México, 2009, p. 9.

humanos son "un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional".[9]

El venezolano Jesús María Casal se refiere a los derechos humanos como:

> derechos inherentes a la persona porque ésta los posee en su condición de tal, como emanación de la dignidad humana, en virtud de la cual su realización es un fin en sí mismo, por lo que no puede ser instrumentalizada. En sus aspectos esenciales o constitutivos, en orden a la consecución de un interés colectivo.[10]

Para la mejor comprensión de estos, Casal prefiere hacer una distinción entre derechos humanos en sentido amplio y en sentido restringido; por lo cual, considera que:

> En sentido amplio, los derechos humanos son derechos inherentes a la persona que se derivan de la dignidad humana y resultan fundamentales en un determinado estadio de evolución de la humanidad, por lo que reclaman una protección jurídica. En cambio, en su sentido más estricto, los derechos humanos son esos mismos derechos pero en la medida en que son reconocidos y protegidos en el ámbito internacional.[11]

Los derechos humanos son el conjunto de derechos por los cuales se afirma la dignidad de la persona frente al Estado; es decir, son derechos públicos subjetivos que tienen como correlativa obligación las limitaciones, obligaciones o prestaciones que ha de observar el Estado en favor del individuo. [12]

En un Estado de Derecho, los derechos humanos son el conjunto de privilegios inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad políticamente organizada; estos derechos establecidos en la Constitución y en las leyes deben ser reconocidos y garantizados por el Estado.

Desde el ámbito jurisdiccional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se refiere a los derechos humanos como el límite al que debe sujetarse, no solo el ejercicio del poder del Estado, sino también las relaciones entre los parti-

---

9 Pérez Luño, E., *Derechos humanos. Estado de derecho y constitución*, 8ª edición Madrid, Tecnos, 2003, p. 48.

10 Casal, Jesús María, *Los derechos humanos y su protección: estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*, Caracas, Universidad Católica Andrés, 2008, p. 16.

11 *Idem*.

12 Flores Salgado, Lucerito Ludmila, *Temas actuales de los derechos humanos de última generación*, México, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2015, pp. 18-19.

culares, con la finalidad de lograr un desarrollo social armónico.[13] En la página web de la SCJN se lee:

> Los derechos humanos son un conjunto de principios, libertades y derechos fundamentales para garantizar la dignidad de todas las personas, establecidos en nuestra Constitución Política y los tratados internacionales. Los derechos aquí reconocidos forman parte del amplio universo de los derechos humanos y tienen una finalidad orientadora para que de manera preliminar, el usuario conozca el alcance de los mismos.[14]

La conceptualización de derechos humanos se encuentra íntimamente ligada a la noción de dignidad, la cual es inherente a la persona por su solo condición de ser humano.

6. Principios que rigen a los derechos humanos

En primer lugar, es importante identificar los principios rectores de los derechos humanos, para destacar su importancia en la resolución de un caso de violación de estos desde un determinado ordenamiento jurídico nacional y su tratamiento internacional. Estos principios son:

a) El *principio del minimum inderogable*, referido, en principio, a un mínimo de prerrogativas inviolables y no susceptibles de relajamiento o de ser restringidas, sino como consecuencia de un ejercicio de ponderación de derechos humanos en colisión. Es decir, como derivación de los conflictos que se suscite entre los contenidos esenciales o bienes jurídicos protegidos.

b) El *principio de proporcionalidad*, el cual tiene como finalidad permitir determinar aquellas condiciones que deben ser satisfechas para establecer alguna limitación al libre ejercicio de un derecho humano. Si bien, es cierto que excepcionalmente un derecho fundamental puede ser objeto de restricción, ese hecho debe cumplir con ciertos requerimientos formales y sustanciales. En primer lugar, cualquier restricción debe estar, en principio, expresamente basada en una ley; es decir, priva acá la regla de la reserva legal. Sin embargo, sin que signifique caer en la tentación de legislar, el órgano de justicia, que ejerza el control de la constitucionalidad puede, en caso de colisión de derechos humanos, establecer limitaciones para el ejercicio de un derecho en favor del reconocimiento pleno de otro. En segundo término, en lo que concierne a las exigencias sustanciales, cualquier restricción de un derecho o garantía pública debe realizarse en respecto y sintonía

---

13 Jurisprudencia en contradicción de la tesis 1ª./J.15/2012 (9a), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XIII, t. 2, octubre de 2012, p. 798.

14 *https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/derechos*

con los valores que inspiran el texto político fundamental (constitución) y el principio de la proporcionalidad *in commento*. De lo contrario, el establecimiento de limitaciones al ejercicio del derecho sería arbitrario.

c) El *principio pro homine*, alude a que las normas de los derechos humanos deben interpretarse "de forma que resulte favorable al hombre, por el simple hecho de ser un miembro de la especie humana".[15] En criterio de los Tribunales Colegiados de Circuito, en referencia al artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), se precisa que:

> Dicho precepto recoge de manera directa el criterio o directriz hermenéutica denominada principio *pro homine*, el cual consiste en ponderar ante todo la fundamentalidad de los derechos humanos, a efecto de estar siempre a favor del hombre, lo que implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trate de derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trate de establecer límites para su ejercicio.[16]

d) El *principio de irreversibilidad*, constituye una derivación del principio del *minimun* inderogable; pues, una vez positivizada una regla de esta naturaleza, no puede derogarse. Encuentra, igualmente, la irreversibilidad manifestación en el hecho de que, reconocidos los derechos humanos en un tratado, convenio o acuerdo, este no puede ser desconocido o suprimido por lo Estados firmantes.

e) El *principio de progresividad*, por el cual los derechos humanos deben obedecer a una línea de desarrollo, evolución y progresión; es decir, cualquier modificación de los elementos reguladores que los contengan debe ser para hacerlos más avanzados, nunca para restarle efectividad, reprimirlos o menoscabarlos. Dicho principio, en términos generales, ordena ampliar el alcance y la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto.[17]

Para Rojas Caballero, los principios son el puente normativo en el que se fundamentan las resoluciones en materia de derechos humanos a nivel nacional y en aquellos casos que son llevados ante la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (Corte-IDH).[18]

---

15 Álvarez Álvarez, A., *Jurisprudencia Sala Constitucional,* Caracas, Ediciones Homero, 2005, p. 30.

16 Tesis XVIII.3o.1 K. Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro VII, Abril de 2012, p. 1838.

17 Tesis 1a. CCXCI/2016. Primera Sala, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 37, diciembre de 2016, p. 378.

18 Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Derechos humanos y sus garantías*, México, Porrúa, 2017.

7. Características que identifican a los derechos humanos

a) Los derechos humanos son *universales*, por cuanto deben ser reconocidos a todas las personas, sin excepción; en virtud de lo cual, constituyen la piedra angular del Derecho internacional de los derechos humanos. La universalidad se manifiesta en el hecho de que los derechos y libertades públicas son prerrogativas que asisten a toda persona sin discriminación alguna; es decir, sin atender, como se ha dicho, a diferencias de sexo, edad, posición social o económica, ideología, afinidad política, religión, entre otros aspectos. Asimismo, la universalidad en el contexto de la aplicación globalizada de los derechos básicos es entendida a la vez bajo el término *transnacional*, lo que alude a la eliminación de cualquier obstáculo al ejercicio de los derechos vinculados con el valor de dignidad humana.

Los derechos humanos se adscriben a todos los seres humanos. Como consecuencia, estos derechos son exigibles por todos los seres humanos en cualquier contexto político, jurídico, social, cultural, espacial y temporal. Todo lo anterior, permite afirmar que los derechos humanos son *intrínsecos o innatos* a la persona humana; esto es, inherente a la persona humana, pues derivan de su propia naturaleza.

b) Los derechos humanos son *inalienables e incondicionales*, por pertenecer indisolublemente a la propia esencia del ser humano; en esa medida, son innegociables, nadie puede enajenarlos, no pueden suprimirse, salvo en determinadas situaciones, siempre y cuando se salvaguarden las debidas garantías procesales. Por ejemplo, se puede restringir el derecho a la libertad si un tribunal de justicia dictamina que una persona es culpable de haber cometido un delito. Esta característica implica una restricción de dominio sobre los derechos humanos; es decir, no se pueden vender ni transmitir la posesión o el uso de ninguna forma. En consecuencia, los derechos humanos son *irrenunciables*, las reglas que los contienen son de carácter de orden público y, por ende, no pueden ser objeto de renuncia.

c) Los derechos humanos son *imprescriptibles*, porque sus titulares pueden exigirlos en cualquier tiempo. El derecho no se pierde por el simple paso del tiempo; los derechos humanos no se pierden por el hecho de que no se hayan ejercido en mucho tiempo.

d) Los derechos humanos son *indivisibles* porque no se puede fragmentar su respeto. Esta característica se encuentra estrechamente relacionada con el rechazo a cualquier posible jerarquización de los derechos humanos. Los Estados no están autorizados a proteger y garantizar una determinada categoría de derechos humanos en contravención de otra, sino que todos merecen la misma atención y urgencia. De forma que todos los derechos humanos son *inviolables*; por cuanto, además de su vinculación con el valor dignidad humana, cualquier agravio de un

derecho de esta naturaleza conduce a una violación directa del texto constitucional que lo contiene.

e) Los derechos humanos son *interdependientes*, en virtud de que todos se encuentran vinculados entre sí y requieren de respeto y protección recíproca; esto es, se pone énfasis en la interrelación y dependencia recíproca entre los derechos. Por ejemplo, el derecho a la salud tiene aparejadas claras relaciones con el derecho a la alimentación y a la vivienda digna, así como al trabajo en condiciones adecuadas.

8. Clasificación de los derechos humanos

Si bien, se cuestiona en la doctrina sí es posible o no referirse a "generaciones" de derechos humanos, así como su utilidad práctica,[19] consideramos que esta clasificación permite mostrar la evolución de esta importante materia en el Derecho internacional contemporáneo. Veamos la clasificación de los derechos humanos en cuatro generaciones:

a) Derechos de primera generación: son derechos individuales que se corresponden con los derechos civiles y políticos. Surgen con la Ilustración, con el proceso revolucionario de independencia de las colonias británicas en Norteamérica y con la Revolución Francesa (s. XVIII). Estos derechos imponen al Estado la obligación de respetar ciertas obligaciones hacia los ciudadanos, como el derecho a la vida, la integridad física, la libertad, la igualdad ante la ley, la prohibición de la tortura, la libertad religiosa, entre otros.

b) Derechos de segunda generación: son los derechos a la igualdad o derechos económicos, sociales y culturales. Están fundamentados en las ideas de igualdad y acceso garantizado a bienes, servicios y oportunidades económicas y sociales fundamentales. Estos derechos implican que el Estado es el medio para satisfacer algunas necesidades materiales de los ciudadanos. Entre estos derechos están el derecho a una adecuada calidad de vida, el derecho al trabajo, el derecho de pertenecer a un sindicato, el derecho a la salud y a la educación. Se incluyen en la DUDH de 1948.

c) Derechos de tercera generación: son los derechos colectivos, de la solidaridad o emergentes. Surgen a partir de la segunda mitad del siglo XX y especialmente en el último tercio de ese siglo. Muchos de ellos aún están en proceso de

---

[19] Loyola Zosa, Javier y Flores Sánchez, Ulise, "El ABC de la teoría de los tratados de los derechos humanos y su valor normativo en el quehacer jurisdiccional", *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de la Judicatura Federal, vol. II, 2018, pp. 101-105.

ser admitidos y reconocidos. Se refieren a los derechos colectivos de las personas o de la sociedad, como el derecho al desarrollo sostenible, el derecho a la paz, el derecho al medio ambiente sano, derechos de los consumidores, o la protección frente a la manipulación genética. La aparición de estos derechos se debe a la necesidad de cooperación entre grupos y naciones para afrontar problemas globales.

d) Derechos de cuarta generación: a la tradicional clasificación de los derechos humanos en tres generaciones, algunos autores añaden una cuarta, que incluiría derechos que no se pueden ubicar en la tercera, pero también reivindicaciones futuras de derechos de primera y segunda generación y nuevos derechos, especialmente, en relación con el desarrollo tecnológico y las tecnologías de la información y la comunicación y el ciberespacio. Entre los derechos de cuarta generación se pueden citar: el derecho de acceso a la informática; el derecho de acceso a la sociedad de la información en condiciones de igualdad y no discriminación; al uso del espectro radioeléctrico y de la infraestructura para los servicios en línea, sean satelitales o por vía de cable; el derecho a formarse en las nuevas tecnologías; el derecho a la autodeterminación informativa; el derecho al habeas data y a la seguridad digital.

Así, el desarrollo histórico de los derechos humanos puede resumirse de la siguiente manera: los derechos civiles y políticos reconocidos posteriormente a la Revolución Francesa de 1789 (derechos de primera generación); los derechos sociales, que son reconocidos a lo largo del siglo XIX, como conquistas del movimiento obrero (derechos de segunda generación); el derecho a la paz, a la autodeterminación o a un medio natural sano, que son desarrollados tras las guerras mundiales (derechos de tercera generación); y, los derechos que protegen el acceso a las nuevas tecnologías de la ciudadanía, que se desarrollan entre finales del siglo XX y principios del XXI (derechos de cuarta generación).

9. Mecanismos de protección de los derechos humanos

El establecer mecanismos instituciones de protección de los derechos humanos se ha constituido en una de las principales tareas a nivel internacional y nacional, sin lugar a duda es una cuestión fundamental en esta materia, como una forma de materializar los logros alcanzados a lo largo de la historia de los derechos humanos.

Si bien, la responsabilidad primordial en la protección de los derechos humanos recae en el Estado, por cuanto no solo debe respetar los derechos, sino que a su vez debe garantizarlos y promoverlos en el marco del Estado de Derecho a través de normas internas, establecimiento de recursos efectivos ante el Poder Judicial u otras vías de solución de controversias; el Estado debe también posibilitar

el acceso a mecanismos internacionales para hacer valer los derechos humanos, cuando en el ámbito interno no se ha logrado alcanzar la protección adecuada. Los mecanismos internacionales solo actúan de manera subsidiaria; es decir, los mecanismos internacionales no están llamados a sustituir la acción de la justicia del Estado, sino que, por el contrario, son como una última garantía cuando el Estado no quiere respetarlos ni protegerlos.

En la actualidad existen varios sistemas de protección de derechos humanos con radios de acción diferentes. Así, en América el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) ha sido gestado en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Al igual ocurre con el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas. El Sistema Interamericano cuenta con una declaración de principios, la DADDH; un tratado jurídicamente vinculante, la CADH; y mecanismos de implementación basados en la Carta de la OEA, como lo son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte-IDH), respectivamente.

Los Estados americanos han acordado respetar los derechos humanos consagrados en la DUDDH desde 1948. Algunos Estados también han ratificado uno o más de los tratados regionales en materia de derechos humanos, entre ellos la CADH y otros tratados sobre temas específicos; los cuales conforman un entramado normativo muy sólido en los actuales momentos. Con la aprobación de la CADH, en vigor desde julio de 1978, se crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se reguló a la Comisión Interamericana.[20]

En este contexto, los Estados americanos tienen la obligación de garantizar los derechos a la vida, libertad e integridad personal, igualdad, libertad de religión, pensamiento, expresión, asociación y asamblea, la vida privada y familiar, movimiento, juicio justo, propiedad, protección judicial, honor y dignidad, un nombre, nacionalidad, participación política, a los beneficios de cultura, salud, educación, asilo, trabajo y seguridad social.

En Europa se ubica el sistema regional más antiguo para la protección de los derechos humanos, con el mayor grado de evolución y perfección, motivado fundamentalmente por la relativa homogeneidad política de los Estados europeos y por los avances alcanzados en el campo de los derechos humanos. Los acuerdos regionales para la protección de los derechos humanos en Europa son amplios. En ellos participan el Consejo de Europa, la Unión Europea y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa. El Tribunal Europeo de Derechos

---

20 *Vid.* Fix-Zamudio, Héctor, "El Derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la corte Interamericana de Derechos Humanos", en Fix-Zamudio, Héctor *et al., Protección internacional de los Derechos Humanos,* Librería Editora Platense, La Plata, 2007, pp. 37-76.

Humanos, que se encuentra en Estrasburgo, tiene jurisdicción sobre los Estados miembros del Consejo de Europa que han optado por aceptar la jurisdicción facultativa de la Corte. Una vez que un Estado ha aceptado esa jurisdicción, todas las decisiones de la Corte con respecto a aquel son vinculantes. La Corte acepta las solicitudes de casos de violaciones de derechos humanos, tanto de individuos como de Estados.

En África, el sistema regional de derechos humanos se ha establecido dentro de una organización intergubernamental conocida como Unión Africana. El principal instrumento regional de derechos humanos es la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CAFDH) de 1981, y los principales mecanismos son la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la recién establecida Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

La Carta Africana entró en vigor en 1986, en la cual se incorporan normas y principios universales de derechos humanos, pero también refleja las virtudes y los valores de las tradiciones africanas. La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (con sede en Arusha, Tanzania), tiene atribuida, junto a la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, competencias en materia de aplicación e interpretación de la Carta Africana.

Estos sistemas de protección evidencian la importancia de los derechos humanos, reflejan la valoración colectiva de la dignidad del ser humano, lo que promueve gobiernos y sistemas verdaderamente democráticos, además de fomentar valores intrínsecos de justicia y, lo que es más importante, promueven el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos.

En definitiva, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos define un verdadero orden humanista a favor de todas las personas.

10. Sistema jurídico mexicano de derechos humanos

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la reforma constitucional de junio de 2011, reconoce la protección y reconocimiento de los derechos humanos en el país. En efecto, el primer párrafo del artículo 1 dispone:

> 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.

En esta disposición se puede identificar el rol del Estado, como ente garante y responsable de la prevención, investigación, sanción y reparación de las violaciones a los derechos humanos. Pero, ¿solo el Estado tiene la obligación de respetar los derechos humanos? La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) nos dice que:

- Todas las personas tienen el deber de respetar los derechos humanos.
- Las personas que desempeñan un empleo, cargo o comisión al servicio del Estado, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de respetar los derechos humanos.
- El Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de que son objeto.
- La vulneración de los derechos humanos se manifiesta al presentarse por acción u omisión de algún agente del poder público, al margen de sus facultades.

Si bien en el Derecho positivo no se define a la dignidad ni a los derechos humanos que esta trae aparejados, los artículos 1°, último párrafo; 2° apartado A, fracc. II; 3° fracc. II, inciso c); y 25, de la CPEUM "reconocen a la dignidad humana como un bien jurídico circunstancial al ser humano, al cual se debe dar la más amplia protección jurídica que permea en toda la Constitución",[21] así como los tratados en materia de derechos humanos de los que el Estado mexicano es parte, lo que permite ampliar el marco normativo de protección.

11. Bibliohemerografía

Bibliografía

Aguilera Portales, Rafael (coord.), *La enseñanza de los derechos humanos*, Gobernación del Estado de Nuevo León, CECYTE, NL, México, 2009.

Álvarez Álvarez, A., *Jurisprudencia Sala Constitucional*, Caracas, Ediciones Homero, 2005.

Casal H., Jesús María, *Los derechos humanos y su protección: estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*, Caracas, Universidad Católica Andrés, 2008.

Fix-Zamudio, Héctor *et al., Protección internacional de los Derechos Humanos*, Librería Editora Platense, La Plata, 2007.

Flores Salgado, Lucerito Ludmila, *Temas actuales de los derechos humanos de última generación,* México, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2015.

[21] Loyola Zosa y Flores Sánchez, *op. cit.*, p. 91.

Gil Cantero, Fernando y Villamor Manero, Patricia, "El derecho humano a la educación y la educación en derechos humanos", en Aguilera Portales, Rafael (coord.), *La enseñanza de los derechos humanos*, Gobernación del Estado de Nuevo León, CECYTE, NL, México, 2009.

González R. Arnaiz, Graciano, "Enseñar derechos humanos: oportunidades y retos", en Aguilera Portales, Rafael (coord.), *La enseñanza de los derechos humanos*, Gobernación del Estado de Nuevo León, CECYTE, NL, México, 2009

Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos. Estado de derecho y constitución*, 8ª edición, Madrid, Tecnos, 2003.

Rojas Caballero, Ariel Alberto, Derechos humanos y sus garantías, México, Porrúa, 2017.

Ruiz Rodríguez, Virgilio, *Democracia y derechos humanos en México. Situación actual,* México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2014.

Hemerografía

Loyola Zosa, Javier y Flores Sánchez, Ulise, "El ABC de la teoría de los tratados de los derechos humanos y su valor normativo en el quehacer jurisdiccional", *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de la Judicatura Federal, vol. II, 2018, pp. 73-109.

Millán López, Jaime y Pérez Pacheco, Yaritza, "Formación académica y profesional del abogado mexicano en el siglo XXI", *Revista Ex Legibus*, núm. 10, 2019, pp. 365-415.

Pérez Cazarez, Martín Eduardo, "Teoría de los conceptos en la enseñanza del Derecho en base a casos concretos", *Academia*, año 10, núm. 20, 2012, pp. 31-49.

Documentos publicados en Internet

Naciones Unidas, Preguntas Frecuentes, Oficina del Alto Comisionado para Derechos Humanos (México), *https://www.hchr.org.mx*

Tratados, convenios, pactos y declaraciones internacionales

Carta Africana de Derechos Humanos y delos Pueblos, 1981.

Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José", 1969.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

Declaración americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948.

Tesis de jurisprudencia

Tesis XVIII.3o.1 K. Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro VII, abril de 2012, p. 1838.

Jurisprudencia en contradicción de la tesis 1ª./J.15/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XIII, t. 2, octubre de 2012, p. 798.

Tesis1a. CCXCI/2016. Primera Sala, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 37, diciembre de 2016, p. 378.

Web sites

Suprema corte de Justicia de la Nación, *https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/derechos*

Capítulo III

REFLEXIONES EN TORNO AL PRINCIPIO *PRO ACTIONE* COMO PARÁMETRO INTERPRETATIVO DEL DERECHO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA[*]

Mélida Díaz Vizcarra[**]

SUMARIO

1. Preliminares. 2. Tutela judicial efectiva. 3. Principio *pro actione*. 4. Ponderación de derechos. 5. Consideraciones finales. 6. Bibliohemerografía.

1. Preliminares

La tutela judicial efectiva tiene especial trascendencia en el marco de los derechos humanos, pues reconoce derechos y garantías a favor de las personas de acceder a la justicia y obtener una sentencia que resuelva sus pretensiones y cause efectos en su esfera jurídica.

Esto es que, la tutela judicial efectiva es el derecho fundamental de rango convencional y constitucional que permite a las personas reclamar la protección de sus derechos e intereses, mediante el ejercicio de los mecanismos jurisdiccionales que la Constitución y las normas prevén.

Ahora bien, en la doctrina existen discrepancias respecto a la naturaleza jurídica de la tutela judicial efectiva; es decir, sobre si es una garantía únicamente o

---

[*] Este trabajo fue publicado en el sitio de internet del Centro de Ética Judicial, en noviembre de 2018, como parte de la producción académica y de investigación, en el apartado de ensayos, que puede encontrar en la siguiente liga: *https://www.centroeticajudicial.org/*

[**] Abogada titulada por la Universidad Panamericana, campus Guadalajara, en proceso de titulación de la Maestría de Historia del Pensamiento por la Facultad de Filosofía de esta misma Universidad, campus Ciudad de México. Ha ejercido su carrera en diversas áreas del Derecho, entre las que se encuentra haber sido Secretaria de Estudio y Cuenta de la Sala Regional de la Cuarta Circunscripción Plurinominal del Tribunal Electoral del Poder Judicial, con sede en la Ciudad de México y asesora en el Tribunal Electoral de la Ciudad de México; actualmente es Mediadora Privada certificada por el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, con el número 541 e integrante de la Redacción del Centro de Ética Judicial, colaborando en el estudio e investigación de diversos temas jurídicos y producción académica.

un ("mega") derecho, que se compone de otros derechos y/o garantías[1]. Lo cierto es que, tanto en México como en España (país que acuñó en su Constitución el término como se verá más adelante), se considera un derecho fundamental en sí mismo y, a partir de esta concepción, se han desarrollado la jurisprudencia y criterios interpretativos.

En este contexto, algunos señalan que la tutela judicial efectiva es un derecho no solamente adjetivo, sino un verdadero derecho subjetivo.[2] Es decir, que el derecho de instar la maquinaria judicial para obtener la tutela de los derechos es un derecho por sí mismo de rango fundamental.[3]

Al respecto, Roberto González Álvarez, refiriéndose al derecho de acción, señala que actualmente se considera como un derecho fundamental derivado de las teorías neoconstitucionalistas. En su concepto, no entender la acción en el marco de dichas teorías, puede conducir a errores:

> como el sujetar la acción a técnicas procesales idóneas a la tutela del derecho material o a la existencia de un derecho a la construcción de la acción, que equivale a proponer la existencia de un derecho a la construcción de un derecho fundamental, lo que suena tan mal como alejado de lo que se debe entender, primero, por derecho fundamental.[4]

Su preponderancia en el sistema de los derechos fundamentales tiene sustento en la concepción del Estado constitucional, que se rige no solo por normas, sino que se interesa por alcanzar un alto grado de justicia. De manera que la validez de la norma no solo se califica por la corrección en su emisión, sino por su concordancia con los derechos universalmente reconocidos.[5]

Es decir que, "al Estado Constitucional le interesa no sólo que las personas se desenvuelvan dentro de una atmósfera de legalidad, sino en un estadio superior,

---

1 Por ejemplo, para Roberto González Álvarez, quien aduce que existe una clara distinción entre garantías y derechos, así la tutela judicial efectiva y el debido proceso son garantías del derecho de acción, siendo el verdadero derecho fundamental de instar la actividad judicial. González Álvarez, Roberto, "El principio fundamental de acción. Nuevo paradigma de la Ciencia Procesal", *Revista Ars boni et Aequi*, vol. 7, núm. 2, 2011, *http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/ART.6-GONZALEZ.pdf*

2 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera, Alonso (coord.) *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, t. I, México, Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ, Serie Doctrina Jurídica, núm. 791, 2017, p. 355, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4317/38.pdf*

3 La acción siempre ha constituido un tema de estudio problemático, respecto del cual han surgido infinidad de teorías. Sin embargo, actualmente, se considera un derecho en sí mismo, a pesar de su irreductible relación con el derecho subjetivo que le da origen. Para mayor información, *vid.* el ensayo de Roberto González Álvarez, *op. cit., supra* nota 1.

4 González Álvarez, Roberto, *op. cit.* p. 225.

5 Cueva Carrión, Luis, *El Debido Proceso,* Ecuador, Ediciones Cueva Carrión, 2da edición, 2014, p. 502, versión e-book.

donde las normas jurídicas, para poseer validez, deben ser justas, es decir, acordes con los derechos reconocidos".[6]

Así, la tutela judicial efectiva se convierte en el mecanismo por excelencia para reclamar la protección de derechos e intereses, en un marco de justicia, y no solo de legalidad.

En palabras de Rubén Sánchez Gil:

> la finalidad de este derecho es impedir que los derechos sustantivos de las personas —que finalmente son una expresión de la dignidad humana— queden sin protección ante cualquier ataque en su contra, por medios que aseguren una decisión objetiva al respecto, dada la prohibición general de autotutela, que es correlativa —implícita o explícitamente— a ese derecho fundamental; de lo que concluimos que la acción procesal es una concretización del derecho de acceso a la justicia, por ser la facultad que permite a su sujeto activo instar la realización de un proceso determinado y adecuado para satisfacer sus pretensiones en un litigio concreto.[7]

Esto ha significado que el derecho de acceso a la justicia, así como los derechos de debido proceso, que conforman la tutela judicial efectiva, adquieran nuevos alcances; pues, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, son los mecanismos por excelencia para la protección de los derechos humanos.

2. Tutela judicial efectiva

La tutela judicial efectiva es, entonces, el derecho que proscribe la auto-tutela de los ciudadanos, pero que supone una garantía procedimental que impone la observancia de las reglas del proceso y el derecho a un proceso eficaz y sin dilaciones indebidas.[8] Mismo que se actualiza en tres grandes supuestos: (i) acceso a la jurisdicción; (ii) derecho a una sentencia de fondo, previo procedimiento con las garantías del debido proceso; y (iii) derecho a que la sentencia sea debidamente ejecutada.[9]

La tutela judicial efectiva es un derecho de contenido complejo que prevé diversas cargas para la autoridad jurisdiccional, que se traducen a su vez en derechos y

---

6 *Ibídem*, p. 430.

7 Sánchez Gil, Rubén, "El Derecho de Acceso a la Justicia y el Amparo Mexicano", *Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 4, 2005, p. 240.

8 Término obtenido de la Enciclopedia Jurídica, 2014, *http://www.enciclopediajuridica.biz14.com/d/tutela-judicial-efectiva/tutela-judicial-efectiva.htm*

9 *Vid.*, Tesis de rubro: Derecho de acceso a la justicia. Sus etapas. Tesis 1a. LXXIV/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVIII, Décima Época, t. 1, Primera Sala, Constitucional, marzo de 2013, p. 882.

garantías a favor de los gobernados; entre los cuales se encuentra el principio *pro actione,* que constituye el objeto de análisis del presente ensayo.

En términos históricos jurídicos, el concepto surgió de un cambio en la redacción de la Constitución española de 1978, en concreto del artículo 24,[10] y ha sido adoptado por la generalidad de los países por el significado y contenido de dicho término, desarrollado principalmente por el Tribunal Constitucional Español.[11]

Por su parte, en México, la tutela judicial efectiva tradicionalmente se ha conocido como el derecho de acceso a la justicia y debido proceso legal, que comprenden los derechos fundamentales previstos en los artículos 8[12] y 10[13] de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH); 8[14] y 25[15] de

---

10 Art. 24. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. Constitución Española, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 29 de diciembre de 1978, vigente a la fecha, *https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229*

11 El contenido de este derecho ha sido ampliamente desarrollado por el Tribunal Constitucional Español, y que, de acuerdo con Ángela Figueruelo Burrieza, pueden clasificarse en los siguientes rubros generales: (i) Derecho de acceso a la jurisdicción; (ii) Derecho a obtener una resolución judicial sobre el fondo del asunto siempre que se cumplan los requisitos formales para ello; (iii) No incluye el derecho a obtener una resolución favorable, solo el derecho a que se dicte una resolución en derecho; (iv) Derecho a una resolución motivada; (v) Está prohibida la incongruencia por omisión de pronunciamiento; (vi) Derecho a los recursos; (vii) Derecho a la ejecución de las sentencias; (viii) Derecho a la invariabilidad e intangibilidad de las resoluciones judiciales y a la tutela cautelar. *Vid.,* Figueruelo Burrieza, Ángela, "Crisis de la justicia y tutela judicial efectiva", *Revista de Derecho Constitucional,* núm. 8, 2003, pp. 27-28, *http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDCONS/8/rdcons_2003_8_25-34.pdf*

12 Art. 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

13 Art. 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

14 Art. 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. Instrumento suscrito por México el 2 de febrero de 1981.

15 Art. 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 pre-

la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH); y 14, 16, 17, 20, 21, 22 y 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).[16]

En cuanto al término, la jurisprudencia ha tomado el concepto acuñado por el Tribunal Constitucional Español y lo ha desarrollado en el contexto jurídico mexicano. Así, aunque no se ha llegado a crear una doctrina estructurada dentro de nuestro sistema legal, sí existe un cúmulo de criterios que interpretan los derechos que conforman esta tutela, sobre todo cuando se refieren a los principios que deben aplicarse en la protección del derecho de acceso a la justicia.

Cabe precisar que la tutela judicial efectiva, aunque de rango fundamental, es de configuración legal.[17] Es decir que, en las legislaciones procesales federales y locales se prevén los requisitos de procedencia de la acción y las reglas bajo las cuales se llevan a cabo los procesos judiciales, sin que sea óbice a lo anterior, que dichos requisitos deben ser proporcionales y no ser de manera excesivos que impidan el acceso a la justicia.[18]

3. Principio *pro actione*

En este contexto de primacía de la acción, como medio para lograr una efectiva protección de los derechos, el principio *pro actione* se constituye como pará-

---

sente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

16 Con el fin de evitar transcripciones innecesarias, véase el texto completo en el siguiente sitio: *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_270818.pdf*

17 Véase la tesis de rubro: Derecho fundamental de ejecución de sentencia previsto en el artículo 17 de la constitución federal. Definición y alcance. Tesis I.3o.C.71 K, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 18, t. III, mayo de 2015, p. 2157.

18 Véase como referencia la tesis de rubro: tutela judicial efectiva. Los órganos encargados de administrar justicia, al interpretar los requisitos y las formalidades establecidos en la ley para la admisibilidad y procedencia de los juicios, deben tener presente la ratio de la norma para evitar formalismos que impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto. Tesis 1a. CCXCI/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 9, t. I, agosto de 2014, p. 536. Así como la tesis de rubro: derecho al acceso a la justicia. Su relevancia tratándose de consumidores. Tesis 1a. CXLI/2017, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 47, t. I, octubre de 2017, p. 489.

metro interpretativo primordial, que ha permitido una mayor ampliación de estos derechos.

Este principio obliga a los juzgadores a ponderar las normas que establecen requisitos procesales frente a las circunstancias particulares y el derecho de cada ciudadano.

Coincidimos con Rubén Sánchez Gil, al comentar que:

> el subprincipio pro actione es una manifestación procesal del principio pro homine que postula una interpretación amplia de los derechos fundamentales, en aras de su máxima efectividad. Para la administración de justicia esto significa interpretar y aplicar las normas procesales para favorecer la procedencia de las instancias correspondientes.[19]

Por su parte, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha establecido como criterio que los derechos de acceso a la justicia y al recurso implican la obligación para los tribunales de evitar formalismos o interpretaciones no razonables, que impidan o dificulten el enjuiciamiento de fondo y la auténtica tutela judicial. De manera que deben interpretar las formalidades procesales legalmente previstas conforme a los principios *pro homine* y *pro actione*; es decir de la forma más favorable.[20]

Sin duda, uno de los criterios más importantes es la reconfiguración axiológica del principio de igualdad procesal.

Al respecto, la Segunda Sala de la SCJN ha establecido que este principio de igualdad subyace en toda la estructura constitucional y se encuentra positivizado en diversos artículos de nuestra Carta Magna, como en los artículos 1., 2., 13, 14, 17, 31 y 123, que imponen obligaciones a cargo de los poderes públicos, en relación con el principio de igualdad en casos específicos.[21]

Ahora bien, de acuerdo a nuestro máximo órgano judicial, el principio de igualdad no promueve la paridad entre los individuos, ni implica necesariamente igualdad material o económica real, sino que exige razonabilidad en la diferencia de trato.

De lo anterior, derivan dos principios que vinculan al legislador ordinario: el primero es un mandamiento de trato igual cuando los supuestos son equivalentes, salvo que exista un fundamento objetivo y razonable para darles trato desigual; y,

---

19 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera, Alonso (coord.), *op. cit*. p. 356.

20 Véase la tesis, *cit.*, *supra* nota 18.

21 Tesis de rubro: Principio general de igualdad. Su contenido y alcance. Tesis 2a./J. 64/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 31, t. II, junio de 2016, Segunda Sala, Constitucional, p. 791.

el segundo, un mandamiento de trato desigual, que obliga a establecer diferencias entre supuesto de hechos distintos.

> De esta forma, para que las diferencias normativas puedan considerarse apegadas al principio de igualdad es indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con estándares y juicios de valor generalmente aceptados, cuya pertinencia debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo concurrir una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.[22]

Un ejemplo de ello es la suplencia de la queja en determinadas materias; supuesto que ha sido ampliado hasta casi en su totalidad en algunos casos, como ocurre con las comunidades indígenas. Al respecto, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, ha establecido que en el juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano, por el que se impugne el menoscabo a la autonomía política de las comunidades indígenas o los derechos de sus integrantes para elegir a sus autoridades o representantes, conforme a sus propias normas y prácticas tradicionales, procede la suplencia en la deficiencia de la queja, incluso cuando hay ausencia total de ella, en caso de que se haya omitido precisar el acto reclamado, sin más limitaciones que el principio de congruencia y contradicción.[23]

Merece especial mención que, en la actualidad, el Poder Judicial no se ha sustraído del uso de las tecnologías de la información en el sistema de justicia, de manera que han surgido nuevas formas que permiten a los ciudadanos acceder a los tribunales de forma más práctica como, por ejemplo, la presentación de la demanda a través del Portal de Servicios en Línea. Sin embargo, ello requiere el cumplimiento de ciertos requisitos que permitan a la autoridad judicial cerciorarse de la identidad y voluntad del ciudadano, como la suscripción de la demanda, mediante la firma electrónica avanzada, que tiene efectos idénticos a los de la firma autógrafa.

Al respecto, la reciente jurisprudencia de Primera Sala de la SCJN establece que en el caso de que la demanda carezca de dicha firma electrónica, no debe considerarse que se actualiza en forma automática la causa de improcedencia de la demanda, sino que debe requerirse al promovente para que subsane la omisión

---

22 *Ídem*.

23 Jurisprudencia de rubro: COMUNIDADES INDÍGENAS. SUPLENCIA DE LA QUEJA EN LOS JUICIOS ELECTORALES PROMOVIDOS POR SUS INTEGRANTES, Jurisprudencia 13/2008, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 2, núm. 3, 2009, pp. 17-18.

en un plazo determinado, debiéndosele prevenir de las consecuencias del incumplimiento, que es el desechamiento de la demanda.[24]

Como se advierte, la Primera Sala de la SCJN realiza una interpretación favorable al acceso a la justicia, al establecer que las autoridades judiciales tienen la obligación de permitir al ciudadano subsanar omisiones, de tal trascendencia, que impedirían que su acción resulte procedente.

Otro supuesto de interpretación favorable al accionante es el caso del conocimiento de los actos impugnados para el cómputo de los plazos. En el caso de las notificaciones y plazos para presentar la demanda de amparo en contra de actos emitidos por el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Morelos, el Poder Judicial Federal ha interpretado que, toda vez que la norma local no señala cuándo surten efectos las notificaciones personales de las resoluciones, en una interpretación favorable al ciudadano, debe considerarse que surte efectos al día siguiente de que se practica.[25]

Asimismo, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha determinado que, cuando no exista certidumbre de la fecha en la que un promovente tuvo conocimiento del acto impugnado, debe tomarse como el día de la presentación de la demanda, salvo prueba plena en contrario; ello, en atención a que en la trascendencia de un proveído de desechamiento se torna indispensable que las causas o motivos de improcedencia se encuentren plenamente acreditados, y ser inobjetables, patentes, manifiestos y evidentes, además de evitar rigorismos que impidan el acceso a la justicia.[26]

Otro supuesto en donde ha primado el principio *pro actione* es el de la legitimación. Un ejemplo de ello es el reconocimiento del interés legítimo o el recono-

---

24 Véase la tesis de rubro: Demanda de amparo indirecto presentada a través del portal de servicios en línea del poder judicial de la federación. Cuando carece de firma electrónica certificada (firel), se debe prevenir a la quejosa. Tesis 1a./J. 24/2018, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 59, t. I, octubre de 2018, p. 699.

25 Tesis de rubro: Notificaciones personales en materia administrativa. En atención al principio de interpretación más favorable a la persona, surten efectos el día siguiente al en que se practican (ley de justicia administrativa del estado de morelos abrogada), Tesis PC.XVIII.P.A. J/2 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 38, enero de 2017, t. III, p. 1581.

26 Jurisprudencia de rubro: Conocimiento del acto impugnado. Se considera a partir de la presentación de la demanda, salvo prueba plena en contrario. Jurisprudencia 8/2001. *Revista Justicia Electoral,* Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Suplemento 5, 2002, pp. 11-12. Este es un criterio vigente y plenamente aplicable.

cimiento de los derechos de las colectividades para promover acciones colectivas[27] o el amparo.

Al respecto, cabe precisar que la Ley de Amparo[28] en el artículo 5º de[29], reconoce como parte de un juicio de amparo, al quejoso que cuente con interés jurídico o legítimo individual o colectivo. Es decir, que el propio legislador trascendió la concepción clásica del interés jurídico, definido como aquel que tienen las partes, respecto de los derechos o de las cosas materia del juicio, con el fin de otorgar vías judiciales para tutelar derechos cuya naturaleza excede las vías tradicionales.

El Poder Judicial de la Federación, vía jurisprudencia, ha precisado que el interés legítimo "no requiere del acreditamiento de alguna afectación personal y directa, sino que basta con cierta afectación real y actual, aun de manera indirecta, según la situación especial del gobernado frente al orden jurídico".[30]

Sin embargo, sí debe acreditarse esta afectación, pues el amparo no es procedente cuando se ostenta un interés simple que reclama una afectación futura o de realización incierta.

En esta línea, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en materia de derechos indígenas ha interpretado de forma más extensa y favorable la legitimación.

---

27 A mayor abundamiento véase el ensayo "Las Acciones Colectivas en México" publicado por el Centro de Ética en el mes de octubre de 2018, *https://www.centroeticajudicial.org/uploads/8/0/7/5/80750632/acciones_colectivas_en_méxico.p df*

28 Ley de Amparo, publicada en el DOF el 02/04/2013. Última reforma publicada DOF 15/06/2018.

29 Art. 5. Son partes en el juicio de amparo: I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. El interés simple, en ningún caso, podrá invocarse como interés legítimo. La autoridad pública no podrá invocar interés legítimo.
El juicio de amparo podrá promoverse conjuntamente por dos o más quejosos cuando resientan una afectación común en sus derechos o intereses, aun en el supuesto de que dicha afectación derive de actos distintos, si éstos les causan un perjuicio análogo y provienen de las mismas autoridades.
Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa;
La víctima u ofendido del delito podrán tener el carácter de quejosos en los términos de esta Ley.

30 Tesis de rubro: Interés jurídico e interés legítimo en el juicio de amparo. Tesis II.1o.23 K, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 35, t. IV octubre de 2016, p. 2942.

El criterio adoptado consiste en que el juzgador debe analizar la legitimación activa de manera flexible para allegarse de los elementos necesarios para acreditarla. Debe evitar en lo posible exigir requisitos propios del sistema judicial electoral ordinario, que puedan impedir la impartición de justicia y el ejercicio de algún derecho o su reconocimiento en favor de los mencionados grupos o comunidades.[31]

En cuanto a la interpretación flexible a que se refiere el criterio anterior, el Tribunal Electoral considera que basta con que el ciudadano afirme que pertenece a una comunidad indígena para que se tenga por acreditada la legitimación para promover un juicio.[32]

Como se advierte, este criterio es la máxima expresión de una interpretación flexible de un requisito de procedencia de la acción.

Otro criterio que proscribe interpretaciones rigoristas que impiden el acceso a la justicia, en concreto al recurso, es el que se refiere al requisito previsto en los artículos 382 y 392 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Puebla, que obliga al ciudadano a exponer, en su escrito de apelación, sus agravios bajo un esquema rigorista, en tanto que debe exponerlos en estricto orden, tiene la carga de calificar y detallar las violaciones procesales y cuyo incumplimiento trae como sanción el desechamiento del recurso.

El Tribunal Colegiado determinó que el requisito exigido por la norma es desproporcionado para los fines que persigue el derecho de acceso al recurso tutelado en el artículo 17 constitucional; por lo que, es suficiente que en los agravios se exprese con claridad la causa de pedir, señalándose cuál es la lesión o agravio que estima le causa la resolución impugnada y los motivos que originaron ese agravio para que deba estudiarse.[33]

---

31 Jurisprudencia de rubro: Comunidades indígenas. El análisis de la legitimación activa en el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, debe ser flexible. Jurisprudencia 27/2011, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 4, núm. 9, 2011, pp. 17-18.

32 Jurisprudencia de rubro: Comunidades indígenas. La conciencia de identidad es suficiente para legitimar la procedencia del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. Jurisprudencia 4/2012, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 5, núm. 10, 2012, pp. 18-19.

33 Tesis de rubro: Apelación. Los artículos 382 y 392 del código de procedimientos civiles para el estado de puebla, que establecen los requisitos que imperativamente deben colmarse en el escrito por el cual se inste al tribunal de alzada, así como la sanción en caso de no seguirse tal rigorismo, contrarían el artículo 17 constitucional. Tesis: VI.2o.C.714 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Épo-

Como puede verse, la interpretación de los derechos que componen la tutela judicial efectiva bajo el principio *pro actione*, evoluciona constantemente, como en el caso de la cosa juzgada.

Ordinariamente, la cosa juzgada es una de las garantías de la tutela judicial efectiva, contemplada en los artículos 14 y 17 constitucionales,[34] que tiene como fin que (i) no será juzgado dos veces por el mismo supuesto o no se le citará a un proceso jurisdiccional sobre un derecho u objeto sobre el cual el juez se pronunció y dicho pronunciamiento sea firme; (ii) torna inmutable una sentencia, puesto que no puede ser controvertida, salvo en casos específicos, y (iii) hace posible la ejecución de la misma.

Sin embargo, en ciertos casos esta institución jurídica se ha flexibilizado. Por ejemplo, en el caso de asuntos relacionados con la guarda y custodia de menores, el Poder Judicial Federal ha interpretado lo siguiente:

> … aun cuando el juzgador deba atender a una sentencia que ya causó ejecutoria, en todo caso debe prevalecer el interés superior del menor, con base en lo que permite el artículo citado, y porque este principio resulta de mayor entidad que la institución de la cosa juzgada, pues si bien es cierto que ésta implica la imposibilidad de volver a discutir lo decidido en un juicio, porque la rigidez e inmutabilidad de la sentencia descansa en los principios de seguridad y certeza jurídica, consagrados en los artículos 14 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, también lo es que conforme al numeral 401 citado, si surgieron cambios o alteraciones en las circunstancias que, en su caso, motivaron el fallo respectivo, dichos principios no pueden prevalecer frente al derecho del menor.[35]

Finalmente, también a manera de ejemplo del ejercicio de este principio *pro actione*, vale mencionar que, con el reconocimiento de los derechos colectivos, la legislación adjetiva y la jurisprudencia han tenido que reinterpretar los diversos principios que integran el derecho de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. Es el caso de la relatividad de las sentencias, subprincipio de la cosa juzgada, respecto del cual el Poder Judicial de la Federación ha interpretado que:

---

ca, t. XXXI, mayo de 2010, p. 1922. Este criterio no constituye jurisprudencia ni es obligatoria, pero sirve como criterio orientador.

34 Véase la tesis, COSA JUZGADA. SUS LÍMITES OBJETIVOS Y SUBJETIVOS. Tesis P./J. 86/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 590.

35 Tesis de rubro: COSA JUZGADA E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. AUN CUANDO EXISTA SENTENCIA EJECUTORIADA EN RELACIÓN CON LA GUARDA Y CUSTODIA DE AQUÉL, SI EXISTEN CIRCUNSTANCIAS QUE PONGAN EN PELIGRO SU INTEGRIDAD, EL JUEZ DEBE PRIVILEGIAR EL SEGUNDO FRENTE A LA PRIMERA FIGURA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE YUCATÁN), (IV REGIÓN). Tesis 2o.13 C, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 51 t. III, febrero de 2018, p. 1404.

> …los intereses colectivos o legítimos la afectación trasciende a la esfera jurídica subjetiva o individual de quien promovió un juicio de amparo, [por lo que] sería inadmisible suponer que por esa cuestión se niegue la procedencia del medio de control constitucional, pretextándose la violación al principio de relatividad de las sentencias.[36]

Así, con estos ejemplos concretos, se evidencia cómo el Poder Judicial de la Federación ha utilizado el principio *pro actione*, que colige que las autoridades judiciales y las que ejercen actividades materialmente jurisdiccionales interpreten los requisitos y presupuestos procesales de la manera más favorable al ciudadano, con el fin de evitar que el acceso a la justicia sea oneroso o imposible de ejercer para el justiciable.

4. Ponderación del derecho

Esto, a su vez, requiere que los jueces e impartidores de justicia realicen de forma ordinaria ejercicios de ponderación de la proporcionalidad del requisito en concreto, frente a las circunstancias particulares del ciudadano, sin vulnerar los principios de certeza y seguridad jurídicas, que constituyen garantías de rango constitucional y que tienen como fin preservar el orden social.

Sin embargo, este ejercicio de ponderación necesariamente nos remite a la racionalidad y razonabilidad que deben regir esta actividad.

Así, coincidimos con Roberto González Álvarez, quien afirma que "cuando se invoque la justicia prometida en la Constitución frente a la libertad comprendida en el derecho de acción, el principio de proporcionalidad y el criterio de razonabilidad serán los que determinen *in casu* el contenido de la acción".[37]

Por racionalidad, en el Derecho, podemos tomar la definición de Susana González Hernández, quien refiere lo siguiente:

> [L]a racionalidad en el Derecho es una presuposición fundamental de nuestra forma de vida, de manera tal que si bien, se requiere que los ordenamientos legales y previsiones jurídicas sean válidamente aceptables en el ámbito legal, porque reúnen los requisitos formales y de fondo, de legitimidad y legalidad, es necesario que sean también admisibles por los sujetos a los que van dirigidas, para lo cual se precisa que sean congruentes con conductas verificadas en el mundo real y tengan un componente lógico que las vuelva admisibles y comprensibles en un orden preestablecido, válido para un

---

[36] Tesis de rubro: Sentencias de amparo. El principio de relatividad admite modulaciones cuando se acude al juicio con un interés legítimo de naturaleza colectiva. Tesis 2a. LXXXIV/2018, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, Libro 58, septiembre de 2018, p. 1217.

[37] González Álvarez, *op. cit*. p. 228.

> conglomerado humano, ubicados en un tiempo y lugar determinados, a fin de evitar subjetividades o inclinaciones partidarias, y que pueda ser constatable su contenido a través de un juicio de razón, de forma tal que pueda distinguirse lo bueno o malo que pueda contener (juicio moral), así como lo verdadero o falso (juicio de verosimilitud), derivado de presupuestos consensuados sobre esos términos.[38]

Esto es que, el ejercicio de ponderación para determinar si procede la interpretación favorable de la procedencia de la acción, debe realizarse con base en criterios válidos, evitar subjetividades o inclinaciones que carezcan de objetividad, y que los razonamientos que la justifican puedan ser constatables a través de un juicio de razón.

En cuanto a la razonabilidad, de acuerdo con Manuel Atienza, consiste en interpretar o aplicar enunciados jurídicos en general, de forma que sean plausibles, sin excluir la posibilidad de que puedan ser aplicados como una noción específica; un concepto particular en cierto tipo de argumentaciones.[39]

No obstante que ciertos sectores de la doctrina consideran que la razonabilidad es ambigua y poco confiable, porque existen factores de tipo históricos, sociales, culturales y psicológicos que determinan los criterios de razonabilidad, para Susana González Hernández, es necesario usarla como criterio de validez; pues, aunque no elimina totalmente la posibilidad de que se configuren falsas creencias, sí genera un parámetro de coherencia y racionalidad desde el punto de vista social.[40]

5. Consideraciones finales

Estos parámetros de corrección jurídica son especialmente útiles para los jueces al momento de ponderar la proporcionalidad de un requisito de procedencia que pudiera ser demasiado oneroso para el justiciable. Ello, porque, no obstante que el principio *pro actione* permite interpretaciones favorables y la modulación de los requisitos legales de procedencia, resultaría en un despropósito partir de la premisa de que dichos presupuestos sean desproporcionados, debido a que tienen como fin dotar de certeza y seguridad jurídicas, no solo al ciudadano frente al

---

38 González Hernández, Susana, *La racionalidad y la razonabilidad en las resoluciones judiciales (distinguir para comprender)*, p. 4, *http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/laracionalidadylarazonabilidadenlasresoluciones.pdf*

39 Citado por González Hernández, Susana, *op. cit*, p. 11.

40 *Ibídem*, p. 17.

poder público o particulares, sino como presupuestos del orden social, que constituye un valor fundamental en un Estado Constitucional Democrático.[41]

6. Bibliohemerografía

Bibliografía

Cueva Carrión, Luis, *El Debido Proceso,* Ecuador, Ediciones Cueva Carrión, 2da edición, 2014, versión e-book.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera, Alfonso (coord.) *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, t. I, México, Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ, Serie Doctrina Jurídica, núm. 791, 2017, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4317/38.pdf*

Hemerografía

González Álvarez, Roberto, "El principio fundamental de acción. Nuevo paradigma de la Ciencia Procesal", *Revista Ars boni et Aequi*, vol. 7, núm. 2, 2011, pp. 199-235, *http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/ART.6-GONZALEZ.pdf*

Sánchez Gil, Rubén, "El Derecho de Acceso a la Justicia y el Amparo Mexicano", *Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 4, 2005, pp. 229-265.

Documentos publicados en Internet

Centro de ética, Las Acciones Colectivas en México, *https://www.centroeticajudicial.org/uploads/8/0/7/5/80750632/acciones_colectivas_en_méxico.pdf*

Enciclopedia Jurídica, 2014, *http://www.enciclopediajuridica.biz14.com/d/tutela-judicial-efectiva/tutela-judicial-efectiva.htm*

Figueruelo Burrieza, Ángela, "Crisis de la justicia y tutela judicial efectiva", *Revista de Derecho Constitucional,* núm. 8, 2003, *http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDCONS/8/rdcons_2003_8_25-34.pdf*

González Hernández, Susana, La racionalidad y la razonabilidad en las resoluciones judiciales (distinguir para comprender), *http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/laracionalidadylarazonabilidadenlasresoluciones.pdf*

Legislación

Constitución Española, publicada en el Boletín Oficial del Estado,1978.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

Ley de Amparo, 2013.

---

41 Véase la tesis de rubro: Garantía a la tutela jurisdiccional prevista en el artículo 17 de la constitución política de los estados unidos mexicanos. Sus alcances. Tesis 1a./J. 42/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 124.

Tratados, convenios, pactos y declaraciones internacionales

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 1981.

Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José", 1969.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

Declaración americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948.

Jurisprudencia

Jurisprudencia 13/2008, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 2, núm 3, 2009, pp. 17-18.

Jurisprudencia 27/2011, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 4, núm 9, 2011, pp. 17-18.

Jurisprudencia 4/2012, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 5, núm 10, 2012, pp. 18-19.

Jurisprudencia 8/2001, Revista Justicia Electoral, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Suplemento 5, año 2002, pp. 11-12.

Tesis 1a. CCXCI/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 9, t. I, agosto de 2014, p. 536.

Tesis 1a. CXLI/2017, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 47, t. I, octubre de 2017, p. 489.

Tesis 1a. LXXIV/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVIII, t. 1, marzo de 2013, p. 882.

Tesis 1a./J. 24/2018, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 59, t. I, octubre de 2018, p. 699.

Tesis 1a./J. 42/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 124.

Tesis 2a. LXXXIV/2018, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 58, t. I, septiembre de 2018, p. 1217.

Tesis 2a./J. 64/2016, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 31, t. II, junio de 2016, p. 791.

Tesis 2o.13 C, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 51, t. III, febrero de 2018, p. 1404.

Tesis I.3o.C.71 K, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, Libro 18, mayo de 2015, p. 2157

Tesis II.1o.23 K, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, Libro 35, octubre de 2016, p. 2942.

Tesis P./J. 86/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Novena Época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 590.

Tesis PC.XVIII.P.A. J/2 K, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 38, t. III, enero de 2017, p. 1581.

Tesis: VI.2o.C.714 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 1922.

Web sites

Cámara de Diputados, *https://www.diputados.gob.mx*

Parte II
ASPECTOS DE DERECHO CIVIL

Capítulo I

COLEGIACIÓN DE ABOGADOS POSTULANTES COMO REQUISITO NECESARIO PARA UN COMPLETO ACCESO A LA JUSTICIA

Jesús Contreras Suárez*

SUMARIO

1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. Contexto general. 4. Colegiación de abogados en diversos países. 5. Colegiación de abogados en México. 6. Conclusiones. 7. Bibliohemerografía.

1. Introducción

El derecho humano de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, contenido en el segundo y tercer párrafos del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), en las reformas de junio de 2011, tuvieron un cambio radical para dar mayor trascendencia al libre acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución acerca de la pretensión deducida, el derecho de ejecución de las resoluciones judiciales y el derecho al debido proceso.

Es evidente que este cambio de paradigma representa una verdadera inclusión de las personas a la impartición de justicia; esto es, la responsabilidad deja de ser una obligación exclusiva de los órganos jurisdiccionales, para ser compartida por todos aquellos quienes participan en algún proceso judicial, en específico los abogados postulantes.

Esto implica una verdadera profesionalización de los abogados postulantes, la cual no debe limitarse al conocimiento del bagaje jurídico en general, sino que implica una formación integral en la que incluya, como punto central, la ética, como un mecanismo de certificación que garantice a la sociedad tener profesionistas serios, honestos y con capacidad ética para brindar una defensa adecuada a sus intereses.

* Licenciado en Derecho y Maestro en Administración de Justicia, por la Facultad de Derecho de la UAEMex. Diplomado en argumentación jurídica, por la Universidad Iberoamericana, Campus Santa Fe. Diplomado en estrategias didácticas y evaluación de competencias por el CIFE. Diplomado en Derecho Judicial por la Universidad Panamericana y la Universidad Austral de la República de Argentina. Actualmente Magistrado del Poder Judicial del Estado de México.

El conocimiento técnico y la capacidad ética de los profesionistas, sin lugar a duda, representan una condición inseparable; pues, son los intermediarios indispensables ante la autoridad judicial. La falta de técnica implicaría que una persona física o jurídica colectiva, pierda su libertad o su patrimonio; la ausencia de principios éticos traería como consecuencia una enorme barrera de acceso a la justicia.

En esa virtud, para proteger de una forma integral a los justiciables, es imperante que el Estado verifique constantemente la preparación de excelencia por parte de quienes representan los intereses de los ciudadanos que acuden a su asesoría. Debido al sistema jurídico mexicano actual, el órgano jurisdiccional se encuentra imposibilitado, al menos en materia civil, de suplir la deficiencia de la queja; de manera que, ante un mal planteamiento en la demanda o una deficiente defensa (por parte de los postulantes), conllevará a que el tribunal falle a favor de quien no le asiste el derecho ni la razón, por lo que, así, no se cumple el fin de los órganos jurisdiccionales, que es precisamente la justicia.

De esta manera, la investigación socio jurídica,[1] plantea una solución más realista y ajustada al contexto actual de México, pues considera que, para materializar la idea de la armonía en la comunidad, es necesario que los gobernados se encuentren debidamente representados, lo que implica que, en un primer lugar, para otorgar la cédula correspondiente, todos los licenciados en Derecho, se asocien a alguna barra de abogados o asociación civil; lo cual, acontecerá una vez que acrediten un examen (teórico-práctico) de conocimientos generales del Derecho, tanto sustantivo, como adjetivo, lo que es la única manera de que estos profesionales ejerzan en defensa de los intereses de algún justiciable.

Además de lo anterior, deberán presentar periódicamente (cada 5 años) un examen, con el que los postulantes acrediten estar actualizados en los temas propios de la profesión. Esto último, en consideración a que el Derecho y la sociedad son progresivos, nunca estáticos. De no aprobar los exámenes, no se renovará su cédula o patente, lo que les impedirá actuar como postulantes.

Con ello, se pretende que, al igual que los servidores públicos, también los postulantes, como parte importante en el desarrollo del proceso, se encuentren debidamente capacitados y letrados en el Derecho, y se garantiza una debida defensa. Esto incide en la garantía de acceso a la justicia, especialmente en el segundo principio de justicia completa; pues, la autoridad, para resolver apegado al

---

1 Fix – Fierro, Héctor y López Ayllón, Sergio, "El acceso a la justicia en México. Una Reflexión multidisciplinaria", en: Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional,* México, IIJ-UNAM, 2001, t. I, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/92/8.pdf*

Derecho y a la justicia, necesita argumentos y pruebas razonables que le permitan deducir la verdad de los hechos.

2. Antecedentes

Con el único objeto de lograr una debida introducción a este estudio, se citarán algunos de los antecedentes más importantes.

En Roma no era necesario que se contara con título alguno para fungir como abogado, solo se requería tener un reconocimiento de sabiduría jurídica, que se otorgaba siempre y cuando se adquiriera bajo la dirección de algún maestro, quien guiaba en las ideas jurídicas, principalmente de Gayo, Ulpiano, entre otros. A ellos se les conocía como *jurisconsulti.*[2]

En este sentido, si una persona intervenía por otro, se les llamaba *advocati* o *causidici*. Justo aquí, la defensa de una persona se convertía en una verdadera profesión.

Gayo advertía que el derecho no debía ser tocado con las "*manos sin lavar*", pues todo aquel que buscara una solución justa debía ser más que un mero leguleyo.[3]

Al respecto, en el Digesto se estableció que "Abogar es exponer ante el Juez, o Magistrado la pretensión propia, o la del amigo, o contradecir la de otro".[4] Así, en torno al tema, en la obra señalada se precisaron quiénes y cómo podían ser abogados: "Debemos considerar abogados a los que se dedican a la defensa de las causas; no se tendrá por abogados, sin embargo, a los que suelen recibir algo por su consulta sin intervenir en las causas".[5]

Otro antecedente obligatorio se encuentra en España, precisamente en "Las Siete Partidas", en donde se define al abogado como: "un hombre que razona el

---

2 Andrés Santos, Francisco Javier, "Roma y los juristas. El modelo romano en la jurisprudencia europea del siglo XIX", Universidad de Valladolid (España), núm. 15, 2001, pp. 288-289, *https://revistas.uva.es/index.php/minerva/article/view/2854/2279*

3 Gómez Olmos, Ángel Diego, "*El ejercicio de la abogacía",* en Cáceres Nieto, Enrique (coord.), *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del derecho en el sistema romano-germánico*, Serie Versiones de Autor, núm. 9, México, IIJ-UNAM, 2016, t. 1, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4295/33.pdf*

4 Rodríguez de Fonseca, Bartolomé Agustín, *Digesto Teórico-Práctico o recopilación de los derechos común, real y canónico, por los libros y títulos del digesto*, Madrid, t. II, *http://www.pjedomex.gob.mx/ejem/cid/digesto/tomo2/tomo_2.html*

5 *Ibidem,* t. XVIII, *http://www.pjedomex.gob.mx/ejem/cid/digesto/tomo18/tomo_18.html*

pleito de otro o suyo en juicio".[6] Para poder ejercer la profesión, se requería que se conociera del Derecho, o del fuero, o de la costumbre. Incluso, disponía que solo podían ser abogados aquellos quienes "inscribieren sus nombres en el libro de registro",[7] sin soslayar que solo podían inscribirse quienes hubieren acreditado ante los jueces conocer el Derecho; esto, para evitar a los "estorbadores y embargadores de los pleitos".[8]

Con respecto a México, conviene destacar que en 1551 se fundó la Real y Pontificia Universidad de México, en la que se establecieron un conjunto de facultades de Cánones y Leyes.[9] Así, el 21 de junio de 1760, Carlos III, expidió una cédula en la que se aprobaron los estatutos y constituciones del "Ilustre y Real Colegio de Abogados de México". El Colegio "… se erigió inspirado en corporaciones análogas existentes en el antiguo régimen, especialmente en el Colegio de Abogados de Madrid".[10] Cabe mencionar que solo los matriculados en el Colegio serían aceptados como litigantes en las Audiencias de la Corte de México.

En el México independiente, para ser abogado era indispensable cumplir con los siguientes requisitos: edad competente (17 años); estudios y la práctica correspondiente, y la calificación o habilitación de la legítima autoridad.

Los dos últimos se cumplían con la presentación ante la Escribanía de Cámara de la Audiencia su grado, certificación jurada por letrado conocido de haber practicado 4 años, además de exhibir su fe de bautismo legalizada.

A partir de 1830, para ejercer la abogacía, era indispensable que se cumpliera con lo siguiente: presentarse a la Corte Suprema de Justicia con su título de bachiller y certificación jurada por letrado y por la academia teórica práctica de haber practicado por 3 años; con esta solicitud y los documentos, se daba vista al fiscal, quien, de no tener inconveniente, se daba por citado y enviaba oficio al rector para proceder a realizar un examen; una vez realizado el examen, se informaba a la Corte Suprema sobre el resultado; posteriormente, el aspirante concurría al tribunal para que se le examinara de nuevo, el presidente de la Sala indicaba los autos que se le debían entregar y, recibidos por el examinado, los guardaba por el término de 48 horas. Hecho lo anterior, se presentaba ante el Tribunal, donde era examinado por los ministros de Sala. Concluido el examen, los ministros,

---

6 Ortuño Sánchez Pedreño, José María, El oficio de abogado en las partidas de Alfonso X el sabio, Murcia, Facultad de Derecho, Universidad de Murcia, *http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=80*

7 Universidad América Latina (UAL), Ética profesional del abogado (Unidad 4. La abogacía), *http://ual.dyndns.org/biblioteca/Etica_Profesional_Abogado/Pdf/Unidad_04.pdf*

8 García Pacheco Gabriela, *Deontología Jurídica*, Londres, Universidad de Londres, p. 26, *https://yorchdocencia.files.wordpress.com/2015/09/antologc3ada-udl-deontologc3ada.pdf*

9 Universidad Pontificia de México, "Historia", *http://www.pontificia.edu.mx/nosotros/historia/*

10 Ilustre y Nacional Colegio de Abogados, "Historia", *http://www.incam.org/historia/*

como sinodales, a puerta cerrada lo calificaban; de ser aprobado, el presidente le manifestaba que podía ejercer la abogacía. Acto continuo se le tomaba protesta.

Con posterioridad, se hará el estudio con respecto a la práctica de la abogacía en el México actual.

3. Contexto general

En México, el ejercicio de la abogacía requiere de forma obligatoria una cédula profesional expedida por la Secretaría de Educación Pública. Esta cédula se otorga a todos aquellos que han concluido la carrera de licenciado en Derecho, la cual puede ser cursada en cualquier institución pública o privada que se encuentre autorizada por la dependencia de gobierno como se ha mencionado en el párrafo precedente.

Las instituciones de educación superior que ofrecen la licenciatura en Derecho establecen los parámetros de evaluación para acreditar la tira de materias (algunas obligatorias, otras optativas), y a la par, ofrecen concluir la licenciatura en periodos diversos de tiempo, que van de los dos a los cinco años, incluso el sistema de estudio puede ser escolarizado, semi escolarizado o en línea.

Cuando se han acreditado las materias obligatorias, las instituciones de educación superior se encuentran en posibilidad de determinar los requisitos para otorgar el título profesional, ofrecen diversas opciones de titulación, que van desde el examen general de conocimientos, hasta la elaboración de una tesis profesional que es defendida por el sustentante ante un sínodo y en examen público. Es sabido que algunas universidades, incluso de reconocido prestigio, otorgan el título una vez concluidas la tira de materias, sin ningún requisito adicional.

Al obtener el título profesional, se posibilita al estudiante para obtener la cédula que le permite ejercer la profesión en todos los ámbitos; por ejemplo, el servicio público (en sus diferentes esferas y actividades), sector privado (en los giros en donde se requiera asistencia legal) y defensa de los particulares.

En relación con el rubro de la profesión, es necesario considerar que su ejercicio responde a la necesidad de cubrir o satisfacer, de la mejor manera posible, los requerimientos del hombre, desde el punto de vista individual y como parte integrante de una sociedad.

En torno al tema de la profesión, Rodolfo Luis Vigo asevera: “en definitiva, el término profesión y más allá de su etimología, quedó vinculado con una actividad promotora de cierto bien humano y, por eso, si constatamos que el servicio que se

presta conlleva el debilitamiento o la pérdida de uno de esos bienes, no estaríamos dispuestos a reconocerlo como una profesión".[11]

En este punto, las universidades e institutos de educación superior cumplen una misión de especial trascendencia en la formación profesional y técnica de los abogados, y también deben proporcionar formación ética; esto último porque la ética está presente en el ejercicio de todas las profesiones; es decir, no es una cuestión que atañe únicamente a los abogados; la ética, no solo pretende la conducta externa, sino también el aspecto intencional, y la ética encamina al abogado a la excelencia.

Es relevante mencionar que el objeto central de la obra de Rodolfo Luis Vigo, lo constituye el juzgador; sin embargo, la ética es un valor universal que debe estar presente en todas las profesiones. Debe recordarse que la idea contemporánea de la justicia y el acceso a ella no está confiada exclusivamente a los jueces, sino a todos los integrantes de la sociedad; pues esta, como derecho humano, es una institución fundamental de cualquier Estado democrático.

De esta manera, la expectativa de justicia se encuentra confiada al juez y a todos aquellos quienes participan en la función, incluidos por supuesto los abogados postulantes, de ahí el atrevimiento de tomar las ideas de ética de acuerdo con Rodolfo Luis Vigo, traspoladas a la función de los abogados postulantes.

Consecuentemente, los planteles educativos que impartan la licenciatura en Derecho son, en gran medida, responsables de la capacitación y actuar de los abogados, como defensores privados o como servidores públicos, en el entendido de que ambos forman parte del concepto de administración de justicia, el cual se encontraba aislado al Poder Judicial, y que ahora es más amplio, abarca a todos aquellos quienes participan en algún proceso judicial.

En este orden, en los programas de estudio que se brinden a nivel profesional, se debe hacer especial énfasis en el cumplimiento de los deberes éticos. La omisión de las instituciones, en ese sentido, trae consigo serios inconvenientes en la práctica, que afectan a todo el sistema de justicia, que pierde credibilidad ante la sociedad.

Se afirma lo anterior, precisamente porque el plan de estudios que ofrece la licenciatura en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), aprobado el 23 de junio de 2010, incorpora como principales innovaciones y modificaciones:

---

11 Vigo, Luis Rodolfo, *Ética y responsabilidad judicial,* Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2007, p. 42.

– La vinculación de los estudios de licenciatura con los estudios de posgrado con opción a grado de especialista.
– La incorporación del idioma inglés como asignatura obligatoria del primero al sexto semestre y podrá acreditarse únicamente bajo la inscripción a un curso.
– La formación del licenciado en Derecho se desarrolla en dos etapas; en la primera se agrupan las asignaturas de formación profesional y en la segunda las asignaturas orientadas a brindar al alumno una formación especializada, según el campo específico de conocimiento de su interés.

En cuanto a la estructura del plan de estudios, se incluyen dos asignaturas obligatorias, como requisito de titulación sin representar valor en créditos; estas asignaturas son: Cómputo y Curso permanente de Ética, las cuales se podrán acreditar en cualquiera de los primeros ocho semestres de la carrera.[12]

Respecto a la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEMéx), se destaca entre los objetivos del plan de estudios: "Investigar, interpretar y aplicar la ciencia del Derecho para la solución de casos concretos, *con ética*, en forma leal, diligente y transparente, para la solución de problemas en la sociedad y así lograr la armonía y paz social". En el perfil del abogado se señala: "El egresado tendrá los elementos teóricos y metodológicos para la aplicación de la norma a los hechos con responsabilidad y *ética*…". En el programa vigente (2015) no se contempla en el plan de estudios ni siquiera como una disciplina optativa la ética del abogado, lo que evidencia una contradicción con los objetivos del programa educativo y el perfil de egreso.[13]

Es decir, se pretende que un estudiante, sin llevar la materia en específico, tenga una responsabilidad ética en la práctica de la profesión, esto sin demeritar los valores con los que haya sido formado en su núcleo familiar. Pero debe recordarse la trascendencia de la función del abogado, en donde sus decisiones, conocimientos y valores, trascienden a los intereses de un tercero, que dicen defender.

Ante ello, se está en posibilidad de afirmar que la ética como parte integrante del programa se ha demeritado en cuanto a importancia en la formación profesional; a la par, refleja la imperiosa necesidad de modificar de nueva cuenta el plan de estudios para dar especial trascendencia a la ética.

---

12 Universidad Nacional Autónoma de México, Plan de Estudios 2011 de la Licenciatura en Derecho, *www.derecho.unam.mx/oferta-educativa/licenciatura/nuevoplan2011/Plan2011.pdf*

13 Universidad Autónoma del Estado de México, Plan de Estudios 2015 de la Licenciatura en Derecho, *http://derecho.uaemex.mx/pdfs/PLAN2015.pdf*

En consonancia con lo anterior, las instituciones deben reaccionar de manera enérgica por las faltas éticas de los abogados; se insiste, como lo señaló el citado Rodolfo Luis Vigo:

> …la sanción ética supone la posibilidad de algún tipo de reproche institucional por el deber ético incumplido. Es indudable que el repertorio de reacciones puede ser muy variado, desde la simple declaración reservada (no pública) de que se ha faltado a la ética, a la aplicación de una sanción de las clásicas tales como apercibimiento, suspensión, etcétera…[14]

México, a diferencia de otros países, no obliga a los licenciados en Derecho para que se colegien; es más, no existe disposición legal alguna que determine la actualización de sus conocimientos en la materia y, de alguna forma, se garantice que son aptos para acudir a la defensa de los intereses de un particular, una sociedad (civil o mercantil) o incluso del mismo estado.

En esa virtud, un licenciado en Derecho puede no realizar algún estudio adicional a la carrera y ejercer de por vida la profesión, sin considerar que la legislación, debido a la dinámica social, se reforma constantemente en los aspectos sustantivos y adjetivos; prueba de ello es la reciente adaptación del sistema jurídico mexicano tradicional a la oralidad, en sus diversas ramas.

Contrario al ejercicio privado de la profesión, se encuentra la función jurisdiccional, que devela un aspecto totalmente diferente, porque exige a todos los servidores públicos una continua y obligatoria capacitación, para, en un primer término, ingresar a la función, también con el objeto de acceder a un puesto jerárquicamente superior y, finalmente, para su ratificación en el cargo.

Ahora bien, la defensa jurídica de una persona (jurídico colectiva o física) se concibe únicamente mediante la intervención de un licenciado en Derecho, quien es elegido de manera libre, y aconsejará y guiará a su cliente, quienquiera que sea. Durante todo el procedimiento, será el profesional quien proporcione elementos a la autoridad para que esta determine, en derecho y equidad, a cuál de las partes le asiste la razón.

El licenciado en Derecho y los integrantes de los órganos jurisdiccionales deben tener una formación profesional sólida, tanto en el aspecto ético como en el jurídico, porque ambos son responsables de salvaguardar la libertad, la seguridad jurídica y el patrimonio de las personas que patrocinan los postulantes ante quienes declaran el Derecho.

En este esquema, el licenciado en Derecho que no se actualiza en sus conocimientos, al no existir disposición legal alguna que lo obligue a una formación

---

[14] Vigo, Luis Rodolfo, *op. cit.,* p. 48.

continua y permanente, evidentemente, no puede ofrecer una defensa adecuada; lo que incide en que los órganos jurisdiccionales resuelvan conforme a la verdad jurídica y no a la real.

Con lo expuesto, se evidencia que una idónea administración de justicia no corresponde exclusivamente a los tribunales, sino también contribuyen en su resultado a aquellos que juraron, al tomar protesta, defender a las personas. Ante esto, es claro que la profesión del abogado requiere forzosamente de una capacitación continua y una colegiación obligatoria; de manera que justifique tener aptitud para acudir en defensa y asesoría de cualquier persona en las situaciones donde se requiera asistencia técnica legal.

Es decir, no debe otorgarse la cédula profesional a todo aquel que culmine sus estudios profesionales, sino cuando se colegie en alguna barra de abogados, reconocida por la Secretaría de Educación Pública, y avale que cuenta con la formación especializada y suficiente para defender los intereses de una persona; del mismo modo, deberá certificarse cada determinado tiempo, para que se encuentre facultado para continuar con el ejercicio de la abogacía.

La cédula profesional deberá ser renovada cada determinado tiempo y previa la acreditación de diversos exámenes que corroboren sus conocimientos; sin pasar por alto que también el colegio o barra contará con un código de ética obligatorio, respaldado por una legislación secundaria al artículo 5 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de manera que se contribuya al ejercicio digno de la profesión del abogado, tan demeritada en la actualidad.

Estas afirmaciones, encuentran un sustento muy razonable en el acceso a la tutela judicial efectiva, concepto relativamente novedoso que derivó de las reformas Constitucionales del 2011, en donde se privilegian los derechos humanos. En este punto, conviene puntualizar que, a juicio del autor, en el acceso a la tutela judicial efectiva, no solo participa la autoridad judicial, sino las partes y sus abogados.

4. Colegiación de abogados en diversos países

La colegiación no es un fenómeno ajeno a los países europeos y americanos; cada una de las naciones cuenta con diversas formas de regular las profesiones, situación que depende de su desarrollo histórico y su contexto social y jurídico. Así, no existe una regla común que rija para todos los países; en cambio, cada uno de ellos genera la norma que mejor cree conviene para lograr una completa y correcta vigilancia de las actividades profesionales.

Es cierto que, algunos países desarrollan sus bases considerando la de las demás naciones; no obstante, cada uno de ellos imprime sus matices con el objeto

de, como se ha dicho, adaptarla a sus necesidades. En algunos, la función de los colegios se limita a permitirles el ejercicio profesional de la abogacía; en tanto que otros, tienen, aparte de la función certificadora, un corte ético y de control. Se expondrá la colegiación de abogados en: Francia, España, Italia, Alemania, Suiza, Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Brasil, Argentina, Chile y Perú, por ser los más representativos en este tema en particular.

4.1. Francia

Su antecedente son las llamadas "corporaciones de oficios". En un principio solo regulaban a los comerciantes, quienes estaban obligados a pagar una cuota para agremiarse y ejercer sus actividades.[15] Con el paso de los años, las corporaciones se extendieron a los demás oficios. Fue hasta que se proclamaron las leyes del 8 y 10 de abril de 1954, cuando se estableció la obligación de los abogados para incorporarse a alguna orden.

Básicamente, los requisitos de ingreso eran: tener 5 años de ser ciudadano francés, y haber cursado los estudios de licenciado en Derecho en alguna facultad; la duración de la licenciatura era de 4 años.

La carrera de licenciado en Derecho se encuentra dividida en dos partes: la primera 3 años, transcurridos los cuales se entregaba al estudiante el título de licenciado en Derecho; la segunda 1 año, en la cual se realizaban estudios de Derecho francés y procedimientos en particular.

Concluidos los estudios, es indispensable que se obtenga el denominado "Certificate d´Aptitude Professionelle", a través de un examen de ingreso, con un año de cursos (teóricos y prácticos). Concluido este periodo, se realiza un examen. Aparte de lo anterior, se debe adscribir al único colegio profesional que existe en Francia, para lograr la certificación y poder ejercer la profesión de la abogacía.

Como puede apreciarse, la función del Colegio de Abogados de Francia es de control y supervisión, tanto profesional como deontológica.[16] Conforme a lo

---

15 Lastra Lastra, José Manuel, "Las corporaciones de oficios y la libertad de asociación en Francia", *Revista de la Facultad de Derecho de México,* México, núm. 223-224, IIJ-UNAM, *https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28453/25719*

16 Sistemas de formación para abogados en la UE, Scuola Superiore dell'Avvocatura, Italia, Comisión Europea, abril de 2014, *https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=cd6bda1e-ebe3-4343-a7fd-7fb0f3525714*

anterior, se puede afirmar que el abogado francés, además de colegiarse, tiene 4 obligaciones principales:[17]

- Deontológicas, compuesta básicamente por los principios de independencia, lealtad, confidencialidad y respeto al secreto profesional.
- Disciplinarias, los abogados pueden incurrir en responsabilidades penales, pero también son acreedores a sanciones disciplinarias, que van desde la amonestación hasta la expulsión; incluso, se les puede prohibir ejercer temporalmente la profesión, en atención a la gravedad de la falta.
- Actualización continua, a partir del 2004 la formación continua es obligatoria, cada abogado debe forzosamente cumplir con un mínimo de 20 horas de formación por año. Los colegios pueden adoptar las medidas disciplinarias contra los abogados que la incumplan.
- Manejo de fondos, conocida como CARPA (Caja de Regulación Pecuniaria de los Abogados), atinente a los fondos que reciben los abogados en la cuenta de sus clientes, sea en calidad de mandatario o como consecuencia de un acto profesional, judicial o jurídico. Obviamente no le pertenecen el abogado; por tanto, deben ser depositados en una cuenta bancaria especial e independiente, regulada y gestionada por esta caja.

4.2. España

La obligación de los abogados para colegiarse surge de las ordenanzas de las audiencias del 19 de diciembre de 1835, en donde se les ordenaba incorporarse a colegio como requisito *sine que non*, para practicar la abogacía.[18] En esa normativa, se consideraba que la abogacía debía desarrollarse dentro de un régimen colegiado y corporativo, para cumplir debidamente con sus fines.

Derivado de la anterior normativa, el 15 de septiembre de 1870 se crea la Ley Orgánica del Poder Judicial; legislación en la cual se establecieron las condiciones necesarias para la creación de los colegios en todas las capitales de audiencia y "en las poblaciones en que actuaran más de 20 abogados, concediendo a los jueces de las entidades menores, facultades atribuidas a los colegios".[19]

---

17 Conseil National Des Barreux, "La Profesión de Abogado en Francia: Reglamentación profesional – Obligaciones", *https://www.cnb.avocat.fr/es/reglamentacion-profesional-obligaciones*

18 Tormo Camallonga, Carlos, *El Colegio de abogados de Valencia. Entre el antiguo régimen y el liberalismo,* Valencia, Universidad de Valencia, 2004, pp. 268-284.

19 *Idem.*

Las referidas legislaciones, finalmente fueron recogidas por el Estatuto General de la Abogacía (28 de junio de 1946),[20] que fue asimilado en los Estatutos Generales de Abogados de España, autorizados por orden del 5 de febrero de 1947.

Así, existen otras disposiciones jurídicas que obligan a los abogados a colegiarse para efecto de ejercer la abogacía (Constitución Española del 27 de diciembre de 1978, Ley de Colegios Profesionales de 1974, Ley Orgánica del Poder Judicial del 1 de junio de 1985, Estatuto General de la Abogacía del 24 de julio de 1982).

Del mismo modo, el ejercicio de la abogacía, a través de colegios, también se contempla en el Código Penal Español y el decreto 936/2001 del 3 de agosto;[21] este último suscrito con motivo de la integración de la Unión Europea.

Conviene señalar que, en este país, existen los Montepíos de los Colegios de Abogados[22] que, aunque no son autoridades propiamente, son institutos de asistencia mutua formada por los propios abogados. Sus funciones son meramente de auxilio y socorro entre sus miembros, abarca incluso a sus familiares más directos. Propiamente, se otorgan seguros de invalidez, vejez y ayuda de supervivencia de viudas y huérfanos.

Ahora bien, las principales funciones del Colegio de Abogados español son las siguientes[23]:

- Distribución equitativa de los cargos a que dé lugar el ejercicio profesional;
- Defensa de los derechos e inmunidades de los abogados;
- Vigilancia de que estos gocen ante los tribunales de la libertad necesaria para el desempeño de su función;
- Auxilio a los colegas, y
- Control disciplinario para que no exista detrimento alguno en el decoro y buen nombre de la respetable clase de los abogados.

---

20 Decreto de 28/06/1946 por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía, España, Gobierno de la Nación, BOE núm. 201, 5727, 20/07/1946, *https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1946/201/A05727-05730.pdf*

21 Real Decreto 936/2001 de 3 de agosto por el que se regula el ejercicio permanente en España de la profesión de abogado con título profesional obtenido en otro estado miembro de la Unión Europea, Legislación Consolidada, Ministerio de Justicia, BOE núm. 186, de 04/08/2001, *https://www.boe.es/buscar/pdf/2001/BOE-A-2001-15216-consolidado.pdf*

22 Barcía Lago, Modesto, *Abogacía y Ciudadanía. Biografía de la abogacía Ibérica,* España, Dykinson, 2007, pp. 63–65.

23 Estatuto General de la Abogacía Española, Abogacía General Consejo General, *https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/Estatuto-General-de-la-Abogacia-Espanola-1.pdf*

Para fines de este estudio, se distingue este último punto. Como se precisó en la introducción, en México la profesión de la abogacía se encuentra en una grave y penosa crisis, tanto en servidores públicos como en abogados particulares; precisamente por la falta de un órgano que certifique que el licenciado en Derecho cuenta con la capacidad profesional y ética para ejercer su función. Esto es, la ausencia de una autoridad reguladora y de control trae como consecuencia la falta de actualización y carencia de valores éticos y dogmática jurídica de quienes ejercen esta profesión.

Finalmente, conviene señalar que el 30 de octubre de 2006, se creó la Ley 34/2006, titulada "Sobre el Acceso a las Profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales".[24] Esta normativa, establece elementos para la formación y certificación de los conocimientos de los abogados; estos, previo a su habilitación del ejercicio profesional. Lo elemental de esta legislación radica en la obligatoriedad de los estudiantes para que cursen y acrediten módulos prácticos, en conjunto con las universidades y los colegios de abogados; de esta manera, se conjugan los conocimientos teóricos y la experiencia en el ejercicio profesional de los miembros de los colegios.

Al final de este periodo formativo, se realiza una evaluación de naturaleza general y nacional. Al margen de esta examinación, la habilitación radica en la venia de los colegios de abogados, quienes requieren de manera forzosa el título correspondiente y la obligación de los candidatos de respetar las normas que los facultan para ejercer.

4.3. Italia

El método de aprendizaje en esta profesión es escrito o codificado; es decir, su estrategia de aprendizaje está basada en los conceptos y principios básicos del derecho, deja a un lado la práctica. En este país, la colegiación de los abogados surge a partir de la ley del 8 de julio de 1874; a diferencia de Francia, cuenta con potestades reglamentarias y deontológicas, así como funciones disciplinarias, de arbitraje y conciliación.

Para ejercer la profesión, se requiere: haber concluido los estudios; realizar 2 años de entrenamiento en un despacho; puede ser un año, cuando se complemente con un curso en alguna universidad o colegio, y haber cursado 2 años y medio en alguna licenciatura en ciencias sociales.

---

[24] Villicaña Cañada, Pablo, "*Requisitos para el ejercicio de la abogacía a lo largo de la historia*", Máster Universitario de acceso a la abogacía, Trabajo de fin de curso, Universidad de la Rioja, España, *https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE001428.pdf*

Al concluir los 2 años de entrenamiento o pasantía, se debe acreditar un examen, que se encuentra compuesto de 2 partes: escrito (3 días) y oral. Si se aprueban, se solicita la admisión en el Colegio de Abogados. De ser aceptado el candidato, presta el juramento y se le otorga la condición de abogado calificado; presupuesto indispensable para poder ejercer.

No debe pasar desapercibida la función reglamentaria y deontológica del Colegio de Abogados de este país; se busca tener abogados calificados y de un corte profundamente ético, indispensable para el ejercicio de esta profesión.[25]

4.4. Alemania

La colegiación de los abogados se realiza mediante un examen que se aplica al concluir los estudios universitarios, nunca menores a 3 años. En esta prueba se analizan sus conocimientos como una condición fundamental para entrar a una etapa que se denomina servicio preparatorio. En términos generales, consiste en una técnica pragmática de aprendizaje, tiene la particularidad de que es una actividad remunerada por el gobierno, dura cinco semestres y su objeto principal es familiarizar al aspirante con cada una de las ramas del Derecho y las actividades que realizaría.[26]

A la par, se incluyen congresos y seminarios en los que se discuten leyes relevantes. Al concluir este periodo, el candidato debe presentar un examen para obtener la autorización legal de ejercer.

La legislación aplicable es el Reglamento Federal de la Abogacía, que regula, entre otras cosas, los derechos y obligaciones de los abogados, las actividades de los colegios, la inspección profesional y las medidas disciplinarias.

A diferencia de los demás países, los honorarios se rigen por la ley relativa a las retribuciones. También conviene señalar que todos los abogados son miembros del colegio de abogados del lugar donde se encuentre el despacho. Actualmente en Alemania existen 27 colegios de abogados, organizados de acuerdo con los tribunales superiores de justicia, en el entendido de que estos son corporaciones tanto de derecho público, los primeros, como de derecho privado.[27]

---

25 Sistemas de formación para abogados en la UE, *cit*.

26 Palanco Puga, Guillermo, "El abogado en Alemania: una apuesta por la calidad", *Miramar, http://www.icamalaga.es/portalMalaga/archivos/ficheros/1299508049579.pdf*

27 Justicia y derecho en Alemania, 14/08/2012, *https://www.deutschland.de/es/topic/politica/alemania-europa/justicia-y-derecho*

4.5. Inglaterra

Se trata del país ícono del *common law*. El sistema jurídico, en especial la administración de justicia, se encuentra básicamente en dos estructuras: B*arristers* y S*olicitors*. Los primeros, son los que ejercen propiamente la función del abogado, pues son los que están autorizados para presentar los asuntos ante los tribunales de alta jerarquía a petición de los S*olicitors*; de ahí que los clientes, en primera instancia, tienen que acudir a estos últimos, aun cuando los B*arristers* se encuentren facultados legalmente para representar a alguna persona en juicio.[28]

Una vez que los B*arristers* han sido autorizados por los S*olicitors*, se puede iniciar el asunto, que puede ser contencioso o no contencioso.[29]

La formación de un abogado, en un inicio, estaba encomendada a los jueces, quienes eran los que determinaban cuando un estudiante o aprendiz estaba en condiciones de ejercer o tramitar asuntos ante los tribunales. Posteriormente, surgieron los *Inns of Court,* encargados de la educación jurídica. Más adelante, aparecieron nuevas entidades para organizar la gran cantidad de profesionistas; se denominaban *Circuit Bar Meases,* las cuales mantenían el nivel moral de sus miembros, no tenían poderes disciplinarios, pero utilizaban la fuerza moral de la opinión colectiva.[30]

Finalmente, surge el *General Council of the Bar,* en donde se agrupan cada una de las barras de abogados. Sus funciones básicamente son las siguientes: el mantenimiento del honor y la independencia del tribunal de los demás poderes; el fomento de la educación jurídica y del estudio de la jurisprudencia; la mejora de la administración de justicia; la mejora del procedimiento; mantener la conducta profesional, la disciplina y la etiqueta de los abogados.

El *Council,* entonces, realiza una actividad entre los *Barristers* y los órganos encargados de la administración de justicia.[31]

Ahora bien, el trabajo del *Barrister* se encuentra supeditado a que el *Solicitor* se lo encomiende, excepto en asuntos del orden criminal. Por otro lado, debe contar con práctica y talento; incluso, de considerar que no tiene la capacidad

---

28 Matamoros Amieva, Erick Iván, *La Colegiación de Abogados en el Derecho Comparado*, Serie Estudios Jurídicos núm. 194, México, IIJ-UNAM, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3086/7.pdf*

29 *Idem.*

30 *Idem.*

31 *Idem.*

suficiente para llevar el asunto, debe entregar el asunto al *Solicitor* para que este se lo entregue a otro *Barrister*. A esta autorización se le denomina *brief*.[32]

A diferencia de los demás sistemas jurídicos, el *Barrister* no puede desempeñar alguna otra profesión o negocio. Del mismo modo, tampoco le está permitido hacerse auto propaganda, no puede entregar tarjetas de presentación. Por último, en cuanto a las prohibiciones del *Barrister*, está la relativa a fijarse los honorarios, pues estos se determinan por el foro.

En cuanto a la colegiación propiamente dicha, los *Solicitors* deben estar dentro de la *Law Society*,[33] que además de representarlos, también se encarga de su disciplina. Para ingresar se requiere acreditar un curso de práctica legal; hecho lo anterior, se requieren de dos años más de prácticas, antes de que un estudiante en derecho pueda ser admitido como *Solicitor*. Actualmente, *Law Society* ha autorizado a 10 instituciones públicas y a 2 privadas para proporcionar el curso.

La sociedad es la que vigila y sanciona el comportamiento de los miembros, ejerce una facultad disciplinaria por medio del Tribunal Disciplinario de los *Solicitors*; en todo caso, vigilan el estricto cumplimiento del Código de Conducta.[34] Además, dentro de lo más importante, es que están facultados para remover a los miembros que resulten incompetentes para el cargo; en este caso, se les niega o retira su certificado.

Por su parte, la actividad de los *Barristers* se encuentra regulada por el Consejo de la Barra y Cuatro Gremios de la Corte (*Gray's Inn, Inner Temple, Lincoln´s Inn y Middle Temple*); sus funciones incluyen la colocación, formación y capacitación de los *Barristers*, así como cuidar la observancia de las reglas de conducta. Actúa como el órgano de representación de la barra.[35]

4.6. Estados Unidos

En este país americano no existe un colegio federal de abogados; en cada estado existe uno o más de ellos, lo cual, dependerá de la cantidad de profesionistas y habitantes; por ejemplo, habrá colegios compuestos de 12 o 13 miembros, en lugares pequeños, pero en grandes orbes los integrantes podrán ser de miles de profesionistas, como en Nueva York o California. En términos generales, los cole-

---

32 Bright knowledge, ¿What is the difference between a barrister and solicitor?, *https://www.brightknowledge.org/law/what-is-the-difference-between-a-barrister-and-solicitor*

33 The law society, *https://www.lawsociety.org.uk/*

34 Code of Conduct SRA 2011, Solicitors Regulation Authority, *https://www.sra.org.uk/solicitors/handbook/code/content.page*

35 Matamoros Amieva, Erick Iván, *op. cit.*

gios de abogados, establecidos en los Estados de la Unión Americana, tienen una doble función: educativa, en donde la actualización y continuidad en los estudios buscan fomentar, desarrollar y perfeccionar las aptitudes de los abogados, y de impulso a las reformas legislativas para mejorar el sistema de administración de justicia.

La obligatoriedad de la colegiación también depende de cada estado. Habrá lugares en donde será voluntaria; en otros, obligatoria. No obstante, en los Estados Unidos de América, las cortes supremas de cada uno de los estados son las que pueden facultar para habilitar a los abogados en el ejercicio profesional:

> … si bien por delegación de las mismas son las barras de abogados de cada estado por medio de las comisiones de examinadores del foro a las que compete preparar y aplicar tales pruebas, las que se encargan del otorgamiento de la licencia, así como del control de la conducta de los abogados…[36].

Para poder presentar el examen de admisión en una barra de abogados, el aspirante debió haber cursado tres años de estudios legales en alguna facultad de Derecho aprobada por el Estado. Esta prueba es escrita y tiene una duración de 2 o 3 días, consta de 20 o 30 preguntas prácticas, en las que se plantean problemas que deben ser resueltos por el aspirante; obviamente, debe utilizar la legislación que considere aplicable.

Aprobado el examen, se admite en la barra o colegio y se hace la formal solicitud a la corte estatal para que le conceda la licencia y pueda ejercer en su jurisdicción. Para que sea federal, deben haber transcurrido 5 años en el ejercicio profesional; pasado dicho lapso, se hace la solicitud formal, pero esta vez ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

Debido al sistema federal de los Estados Unidos, cada estado tiene en sus manos el control y vigilancia en el desempeño de las funciones de los abogados; las cuales, incluyen decoro de los profesionistas ante los tribunales, restricciones en cuanto a la solicitud de clientes y a la fijación de honorarios.

Esto fue lo que dio origen a la *American Bar Association*[37], que se trata de un tipo de sociedad que organiza a las diferentes barras y colegios de abogados de la Unión Americana. Su principal tarea y objetivo es alcanzar acuerdos para unificar los códigos de ética de los abogados, que existen en diversos estados.

Algunas de las principales tareas de la *American Bar Association,* son las siguientes: actuar como la voz nacional de la profesión legal; mejorar la adminis-

---

36 *Idem.*

37 American Bar Association, "Historia del ABA", *https://www.americanbar.org/groups/diversity/commission_on_hispanic_legal_rights_responsibilities/deberesyderechos/historia/*

tración de justicia; promover programas y recursos prácticos que ayuden a los abogados y jueces en su trabajo; acreditar a las facultades de derecho; proporcionar educación jurídica continua, y fomentar la comprensión pública sobre la importancia del "Estado de Derecho" alrededor del mundo.

Cabe destacar que, en este país, no existe una colegiación obligatoria: no obstante, los egresados buscan la forma de ingresar a alguna barra a través de la aprobación de un examen. Del mismo modo, resulta un excelente mecanismo de autoevaluación para las escuelas de Derecho.

4.7. Canadá

Al igual que en los Estados Unidos, en este país existen la *bar associtation,* que son organizaciones profesionales encargadas de brindar defensa, protección y apoyo a los abogados; es necesario pertenecer a ellas para poder ejercer la abogacía.

Como en Inglaterra, existe una *Law Society,* que se regula por la legislación local del lugar de creación. En cada provincia existe una de ellas, son 14 en total; todas agrupadas en la *Federation of Law Societies of Canada*.[38]

Para ejercer la abogacía en Canadá, es necesario acreditarse ante *The National Committee on Acreditation*. Esto se logra a través de la aplicación al aspirante de exámenes o la asistencia a cursos sobre Derecho; lo cual, puede ser incluso en una provincia diferente a la de residencia.

Una vez acreditados los requisitos, se obtiene el *Certificate of Qualification*, que facultará al aspirante para presentar un examen ante la barra a la que desee pertenecer.

4.8. Brasil

La colegiación en este país es obligatoria, de acuerdo con la Ley Federal 8.906 sobre el Estatuto de la Ley y el Colegio de Abogados de Brasil.[39] Los aspirantes deben cumplir con diversos requisitos, dentro de los cuales se encuentran: capacidad civil; certificado de estudios de Derecho; certificado de servicio militar; aprobación del examen de la orden; idoneidad moral, y prestar compromiso delante del Consejo.

---

38 Federación de Sociedades de Derechos de Canadá, *https://flsc.ca/*

39 Ley N ° 8.906 del Estatuto de la Ley y el Colegio de Abogados de Brasil, de 04/07/1994, *http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm*

La Orden de Abogados del Brasil,[40] tiene como propósito evaluar y examinar a quienes pretendan ingresar en ella. El ingreso es obligatorio e irrestricto para aquellos abogados que pretendan ejercer en ese país. La Orden también regula a las escuelas de Derecho, obviamente con el apoyo y sanción del Ministerio de Educación. Finalmente, es la encargada de determinar sobre la habilitación o no de los aspirantes que pretendan ejercer la función de la abogacía en este país.

4.9. Argentina

En esta nación, existe una Federación de Colegios de Abogados, que reúne a todos los colegios de abogados de las provincias. Dentro de sus principales funciones se encuentran:

- Representar, en su acción de conjunto, a los Colegios que la constituyen; ayudarlos y vincularlos para la mejor realización de sus fines estatutarios y prestarles su concurso cuando se afecte su existencia o regular funcionamiento;
- Proponer que todos los Colegios puedan tener, mediante su organización legal y otros medios, la influencia y el control necesarios en el ejercicio de la abogacía y en la composición y desempeño de la magistratura judicial;
- Enaltecer el concepto público de la abogacía y propender a su mejoramiento;
- Propiciar la formación de Colegios de Abogados en cada centro forense, que corresponda a un Departamento, Circunscripción o Nominación Judicial;
- Propender al mejoramiento de la administración de justicia y al progreso de la legislación en todo el país;
- Organizar y participar en reuniones y conferencias relacionadas con los fines que persigue;
- Vincularse con instituciones similares nacionales o extranjeras, cooperar a la constitución de organismos internacionales e incorporarse a ellos;
- Afirmar los principios del régimen institucional argentino;
- Sostener una biblioteca pública, preferentemente de carácter jurídico;
- Instituir o aceptar instituciones de becas y premios de estímulo para estudios, trabajos y obras de índole jurídica;

---

40 Orden de Abogados del Brasil, *www.esacademic.com/dic.nsf/eswiki/878867*

– Aceptar y realizar arbitrajes, para lo cual se crean organismos especializados, y
– Propiciar que la administración de la Matrícula Federal esté a cargo de la FACA con intervención de los Colegios de Abogados de la República.[41]

A los abogados en este país se les exige una colegiación obligatoria de carácter regional; incluso, esta obligación deriva de la Ley N° 23.187 de la Abogacía,[42] que regula los requisitos para el ejercicio de la profesión de abogado en la Capital Federal, jerarquía, deberes y derechos, matrícula y colegiación (artículo 2, inciso B).

4.10. Chile

La afiliación de los abogados a alguna barra o colegio, al igual que en México, es totalmente voluntaria. En 1981, con el decreto 3,621, se disolvieron los colegios profesionales, y pasaron a ser únicamente asociaciones gremiales; entonces, el control disciplinario de la profesión se encuentra a cargo de los tribunales de justicia.

Para obtener el título de abogado, de acuerdo con el Código Orgánico de Tribunales de la República de Chile,[43] se necesita:

> Artículo 523. Para poder ser abogado se requiere:
>
> 1. Tener veinte años de edad;
>
> 2. Tener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas otorgado por una Universidad, en conformidad a la ley;
>
> 3. No haber sido condenado ni estar actualmente procesado por delito que merezca pena corporal, salvo que se trate de delitos contra la seguridad interior del Estado;
>
> 4. Antecedentes de buena conducta.
>
> La Corte Suprema podrá practicar las averiguaciones que estime necesarias acerca de los antecedentes personales del postulante, y
>
> 5. Haber cumplido satisfactoriamente una práctica profesional por seis meses en las corporaciones de asistencia judicial a que se refiere la Ley No. 17.995, circunstancia que deberá acreditarse por el Director General de la respectiva corporación. Las Corporaciones de Asistencia Judicial, para este efecto, podrán celebrar convenios con el Ministerio Público y con la Defensoría Penal Pública.
>
> Un reglamento determinará los requisitos, forma y condiciones que deban cumplirse para que dicha práctica sea aprobada.

---

41 Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA.), *http://www.faca.org.ar/estatuto.html*

42 Ley N° 23.187 de la Abogacía, del 05/06/1985, *http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/26188/texact.htm*

43 Ley N° 7.421, del 15/05/1943 y sus modificaciones, *https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563*

La obligación establecida en el No. 5 se entenderá cumplida por los postulantes que sean funcionarios o empleados del poder judicial o de los tribunales del trabajo, por el hecho de haber desempeñado sus funciones durante cinco años, en las primeras cinco categorías del escalafón del personal de empleados u oficiales de secretaría.[44]

5. Propuesta de colegiación de abogados en México

En México, no existe legislación alguna que obligue a los licenciados en Derecho para colegiarse, se trata de una cuestión totalmente voluntaria. Pero si existen procedimientos disciplinarios con sanciones vinculantes, en algunas asociaciones profesionales de abogados, por ejemplo, la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Asociación Civil establece en el artículo 36 del Código de Ética Profesional de 2017,[45] lo siguiente: "Cuando se determine la comisión de alguna violación a las normas de este Código, la Junta de Honor podrá aplicar las sanciones expresamente establecidas en los Estatutos." A su vez, el artículo 43 de los Estatutos,[46] señala:

> Art. 43º. En caso de que la Junta de Honor encuentre fundada la queja, así lo declarará, e impondrá al acusado una o más de las siguientes sanciones:
>
> I. Amonestación;
>
> II. Suspensión de sus derechos como asociado hasta por un término de doce meses, sin exención de cuotas; y, 16
>
> III. Suspensión de sus derechos como asociado por doce meses, sin exención de cuotas, y recomendación de expulsión a la Asamblea General de Asociados.
>
> Si la Junta de Honor determina que la acusación o queja fue notoriamente infundada, podrá amonestar a quien la haya presentado.

Así, se está en posibilidad de afirmar que, aun cuando existen procedimientos sancionatorios, para los agremiados que infringen alguna disposición del código de ética, lo cierto es que, ninguna de esas sanciones, es vinculante, en su caso, puede determinarse la expulsión del miembro, sin que lo anterior, le impida continuar en el ejercicio la abogacía, precisamente ante la inexistencia de normatividad emanada por un poder público que así lo determine.

---

44 Código Orgánico de Tribunales, Santiago de Chile, 15/06/1943, *http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res9.pdf*

45 Código de Ética Profesional de 2017, *http://www.bma.org.mx/assets/codigo-de-etica--xii-2016-.pdf*

46 Estatutos de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, *http://www.bma.org.mx/assets/estatutos-completos-bma-con-la-reforma-2017-122.pdf*

Con respecto a los códigos de ética Rodolfo Luis Vigo[47], estableció diversos argumentos a favor:

> 1) porque éstos vienen a clarificar comportamientos judiciales o extrajudiciales, optando por una de las conductas éticamente posibles (por ej. hay distintas prescripciones éticas acerca del modo permitido a los jueces para mantener reuniones con los abogados de las partes: en ningún caso se permiten, sin restricción alguna se pueden realizar, sólo en presencia del secretario, previo pedido expreso, etc.), despejando así razonables dudas éticas que puede afrontar el juez al respecto;
>
> 2) una vez fijada en el Código la conducta judicial que éticamente corresponde se despejan las dudas del juez y, consiguientemente, gana éste en tranquilidad atento a que cuenta con aquel respaldo que lo protegerá frente a eventuales cuestionamientos o problemas;
>
> 3) el Código proporciona criterios objetivos de calidad ética judicial desde donde se puede establecer quiénes son los mejores, los mediocres y los malos jueces, y así la ética puede ser no sólo un motivo para el reproche, sino también para el reconocimiento por los altos estándares éticos asumidos;
>
> 4) al establecerse exigencias éticas objetivas a los jueces, consecuentemente se facilita el control y las eventuales denuncias o quejas éticas por parte de todos aquellos interesados en la excelencia del servicio de justicia y que aportan económicamente al presupuesto de su funcionamiento;
>
> 5) los Códigos de Ética Judicial al fijar comportamientos u omisiones como valiosas o disvaliosas, alientan a las voluntades débiles para que se comporten de esa manera, y, por supuesto, mucho más cuando aquéllos contemplan mecanismos sancionatorios;
>
> 6) un Código de Ética Judicial favorece la identidad judicial al afirmar explícita o implícitamente ciertos valores sectoriales o locales, y así es posible encontrar particularidades en los Códigos como "la virtud del patriotismo" contemplada en el mexicano o la "austeridad republicana" en el de la Provincia de Santa Fe (Argentina), y
>
> 7) la sanción de los Códigos de Ética Judicial ha posibilitado que la responsabilidad ética respectiva quedara configurada e institucionalizada inequívocamente, pues a través de esa vía se definen deberes que apelan a un carácter específico y, consiguientemente, ello trae aparejada la responsabilidad ética respectiva.

En este apartado, conviene reiterar que la idea central en el trabajo de Rodolfo Luis Vigo es la ética en los jueces. No obstante, como se apuntó, la ética es un valor universal, que debe estar presente en el actuar de todos los profesionistas, en este en particular, entre abogados, quienes, al comparecer a defender intereses de terceras personas, con su indebido o inoportuno actuar conllevan consecuencias atinentes a la propiedad y libertad de personas que acuden a consultarlo.

De acuerdo con los argumentos a favor, en la línea de esta investigación, es importante que se considere la labor del abogado en los procesos en los que interviene, habida cuenta que, como se ha dicho, en el contexto de la administración de justicia, no es responsabilidad única del Poder Judicial, sino de todos aquellos

---

47 Vigo, Luis Rodolfo, *op. cit.*, pp. 34-35.

que participan en los procesos judiciales, en especial los abogados que concurren en la defensa de los intereses de una persona física o jurídica colectiva.

En otro rubro, la actualización se ha dejado en segundo término, pues los abogados no están obligados a hacerlo por parte de alguna autoridad con facultades para requerirles legalmente estas capacitaciones que deben ser permanentes.

La función del abogado es diferente en cada caso, pero para cumplir cabalmente con su tarea, es necesario que el profesionista esté atento a los cambios que se generan en la normatividad; es decir actualizado en la materia jurídica, pero también en la formación en deberes éticos como, por ejemplo, conciencia funcional, capacitación permanente, prudencia, justicia, diligencia, decoro, honestidad, secreto profesional, afabilidad, responsabilidad y fortaleza.

Así, la actuación en el *deber ser* en la práctica profesional de los postulantes los conlleva al ejercicio íntegro de la profesión y a la excelencia.

La necesidad de colegiar a todos los abogados del país implica que invariablemente se actualicen y certifiquen de manera obligatoria y, como aspecto secundario, los colegios y barras de abogados compartan datos estadísticos más precisos al Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) y a la Asociación Nacionales de Universidades e Institutos de Educación Superior (ANUIES).

De acuerdo con datos que arroja la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE) realizada por el INEGI, refiere que existe un aproximado 345,900 de abogados; no obstante, los datos, debe precisarse que son generales y dentro de ellos no se considera a los abogados con estudios de posgrado o actualizaciones, ni mucho menos el porcentaje de los que estén colegiados en alguna barra de abogados.[48]

Lo anterior, se refuerza con los datos aproximados que arroja la consulta realizada en la página oficial de la ANUIES, de los cuales se advierte que del 100% de los abogados en México, menos del 10% cuenta con una maestría y menos del 1% con doctorado;[49] es decir, más del 90% del total de los abogados no continúa con estudios de posgrado.

Los estudios de maestría no son precisamente de actualización, pues generalmente los planes de estudio de posgrado no se modifican a la par con los cambios en la legislación y tratados internacionales. A la par, ni el INEGI ni los datos esta-

---

48 INEGI, *www.inegi.org.mx/programas/enoe/15ymas/default.html#Tabulados*

49 ANUIES, Anuarios Estadísticos de Educación Superior, *www.anuies.mx/informacion-y-servicios/informacion-estadistica-de-educacion-superior/anuario-estadistico-de-educacion-superior*

dísticos de la ANUIES, cuentan con un padrón específico en el que consten datos de estudios de actualización como diplomados o especialidades.

Al respecto, la Barra Nacional de Abogados, reporta que se integra con 3,000 asociados,[50] en relación con el aproximado de 345,900 abogados que tiene el país. El número de profesionales en Derecho colegiados representa menos del 1%; cifra que debe considerarse aproximada, pues la mayoría de las barras y colegios de abogados no publican el número de asociados registrados.

También, en sustento a lo expuesto, la Barra Mexicana de Abogados se ha pronunciado a favor de la colegiación y certificación obligatoria,[51] incluso ha presentado su propuesta en apoyo a la expuesta por los Senadores de la República Arely Gómez González, Miguel Romo Medina, Roberto Gil Zuarth, Angélica de la Peña Gómez, Manuel Camacho Solís, Enrique Burgos García y María Cristina Díaz Salazar de la LXII legislatura, cuyos argumentos torales conviene apuntar:[52]

La regulación de las profesiones en general y del ejercicio de las mismas en particular ha sido tradicionalmente limitada y escasa. Era necesaria una revisión profunda del papel que se le debe reconocer al ejercicio profesional en el buen funcionamiento del Estado para proceder a regular dicho ejercicio en los términos de dignidad y respeto que las profesiones merecen y requieren.

Si bien la legislación estatal mantiene algunos elementos de uniformidad, hay aspectos en donde las diferencias son importantes. Específicamente en el papel que se les confiere a los Colegios de Profesionistas en el control ético y desarrollo profesional y de actualización de sus agremiados. La uniformización de la legislación de profesiones o en su caso la expedición de una ley general de profesiones era recomendable.

Las condiciones generales de admisión al ejercicio de una profesión deben atender a cuestiones tanto de ética, honorabilidad y probidad como de aptitud técnica para su desempeño.

No todas las leyes de profesiones obligan actualmente a los Colegios de Profesionistas a contar con un Código de Ética Profesional, el contar con él es en ciertos Estados optativo y no se incluye la obligación de crear órganos colegiales que conozcan de las faltas al código ético respectivo. En algunos Estados sí existe la exigencia, en otros ni siquiera se menciona la posibilidad de contar con él. Esta es una falla grave que debe corregirse exigiéndose a los Colegios Profesionales la adopción de un Código de Ética Profesional adecuado y un órgano de control específico.

---

50 Barra Mexicana de Colegio de Abogados, *www.bma.org.mx/nosotros.html*
51 *Ibidem*.
52 *Ibidem*.

Por su parte, el correcto desempeño técnico de la mayoría de las actividades profesionales, bajo la normatividad actual, es un acto meramente voluntario. En efecto, salvo algunas excepciones muy destacables, que la propia Ley reconoce, en la gran mayoría de las profesiones no existe mecanismo alguno que permita tener la razonable tranquilidad de que los profesionistas cuentan con las competencias mínimas requeridas para su ejercicio.

La necesidad de obligar a los abogados a colegiarse, incluso se evidencia con las propuestas que ha presentado la Barra Nacional de Abogados, lo que demuestra que es una idea que no está concluida.

Además, como se adelantó en la introducción, una vez concluido el plan de estudios y tira de materias obligatoria, la Secretaría de Educación Pública, por conducto de la Dirección General de Profesiones expide, sin más trámite, la cédula que le permite al licenciado en Derecho actuar en defensa de los intereses de otra persona, sin ningún otro requisito adicional, en este sentido, debe considerarse la importancia de que el profesionista acredita estar apto para actuar en defensa de los intereses de las personas, sean físicas o jurídicas colectivas, sin soslayar la relevancia de continuar con diversos planes de estudio de actualización, que le permitan estar a la vanguardia de los conocimientos en la materia, pues la legislación cambia al mismo paso que la sociedad.

Como se ha visto en el apartado que antecede, precisamente donde se realizó un estudio con respecto de países como Estados Unidos, Francia e Inglaterra, es necesario que el licenciado en Derecho acredite estar apto para ejercer la abogacía, lo cual lograr a través de la realización de diversos exámenes, e incluso pasantías; de igual manera, debe obligársele a actualizarse de manera continua a efecto de que conozca a profundidad los cambios en la legislación.

Lo anterior, se agrava aún más cuando se pone de manifiesto que la cédula es permanente, no está sujeta a ningún otro requisito posterior (colegiación obligatoria o examen de conocimientos). Otorgado el documento, el abogado puede ejercer sin necesidad alguna de acreditar estar a la vanguardia en su bagaje jurídico, pasan por alto que, a la par del movimiento social, la normatividad cambia de manera constante.

De esta forma, en muchos casos, el abogado olvida que la actualización es una obligación permanente y constante, cuyo único objeto, no es el económico, sino el digno y eficaz servicio a la sociedad.

Como se estudió en el apartado de derecho comparado, son diversos los países que obligan al abogado a presentar cursos de actualización, sin pasar por alto que deben pertenecer a un colegio o barra para que, en conjunción con las instituciones públicas o privadas autorizadas para ello, evalúen el conocimiento del

profesionista (desde el punto de vista teórico y práctico) y le faculten para ejercer la profesión.

Es cierto, los artículos 5 y 9 de la CPEUM ponen de manifiesto que las personas son libres de dedicarse a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, dejan en total libertad a las entidades federativas para que regulen el ejercicio de estas; es decir, determine cuáles de ellas requieren de un título para su ejercicio.

No obstante, se pasa por alto que, derivado de las reformas del 2011, el concepto de acceso a la justicia se ha ampliado, en el sentido de que no solo la autoridad judicial es la responsable de aplicar debidamente el derecho, sino las partes a través de sus abogados, para sentar las bases para que este derecho humano se materialice.

Podría parecer que la colegiación y actualización obligatoria de los abogados violenta el orden constitucional, en especial el ejercicio de una profesional; sin embargo, es irracional que no se regule la actividad del abogado cuando, en muchos casos, de su actuar dependa la propiedad, la seguridad jurídica y libertad de una persona, garantías celosamente protegidas por la Carta Magna.

En este sentido, los justiciables, de acuerdo con el nuevo orden constitucional, tienen el derecho de contar con una defensa adecuada y profesional, para lo cual se requieren la actualización y un mecanismo para constatar que se cumple con el estudio constante y a la vanguardia.

En este mismo contexto, derivado de las reformas del 2011, en donde se reconoce especial obligatoriedad a los tratados internacionales, el Estado mexicano pasa por alto la opinión consultiva OC–5/85, del 13 de noviembre de 1985, serie A, número 5, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte-IDH), cuya parte conducente establece:

> 68. La Corte observa que la organización de las profesiones en general, en colegios profesionales, no es per se contraria a la Convención sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas. Por ello, si se considera la noción de orden público en el sentido referido anteriormente, es decir, como las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios, es posible concluir que la organización del ejercicio de las profesiones está implicada en ese orden.[53]

---

[53] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)", Opinión Consultiva, OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, *http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf*

Con respecto a las opiniones consultivas de la Corte-IDH, debe decirse que no son obligatorias; sin embargo, esta función no puede desvincularse de los fines de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), pues tiene como finalidad intrínseca auxiliar en el cumplimiento de las obligaciones internacionales que los Estados han adquirido al ratificar la Convención; como es el caso de México.

En este contexto, se pone de manifiesto que México, como estado miembro, ha omitido pronunciarse con respecto a la colegiación obligatoria de los abogados, si bien han existido diversas propuestas como la presentada por la entonces diputada federal Claudia Ruiz Massieu Salinas, del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, quien proponía reformar y adicionar los artículos 5, 9 y 121 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lo cierto es que esa solicitud no fue aprobada.[54]

También, en abril de 2004, el entonces presidente de la República, Vicente Fox Quezada, envió al Senado de la República una iniciativa para la reforma integral del sistema penal, en la que se consideraba un mecanismo, a cargo del Consejo de la Judicatura Federal, para la certificación de abogados defensores, misma que no prosperó.

Del mismo modo, el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012, presentado por Felipe Calderón Hinojosa, titular del ejecutivo federal, incluyó como estrategia la promoción de una mayor profesionalización de abogados, se propone adoptar la colegiación obligatoria y el seguimiento de códigos de ética y conducta, sin que se materializara.

En mérito de este esquema, como se adelantó, México ha incumplido con sus compromisos internacionales, en el sentido de impulsar un verdadero acceso a la justicia, al certificar y colegiar a los abogados para tener mayor certeza de que los profesionales en este ramo cuentan con los conocimientos científicos y valores éticos suficientes para actuar en defensa de los intereses de un tercero.

En este orden, para la Corte-IDH, la colegiación y examinación y actualización periódica de los abogados, no debe considerarse violatoria de derechos, sino una vía eficaz para la consecución de los fines sociales propios de la profesión. Debe recordarse que el respeto a las instituciones conlleva a que las mismas funcionen de manera armónica y normal; esto, racionalmente asegura una sana convivencia social.

---

54 Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se reforman los artículos 5°, 28 y 73 en materia de Colegiación y Certificación Obligatorias, Senado de la República, 18 de febrero de 2014, *http://www.senado.gob.mx/64/gaceta_comision_permanente/documento/30829*

Ahora bien, se ha sostenido que, en el nuevo marco constitucional, en la impartición de justicia, participan las autoridades, las partes y evidentemente sus abogados; pues, son ellos quienes aportan los elementos al juzgador para que dicte una sentencia lo más apegada a la realidad.

Especial relevancia goza el concepto de acceso efectivo a la justicia "acción que permite al gobernado acudir a tribunales independientes e imparciales a plantear una pretensión o defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa, y, en su caso, se ejecute esa decisión".[55]

El acceso a la justicia, por parte del Estado mexicano, debe ser considerado como una política pública, cuya directriz comprometa a las autoridades y a las partes involucradas, en específico, a los abogados, para garantizar a las personas el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos y sociales.

Esto, se logra con una formación integral, desde el punto de vista técnico y ético; pues el servicio y patrocinio jurídicos, en la actualidad afronta un sinnúmero de desafíos a la hora de ofrecer servicios de calidad que permitan efectivamente materializar el concepto de acceso efectivo a la justicia.

Por esto, el acceso efectivo a la justicia, como política pública, debe ser considerado por el Estado como una estrategia para ampliar las bases de la armonía y paz social, en ese entendido, los abogados deben contar con los elementos necesarios para actuar en defensa de los intereses de un tercero; lo cual, se lograría a través de la colegiación obligatoria de este gremio de profesionistas, no como una forma de control institucional, sino como una nueva lógica en donde el Estado se asegura que los profesionistas se encuentren facultados para resolver verdaderamente las problemáticas que se les presenten.

El acceso efectivo a la justicia no es únicamente un concepto vago y lejano, constituye una sofisticación de los derechos humanos, en donde se combinan estrategias técnicas, éticas y de colaboración entre autoridades y abogados.

En este punto, cabe aún citar las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, en las cuales se destaca que no solo el Poder Judicial y el Ministerio Público tienen el monopolio de la responsabilidad en materia de acceso a la justicia de las personas y grupos sociales, sino también los defensores que acuden a asesorar a las personas.

Con respecto a estas reglas, contienen 3 avances importantes en materia de derechos humanos:

---

[55] Tesis 1a. CXLI/2017, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, octubre de 2017, p. 489.

El primero consiste en el reconocimiento de que el derecho al respeto de las garantías del debido proceso (o a un proceso justo, de acuerdo con la terminología del Convenio Europeo de Derechos Humanos), y el derecho a la tutela judicial efectiva en caso de violación de un derecho fundamental, implican el derecho de acceso a la justicia.

El segundo consiste en la aplicación concreta al derecho de acceso a la justicia de la existencia de obligaciones positivas del Estado en materia de derechos humanos, destinadas a remover aquellas barreras y obstáculos de orden jurídico, social, económico y cultural que dificultan o impiden el pleno ejercicio de los derechos humanos por parte de sus titulares.

El tercero es la creciente toma de conciencia acerca de las barreras para el acceso a la justicia para el ejercicio de cualquier otro derecho que no son de carácter individual, sino social o grupal. Esto significa que las dificultades experimentas por las personas para acceder a la justicia y para ejercer sus derechos se deben en parte a su pertenencia a grupos sociales en situación de vulnerabilidad.[56]

Con base en esto, se puede claramente concluir que el acceso a la justicia es un concepto amplio a cargo de los tribunales y demás autoridades, pero también participan en ella los defensores; es por ello que, el Estado, en este nuevo paradigma Constitucional, debe asegurar que los profesionistas en Derecho cuentan con los conocimientos técnicos necesarios para acudir en defensa de una persona, lo cual se impulsaría en gran medida con el establecimiento de la colegiación obligatoria.

Dicho lo anterior, es aún prudente hacer referencia a los principios que integran el concepto de acceso efectivo a la justicia; los cuales que fueron expuestos por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,[57] estos son:

a) Justicia pronta, que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que a ese efecto establezcan las leyes;

Por su parte, conviene señalar que la CADH, precisa que estas controversias deben resolverse dentro de un plazo razonable, como se advierte del contenido del artículo 8, de la literalidad siguiente:

> Artículo 8. Garantías Judiciales
>
> a) 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, esta-

---

[56] Guzmán Federico, Andreu y Courtis, Christian, *Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, pp. 52-54. *www.corteidh.or.cr/tablas/r29269.pdf*

[57] Tesis 2a./J.192/2017, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, octubre de 2007, p. 209.

> blecido 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.

La falta de colegiación y formación integral de los abogados impide que las personas sean debidamente oídas en juicio; pues, una formación jurídica deficiente no les permite contar con una adecuada defensa de sus intereses en juicio, se coloca en riesgo su propiedad y su libertad.

b) Justicia completa, consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita su pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los puntos debatidos cuyo estudio sea necesario, y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado.

Por cuanto hace a la materia civil y mercantil, la litis es cerrada; es decir, el juez no puede ir más allá de lo planteado por las partes, no puede introducir cuestiones que no fueron puestas en el debate, salvo en reducidos casos de suplencia, principalmente cuando se encuentran relacionados derechos de personas en alguna situación de desventaja (adultos mayores, personas con capacidades diferentes, menores de edad, entre otros); por ende, si el abogado plantea de forma deficiente la demanda o las excepciones, según sea el caso, la omisión no permitirá a las personas obtener una justicia completa. Ello implicaría que no se resuelva de forma justa la controversia correspondiente.

c) Justicia imparcial, que significa que el juzgador emita una resolución apegada a Derecho, y sin favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido.

La colegiación de los abogados, sin lugar a dudas, permitirá que los abogados se encuentren obligados a cumplir con un código de ética del gremio al cual pertenezcan, de manera que auxiliarán al juzgador en la prevención y, en su caso, denuncia de todos aquellos hechos u omisiones tendentes a favorecer o perjudicar a alguna de las partes, por cuestiones subjetivas, apartadas de la equidad y del Derecho.

d) Justicia gratuita, que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán emolumento alguno por la prestación de ese servicio público.

El abogado con una formación jurídica sólida y ética auxiliará a las autoridades para cumplir con este principio constitucional y se garantizará que las personas no eroguen cantidad de dinero alguno, cuando soliciten la intervención de algún órgano del Estado en la impartición de justicia; en todo caso, no serán

partícipes de actos que impliquen dádivas que comprometan la objetividad y estricto apego a Derecho del actuar de las autoridades.

Así, como se ha evidenciado, el acceso a la justicia es un derecho humano, del cual es titular cualquier persona. A la par, este derecho es una exigencia internacional para México; lo cual, queda expuesto a través de los diversos tratados que ha suscrito y ratificado. Es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, especialmente en su artículo1, numeral 1 y 2, que a la letra dice:

> Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos.
>
> 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
>
> 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.[58]

Ante esto, la defensa de una persona en juicio no se concibe sin la intervención de un abogado, quien es, sin lugar a duda, al igual que las autoridades, un elemento esencial para la administración de justicia. Debido a su papel trascendente y a los compromisos internacionales de México, para garantizar el acceso efectivo a la justicia, la colegiación de los abogados debe ser obligatoria e imperativa.

En este contexto, la mencionada opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, advirtió que la colegiación no contraría los principios de la CADH, sino constituye un medio de regulación y control de la fe pública y de la ética, a través de la actuación de los colegas.

Incluso, dentro de este rubro, hace una especial consideración en torno a la noción de orden público, al señalar que se trata de las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores.

Por ello, la necesidad de la colegiación obligatoria de los abogados, de ninguna manera vulnera la libertad de asociación de los profesionistas, pues el interés público, se encuentra por encima del privado, lo cual también se aborda en la referida opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En la resolución aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Nacionales Unidas, el 8 de marzo de 1999, en el artículo 9, numeral 3, señala:

> 3. A los mismos efectos, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, entre otras cosas, a:

---

58 Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969, *https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm*

> a) Denunciar las políticas y acciones de los funcionarios y órganos gubernamentales en relación con violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales mediante peticiones u otros medios adecuados ante las autoridades judiciales, administrativas o legislativas internas o ante cualquier otra autoridad competente prevista en el sistema jurídico del estado, las cuales deben emitir su decisión sobre la denuncia sin demora indebida;
>
> b) Asistir a las audiencias, los procedimientos y los juicios públicos para formarse una opinión sobre el cumplimiento de las normas nacionales y de las obligaciones y los compromisos internacionales aplicables;
>
> c) Ofrecer y prestar asistencia letrada profesional u otro asesoramiento y asistencia pertinentes para defender los derechos humanos y las libertades fundamentales.[59]

Especialmente en el inciso c), se hace aún más patente la importancia del papel del abogado en donde se vean inmiscuidos derechos de terceros, que dice defender, por ende, la colegiación debe tomarse como un instrumento eficaz para comprobar la aptitud de aquellos que pretenden ejercer la abogacía.

Se insiste, conforme a la experiencia internacional, que la colegiación obligatoria es en beneficio de la sociedad; por ello, debe establecerse de nueva cuenta en México, con el propósito de proteger el interés social, particular y colectivo. En apoyo a lo anterior, exigir a un profesionista que se colegie, se justifica no en atención a sus derechos, sino como una forma eficaz de beneficiar los intereses de los destinatarios de sus servicios.

Puntualiza que la abogacía es una actividad dirigida a la defensa de los intereses de otras personas;[60] debido a ello, es indispensable que, además de que sea necesario el título, se condicione la expedición de la cédula a acreditar diversos exámenes teóricos y prácticos realizados por la Secretaría de Educación Pública.

La necesidad de la colegiación obedece a un interés social, que está por encima del interés particular que se pudiera alegar. El Estado debe garantizar a las personas la paz social y sus deseos de justicia, que solo se ven colmados cuando quienes se encuentran en la aplicación del derecho tienen la preparación técnica suficiente, sin dejar a un lado, la base ética y deontológica sobre la que todo profesionista debe actuar.

La colegiación obligatoria, se había planteado; incluso el 20 de febrero de 2014 se presentó en la Cámara de Senadores de la LXII Legislatura, una iniciativa

---

59 Naciones Unidas, Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, Resolución A/RES/53/144, del 08/03/1999, p. 5, *www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/Declaration/declaration_sp.pdf*

60 Cruz Barney, Oscar *et al., Lineamientos para un Código Deontológico de la abogacía mexicana*, México, Serie Estudios Jurídicos, núm. 222, UNAM-Asociación de la Barra Americana de Abogados, 2013, p. 3, *http://biblio.upmx.mx/textos/103192.pdf*

de reforma constitucional, en la que se planteaba la colegiación y certificación obligatoria:

La Ley reglamentaria del artículo 5o. constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en la Ciudad de México que nos rige actualmente data de mayo de 1945, fue reforma en enero de 2018,[61] tiempo en el que se crearon nuevas disciplinas, se han hecho evidentes las necesidades de colegiación como mecanismo de control del ejercicio de las profesiones, así como el constante aumento en las necesidades sociales no satisfechas en el ejercicio de las profesiones como factor de producción, de organización y de desarrollo en general, tanto en el campo de la economía como en los servicios públicos y privados.[62]

Consecuentemente, se puede concluir que la colegiación debe ser obligatoria, como una medida de protección a las personas; en la medida de lo posible, asegurará que quienes acudan a los tribunales en defensa de sus intereses, cuenten con abogados con los conocimientos teóricos y prácticos necesarios para proporcionarles una debida defensa.

Evidentemente, se trata de una medida heterogénea, pero es indispensable asegurar a las personas su debida defensa. El Estado debe cumplir con la parte que le corresponda, tocante al punto de condicionar la expedición de la cédula a que el aspirante acredite tener los conocimientos necesarios; por otro lado, para asegurar que el abogado se encuentra en constante actualización, lo cual obedece a las reformas legales que son producto de la movilidad social.

Finalmente, debe recordarse que la paz y armonía social son indispensables para el progreso de una nación. En este punto, es importante hacer énfasis en que profesionistas preparados y éticos (postulantes y servidores públicos) permitirán cumplir con las expectativas de justicia que tienen los ciudadanos cuando se encuentran inmiscuidos en un asunto de carácter legal.

6. Conclusiones

Primera. La reforma constitucional de junio de 2011 puntualiza la necesidad de contar con abogados mejor preparados, en atención a que la impartición de

---

61 Ley reglamentaria del artículo 5o. constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en la Ciudad de México, publicada en el DOF el 26/05/1945. Última reforma publicada DOF 19/01/2018.

62 Barra Mexicana de Abogados, *www.bma.org.mx/assets/1-inic_pri_reforma_constitucional2.pdf*

justicia es una responsabilidad compartida de los tribunales y los profesionistas que comparecen en la defensa de una persona, física o jurídica colectiva.

Segunda. Los licenciados en Derecho, para poder ejercer, deben acreditar ante la Secretaría de Educación Pública, que tienen los conocimientos necesarios para estar en aptitud de comparecer a juicio en defensa de los derechos de una persona (física o jurídica colectiva).

Tercera. Los abogados, para poder continuar en el ejercicio de la profesión, deben realizar diversos cursos de actualización, cada cinco años, en los cuales, será indispensable que exhiba todos aquellos documentos que acrediten que ha realizado diversos estudios que le permitan estar a la vanguardia en el conocimiento de la legislación.

Cuarta. Los profesionales en Derecho deben colegiarse de manera obligatoria en alguna barra o colegio de abogados, en el entendido que podrán ser sujetos a procedimientos ante la negligencia en el ejercicio de sus funciones o ante el quebranto del código de ética.

Quinta. La Secretaría de Educación Pública será la encargada de realizar los diversos exámenes que permitan, en un primer término, el ejercicio profesional del derecho con la expedición de la cédula profesional; en segundo lugar, será la encargada de evaluar a los abogados cada 5 años, y determinar su aptitud en el desarrollo de su ejercicio profesional.

Sexta. La colegiación obligatoria de los abogados facilitará a las personas el acceso efectivo a la justicia, pues será garantía de que los profesionistas reúnan los conocimientos técnicos y éticos, que le permitirán desarrollarse debidamente en el ejercicio de la postulancia para proporcionar al juzgador, los elementos necesarios e indispensables para que resuelva con base en cuestiones objetivas, apegado a la verdad y al Derecho.

Séptima. México, en cumplimiento de sus compromisos internacionales, debe contar con mecanismos para colegiación y certificación de los abogados, como un elemento importante del acceso efectivo a la justicia.

7. Bibliohemerografía

Bibliografía

Barcía Lago, Modesto, Abogacía y Ciudadanía, "*Biografía de la abogacía Ibérica*", España, Dykinson, 2007.

Cruz Barney, Oscar *et al., Lineamientos para un* Código Deontológico de la abogacía mexicana, México, UNAM-A asociación de la Barra Americana de Abogados, 2013, *http://biblio.upmx.mx/textos/103192.pdfhttps://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3281/4.pdf*

Fix – Fierro, Héctor y López Ayllón, Sergio, "El acceso a la justicia en México. Una Reflexión multidisciplinaria", en: Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Justicia*. Memoria del IV Congreso Internacional de Derecho Constitucional, México, IIJ-UNAM, 2001, t. I, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/92/8.pdf*

Gómez Olmos, Ángel Diego, "El ejercicio de la abogacía", en Cáceres Nieto, Enrique (coord.), *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del derecho en el sistema romano-germánico*, Serie Versiones de Autor, núm. 9, México, IIJ-UNAM, 2016, t. 1, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4295/33.pdf*

Matamoros Amieva, Erick Iván, *La Colegiación de Abogados en el Derecho Comparado*, Serie Estudios Jurídicos núm. 194, México, IIJ-UNAM, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3086/7.pdf*

Tormo Camallonga, Carlos, *El Colegio de abogados de Valencia. Entre el antiguo régimen y el liberalismo,* Valencia, Universidad de Valencia, 2004.

Vigo, Luis Rodolfo, *Ética y responsabilidad judicial,* Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2007.

Hemerografía

Andrés Santos, Francisco Javier, "Roma y los juristas. El modelo romano en la jurisprudencia europea del siglo XIX", Universidad de Valladolid (España), núm. 15, 2001, pp. 281-299, *https://revistas.uva.es/index.php/minerva/article/view/2854/2279*

Lastra Lastra, José Manuel, "Las corporaciones de oficios y la libertad de asociación en Francia", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, IIJ-UNAM, núm. 223-224, *https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28453/25719*

Documentos publicados en internet

American Bar Association, "Historia del ABA", *https://www.americanbar.org/groups/diversity/commission_on_hispanic_legal_rights_responsibilities/deberesyderechos/historia/*

ANUIES, Anuarios Estadísticos de Educación Superior, *www.anuies.mx/informacion-y-servicios/informacion-estadistica-de-educacion-superior/anuario-estadistico-de-educacion-superior*

Barra Mexicana de Abogados, *www.bma.org.mx/assets/1-inic_pri_reforma_constitucional2.pdf*

Bright knowledge, ¿What is the difference between a barrister and solicitor? *https://www.brightknowledge.org/law/what-is-the-difference-between-a-barrister-and-solicitor*

Code of Conduct SRA 2011, Solicitors Regulation Authority, *https://www.sra.org.uk/solicitors/handbook/code/content.page*

Conseil National Des Barreux, "La Profesión de Abogado en Francia: Reglamentación profesional – Obligaciones", *https://www.cnb.avocat.fr/es/reglamentacion-profesional-obligaciones*

Corte Interamericana de Derechos Humanos, "La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)", Opinión Consultiva, OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, *http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf*

Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se reforman los artículos 5°, 28 y 73 en materia de Colegiación y Certificación Obligatorias, Senado de la República, 18 de febrero de 2014, *http://www.senado.gob.mx/64/gaceta_comision_permanente/documento/30829*

Federación de Sociedades de Derechos de Canadá, *https://flsc.ca/*

García Pacheco Gabriela, Deontología Jurídica, Universidad de Londres, Londres, p. 26, https://yorchdocencia.files.wordpress.com/2015/09/antologc3ada-udl-deontologc3ada.pdf

Guzmán Federico, Andreu y Courtis, Christian, Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, *www.corteidh.or.cr/tablas/r29269.pdf*

Ilustre y Nacional Colegio de Abogados, "Historia", *http://www.incam.org/historia*

Instituto Nacional de Estadística y Geografía: www.inegi.org.mx/programas/enoe/15ymas/default.html#Tabulados

Justicia y derecho en Alemania, 14/08/2012, *https://www.deutschland.de/es/topic/politica/alemania-europa/justicia-y-derecho*

Naciones Unidas, p. 5: www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/Declaration/declaration_sp.pdf

Ortuño Sánchez Pedreño, José María, "*El oficio de abogado en las partidas de Alfonso X el sabio"*, Murcia, Facultad de Derecho, Universidad de Murcia. *http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=80*

Palanco Puga, Guillermo, "El abogado en Alemania: una apuesta por la calidad", *Miramar, http://www.icamalaga.es/portalMalaga/archivos/ficheros/1299508049579.pdf*

Real y Pontificia Universidad de México, "Historia", *http://www.pontificia.edu.mx/nosotros/historia/*

Rodríguez de Fonseca, Bartolomé Agustín, *Digesto Teórico-Práctico o recopilación de los derechos común, real y canónico, por los libros y títulos del digesto*, Madrid, t. II, *http://www.pjedomex.gob.mx/ejem/cid/digesto/tomo2/tomo_2.html*

Sistemas de formación para abogados en la UE, Scuola Superiore dell'Avvocatura, Comisión Europea, abril de 2014, *https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=cd6bda1e-ebe3-4343-a7fd-7fb0f3525714*

Sistemas de formación para abogados en la UE, Scuola Superiore dell'Avvocatura, Comisión Europea, Abril de 2014, *https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=cd6bda1e-ebe3-4343-a7fd-7fb0f3525714*

The law society, *https://www.lawsociety.org.uk/*

Universidad América Latina (UAL), Ética profesional del abogado (Unidad 4. La abogacía), *http://ual.dyndns.org/biblioteca/Etica_Profesional_Abogado/Pdf/Unidad_04.pdf*

Universidad Autónoma del Estado de México, Plan de Estudios 2015 de la Licenciatura en Derecho, *http://derecho.uaemex.mx/pdfs/PLAN2015.pdf*

Universidad Nacional Autónoma de México, Plan de Estudios 2011 de la Licenciatura en Derecho, *www.derecho.unam.mx/oferta-educativa/licenciatura/nuevoplan2011/Plan2011.pdf*

Villicaña Cañada, Pablo, *"Requisitos para el ejercicio de la abogacía a lo largo de la historia"*, Máster Universitario de acceso a la abogacía, Trabajo de fin de curso, Universidad de la Rioja, España, *https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE001428.pdf*

Legislación

Código Orgánico de Tribunales, Santiago de Chile, 1943.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

Decreto de 28 junio de1946 por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía, España, 1946.

Estatuto General de la Abogacía Española, Abogacía General Consejo General.

Ley N ° 8.906 del Estatuto de la Ley y el Colegio de Abogados de Brasil, 1994.

Ley N° 23.187 de la Abogacía, Argentina, 1985.

Ley N° 7.421, Chile, 1943 y sus modificaciones.

Ley reglamentaria del artículo 5o. constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en la Ciudad de México, 1945. Última reforma publicada DOF 19/01/2018.

Real Decreto 936/2001 de 3 de agosto por el que se regula el ejercicio permanente en España de la profesión de abogado con título profesional obtenido en otro estado miembro de la Unión Europea, Legislación Consolidada, Ministerio de Justicia, BOE núm. 186, de 04/08/ 2001.

Jurisprudencia

Tesis 1a. CXLI/2017 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, octubre de 2017, p. 489.

Tesis 2a./J.192/2017, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, octubre de 2007, p. 209.

Web sites

Barra Mexicana de Colegio de Abogados, *www.bma.org.mx/nosotros.html*

Federación Argentina de Colegios de Abogados (F.A.C.A.), *http://www.faca.org.ar/estatuto.html*

INEGI, *www.inegi.org.mx/*

Orden de Abogados del Brasil, *www.esacademic.com/dic.nsf/eswiki/878867*

Capítulo II

LA DEBIDA DILIGENCIA EN EL EMPLAZAMIENTO COMO GARANTE DEL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL

Everardo Guitrón Guevara*

SUMARIO

1. Introducción. 2. Medios de comunicación procesal de los tribunales con los particulares. 3. Naturaleza jurídica del emplazamiento. 4. Requisitos del emplazamiento. 5. Supuestos del emplazamiento irregular y sus consecuencias. 6. Deberes de revisión del juzgador en el emplazamiento. 7. El emplazamiento elemento esencial del derecho humano de acceso a la justicia. 8. Beneficios del emplazamiento en el acceso a la justicia. 9. Conclusiones. 10. Bibliohemerografía.

1. Introducción

La debida diligencia es un tema de especial interés, en el desarrollo de la actividad jurisdiccional que conlleva las garantías de audiencia y legalidad que forman la columna vertebral del *debido proceso legal*, porque en todo proceso se deben satisfacer las formalidades esenciales del procedimiento,[1] que consisten en la notificación del inicio del procedimiento y de sus consecuencias; la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas; y la posibilidad de formular alegatos y la certeza de que el litigio será decidido con una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada parte de esta formalidad.

El desarrollo de esta temática encuentra su justificación en las formalidades esenciales del procedimiento, o bien el debido proceso, consagradas en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM),[2] lo

---

* Licenciado en Derecho y Maestro en Administración de Justicia, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. Diplomado en Derecho de Género por la Universidad de Jaen en España. Ingresó al Poder Judicial del Estado de México el 1º de julio de 1987 y ha desempeñado los cargos de secretario judicial de juzgado, secretario de acuerdos de sala, juez de primera instancia. Actualmente Magistrado de la Sala Unitaria Civil de Tlanepantla, Tribunal Superior del Estado de México.

1 Rubro: Formalidades esenciales del procedimiento. Son las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo. Tesis P. LV/92, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Octava Época, mayo de 1992, p. 34.

2 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el DOF el 05/02/1917. Última reforma publicada el 09/08/2019.

que permite garantizar una adecuada y oportuna defensa ante un acto de privación o afectación a la esfera jurídica de los particulares; por lo que, de no respetarse ocasionaría una vulneración a otros derechos fundamentales del gobernado, como el derecho de audiencia y de acceso a la justicia, establecidos en el artículo 17 constitucional.

De los artículos 14, 16 y 17 de la CPEUM, 8.1, 11 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH),[3] deriva el derecho de acceso efectivo a la justicia, el cual comprende, en adición a determinados factores socioeconómicos y políticos, el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva y los mecanismos de tutela no jurisdiccional, que también deben ser efectivos y estar fundamentados constitucional y legalmente.

Los órganos jurisdiccionales encargados de impartir justicia tienen la obligación, en los asuntos sometidos a su conocimiento, de actuar con la debida diligencia; pero en la práctica se enfrentan a diversas problemáticas que dada su propia y especial naturaleza merecen atención personalizada por parte del órgano jurisdiccional, y en lo que interesa al presente ensayo se abordarán dos: lo relativo a las formalidades esenciales del emplazamiento y a la oficiosidad en el proceso civil.

Es un tema recurrente que los emplazamientos no se realizan con estricto apego a los requisitos legales y los criterios que la jurisprudencia ha fijado al respecto para su validez; los que ineludiblemente deben ser colmados en atención a que el emplazamiento es uno de los actos procesales más importantes, porque salvaguarda principios fundamentales de las partes en las contiendas judiciales, como ser oído y vencido en juicio y el derecho de aportar pruebas, alegar, para salvaguardar las formalidades esenciales del procedimiento que conllevan al respeto del derecho humano de audiencia y debida defensa, contenidos en el artículo 14 de la CPEUM.

En este artículo se reflexiona sobre cómo el error en el emplazamiento viola derechos humanos y qué deben hacer los juzgadores para cumplir con su obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos; si bien el juzgador puede prevenir esas violaciones de derechos humanos cuando utiliza todos los medios a su alcance para evitar que un daño se concrete. Todo ello, dentro del marco normativo procesal civil del Estado de México, así como la jurisprudencia aplicable.

---

[3] Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica y abierta a firma el día 22/11/1969. Decreto publicado en el DOF el 09/01/1981.

2. Medios de comunicación procesal de los tribunales con los particulares

Los medios de comunicación procesal son de suma importancia y trascendencia desde el momento en que se inicia con la demanda y se concluye con la sentencia en el proceso,[4] toda vez que dinamizan o potencializan el desarrollo y verificación de los actos procesales que tienen lugar en cada una de las etapas del juicio.

Así, el jurista Cipriano Gómez Lara, en su obra *Teoría General del Proceso* menciona desde que el proceso surge hasta que muere, no es sino una serie de actos proyectivos de comunicación, en donde los particulares *incitan* la función y el órgano jurisdiccionales la conduce y encausa, hasta llegar a su destino normal: la sentencia, así como de parte de los terceros que auxilian y colaboran en el mismo. Por ello, desde que el sujeto de derecho acude al tribunal y *excita* su actividad, transcurren una serie de fenómenos comunicativos, de las partes al tribunal y de este a las partes, así como de las partes entre sí y de los terceros también entre sí, con las partes y con el tribunal.[5]

De acuerdo con Enrique Aguilera de Paz, jurista español, los medios de comunicación de los jueces y tribunales con los litigantes e interesados, son: notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos.[6] Veamos, de seguida, cada uno de ellos:

a) Notificaciones. En general son todos aquellos procedimientos, formas o maneras, mediante las cuales el tribunal hace llegar a los particulares, las partes, los testigos, los peritos, la noticia o conocimiento de los actos procesales o bien presume que esas noticias les han llegado a dichos destinatarios o los tiene por enterados formalmente. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), ha definido a la notificación como "el acto por el cual se hace saber a alguna persona, con efectos jurídicos, una resolución judicial o cualquier otra cuestión ordenada por el juzgador".[7]

b) Citaciones. Consiste, precisamente, en un llamamiento hecho al destinatario del medio de comunicación para que comparezca o acuda a la práctica de alguna diligencia judicial; por regla general, se fija para ese efecto, día y hora precisos. Así,

---

4 "Entre los medios de comunicación que los Jueces y tribunales utilizan en el proceso para hacer saber a las partes las resoluciones que dictan, se encuentran el emplazamiento, la notificación, la citación y el requerimiento". Vid., Tesis 182843. 1a. LIII/2003, Primera Sala, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XVIII, noviembre de 2003, p. 123.

5 Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso,* México, Oxford, 2012, p. 256.

6 Aguilera de Paz, Enrique, *El derecho judicial español,* Madrid, Reus, 1923, t. II, p. 501.

7 *Vid.*, Tesis 1a. LIII/2003, Primera Sala, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XVIII, noviembre de 2003, p. 123.

la citación "es el acto de poner en conocimiento de alguna persona un mandato del Juez o tribunal para que concurra a la práctica de alguna diligencia procesal".[8]

c) Emplazamiento. Es el acto formal en virtud del cual se hace saber al demandado la existencia de la demanda entablada en su contra por el actor y la resolución del juez que, al admitirla establece un término (plazo) dentro del cual el reo debe comparecer a contestar el libelo correspondiente. Lo define la SCJN como: "el llamado judicial que se hace para que dentro del plazo señalado la parte demandada comparezca en juicio".[9]

d) Requerimientos. Implica una orden del tribunal para que la persona o entidad requeridas, hagan algo, dejen de hacerlo o entreguen alguna cosa. Es decir, "es el acto de intimar a una persona en virtud de una resolución judicial, para que haga o se abstenga de hacer la conducta ordenada por el juzgador".[10]

La notificación como género y las demás comunicaciones procesales como especie dotan el desarrollo del proceso de dinamismo entrelazan o concatenan cada acto procesal con los correspondientes a las etapas procesales que conforman el proceso, en algunos casos desde la denominada preliminar, en otros comprenderá desde la expositiva, probatoria, conclusiva, impugnativa y ejecutiva.

En la práctica, los actos procesales forzosamente tendrán que ser objeto de comunicación del tribunal o juzgado para con las partes a través de la notificación, citación, emplazamiento o requerimiento. Estas formas de comunicación comparten de manera común, para su validez, el cumplimiento de determinadas formalidades establecidas en la ley. Como lo señala García Ramírez:

> El recorrido o procedimiento a través del cual se desarrolla el proceso se va concretando en una sucesión de actos y hechos que tienen una triple vinculación entre sí; cronológica, en cuanto que tales actos se verifican progresivamente durante determinado tiempo; lógica, en razón de que se relacionan entre sí como presupuestos y consecuencias, y teleológicas, pues se enlazan en razón del fin que persiguen[11].

El proceso es eminentemente teleológico, tiene como fin concluir en una sentencia que resuelva el fondo de la litis o controversia suscitada entre las partes, para restablecer la seguridad jurídica, paz social y justicia.

---

8 *Idem*.
9 *Idem*.
10 *Idem*.
11 García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal,* México, Porrúa, 1974, p. 330.

3. Naturaleza jurídica del emplazamiento

Cuando nos referimos a la naturaleza jurídica de alguna institución en Derecho se hace alusión al origen de esa institución o acto jurídico, en cuanto a su esencia y características, porque de esta manera se obtiene el conocimiento de raíz de las figuras jurídicas, en cuanto a sus fines y su espíritu, lo que desde luego permite y facilita el manejo, comprensión y aplicación de cada una de ellas, dentro de la función jurisdiccional.

Julian Güitrón Fuentevilla, explica la importancia de entender la expresión naturaleza jurídica:

> …De ella se derivan circunstancias y situaciones que nos permiten ubicar con exactitud, la rama jurídica a la cual pertenecen las instituciones en estudio; determinar sus obligaciones y derechos; saber qué elementos debe reunir y sobre todo, lo que a esa institución le corresponde, según sus características. Lo que es en Derecho. Naturaleza jurídica significa ubicar en la ciencia del Derecho, el acto jurídico, el contrato, la institución, la situación a la que nos estamos refiriendo. *Naturaleza jurídica es lo primordial de cada institución. Lo que no requiere artificios ni mezclas en su integridad. Es la esencia de cada figura jurídica*. *Origen de las instituciones legales, según sus notas propias;* verbigracia, la naturaleza jurídica del divorcio, es la ruptura del vínculo matrimonial, decretada por un Juez Familiar o un Juez del Registro Civil —según el Código Civil para el Distrito Federal— dejando a los cónyuges en aptitud de contraer un nuevo matrimonio.[12]

Ahora hay que ubicar la naturaleza jurídica del emplazamiento, a partir de que se trata de una primera notificación en juicio, a través de la que se concede un plazo, precisamente a la parte contraria conocida como demandado, y por ello es de suma importancia se lleve a cabo con todas las formalidades de ley, para establecer la relación jurídico-procesal, sobre la que se desarrollan las subsecuentes etapas o fases procesales, condición necesaria para la emisión de una sentencia valida.

En esta materia Ovalle Favela, sostiene:

> Emplazar en términos generales, significa conceder un plazo para la realización de determinada actividad procesal. Citar, en cambio, es señalar un término, es decir, un punto fijo de tiempo, para la iniciación de un acto procesal. Sin embargo, la palabra emplazamiento se reserva generalmente para el acto procesal, ejecutado por el notificador (o actuario), en virtud del cual el juzgador hace del conocimiento del demandado la existencia de una demanda en su contra y del auto que la admitió, y le concede un plazo para que la conteste.[13]

---

12 Güitrón Fuentevilla, Julián, "Naturaleza jurídica del Derecho familiar", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, vol. 63, núm. 260, 2013, p. 267.

13 Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal Civil*, México, Oxford, 10ª edición, 2013, pp. 60-61.

El emplazamiento consta de dos elementos:

1. *Una notificación,* por medio de la cual se hace saber al demandado que se ha presentado una demanda en su contra y que esta ha sido admitida por el juez.

2. *Un emplazamiento* en sentido estricto, el cual otorga al demandado un plazo para que conteste la demanda.

De acuerdo con el doctrinario Héctor Fix-Zamudio, el emplazamiento del demandado constituye una de las "formalidades esenciales del procedimiento" a que alude el artículo 14 constitucional, el cual establece la llamada *garantía de audiencia*. El derecho constitucional a la defensa en juicio tiene como una manifestación fundamental el derecho al conocimiento adecuado del proceso, a través de un sistema eficaz de notificaciones.[14]

La finalidad del emplazamiento consiste en "que la parte demandada tenga conocimiento real y efectivo de la demanda que se endereza en su contra",[15] para que pueda ejercer su derecho de defensa; por esta razón se ha exigido, por regla, que el emplazamiento se lleve a cabo en el domicilio real del demandado y no en el convencional; que el notificador se cerciore de que el demandado vive en la casa en que se practica el emplazamiento, que se haga constar esta razón en el acta de la diligencia; y que dicha razón contenga las circunstancias o motivos que lo llevaron al convencimiento de que la persona por notificar, vivía en el lugar en que practicó la diligencia; que la cédula o instructivo de notificación sea entregada precisamente a los parientes o domésticos del interesado o a cualquiera otra persona que viva en la casa; y finalmente, que el emplazamiento se lleve a cabo con persona con plena capacidad de ejercicio.

Así, se puede sostener la naturaleza jurídica del emplazamiento consiste en que se trata de un acto procesal de gran importancia, necesario para integrar la relación jurídico-procesal del órgano jurisdiccional con las partes y de las partes entre sí, constituido por una notificación y un emplazamiento en sentido estricto mediante la concesión de un plazo, para dar oportunidad que el demandado conteste la demanda entablada en su contra. En su verificación deben cumplirse todas las formalidades previstas o establecidas en la ley y en los criterios jurisprudenciales. De manera que su verificación oportuna y legal, garantiza el desenvolvimiento de las subsecuentes etapas procesales y la validez de la sentencia vinculante para las partes contendientes.

---

[14] Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica,* UNAM, México, 1974, pp. 77-79.

[15] Amparo directo 4020/76, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, vol. 109-114, Cuarta Parte, 1978, p. 105.

El emplazamiento es el acto principal de comunicación procesal, mediante el cual se materializa el derecho humano de acceso a la justicia cuando el órgano jurisdiccional hace saber a las partes (demandado), la presentación de una demanda en su contra y le otorga un plazo para que conteste, oponga excepciones y defensas, con las formalidades establecidas en la ley y en los criterios jurisprudenciales, condiciones necesarias para la validez del proceso y de la propia sentencia en él dictada.

4. Requisitos del emplazamiento

Los requisitos en el emplazamiento son esenciales, deben observarse en el acto de comunicación procesal del órgano jurisdiccional con las partes, particularmente con el demandado. Esas formalidades tienen como finalidad hacer del conocimiento del demandado la presentación de una demanda en su contra, y que aquella ha sido admitida por el juez. El cumplimiento de las formalidades conlleva garantizar el acceso a la justicia, respeto de la garantía de audiencia, debido proceso y tutela judicial efectiva (son las circunstancias o condiciones necesarias para realizar el emplazamiento). Veamos la reglamentación del Código de Procedimientos Civiles (CPC) para el Estado de México:[16]

4.1. Los requisitos esenciales al momento de llevar a cabo el emplazamiento, si en la primera búsqueda entiende la diligencia con el propio demandado o su representante, son los siguientes (art. 1.175 CPC):

- Se hará personalmente en el domicilio designado;
- Previo cercioramiento de su identidad y domicilio;
- Le correrá traslado con el escrito de demanda y demás documentos presentados, con transcripción del auto que ordene el emplazamiento que contendrá todos los datos de identificación del juicio y del tribunal donde se encuentra radicado;
- El notificador levantará razón del acto y anotará todas las circunstancias anteriores;
- Recabará la firma o huella digital del emplazado y notificado, de no poder hacerlo o rehusarse, se harán constar esos hechos.

---

16 Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, publicado en la Gaceta del Gobierno del Estado de México el 01/07/2002. Última reforma en la Gaceta del Gobierno del Estado de México el 07/06/2018.

4.2. En el caso en el que el notificador no encuentre en el domicilio señalado al demandado o a su representante en la primera busca, deberá realizar el emplazamiento en la siguiente forma (art. 1.176 CPC):

- Dejará citatorio en el que hará constar la fecha y la hora de su entrega;
- La hora fija hábil del día siguiente para que le espere;
- Nombre del promovente;
- Tribunal que ordena la diligencia;
- La determinación que se manda notificar;
- Nombre y domicilio de la persona a quien se entrega la cita, a quien le recabará la firma o huella digital, o hará constar que esta no sabe firmar o se negó a firmar; y
- Asentará la razón en autos de todo lo anterior.

4.3. Cuando el demandado no espera a la citación, el notificador realizará el emplazamiento de la siguiente forma (art. 1.177 CPC):

- Lo notificará por instructivo de notificación personal en el acto;
- Entenderá la diligencia con cualquiera de los parientes o domésticos del demandado o con la persona adulta que se encuentre en el domicilio;
- Por conducto de cualquiera de ellos entregará y correrá traslado al demandado con el instructivo y documentos que se acompañaron a la demanda;
- Asentará razón del acto con anotación de las anteriores circunstancias y recabará la firma o huella digital de quien la reciba y hará constar el hecho de que no saber firmar o se niega a ello.

En caso de que el notificador no pueda cerciorarse que la persona que debe ser notificada vive en la casa designada, o el domicilio es inexistente, se abstendrá de practicar la notificación y lo hará constar para dar cuenta al juez (art. 1.178 CPC).

La notificación se realizará por medio de instructivo fijado en la puerta del domicilio del demandado cuando el interesado se niega a recibir la notificación o nadie ocurre al llamado (art. 1.179 CPC).

El notificador notificará al demandado en el lugar en que trabaje o donde se encuentre si la conoce personalmente, o previa identificación por cualquier medio, sin necesidad de nuevo auto, cuando tuviere sospecha fundada de que se niegue que la persona por notificar viva en el domicilio señalado para el emplazamiento (art. 1.180 CPC).

El cumplimiento de los requisitos o formalidades del emplazamiento, implican un conocimiento profundo de la naturaleza del emplazamiento y una labor exhaustiva del notificador que conlleva allegarse de todos los medios posibles que le permitan obtener el pleno cercioramiento de la identidad del demandado y de la exacta ubicación del domicilio en el que habita la persona buscada.

El cercioramiento de la identidad del buscado, tiene como finalidad que la persona se identifique ante el diligenciario, por un medio razonable, como la credencial para votar expedida por el Instituto Nacional Electoral, Licencia de conducir, el pasaporte, entre otros. O bien, incluso, mediante su identificación por el conocimiento personal del notificador; ello, en virtud de que el objetivo de esa diligencia es que tenga certeza de que el sujeto llamado a juicio se entere debidamente de que hay una demanda en su contra, a fin de salvaguardar estrictamente su derecho de audiencia tutelado en el artículo 14, segundo párrafo, de la CPEUM. Y en el cercioramiento del domicilio puede valerse de todos los medios posibles para arribar a la certeza de que se constituyó en el lugar correcto de la persona que se pretende notificar.

Además de estas cualidades, el notificador dentro de sus competencias profesionales debe conocer la importancia y trascendencia de su función, así como de la enorme responsabilidad, porque de incurrir en algún error o irregularidad en la diligencia, provocará el estado de indefensión de la persona que debe emplazar, y con ello la violación de sus derechos humanos, e incluso dar lugar a que se lleven a cabo simulación de juicios, como ha sucedido en la práctica, en perjuicio de terceras personas, y que a causa de ello se violenta su seguridad jurídica personal y patrimonial.

5. Supuestos del emplazamiento irregular y sus consecuencias

La falta de emplazamiento o su verificación en forma contraria a las disposiciones aplicables, es la violación procesal de mayor magnitud y de carácter más grave, puesto que da origen a la omisión de las demás formalidades esenciales del juicio. Esto es, imposibilita al demandado para contestar la demanda y, por consiguiente, le impide oponer las excepciones y defensas a su alcance; además, se le priva del derecho a presentar las pruebas que acrediten sus defensas y excepciones y a oponerse a la recepción o a contradecir las probanzas rendidas por la parte actora y, finalmente a formular alegatos y ser notificado oportunamente del fallo que en el proceso se dicte.

La problemática surge en aquellos supuestos en los que el notificador no localiza al demandado o a su representante, y realiza la diligencia tanto con terceras personas de dudosa identidad, como con la incertidumbre o inseguridad de la

exacta ubicación del domicilio del demandado, de manera que no se obtiene certeza de que efectivamente haya tenido conocimiento de la demanda entablada en su contra, porque comúnmente en estos casos el demandado no comparece, no contesta la demanda y se sigue el juicio en su rebeldía.

Los *inconvenientes jurídicos* que se han registrado al momento en la que algunos notificadores, llevan a cabo la diligencia de emplazamiento, son los siguientes:

5.1. Cercioramiento insuficiente respecto del domicilio del demandado

En algunas ocasiones los notificadores asientan en sus razones, que se cercioran de realizar el emplazamiento en el domicilio señalado en la demanda, indican el nombre de la calle, colonia y municipio insertos en las placas oficiales. Sin embargo, estos datos, en algunos casos, resultan insuficientes para generar certeza respecto del cercioramiento, porque no realizaron una descripción precisa del inmueble en el cual se constituyeron, ni señalaron los lugares que identifiquen la exacta ubicación del domicilio buscado, pues están obligados a cerciorarse "mediante otros datos que tenga a su alcance, de la efectividad de la designación del domicilio de que se trata"[17] pues "debe cerciorarse que a quien pretende llamar a juicio, habita, trabaja o tiene su domicilio en la casa o local señalado en autos para hacer la notificación; por tanto, si el emplazamiento adolece de los requisitos formales mencionados, resulta ilegal"; [18] en virtud que se debe respetar:

> la garantía de audiencia garantía consagrada en el artículo 14 constitucional, para permitir que el demandado tenga pleno conocimiento de la existencia de un juicio en su contra y oponga las defensas que tenga a su alcance, y cuando los razonamientos no existen anotados en el acta de la diligencia o diligencias que se practiquen, debe considerarse que el emplazamiento no fue realizado con las formalidades necesarias y por tanto, tal proceder es violatorio de garantías individuales.[19]

Para prevenir y evitar caer en irregularidades, es necesario que, el notificador con las facultades propias de su función, se asegure mediante otros datos que tenga a su alcance, de la efectividad de la designación del domicilio de que se trata, se deben asentar el mayor número de medios posibles de cercioramiento de las casas colindantes, calles o si los terrenos contiguos eran baldíos, para permitir que el demandado tenga pleno conocimiento de la existencia de un juicio en su contra y oponga las defensas que tenga a su alcance. De esta manera se podrá dotar de

---

17 Tesis: III.T. J/19, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. VII, enero de 1998, p. 982.

18 *Idem*.

19 Tesis: XX.61 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. III, marzo de 1996, p. 934.

certeza y seguridad jurídica a la diligencia de emplazamiento (se puede hacer uso incluso de los medios electrónicos, *vgra*., Google Maps, como una herramienta más para lograr el cercioramiento del domicilio del demandado), que permitirá garantizar el acceso a la justicia.

5.2. Falta de precisión y omisión de la media filiación de los vecinos

La irregularidad en el emplazamiento se presenta cuando la diligencia se realiza sin precisar el nombre, se omite describir la media filiación y el domicilio de los vecinos que proporcionan la información.

En caso de negativa o cuando no se encuentre presente el demandado, el notificador o actuario debe especificar las características físicas de la persona con quien entendió el emplazamiento, la identidad de los vecinos,[20] y las demás características que conduzcan a su individualización, como la media filiación.

En cada diligencia de emplazamiento el notificador está obligado a asentar en la razón o acta los datos pormenorizados de su actuación, como lo son entre otros:

> …las señas particulares, esto es: complexión, estatura, edad aproximada, tipo y color de pelo, o bien, otro tipo de señas particulares, como el color de ojos, tipo de cejas o, incluso, la existencia de alguna característica física que permita diferenciar de los demás a aquella persona que dijo ser vecino, así como cualquier otro dato que logre corroborar lo asentado por el ejecutor, en tanto que la consignación de esas particularidades brinda certidumbre de que el demandado no queda inaudito y tiene a su alcance la oportunidad de defenderse.[21]

Lo anterior acorde con la jurisprudencia del rubro: **EMPLAZAMIENTO. CUANDO EL CERCIORAMIENTO DEL DOMICILIO LO OBTUVO EL DILIGENCIARIO POR EL DICHO DEL VECINO MÁS CERCANO AL LUGAR, QUIEN NO PROPORCIONÓ SU NOMBRE, ES NECESARIO QUE EN EL ACTA CORRESPONDIENTE INDIQUE LA MEDIA FILIACIÓN DE ESA PERSONA A FIN DE SATISFACER EL REQUISITO DE PRECISAR SU IDENTIDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).**

Es importante que en la razón pormenorizada se asienten datos que evidencien que los hechos asentados en el acta respectiva corresponden a la realidad, como son, a manera de ejemplo, las señas particulares del vecino, complexión, estatura, edad aproximada, tipo y color de pelo, o bien, otro tipo de señas particulares, como el color de ojos, tipo de cejas o, incluso, la existencia de alguna característica

---

20 Tesis IV.3o.J/9, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. IV, abril, p. 371.

21 Tesis: VI.2o.C. J/26, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, septiembre de 2017, p. 1756.

física que permita diferenciar de los demás a aquella persona que dijo ser vecino, así como cualquier otro dato que logre corroborar lo asentado por el notificador, en tanto que la consignación de esas particularidades genera certidumbre que el demandado fue debidamente llamado a juicio.

5.3. Falta de cercioramiento de las personas que afirman ser familiares del demandado

En este caso, el notificador o actuario en el momento de llevar a cabo la diligencia debe indagar o verificar la veracidad de la relación de parentesco que dice tener la persona que lo atiende con el demandado, a través de interrogatorio directo a la propia persona o bien mediante interrogatorio a los vecinos, a fin de generar certidumbre, de que allí efectivamente habita la persona que se pretende notificar. Lo anterior, porque el cercioramiento del notificador que practica la diligencia de emplazamiento debe ser plena.

5.4. Falta de motivación de las circunstancias por la cuales se deja citatorio en la primera busca del demandado

El notificador debe indagar los motivos o circunstancias por las cuales el demandado no se encuentra en el momento de la primera busca y deja citatorio para que espere a determinada hora del día hábil siguiente.

Es importante que el notificador se imponga de las razones por las cuales la persona buscada no se encuentra en ese momento de la diligencia, mediante interrogatorio directo a la persona con la que realiza la diligencia. Le puede preguntar sobre el grado de instrucción del demandado, su ocupación, su horario laboral, si rola turno en su trabajo, o bien si se encuentra de viaje, dentro o fuera del territorio estatal o nacional, e inclusive puede preguntar por el estado de salud del justiciable, con posibilidad de que en ese momento se encuentre hospitalizado, o bien se halle en proceso de cambiar su residencia o domicilio, todo lo cual servirá de base para que prudencialmente el notificador de manera motivada justifique las razones por las cuales señaló una hora determinada en el citatorio de espera para la segunda busca del demandado, con todas las posibilidades de practicar la diligencia con las formalidades de ley e inclusive de forma personal.

Los notificadores cuando fijan una hora para que los espere el demandado deben exponer las razones por las cuales consideraron pertinente establecer determinado horario, y para ese efecto deben indagar sobre el horario laboral del demandado, la hora en la que ordinariamente regresa a su domicilio, o las causas por las cuales no está en ese momento, para conocer las condiciones objetivas y

probables de entender la diligencia en forma personal con el demandado, y en su caso solicitar se habiliten diversas horas para su práctica (puede suceder que la persona buscada, se encuentre enferma, de viaje, haya cambiado su residencia o tenga otro domicilio, entre otros). Todo ello, en atención a la jurisprudencia del rubro: EMPLAZAMIENTO. EN EL ACTA DE ENTREGA DEL CITATORIO CORRESPONDIENTE, EL FUNCIONARIO JUDICIAL DEBE ASENTAR LAS RAZONES POR LAS QUE FIJÓ DETERMINADA HORA PARA QUE EL DEMANDADO LO ESPERE.[22]

De acuerdo con esta jurisprudencia, el notificador, al fijar el plazo en el citatorio, para la espera del demandado, debe atender a las reglas del sentido común, de la lógica y de la experiencia, así como a las circunstancias que le hayan sido manifestadas en la primera búsqueda o, incluso, al contexto del lugar o población, a fin de que, en lo posible, se garantice que el interesado tenga real conocimiento del citatorio.

Además, en el acta correspondiente, debe asentar las razones por las que determinó la hora fijada en el citatorio, por tratarse de un acto de autoridad que debe estar debidamente fundado y motivado; y así generar certeza y seguridad jurídica en su diligencia de emplazamiento, a fin de garantizar al demandado el acceso a la justicia.

En materia de emplazamiento en el mes de febrero del año 2019, se publicó la siguiente jurisprudencia del rubro: EMPLAZAMIENTO A JUICIO. CUANDO QUIEN DICE SER EL DEMANDADO NO SE IDENTIFIQUE, EL NOTIFICADOR, ATENTO A LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 1.176 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO, DEBERÁ PROCEDER COMO SI LA PERSONA BUSCADA EN LA PRIMERA CITA NO SE HUBIERE ENCONTRADO. En la citada jurisprudencia se aprecia que:

> …el cercioramiento de la identidad del buscado, tiene como finalidad que la persona se identifique ante el diligenciario, por un medio razonable, como la credencial para votar expedida por el Instituto Nacional Electoral, la licencia de conducir, el pasaporte, etcétera, o bien, incluso, mediante su identificación por el conocimiento personal del notificador; ello, en virtud de que el objetivo de esa diligencia es que se tenga certeza de que el sujeto llamado a juicio se entere debidamente de que hay una demanda en su contra, a fin de salvaguardar estrictamente su derecho de audiencia tutelado en el artículo 14, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.[23]

---

22 Tesis: PC.III.C. J/31 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, junio de 2017, p. 1797.

23 Tesis: II.4º .C.J/2, Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, febrero de 2019, p. 2376.

5.5. La persona con quien se realiza la diligencia se niega a firma

En diversas ocasiones los notificadores manifiestan que la persona con quien practicaron la diligencia se negó a firmar, sin exponer la causa de su negativa.

Por tanto, para que la notificación sea válida cuando el notificado no quiere, no sabe o no puede firmar el acta correspondiente, el actuario debe asentar en ésta la causa, motivo o razón de esa circunstancia, emplear cualquier expresión gramatical, con la condición que sea clara para que quien se imponga de dicha actuación tenga pleno conocimiento de por qué no firmó el interesado, sin requerir de un formulismo sacramental como "no supo", "no pudo" o "no quiso", como se advierte de la jurisprudencia del rubro: NOTIFICACIÓN. CUANDO EL NOTIFICADO SE NIEGA A FIRMAR EL ACTA DE LA DILIGENCIA RESPECTIVA, BASTA QUE EL ACTUARIO ASIENTE LA CAUSA, MOTIVO O RAZÓN DE TAL CIRCUNSTANCIA, EMPLEANDO CUALQUIER EXPRESIÓN GRAMATICAL.[24]

El emplazamiento es una actuación pública que debe probar su legalidad por sí misma, debe estar ajustada a los lineamientos legales, como el único medio de que su eficacia se encuentre asegurada y surta todos sus efectos, además de que salvaguarda la garantía de seguridad jurídica del particular, al asegurar que se entere de la incoación de un proceso en su contra.

La irregularidad en el emplazamiento deviene generalmente de la falta de atención del notificador al momento de practicar la diligencia y asentar la razón, no basta la manifestación de que la persona se negó a firmar la diligencia, para cumplir con los requisitos esenciales del emplazamiento, por el contrario, es necesario como todo acto de autoridad la motivación jurídica mediante la exposición de las razones por las que se negó a firmar, con la condición de que sea clara para que quien se imponga de dicha actuación tenga pleno conocimiento del porqué no firmó el interesado, sin requerir de un formulismo sacramental como "no supo", "no pudo" o "no quiso", pues la circunstancia de que solo firma el actuario y no la persona notificada "porque no lo creyó necesario" significa que el interesado no quiso firmar y explica el motivo.

El reconocimiento de los derechos humanos impacta directamente en el ejercicio de la función jurisdiccional, y con ello la actividad del notificador. A quien ahora se le exige con mayor rigor el cumplimiento y observancia de todas y cada una de las formalidades en el momento de llevar a cabo la diligencia de emplazamiento, además de que pueda obtener el cercioramiento respecto de la exacta ubicación del domicilio en el que mora el demandado, debe recabar la firma del

---

[24] Tesis: 1a./J. 39/201, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 24.

notificado, o expresar la causa, motivo o razón por la cual aquel se ha negado a hacerlo, lo que implica que debe realizar una evaluación general del acto notificatorio para determinar si quedó cumplido o no dicho fin.

6. Deberes de revisión del juzgador en el emplazamiento

En cuanto a los deberes de revisión del juzgador en el emplazamiento, es conveniente citar el siguiente extracto de la opinión consultiva OC-16/99 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

> Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se entiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podrían decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.[25]

Una manera de observar la igualdad en el procedimiento es cumplir el deber a cargo del juzgador de llevar a cabo la revisión oficiosa del emplazamiento, como una medida de compensación que contribuya a reducir o eliminar los obstáculos o deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz y oportuna de los intereses propios del demandado, sin necesidad de petición de parte.

De la marcada pasividad del juez en los procesos de naturaleza privatística, surge el modelo publicista, con la finalidad de rescatar la eficacia del derecho, se otorga a los juzgadores un rol más activo con mayores facultades en la investigación de la verdad de los hechos controvertidos.

Estos valores y principios se incorporan en la legislación procesal civil del Estado de México, al reconocer que la jurisdicción civil solo se ejerce a instancia de parte, pero cuando esté en ejercicio, corresponde al juez desarrollar el proceso de oficio, salvo los casos en que la ley exija la petición de parte (art. 1.2 CPC). De ahí que la revisión de tan importante actuación judicial deba practicarse de manera oficiosa.

---

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Opinión Consultiva Oc-16/99 de 1 de Octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. "El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular", *http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica_opinion.cfm?nId_Ficha=18&lang=es*

La dirección del proceso está confiada al juez, quien debe tomar las medidas que ordena la ley para prevenir y, en su caso, sancionar cualquier actividad u omisión con la finalidad de impedir el fraude procesal, la colusión y las conductas ilícitas o dilatorias (art. 1.138 CPC).

En materia de emplazamiento no es la excepción, tiene a su cargo un conjunto de deberes de revisión si la notificación se realizó conforme a la ley (art. 2.120 CPC) a fin de prevenir, sancionar y reparar toda irregularidad que pudiera impactar la garantía de audiencia y el derecho de defensa de las partes, o de alguna de ellas.

El deber de revisión oficiosa a cargo del juzgador se sustenta en los efectos que produce el emplazamiento en el juicio, los cuales se enuncian a continuación:

- Prevenir el conocimiento del juicio en favor del Juez que lo hace;
- Sujetar al emplazado a seguir el juicio ante el Juzgado que lo emplazó, siendo competente al tiempo en que se hizo;
- Obligar al demandado a contestar ante el Juez que lo emplazó;
- Producir las consecuencias de la interpelación judicial (art. 2.114 CPC).

Como lo señala Monroy Gálvez,[26] existen diversos principios orientados hacia un sistema publicista; entre ellos:

El *principio de la dirección del proceso*, mediante el cual se otorga al juez un papel más activo y de dirección procesal; el *principio de impulso oficioso* para que coadyuve con las partes en el impulso del proceso en situaciones preestablecidas por la ley; el *principio de inmediación*, que procura un mayor contacto del juez con las partes y las actividades del proceso para lograr un resultado con mayor conocimiento de causa; el *principio de concentración*, que procura acumular la mayor cantidad de actos en el menor número de audiencias procesales; el *principio de buena fe y lealtad procesal*, tanto de las partes como del juez; el *principio de economía procesal* a efecto de procurar ahorrar tiempo, dinero y esfuerzo en el desarrollo del proceso, desestimando cuestiones infundadas, ajenas al juicio, retardadoras y costosas; el *principio de celeridad procesal*, íntimamente ligado al de economía, que procura limitar en lo posible los plazos procesales, haciéndolos perentorios e improrrogables; el *principio de socialización*, que implica los fundamentos que hemos visto del proceso publicístico; el *principio de vinculación y elasticidad*, el primero es el que sujeta a las partes al proceso y sus resultados, y el segundo el que permite al juzgador adecuar las normas procesales públicas a la consecución de la verdad y de la voluntad de la ley; el *principio de adquisición*,

---

[26] Juan F. Monroy Gálvez, *Teoría General del Proceso*, Lima, Biblioteca de Derecho Procesal, 3ª edición, 2009, pp. 194-221.

que implica que las pruebas que aporta una parte hacen prueba plena en lo que beneficien a la contraria; el *principio de preclusión*, que castiga con pérdida de los derechos procesales la desatención y abandono de los recursos y términos, así como la propia caducidad; y el *principio de oralidad*, que privilegia el proceso oral sobre el escrito.

Por ello, la importancia y transcendencia de la diligencia de emplazamiento que justifica el deber del juzgador de emprender una revisión oficiosa, en cualquier etapa del proceso, inclusive en el momento de dictar sentencia, tanto en primera como en segunda instancia. En efecto, como se afirma en el criterio de jurisprudencia:

> La extrema gravedad de esta violación procesal ha permitido la consagración del criterio de que el emplazamiento es de orden público y que los Jueces están obligados a investigar de oficio si se efectuó o no y sí, en caso afirmativo, se observaron las leyes de la materia.[27]

Cuando se afirma "que la falta de emplazamiento puede y debe corregirse de oficio en cualquier estado del procedimiento", lo que se afirma es que "no sólo al juzgador de primera instancia compete subsanar de oficio la violación procesal tan grave como lo es la falta de emplazamiento o la defectuosa citación a juicio", sino que también está obligado a corregir de oficio el tribunal de apelación, por constituir "la más grave de las irregularidades procesales". Todo lo anterior, como consecuencia de que "la ausencia o el defectuoso emplazamiento implican que no llegó a constituirse la relación procesal entre actor y demandado, y por esa razón, no puede pronunciarse ningún fallo adverso al reo". Si bien, al tribunal de apelación le corresponde también reparar de oficio la violación procesal, "con mayor razón debe hacerlo cuando se le hace ver el vicio procesal en el escrito de agravios", de lo contrario la parte que formule el agravio está legitimada para reclamar la violación en vía de amparo.[28]

Es deber de los órganos jurisdiccionales vigilar, revisar y en su momento nulificar o dejar sin efecto toda diligencia de emplazamiento que pueda resultar irregular o defectuosa, y que por ello no se integre debidamente la relación jurídico-procesal, o bien se coloque en estado de indefensión a alguna de las partes, porque como se ha expuesto, es una de las violaciones procesales de mayor magnitud y de carácter más grave que da origen a la omisión de las demás formalidades esenciales del juicio; esto es, imposibilita al demandado para contestar la demanda y, por

---

27 Jurisprudencia, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, vol. 163-168, cuarta parte, p. 195.

28 Jurisprudencia, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, t. V, Civil Primera Parte – SCJN Primera Sección – Civil Subsección 2 - Objetivo, Apéndice de 2011, septiembre 2011, p. 355.

consiguiente, le impide oponer las excepciones y defensas a su alcance; además, se le priva del derecho a presentar las pruebas que acrediten sus defensas y excepciones y a oponerse a la recepción o a contradecir las probanzas rendidas por la parte actora y, finalmente, a formular alegatos y ser notificado oportunamente del fallo que en el proceso se dicte, cuya impugnación ha sido considerada parte de esta formalidad.

7. El emplazamiento elemento esencial del derecho humano de acceso a la justicia

La reforma constitucional de 10 de junio del 2011, en materia de derechos humanos, revolucionó el sistema jurídico mexicano de manera extraordinaria, representa un cambio de paradigma en la actividad del Estado, en particular en el desarrollo de la función jurisdiccional. Actualmente, todos los jueces tienen una tarea más amplia, compleja y delicada porque además de cumplir con el principio de legalidad deben ejercer un control de constitucionalidad y convencionalidad a fin de garantizar a los justiciables en cada caso, la promoción, respeto y protección de los derechos humanos, favorecer en todo tiempo a las personas la protección más amplia (principio pro-persona), de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad (art. 1º Constitucional).

También incorpora, entre otras formas de interpretación, la interpretación conforme. Ferrer Mac-Gregor señala que:

> La interpretación conforme consiste en dar a los términos de una disposición jurídica un significado acorde con las normas de superior jerarquía que determinan su creación y contenido. El alcance semántico del texto de la disposición es su límite; sin embargo, una interpretación conforme conlleva que pudiera atribuirse al texto de esa disposición un sentido que lo armonice con un elemento jurídico superior –la Constitución o un tratado internacional.
>
> En ese sentido es posible que a un enunciado jurídico se le atribuyan diversos significados; por ejemplo: una disposición que expresara: "Las personas que ejerzan la profesión periodística en medios impresos gozarán de protección", podría significar:
>
> a) Que dicha protección se aplica exclusivamente a periodistas de medios impresos y no a otras personas que desempeñen esa actividad con diferentes características, como aquellas que laboren en otros medios, ya sea radio, televisión o internet; o
>
> b) Que la misma protección deba otorgarse sin ninguna distinción, puesto que quienes ejercen el periodismo en medios impresos no tienen una diferencia esencial respecto de los que ejercen esa labor en otros medios.
>
> Entonces, si tomamos en consideración el deber de interpretar esa disposición de conformidad con la Constitución y los derechos humanos consagrados en tratados internacionales, advertimos que la opción del inciso b se apega mucho más a los derechos

> humanos de igualdad y de libertad de expresión y prensa, tutelados por esos ordenamientos; por lo que es preferible aplicarla en vez de la opción señalada en el inciso a.[29]

Así, el acceso a la justicia se encuentra dentro del gran abanico de los derechos humanos reconocidos tanto en el sistema jurídico mexicano como en el ámbito internacional. Cuando una persona elige que algún problema se ventile y se resuelva por la vía judicial, deberá elaborar una demanda, desde luego con el auxilio y asesoría de un abogado, dirigida a un órgano judicial, según la naturaleza del problema corresponderá a la materia civil, mercantil, familiar, laboral, penal, entre otras.

Cuando la demanda se recibe y admite por la autoridad judicial correspondiente, prácticamente se activa el derecho humano de acceso a la justicia, así como el de debido proceso y la tutela judicial efectiva.

El acceso a la tutela jurisdiccional comprende tres etapas, a las que corresponden tres derechos que lo integran: 1) una previa al juicio, a la que atañe el derecho de acceso a la jurisdicción; 2) otra judicial, a la que corresponden las garantías de debido proceso; y 3) una posterior al juicio, que se identifica con la eficacia de las resoluciones emitidas con motivo de aquél.[30]

En estos términos, el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción debe entenderse como una especie del diverso de petición, que se actualiza cuando se dirige a las autoridades jurisdiccionales; su fundamento se encuentra en el artículo 17 de la CPEUM, conforme al cual corresponde al Estado mexicano impartir justicia a través de las instituciones y procedimientos previstos para ese efecto.

Es perfectamente compatible con el artículo constitucional mencionado, que el órgano legislativo establezca condiciones para acceso a los tribunales y regule distintas vías y procedimientos, cada uno de los cuales tendrá diferentes requisitos de procedencia que deberán cumplirse para justificar el accionar del aparato jurisdiccional, dentro de los cuales pueden establecerse, por ejemplo, aquellos que regulen: i) la admisibilidad de un escrito; ii) la legitimación activa y pasiva de las partes; iii) la representación; iv) la oportunidad en la interposición de la acción, excepción o defensa, recurso o incidente; v) la competencia del órgano ante el

---

29 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), 2013, p. 12.

30 Tesis: 1a. CXCIV/2016,. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 32, julio de 2016, t. I, p. 317.

cual se promueve; vi) la exhibición de ciertos documentos de los cuales depende la existencia de la acción; y, vii) la procedencia de la vía.

En resumen, los requisitos de procedencia, a falta de los cuales se actualiza la improcedencia de una acción, varían de acuerdo a la vía que se ejerza y, en esencia, consisten en los elementos mínimos necesarios previstos en las leyes adjetivas que deben satisfacerse para la realización de la jurisdicción, es decir, para que el juzgador se encuentre en aptitud de conocer la cuestión de fondo planteada en el caso sometido a su potestad y pueda resolverla y determinar los efectos de la resolución. Lo importante en cada caso será que para poder concluir que existe un verdadero acceso a la jurisdicción o a los tribunales, es necesario que se verifique la inexistencia de impedimentos jurídicos o fácticos que resulten carentes de racionalidad, proporcionalidad o que resulten discriminatorios.[31]

El derecho humano de acceso a la justicia, metafóricamente, *es la llave de la ley que, al introducirla en el ojo de la cerradura o bocallave y girarla abre el cierre mecánico, que permite desplazar la puerta de entrada y salida a la función jurisdiccional*. La presentación y admisión de una demanda en el juzgado competente, hace las veces de la llave que ha sido introducida y girada abre la puerta judicial para que sea atendida la pretensión planteada por quien ha provocado la actividad judicial. En este caso es el actor, quien formula su reclamación concreta frente a la parte demandada, que puede consistir en un dar, hacer o no hacer, en relación con un determinado bien jurídico, y continúa durante el desarrollo del proceso. De ahí que los jueces deben garantizar y proteger este derecho de forma particular en términos del artículo 17 constitucional.

Una vez admitida la demanda y abierta la puerta de acceso a la justicia, en seguida aparece la diligencia de emplazamiento o llamamiento a juicio del demandado; es una de las formalidades esenciales del procedimiento y del acceso a la justicia, de mayor relevancia para garantizar el derecho de audiencia del demandado, de este acto procesal depende que este pueda contestar la demanda, ofrecer y desahogar pruebas y alegar en juicio.

En suma, tiene como propósito que el demandado tenga una adecuada defensa, de modo que el emplazamiento se ha considerado un acto procesal de orden público y de estudio oficioso por parte de los juzgadores. Por las mismas razones, se ha estimado que la falta o ilegalidad del emplazamiento se erige como la violación procesal de carácter más grave en el proceso, y que actualiza una violación evidente de la ley que deja sin defensa al enjuiciado.[32]

---

31 *Idem*.

32 Tesis 1a./J. 13/201, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, mayo de 2019, p. 951.

De manera clara se puede comprobar por qué el emplazamiento se erige en un elemento esencial del acceso a la justicia, si reconocemos en los artículos 14, 16 y 17 los fundamentos constitucionales e internacionales en los preceptos 8.1, 11 y 25.1 de la CADH que lo conforman y garantizan como derecho humano. El artículo 14, párrafo segundo, de la CPEUM establece:

> Nadie podrá ser privado 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.

En atención a la previsión constitucional la diligencia de emplazamiento en la conformación del juicio, es fundamental. El llamamiento al demandado debe seguirse con las formalidades previstas en la ley, de manera que no se deje lugar a dudas respecto de la notificación del inicio del procedimiento, en la que se comunica al enjuiciado de la existencia de una demanda entablada en su contra, y que se le ha concedido un plazo razonable para que comparezca a dar contestación a la instaurada en su contra ante el juez que lo emplaza.

Por su parte, el artículo 16, primer párrafo, de la Constitución establece:

> Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesión, sino en virtud de mandamiento escrito de 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.

Para la integración de la relación jurídico- procesal, es condición *sine qua non* la práctica del emplazamiento con las formalidades de ley al demandado, cuya actuación judicial garantizará a las partes la certeza y seguridad jurídica de que la sentencia que se pueda dictar en el juicio será válida, lo que posibilitara su ejecución aún en contra de la voluntad del enjuiciado.

El llamamiento a juicio del demandado tiene como finalidad dar cumplimiento y observancia a los derechos humanos de igualdad y debido proceso. Los jueces no permitirán que una parte sea inoportuna e intempestivamente sorprendida por la otra con cuestiones no formuladas en la oportunidad correspondiente dentro de los términos de ley, ni que de cualquier otro modo se altere el método y orden del procedimiento, para salvaguardar estos derechos.

Así, el artículo 17, párrafo tercero, de la Carta Magna prevé:

> Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

> 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.

Este artículo contiene el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que supone, en primer término, el acceso a la jurisdicción, es decir, que el gobernado pueda ser parte en un proceso judicial y, segundo, el derecho que tiene de obtener una sentencia sobre el fondo de la cuestión planteada y su cabal ejecución, que deberá ser pronta, completa e imparcial; lo cual se encuentra íntimamente relacionado con el principio de debido proceso, contenido en el artículo 14 del señalado ordenamiento.

Por lo que, para dar cabal cumplimiento al derecho inicialmente mencionado, debe otorgarse la oportunidad de defensa previamente a todo acto privativo de la libertad, propiedad, posesiones o derechos, lo que impone, además, que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento. Por tanto, el acceso a un recurso efectivo, sencillo y rápido, mediante el cual los jueces y tribunales tutelen en manera eficaz el ejercicio de los derechos humanos de toda persona que lo solicite, sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, es consecuencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; en tanto que asegura la obtención de justicia pronta, completa e imparcial, apegada a las exigencias formales que la propia Constitución consagra en beneficio de toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.[33]

En consonancia con los preceptos constitucionales están los artículos 8.1, 11 y 25.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH), lo que se advierte de la siguiente transcripción:

> 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 11. Protección de la Honra y de la Dignidad
>
> 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
>
> 2. Nadie puede ser objeto de injerencia arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
>
> 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

---

33 Tesis II.8o.(I Región) 1 K Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Décima Época, t. IV, octubre de 2012, p. 2864.

> 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.

Sobre estos artículos también caben los comentarios vertidos respecto de los preceptos constitucionales, porque ambos sistemas jurídicos buscan que se cumplan las formalidades esenciales de los actos procedimentales, dentro de los que se halla el emplazamiento.

En ellos se encuentran comprendidos los derechos humanos de naturaleza procesal: el acceso a la justicia, debido proceso y tutela judicial efectiva. Concebidos en la idea central de que cada caso o controversia judicial se ventile con las formalidades de ley, significa que las partes sean emplazadas o notificadas de todos y cada uno de los actos procesales, desde el inicio hasta la conclusión de cada proceso, a fin de que puedan contestar o hacer valer sus derechos en tiempo y forma, tengan oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas, formular alegatos e interponer los recursos en contra de las sentencias que decidan un punto esencial del proceso o el fondo del litigio, esto es que en ningún momento se les coloque en estado de indefensión.

8. Beneficios del emplazamiento en el acceso a la justicia

La observancia y cumplimiento de las formalidades con las que debe practicarse el emplazamiento o llamamiento a juicio de las partes, además de dar efectividad al derecho humano de acceso a la justicia, reportará grandes beneficios al debido proceso, en cuanto que a los justiciable se les garantiza en cada etapa del proceso, desde la presentación de la demanda, emplazamiento, contestación, ofrecimiento y desahogo de pruebas, alegatos y hasta sentencia, así como su propia impugnación; la certeza y seguridad jurídicas, condiciones necesarias para lograr los fines del derecho como la justicia, la paz social e inclusive la seguridad jurídica.

Dentro de las garantías del debido proceso existe un "núcleo duro", que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, y otro de garantías que son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Así, en cuanto al "núcleo duro", las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la "garantía de

audiencia", las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente.[34]

> Formalidades esenciales del procedimiento. Son las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo (…) sostuvo que las formalidades esenciales del procedimiento son: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada por la Primera Sala como parte de esta formalidad.[35]

Ahora bien, el otro núcleo es identificado comúnmente con el elenco de garantías mínimo que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el Derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto.

Por tanto, dentro de esta categoría de garantías del debido proceso, se identifican dos especies: la primera, que corresponde a todas las personas independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, entre otros, dentro de las que están, por ejemplo, el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; y la segunda, que es la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y que protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y los niños a que su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de igual naturaleza.[36]

La práctica del emplazamiento en el que se cumplan todas las formalidades esenciales del procedimiento garantiza certeza y seguridad jurídica, con un alcance de grandes beneficios en favor de los justiciables, del sistema judicial mexicano, y de la sociedad en general.

En efecto, el emplazamiento constituye la base sólida o el cimiento en que se edifica la estructura de acero en forma de proceso jurisdiccional. Las formalidades esenciales del procedimiento son los amarres que atan y vinculan los distintos brazos de la estructura que la conservan unida en una sola pieza, de manera que

---

34 Tesis 1a./J. 11/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, noviembre de 2014, p. 396.

35 Tesis P./J. 47/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. II, diciembre 1995, p. 133.

36 Tesis 1a. LXXV/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, marzo de 2013, p. 881.

resultara imposible destruirla o echarla abajo. Así, no podrá declararse nulo un proceso si el emplazamiento se ha realizado con todas sus formalidades.

Además, sustentará en gran medida la vigencia y observancia de los derechos humanos de acceso a la justicia, debido proceso y tutela judicial efectiva, a partir de la notificación del inicio del procedimiento; y continua con la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; la oportunidad de alegar; y, finalmente una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada como parte de esta formalidad.

Entre los beneficios del emplazamiento dentro del acceso a la justicia, se pueden mencionar los siguientes: economía procesal; expeditez en el proceso; previene y evita el trámite de incidentes de nulidad de actuaciones; impide tramitación de juicios simulados; reduce o evita acciones de nulidad de juicios concluidos por fraudulentos en perjuicio de terceros; evita reposición de procedimientos; certeza y seguridad jurídica; paz social y justicia

Los beneficios enunciados comparten una nota común, que es "la reducción del tiempo" en el proceso. Así como se dice "el tiempo es oro", en el Derecho "el tiempo es justicia". Todos estos beneficios concurren en la observancia del derecho humano de acceso a la justicia, y a su vez permite que se cumpla con el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

9. Conclusiones

La falta de emplazamiento o su verificación en forma contraria a las disposiciones de ley o de los criterios jurisprudenciales, implica la no constitución de la relación jurídico-procesal; por ello, el emplazamiento no debe adolecer de algún vicio, pues de forma contraria, resultaría una violación de extrema gravedad jurídica. Un emplazamiento defectuoso siembra incertidumbre sobre el conocimiento fehaciente de la existencia del procedimiento y, desde luego, la falta de oportunidad de la defensa en contra de lo reclamado, razón por lo cual, al ser una violación de preponderancia mayor a las restantes en el procedimiento, cabe en su contra la reposición de este.

Además, su indebida práctica es violatoria de los derechos humanos de acceso a la justicia, debido proceso y tutela judicial efectiva, en los que se halla involucrada la seguridad jurídica, al tomar en consideración que esta última, es decir la seguridad jurídica, atañe a todos los que intervienen en la *litis* planteada.

Reconocida la importancia y la trascendencia del emplazamiento en todos los juicios, es necesario que el notificador se allegue del conocimiento jurídico legal y jurisprudencial, respecto de las formalidades que deben ser observadas en la práctica de este tipo de diligencias. Puede valerse incluso de los avances tecnológicos

que le sirvan de apoyo, a fin de garantizar la mayor certeza jurídica posible en la realización del emplazamiento.

A la citada actuación del notificador se suma la intervención oficiosa del juez, en el sentido de examinar si la notificación se realizó conforme a la ley (artículo 2.120 del CPC). Lo cual constituye una medida adicional, tendente a prevenir y a subsanar las posibles irregularidades que pudiera presentar la diligencia de emplazamiento, para evitar la tramitación de un juicio que a la postre pudiera resultar nulo.

Otro punto medular con respecto a la debida diligencia tiene que ver con el papel activo (oficiosidad) del juez en el proceso civil. Es menester para lograr una impartición de justicia pronta y completa, que los Jueces asuman la parte oficiosa de la jurisdicción civil, establecida en el artículo 2.1 del CPC del Estado de México, para agilizar la resolución de las controversias sometidas al conocimiento de los Jueces civiles, a fin de hacer realidad lo preconizado en el artículo 17 de la CPEUM, en el sentido de que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, dictar sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. 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, deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.

10. Bibliohemerografía

Bibliografía

Aguilera de Paz, Enrique, *El derecho judicial español,* Reus, Madrid, 1923, t. II.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad,* Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013.

Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica,* UNAM, México, 1974.

García Ramírez, Sergio, *"Curso de derecho procesal penal"* Porrúa, México, 1974.

Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso,* México, Oxford, 2012.

Güitrón Fuentevilla, Julián, "Naturaleza jurídica y autonomía del Derecho familiar" en *Estudios jurídicos que en homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar*, Facultad de Derecho de la UNAM, México, 2013.

Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal Civil,* 10ª edición, Oxford, México, 2013.

Documentos publicados de internet

Corte Interamericana de Derechos Humanos, El derecho a la información sobre la asistencia consular y su relación con las garantías mínimas del debido proceso legal", *http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica_opinion.cfm?nId_Ficha=18&lang=es*

Legislaciones

Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, 1917.

Tratados y convenios internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

Jurisprudencia

Jurisprudencia, Tercera Sala, Seminario Judicial de la Federación, Séptima Época, t. V, Civil Primera Parte – SCJN Primera Sección – Civil Subsección 2 - Abjetivo, Apéndice de 2011, septiembre 2011, p. 355

Tesis 1a. CXCIV/2016, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, julio 2016, p. 317.

Tesis 1a. LXXV/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, marzo de 2013, p. 881.

Tesis 1a./J. 11/2014, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, noviembre de 2014, p. 396.

Tesis 1a./J. 13/201, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, mayo de 2019, p. 951.

Tesis P. LV/92, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Octava Época, mayo de 1992, p.34.

Jurisprudencia, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, vol. 163-168, cuarta parte, p. 195.

Amparo directo 4020/76, Seminario Judicial de la Federación, Séptima Época, vol. 109-114, Cuarta Parte, 1978, p. 105.

Tesis IV.3o.J/9, Seminario Judicial de la Federación, Octava Época, t. IV, abril, p. 371.

Tesis P./J. 47/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. II, diciembre 1995, p. 133.

Tesis: 1a./J. 39/201, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 24.

Tesis: II.4º .C.J/2, Seminario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, febrero de 2019, p. 2376.

Tesis: III.T. J/19, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. VII, enero de 1998, p. 982.

Tesis: PC.III.C. J/31 C, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, junio de 2017, p. 1797.

Tesis: VI.2o.C. J/26, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, septiembre de 2017, p. 1756.

Tesis: XX.61 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. III, marzo de 1996, p. 934.

Tesis: II. 8o. (I Región) 1 K Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. IV, octubre de 2012, p. 2864.

Capítulo III

EFECTIVIDAD EN EL JUICIO CIVIL Y EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Juan Carlos González Mondragón*

SUMARIO

1. Introducción. 2. Características del Derecho procesal civil. 3. Los derechos humanos en el procedimiento civil. 4. Efectividad procesal desde la perspectiva del juez. 5. Las sentencias inhibitorias como denegación de justicia. 6. Herramientas para el perfeccionamiento del procedimiento. 6.1. Patrocinio de licenciados en Derecho. 6.2. Prevención para aclarar o corregir la demanda inicial. 6.3. Facultad probatoria del juez. 6.4. Suplencia de la queja deficiente. 7. Conclusiones. 8. Bibliohemerografía.

1. Introducción

Una de las ramas más importantes del Derecho, es sin duda el Derecho civil, que regula aspectos cotidianos de particulares e intereses privados, como son la propiedad y posesión de bienes, sucesiones, obligaciones, contratos, atributos de la personalidad y las relaciones familiares; asimismo, las controversias que se suscitan acerca de estos temas se plantean y resuelven a través del juicio civil.

Este tipo de procedimientos tiene como característica la aplicación del principio de estricto Derecho, heredado de la tradición romana, que consiste básicamente en la obligación de los jueces de resolver una controversia a partir de los planteamientos que las partes formulen, sin la posibilidad de introducir elementos no invocados.

Bajo ese principio, las partes son directamente responsables del resultado de sus actuaciones; por lo que, una inadecuada asesoría legal, la formulación deficiente de la demanda o, incluso, errores y omisiones en el desahogo de pruebas, traerán como consecuencia una sentencia adversa a sus intereses, con independencia de que la causa de pedir sea justificada y les asista razón en sus pretensiones.

No obstante, la irrupción de los derechos humanos ha cambiado paradigmas: en 1987 se modificó la Constitución para incluir el derecho de las personas que

* Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. Maestro en Derecho Judicial por la Escuela Judicial del Estado de México. Actualmente se desempeña como Secretario Auxiliar Proyectista en la Segunda Sala Civil Regional de Toluca, del Poder Judicial del Estado de México.

se encuentran involucradas en una disputa legal, a obtener resoluciones prontas, completas e imparciales; en el 2011 se reconocieron los derechos humanos como eje de la actividad pública del Estado, al establecer que todas las autoridades están obligadas a promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos, así como a utilizar criterios interpretativos favorables a las personas; finalmente, en 2017 se impuso expresamente que los jueces deben privilegiar la solución del conflicto sobre formalismos procedimentales, sin afectar la igualdad de las partes.

Así, en virtud del reconocimiento y protección de los derechos humanos, en la emisión de sentencias, la actuación del juez debe asumirse como un acto jurisdiccional del Estado, obligándolo a resolver las controversias de manera pronta, completa e imparcial.

Por lo que respecta a la materia civil, en ocasiones se dictan sentencias inhibitorias como consecuencia de un planteamiento inadecuado de la controversia; lo cual, implica que el problema de fondo no se resuelva y, además, un desgaste físico, emocional y económico para el promovente por tramitar un juicio infructuoso. Asimismo, el manejo deficiente de una demanda y la consecuente resolución adversa, representa para el órgano jurisdiccional un gasto estéril.[1]

En consecuencia, la nueva perspectiva constitucional de la función jurisdiccional, cuya obligación y finalidad es emitir sentencias prontas, completas e imparciales que solucionen el fondo de la controversia, permite arribar a la lógica conclusión de que los derechos humanos no pueden estar supeditados a su capacidad técnica de las partes al momento de elaborar una demanda u ofrecer pruebas.

En ese contexto, el juez está obligado a dirigir el proceso de manera adecuada y allegarse de mayores elementos para resolver la controversia, sin que las omisiones o deficiencias en que incurren las partes sean obstáculo para que emita sentencias completas que resuelvan el fondo del asunto; pero ¿cómo lograrlo?

Para solucionar esta problemática, hay que voltear la mirada a las herramientas que a nivel local proporciona el Código de Procedimientos Civiles (CPC) del Estado de México, tendentes a corregir y subsanar errores procesales de los contendientes, con la finalidad de que el juez se allegue de elementos que permitan resolver la controversia; en contraste, de permanecer pasivo y emitir sentencias absolutorias por deficiencias en el juicio, el resolutor incumple con la obligación

---

[1] En 2017, se radicaron en el Estado de México un total de 110,327 juicios civiles, de los cuales únicamente 27,950 concluyeron con sentencia definitiva; para 2018, los juicios civiles instaurados fueron 109,591, dictándose sentencia sólo en 27,473; asimismo, no hay indicadores respecto al porcentaje de asuntos en los que emitió sentencia inhibitoria. Información proporcionada por el Sistema de Acceso a la Información Mexiquense (SAIMEX), solicitud de información folio 00154/PJUDICI/IP/2019, al Poder Judicial del Estado de México, periodo 2017-2018.

de proteger y garantizar el derecho de acceso a la tutela jurisdiccional y al debido proceso de los litigantes.

A continuación, se realiza un análisis teórico de la efectividad procesal y el principio de estricto Derecho como características tradicionales del juicio civil; enseguida, se estudian los efectos de las reformas constitucionales que reconocen y garantizan los derechos humanos relativos al acceso a la justicia, con énfasis en el deber de emitir resoluciones completas e imparciales.

También, se examinarán las figuras previstas en la legislación estatal, tendentes a componer y perfeccionar el procedimiento ante errores y omisiones de las partes, como son la adecuada defensa, prevención para la aclaración de demanda, facultad probatoria del juez y suplencia de la queja deficiente; concepto, fundamento legal, características principales y ejemplos de aplicación práctica.

Finalmente, se propone armonizar las cualidades de completitud e imparcialidad de las sentencias civiles, a partir del cambio de perspectiva de la efectividad procesal, no desde los intereses de las partes, sino a partir de la obligación de los jueces de emitir sentencias completas que resuelvan el fondo del conflicto.

No se omite mencionar que, para lograr ese objetivo, se requiere sensibilidad del juez sobre la trascendencia de su actividad y la obligación constitucional de solucionar el fondo del asunto, así como la utilización clara, transparente e inclusiva de las herramientas procesales de perfeccionamiento, que le permitan emitir resoluciones completas, imparciales y, sobre todo, justas.

2. Características del Derecho procesal civil

Rafael Rojina Villegas define al Derecho civil como "la rama del derecho privado que tiene por objeto regular los atributos de las personas físicas y morales, y organizar jurídicamente a la familia y al patrimonio, determinando las relaciones de orden económico entre los particulares, que no tengan contenido mercantil, agrario u obrero".[2]

Por su parte, Galindo Garfias afirma que el Derecho civil "es el derecho común y atribuye facultades personalísimas a los sujetos como individuos, como miembros de una familia y como titulares de un patrimonio".[3]

---

2 Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil,* t. I: Introducción, personas y familia, 26a edición, México, Porrúa, 1995, p. 22.

3 Galindo Garfias, Ignacio, *Estudios de Derecho Civil*, México, UNAM, 1981, p. 204.

Como se observa en los dos conceptos anteriores, el Derecho civil tiene como objeto la regulación de aspectos patrimoniales y del estado civil de las personas; los temas que abarca son amplios, van desde el estatus personal, obligaciones contractuales, hasta cuestiones familiares.

A su vez, el Derecho procesal civil "es la disciplina que estudia el conjunto de normas que regulan el proceso a través del cual se solucionan los litigios que versan sobre la interpretación o aplicación de normas sustantivas civiles".[4]

De esa manera, la materialización del Derecho civil se logra a través del Derecho procesal civil, que regula el trámite y resolución de las demandas presentadas ante los tribunales. En efecto:

> Esta rama regula el proceso destinado a solucionar los litigios de carácter civil, que afectan fundamentalmente a los particulares. Entre tales litigios podemos mencionar los concernientes a la propiedad privada y en general a los derechos reales, así como los relativos a la validez o nulidad, cumplimiento o rescisión de contratos civiles, particularmente de arrendamiento, de compraventa, de fianza, de obra, de prestación de servicios, etcétera, y en general a las obligaciones civiles. También quedan comprendidos los litigios o asuntos referentes a las sucesiones o transmisiones del patrimonio de personas fallecidas y los concursos o liquidaciones del patrimonio de personas no comerciantes declaradas insolventes.[5]

En ese tipo de asuntos, existen tres figuras que constituyen la base del procedimiento: *accionante o actor*: plantea sus exigencias y expone los hechos con que justifica los reclamos que hace a su contrario, *demandado:* se opone a los intereses del actor y opone excepciones para desestimar las prestaciones; y *juez*: funcionario público investido de jurisdicción; es decir, con la facultad de aplicar las normas jurídicas vigentes para resolver el caso sometido a su consideración.

Asimismo, las formas legales, etapas, plazos y términos generales del juicio civil, están regulados por las disposiciones de los respectivos códigos de procedimientos civiles, federal para el ámbito nacional, o del Estado de México para la entidad.

En el procedimiento civil cobra relevancia el término *efectividad procesal*, consistente en la medición de los resultados obtenidos en juicio desde la perspectiva del litigante; es decir, el desempeño del actor es efectivo cuando obtiene una sentencia directamente proporcional con sus pretensiones. Por otro lado, la función del demandado es efectiva cuando logra una resolución que lo absuelve de lo reclamado.

---

4 Ovalle Favela, José, *Teoría General del Proceso*, México, Oxford, 2015, p. 54.

5 Fix-Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José, *El derecho en México. Una visión en conjunto,* t. III, México, IIJ-UNAM, 1991, p. 1206, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/325/2.pdf*

Lo anterior está relacionado con el *principio de estricto Derecho*, cuyo origen se remonta al Derecho civil romano, con la aplicación de la *Lex Aebutia* (año 130 a.C.), que exigía la elaboración de un documento escrito llamado *formulam*, en el que se registraban las actuaciones del demandante y del demandado, así como otras medidas que debía adoptar el magistrado; a partir de esa instrucción, el juez tenía que atenerse rigurosamente a lo contenido en la fórmula.[6]

En México, el estricto Derecho se introdujo en el Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC) de 1908, en el artículo 767 disponía que la sentencia de los juicios de amparo civil o "de estricto derecho", debían sujetarse a los términos de la demanda, sin permitirse suplencia o ampliación.[7]

Actualmente, el principio de estricto Derecho conserva su esencia restrictiva: "es una imposición al órgano jurisdiccional para que únicamente analice y estime los argumentos hechos valer en la demanda, en los mismos términos en que se hayan formulado, sin que le sea permitido señalar cuestiones diversas".[8]

Asimismo, el Código de Procedimientos Civiles (CPC) del Estado de México[9] en el artículo 1.195, mantiene vigente el principio de estricto Derecho, al obligar al juez a resolver a partir del planteamiento expresado por el accionante y las excepciones opuestas por el demandado.[10]

De ese modo, el estricto Derecho limita la actuación del juez, porque condiciona su labor al desempeño de las partes, convirtiéndose en un obstáculo por "el exacerbado formalismo previsto en las normas, que lo alejan en muchas ocasiones del fin último: la justicia."[11]

---

6 *Cfr*. Fernández Baquero, María Eva, *Procedimiento civil romano*, España, Universidad de Granada, 2013, pp. 8-10, *http://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/27353/PROCEDIMIENTO%20CIVIL%20ROMANO.pdf;jsessionid=2C15E35A6B99178BAEF2092393BB52CF?sequence=1*

7 *Cfr*. Gómez Villanueva, María Eugenia, "El principio de estricto derecho en el juicio de amparo en materia laboral", *Revista Iuris Tantum*, núm. 18, otoño-invierno 2007, p. 321, *https://doctrina.vlex.com.mx/vid/principio-estricto-juicio-amparo-laboral-54355010*

8 *Cfr.* Del Castillo, Alberto, *La defensa jurídica de la Constitución en México*, México, Editorial Duero, 1994, p. 26.

9 Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, publicado en la Gaceta del Gobierno el 1 de julio de 2002. Última Reforma publicada el 7 de junio de 2018.

10 Art. 1.195. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas, las contestaciones y las demás pretensiones deducidas por las partes; deberán ocuparse exclusivamente de las personas, cosas, acciones y excepciones que hayan sido materia del juicio, decidiendo todos los puntos litigiosos. Cuando éstos hubieran sido varios, se hará el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.

11 Gómez Villanueva, María Eugenia, *op. cit*., p. 326.

En contra de la rigidez que impone el principio de estricto Derecho, existen autores como Neófito López[12] que justifican su existencia en la seguridad jurídica, es decir, en la certeza y reconocimiento de reglas del procedimiento judicial, durante el trámite y sentencia.

Desde esa perspectiva, la ley otorga certeza porque determina los hechos y omisiones susceptibles de producir consecuencias jurídicas, así como todos los lineamientos que deben concurrir en juicio, los cuales deben ser acatados invariablemente por la autoridad jurisdiccional.[13]

En ese tenor, Tena Ramírez[14] señala el riesgo que implica apartarse del estricto Derecho, pues podría privar a la contraparte de la garantía de audiencia; es decir, modificar la causa de pedir sin que el demandado pueda hacerse oír respecto a la nueva e inesperada fundamentación, lo cual rompe la igualdad entre las partes.

No obstante, si bien el estricto Derecho tutela el riguroso cumplimiento de la ley, lo cierto es que limita y obstaculiza la labor fundamental del juez de impartir justicia, máxime cuando existen deficiencias en los planteamientos de los contendientes, lo cual vulnera derechos humanos.

3. Los derechos humanos en el procedimiento civil

Desde la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en 1917,[15] se han realizado numerosas modificaciones; sin embargo, por su trascendencia en el juicio civil, destacan tres.

En 1987 se reconoce el derecho de acceso a la justicia y a la obtención de una resolución pronta, completa e imparcial, a las personas que se encuentran involucradas en una disputa legal. La modificación introdujo y fortaleció los derechos humanos de acceso a la tutela jurisdiccional y de debido proceso, relacionados con el procedimiento civil.

Al respecto, el derecho de acceso a la tutela jurisdiccional, o acceso a la justicia, ha sido definido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) como:

---

12 López Ramos, Neófito, *Suplencia de la queja en materia civil*, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2017, p. 100.

13 *Ídem*.

14 *Cfr.* Tena Ramírez, Felipe, "El amparo de estricto derecho: orígenes, expansión, inconvenientes", *Revista de la Facultad de Derecho*, México, núm. 13, 1954, p. 25, *https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/viewFile/25317/22721*

15 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 05/02/1917. Última reforma publicada el 09/08/2019.

> …el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que, a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute tal decisión.[16]

Esa definición reconoce la posibilidad, real y efectiva, de que cualquier persona, independientemente de su condición, tenga la puerta abierta para acudir a los sistemas de justicia si así lo desea; así como a sistemas, mecanismos e instancias para la determinación de derechos y la resolución de conflictos.[17]

Cabe acotar que, además de ser un derecho, el acceso a la justicia es una garantía; es decir, constituye un medio y un fin en sí mismo que, cuando es una práctica constante dentro una sociedad, otorga estabilidad al grupo social y certeza a las personas, respecto de la protección de sus derechos.

En ese sentido, por la importancia y trascendencia del acceso a la justicia en la consolidación de sociedades pacíficas e inclusivas, los 193 países que integran la Organización de las Naciones Unidas (ONU) han considerado este derecho humano en el documento denominado *Agenda 2030.*[18]

En ese documento destaca el objetivo 16, encaminado a "promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas."[19]

Por otro lado, el debido proceso consiste en el mínimo de garantías que deben observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional; constituyen formalidades esenciales, como son la notificación del inicio del procedimiento, la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa,

---

16 Jurisprudencia 1a./J. 103/2017, Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, noviembre de 2017, p. 151.

17 *Cfr.* Navarrete Monasterio, Juan, "Acceso a la justicia como un derecho humano y como una garantía", en *El acceso a la justicia desde una perspectiva internacional en América Latina*, Acosta, Karen y Rojas Aravena, Francisco (editores), Costa Rica, Universidad para la Paz, Organización de las Naciones Unidas, 2018, p. 78, *https://www.upeace.org/files/Publications/Acceso%20a%20la%20Justicia%20GIZ-UPAZ%202018.pdf*

18 El 25 de septiembre de 2015, los asistentes a la Cumbre de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, aprobaron el documento titulado "*Transformar Nuestro Mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*", cuyo objetivo es poner fin a la pobreza, luchar contra la desigualdad y la injusticia, y hacer frente al cambio climático sin que nadie quede atrás para el 2030, *http://www.onu.org.mx/agenda-2030/objetivos-del-desarrollo-sostenible/*.

19 Objetivo 16 de la *Agenda 2030*.

la oportunidad de alegar, y el derecho a una resolución que dirima las cuestiones debatidas.[20]

El debido proceso, por una parte, obliga a la autoridad jurisdiccional a observar garantías y formalidades mínimas en el procedimiento y, por otra, garantiza a toda persona afectada, un trato de igualdad.

En esas condiciones, ambos derechos están íntimamente relacionados, porque a través del acceso a la tutela jurisdiccional se garantiza a todas las personas la posibilidad de acudir a un tribunal que resuelva los conflictos sometidos a su consideración, y respeta las formalidades esenciales del procedimiento que constituyen el debido proceso.

Aunado a lo anterior, en la exposición de motivos de la reforma de 1987, se hizo énfasis en la independencia judicial como un atributo que repercute en los justiciables, porque a partir de la libertad del juzgador, está en aptitud de emitir resoluciones completas sujetas únicamente a la ley.

> Para dar debido cumplimiento a su noble función de impartir justicia, los tribunales deben actuar de manera pronta e imparcial, resolviendo de manera completa los puntos controvertidos, como lo apunta la Iniciativa de Reforma Constitucional que nos ocupa. Igualmente, para que la administración de justicia se verifique por jueces probos y honestos y ampliamente conocedores del Derecho, deben tener como única preocupación resolver las demandas y peticiones de justicia con total independencia de criterio y sin ninguna relación de subordinación respecto de los demás Órganos del Estado, sea de su mismo o de superior nivel de gobierno.[21]

En 2011 se llevó a cabo la reforma constitucional más importante en materia de derechos humanos, debido a que se reconocieron como eje de la actividad pública del Estado; además, se impuso a todas las autoridades la obligación de promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos, y se establecieron criterios interpretativos favorables a las personas.

Con una marcada influencia del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH),[22] México incorporó a su Constitución estándares de protección y garantía de los derechos humanos reconocidos internacionalmente.

---

20 Jurisprudencia 1a./J. 11/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, febrero de 2014, p. 396.

21 Exposición de motivos de la reforma constitucional del 17 de marzo de 1987, México, Poder Judicial de la Federación, 2017, p. 12, *https://www.sitios.scjn.gob.mx/constitucion1917-2017/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/111%20-%2017%20MAR%201987.pdf*

22 "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción."

> …la reforma a la Constitución vino a actualizar cuestiones no menores en materia de derechos humanos que complementan su sentido garantista, entre las que destacan la obligación estatal de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; la universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos; la prohibición de discriminar por preferencias sexuales; y el asilo, el refugio y los derechos de las personas extranjeras en México. Igualmente fortaleció en varios aspectos las funciones de los organismos autónomos de protección a los derechos humanos en México.[23]

Por último, en 2017 se publicó la reforma constitucional que impone a los jueces la obligación de privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales; es decir, que la labor principal del juez y la finalidad del procedimiento es dilucidar la controversia, y puede incluso allanar formalismos en aras de aplicar justicia y procurar no afectar la igualdad de las partes.

Cabe precisar que la obligación constitucional es para todos los jueces, en todas las materias, a efecto de revertir uno de los vicios más arraigados de nuestro sistema de justicia: la inclinación excesiva y ritualista de las formas procesales, en detrimento de la verdad jurídica, la justicia y los derechos de los contendientes.

> La exposición de motivos de la iniciativa presidencial no contiene un concepto de formalismos procedimentales, pero hace afirmaciones como: "no basta con garantizar el acceso formal a un recurso, ni que en el proceso se produzca una decisión judicial definitiva", "hoy se confunde la aplicación de normas con la impartición de justicia", que verbalizan claramente el sentir ciudadano de procesos sin justicia, problema que desde luego no es propio de la administración de justicia en este país. Formalismo, rigorismo formalista, rigorismo procesal irrazonable, ritualismo, exceso ritual manifiesto, barreras procesales, son maneras como autores y tribunales han descrito el fenómeno que prioriza formas o requisitos sin mayor reflexión o argumento.[24]

En ese contexto, la redacción actual de los artículos 1o. y 17 constitucionales[25] constituyen el sustento de la actuación judicial desde la perspectiva de derechos

---

23 Pelayo Moller, Carlos María (coord.), *Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013, p. 70, *https://cdhdf.org.mx/serv_prof/pdf/lasreformasconstitucionalesenmateriade.pdf*

24 Badillo García, Armando Antonio, "El juicio de amparo y sus formalismos procedimentales. Algunas notas sobre el papel de los jueces de distrito", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 45, enero-junio de 2018, p. 5, *https://www.ijf.cjf.gob.mx/Sitio2016/include/sections/revista/45/2_Armando%20Antonio%20Badillo%20Garc%C3%Ada.pdf*

25 Art. 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.

humanos: el juez tiene la obligación de protegerlos y garantizarlos, mediante el dictado de resoluciones completas que solucionen el conflicto, incluso, allanar requisitos formales que no afecten la igualdad procesal, para hacer efectiva su función.

4. Efectividad procesal desde la perspectiva del juez

Como se expuso, el procedimiento civil —rígido y formalista— debe modificarse para adecuarse al nuevo contexto constitucional, porque a partir del reconocimiento de los derechos humanos como medio y fin de la actuación estatal, así como la obligación de las autoridades de garantizarlos, la finalidad del juicio dejó de ser la simple tramitación de un expediente a través de la aplicación estricta de reglas procesales, para constituirse en un acto formal del Estado que tutela los derechos fundamentales de las personas, los cuales solo se ven materializados en sentencias completas que solucionen los conflictos.

Asimismo, por efecto de la progresividad de los derechos humanos, el principio de estricto Derecho, que impide al juez una participación propositiva dentro del procedimiento civil, se diluye ante la obligación constitucional de proteger y garantizar derechos, lo cual requiere una conducta activa del juzgador, más allá de lo planteado por las partes.

Lo anterior no es una cuestión menor, porque cambia la tradición procesal civil —y de otras materias—, en cuanto a que el juez no debe limitarse a ser un mero espectador en la contienda, ni conceder la razón al mejor litigante en el desarrollo del procedimiento sin la interpretación necesaria; sino que debe utilizar los mecanismos legales que le permitan dictar una resolución pronta, completa e imparcial, por ser un derecho humano reconocido en la Constitución.

Así, la efectividad procesal, vista tradicionalmente como una relación de esfuerzo-resultado desde la perspectiva de los contendientes, cambia a una política

---

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. […].

Art. 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales […].

de Estado del tipo controversia-solución, cuya constante será la materialización de la justicia en una sentencia completa que resuelva el fondo del conflicto a pesar de la impericia de las partes, para evitar de esa manera resoluciones inhibitorias que además de ser inútiles, vulneran derechos humanos.

5. Las sentencias inhibitorias como denegación de justicia

En materia civil los jueces suelen dictar resoluciones en las cuales declaran improcedentes las acciones ejercitadas, debido a deficiencias u omisiones en la formulación de las demandas, en el ofrecimiento de pruebas y, en general, por una mala asesoría profesional; lo que ocasiona que los promoventes no obtengan resultados satisfactorios en los procedimientos que inician, por errores atribuibles a los órganos jurisdiccionales.

De ese modo, las sentencias inhibitorias, como resultado de un inadecuado planteamiento de la controversia, no resuelven el problema de fondo, toda vez que las omisiones formales lo impiden. Este tipo de resoluciones conlleva desgaste físico, emocional y económico al promovente, por tramitar un juicio infructuoso; asimismo, el manejo deficiente de una demanda y la consecuente resolución adversa representa para el órgano jurisdiccional un gasto estéril.

> La resolución inhibitoria es una resolución judicial, formalizada oficiosamente o a pedido de parte, mediante la cual el tribunal se inhibe, por resultar imposible, de pronunciarse sobre el fondo de la causa; aunque surte el efecto de extinguir el proceso en cuyo seno se emite, dejando abierta la posibilidad de renovar el "petitum" una vez que se subsanen la omisión o deficiencia registradas que dieran lugar a su dictado.[26]

En esa línea, las deficiencias en el proceso deben ser asumidas por las propias partes, por ser estas quienes incurrieron en omisiones o irregularidades en su propio perjuicio; por tanto, ante una sentencia inhibitoria que no entre al estudio del fondo del asunto, se ven obligados a promover nuevamente la demanda.

> …debe considerarse que para que la excepción de cosa juzgada surta efectos, es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia que ha causado ejecutoria y aquel asunto en el que dicha excepción sea invocada, concurra identidad en las cosas, en las causas, en las personas de los litigantes, en la calidad con la que intervinieron y, por supuesto, que en el primer juicio se hubiere analizado en su totalidad el fondo de las prestaciones reclamadas, en razón a que de no concurrir este último no podría considerarse que se está ante la figura de la cosa juzgada, pues lo contrario, llevaría al absurdo

---

[26] Peyrano, Jorge W., "¿Qué es una resolución inhibitoria?", *Revista Derecho & Sociedad*, Perú, núm. 25, 2005, p. 93, *http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17008/17306*

> de propiciar una denegación de justicia al gobernado, al no darle la oportunidad de que lo demandado sea resuelto en alguna instancia.[27]

Sin embargo, la nueva perspectiva constitucional de la función jurisdiccional, que reconoce y privilegia la obligación de emitir sentencias prontas, completas e imparciales que solucionen el fondo de la controversia, se opone claramente a la emisión de sentencias inhibitorias por deficiencias del procedimiento; debido a que los derechos humanos de las partes no pueden estar supeditados a su capacidad técnica al momento de elaborar una demanda, ofrecer y desahogar pruebas.

Además, debe considerarse que el acceso a la justicia no solo implica la posibilidad de acudir a juzgados y tribunales, sino la posibilidad real de obtener una justicia completa:

> Hablar de justicia completa implica que las actividades de las autoridades a las que se le encomienda la actividad jurisdiccional, formal o material, deben administrar justicia de forma integral, a *contrario sensu*, no debe ser incompleta, de tal manera que se satisfagan procesalmente hablando, todas las pretensiones procesales de las partes, sin que las actuaciones quedan a medias, debiéndose ocupar tanto de las acciones como de las excepciones, hechas valer por las partes dentro de un juicio.[28]

No obstante el dilema que representa la rigidez del estricto Derecho y la obligación de emitir resoluciones completas, existe una solución visible no bien aprovechada, consistente en utilizar las herramientas legales tendentes a corregir y subsanar errores de los contendientes, no como una gracia del juez hacia las partes, sino como instrumentos procesales que permiten resolver la controversia de forma completa; en contraste, de permanecer pasivo, el órgano jurisdiccional incumple con la obligación de proteger y garantizar el derecho de acceso a la tutela jurisdiccional y al debido proceso de los litigantes.

6. Herramientas para el perfeccionamiento del procedimiento

Aunque la solución al problema planteado no es nueva, no se ha utilizado de manera racional, toda vez que el CPC del Estado de México proporciona herramientas tendentes a corregir y subsanar los errores de los contendientes, con la

---

27 Jurisprudencia I.6o.T. J/40, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, junio de 2017, p. 2471.

28 Muñoz Mena, Eliceo, "La garantía de acceso a la justicia. Una falacia en el sistema jurídico mexicano", *Revista Jurídica Derecho*, México, vol. 7, núm. 9, julio-diciembre 2018, p. 82, *http://www.scielo.org.bo/pdf/rjd/v7n9/v7n9_a05.pdf*

finalidad de que el juez se allegue de elementos que permitan resolver la controversia, a pesar de la impericia de los demandantes.

Así, la legislación estatal dispone alternativas de solución a las deficiencias en el inicio y trámite de juicios civiles, con la finalidad de evitar sentencias absolutorias por deficiencias en el planteamiento y trámite del procedimiento.

6.1. Patrocinio de licenciados en Derecho

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte-IDH) ha establecido que el debido proceso "sirve para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, […] condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial".[29]

A su vez, el derecho a una adecuada defensa implica que las partes cuenten con la asesoría jurídica necesaria para comparecer a juicio; por tanto, la ausencia de representación legal, así como la deficiente o falsa representación, es una circunstancia que el juez debe vigilar y evitar en todo momento, a efecto de no hacer nugatorio ese derecho.

Al respecto, el CPC en el artículo 1.93,[30] establece que todo interesado en cualquier actividad judicial debe tener el patrocinio de un licenciado en Derecho o su equivalente con título y cédula de ejercicio profesional legalmente expedidos, el juez está facultado para designar defensores públicos; lo que no genera desequilibrio procesal, porque ambas partes se ven beneficiadas con el ejercicio de ese derecho.

En un panorama ideal, las partes deben estar asesoradas de profesionistas con experiencia en ese tipo de juicios; sin embargo, la falta de calidad se origina por aspectos subjetivos, debido a la inexistencia de una certificación oficial de abogados calificados y actualizados en el litigio.

En esas condiciones, hasta que se regule oficialmente la actualización y certificación de abogados postulantes, es recomendable acudir a organismos públicos como la Defensoría Pública o agrupaciones conocidas como "colegios" o "ba-

---

29 Corte IDH, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87, 06/10/1987, párrafo 28, *http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm*

30 Art. 1.93. Todo interesado en cualquier actividad judicial debe tener el patrocinio de un Licenciado en Derecho o su equivalente con título y cédula de ejercicio profesional legalmente expedidos; salvo en materia de violencia familiar, alimentos y juicio sumario de usucapión, donde el Juez, en su caso, le designará un defensor público.

rras" que, por estar formalmente constituidas, representan alguna garantía de profesionalización de sus miembros:

> …la colegiación obligatoria constituye la mejor garantía de esa libertad e independencia de los abogados, imperativo del servicio que se debe prestar a la sociedad. Toca a los colegios de abogados asegurar, además, el mantenimiento del honor, la dignidad, la integridad, la competencia, la deontología y la disciplina profesional.[31]

Finalmente, a manera de ejemplo, se citan dos casos ficticios en donde el juez detecta la nula o mala asesoría de una de las partes y actúa en consecuencia:

- Se celebra una audiencia programada con anticipación, en la que comparecen las partes; pero una de ellas, asiste sin la compañía de su abogado patrono. En ese supuesto, el juzgador actúa correctamente si solicita la presencia del defensor público para que asesore al justiciable o, en caso de no ser posible, difiere la audiencia a efecto de las partes acudan posteriormente acompañadas de sus respectivos asesores.
- Cuando se presenta una promoción y el juez advierte torpeza o falta de claridad en las peticiones que se hacen, no debe limitarse a negar la solicitud deficiente o ambigua, sino que debe prevenir al promovente para que aclare su escrito, y de ser necesario, informarle que puede acudir a la Defensoría Pública para obtener asesoría gratuita.

6.2. Prevención para aclarar o corregir la demanda inicial

La demanda o escrito inicial es un acto procesal trascendental dentro de cualquier procedimiento judicial, debido a que contiene los hechos que justifican la causa de pedir del promovente.

Debido a que los hechos narrados constituyen el sustento de las prestaciones reclamadas, el accionante está obligado a exponerlos con claridad y precisión: primero, porque permitirán al demandado conocer qué es y cuál es la causa de lo que se le exige; en segundo lugar, porque de los hechos planteados y controvertidos dependerán las pruebas que se desahoguen en el procedimiento.

No obstante, es común en la práctica la presentación de demandas deficientes ya sea por insuficiencia en la narración de hechos, contradicción y errores en su contenido u omisión de requisitos necesarios para la viabilidad del juicio, lo cual

---

31 Basla, Enrique Pedro, "El derecho de defensa en Iberoamérica", citado por Cruz Barney, Óscar, *Defensa a la defensa y abogacía en México*, México, IIJ-UNAM, 2015, p. 12, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3878/14.pdf*

trae como consecuencia —en la mayoría de los casos— el trámite de un procedimiento sesgado y una sentencia inhibitoria:

> … si en una demanda no se exponen todos los hechos necesarios de la causa de pedir, […] esa deficiencia impide que el actor aporte pruebas sobre hechos que no expuso, y al Juez lo limita, al no poder sustentar una decisión en hechos que no integran la litis. La consecuencia de su incumplimiento afecta indudablemente las defensas del quejoso, al llevarlo de antemano a un procedimiento inocuo, en el que nunca podrá obtener sus pretensiones, e inclusive, tiene la agravante de que el asunto pueda culminar con sentencia desestimatoria que produzca la cosa juzgada, que sería una consecuencia excesiva […].[32]

Como remedio a esa situación, se instituyó la *prevención*, que es la facultad de señalar los errores o deficiencias de la demanda en forma previa a su admisión; así, el juez tiene la obligación de prevenir al promovente para que aclare, corrija o complete el escrito inicial, con la condición de que, de no hacerlo, no se dará trámite a su petición, según se prevé en el artículo 2.109 de la ley adjetiva civil.[33]

En este punto, el juez está obligado a analizar exhaustivamente el escrito de demanda y anexos, a efecto de identificar inconsistencias o ambigüedades que puedan repercutir posteriormente; asimismo, mediante la figura de la prevención se está en aptitud de requerir al promovente, desde la aclaración de hechos, hasta la exhibición de los documentos que estime necesarios para iniciar adecuadamente el juicio.

Cabe mencionar que la prevención únicamente versa sobre aspectos formales y no de fondo; es decir, la finalidad de la figura procesal es procurar que el escrito de demanda reúna los requisitos necesarios para lograr un procedimiento sin obstáculos innecesarios, lo cual garantiza una sentencia que resuelva el fondo del asunto.

Además, la prevención y corrección no constituye desequilibrio procesal ni ventaja indebida para el accionante; por el contrario, permite que el demandado conozca qué es lo que se le reclama para plantear una adecuada defensa:

---

32 Tesis I.4o.C.27 C, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, marzo de 2014, p. 1904.

33 Art. 2.109. Si la demanda fuere obscura o irregular, el Juez debe prevenir al actor, una sola vez, para que dentro de tres días la aclare, corrija o complete, señalándole específicamente sus defectos; apercibiéndole que de no hacerlo, no le será admitida.
El Juez también debe prevenir al actor, en los mismos términos, cuando se omita alguno de los requisitos a que se refieren los artículos 2.100 y 2.108 de este Código, a efecto de que subsane los requisitos omitidos. En lo conducente, se prevendrá al demandado al formular su contestación, con el apercibimiento de que de no hacerlo, se acordará en los términos en que fue presentada."

> Al respecto, es importante precisar que el hecho de que el Juez prevenga a la actora para que subsane las irregularidades detectadas en su demanda, no implica un desequilibrio procesal o una desventaja indebida para alguna de las partes. Lo anterior es así, debido a que la relación procesal entre las partes se establece una vez que el demandado es emplazado, momento a partir del cual se le deberán otorgar las mismas oportunidades para alegar, probar y defenderse a cada uno de los contendientes (principio de igualdad). Además, el hecho de que se prevenga a la actora a fin de que su demanda sea lo más clara posible, también contribuye a que el enjuiciado pueda plantear una adecuada defensa, pues conocerá exactamente qué es lo que se le reclama.[34]

A manera de ejemplo, enseguida se exponen dos casos hipotéticos en donde el juez previene correctamente:

– Se presenta una demanda reivindicatoria, pero el actor es omiso en narrar los hechos en los que justifica la posesión que tiene el demandado sobre el bien de su propiedad; en ese caso, el juez debe prevenir al accionante para que aclare o exprese los hechos relativos a su pretensión, sin que ello implique desequilibrio, que el demandado no ha sido emplazado.

– Al iniciarse un juicio de rectificación de acta de nacimiento, el promovente omite presentar copia certificada del acta respectiva, el juez debe prevenir para que el actor exhiba el documento necesario para garantizar la tramitación correcta del procedimiento.

6.3. Facultad probatoria del juez

El procedimiento civil se caracteriza por la distribución de la *carga probatoria*, término utilizado para designar las obligaciones de los contendientes de demostrar sus propias afirmaciones.

Por regla general, las partes deben justificar la existencia de los hechos en que sustentan sus acciones o excepciones, respectivamente; así, el actor debe demostrar que son ciertos los hechos en que fundamenta su causa de pedir, mientras el demandado tiene la responsabilidad de acreditar los hechos que contradicen o desestiman los de su contrario.

Sin embargo, en ocasiones los litigantes incurren en errores dentro de la etapa probatoria, pues omiten el ofrecimiento de una prueba idónea y conducente para justificar sus afirmaciones, o desahogan con deficiencia algún medio de convicción que, si bien es pertinente, su resultado es inútil.

---

[34] Jurisprudencia II.1o. J/4, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, enero de 2017, p. 2152.

Cabe acotar que, aunque los errores en el ofrecimiento y desahogo de pruebas constituyen yerros atribuibles a las partes o a sus abogados patronos, no puede ignorarse que dichas circunstancias afectan la finalidad del proceso judicial que es el conocimiento de la verdad sobre los hechos controvertidos, y que impiden al órgano jurisdiccional emitir una sentencia completa que satisfaga el derecho de acceso a la justicia.

Ahora bien, dentro de las diversas atribuciones que la ley procesal civil concede al juez en su calidad de director del proceso, destaca la *facultad probatoria*, que consiste en la potestad de ordenar el desahogo oficioso de pruebas para el conocimiento de la verdad, como se reconoce en los artículos 1.250 y 1.251.[35]

De esa manera, si después de desahogadas las pruebas de las partes, el juez tiene dudas respecto de un hecho trascendental que le impida llegar a la verdad de los hechos controvertidos, puede utilizar su potestad probatoria para ordenar, oficiosamente, el desahogo de la prueba conducente para aclarar la cuestión, la cual servirá de sustento para el dictado de una sentencia completa.

No obstante, las facultades probatorias son poco utilizadas en juicios civiles, dado que los jueces se limitan a desahogar las pruebas presentadas por las partes, en los términos propuestos, sin que exista un esfuerzo oficioso tendente a obtener la mayor utilidad de los medios de prueba y con ello, la verdad de los hechos.

A manera de ejemplo, se plantean los siguientes casos hipotéticos de utilización efectiva de la facultad probatoria de los jueces:

Caso 1. En un juicio se impugna la firma contenida en un documento, pero quien sostiene la falsedad es omiso en ofrecer la prueba idónea para justificarlo que es la pericial en grafoscopía; una conducta común es que el juez guarde silencio ante la omisión evidente y emita una sentencia inhibitoria sustentada en que no se demostró la simulación de la firma.

Así, el juzgador actuó en forma pasiva y limitada, renunció a la posibilidad de conocer la verdad de los hechos a través de la implementación oficiosa de la prueba pericial, la cual ilustraría respecto al origen de la firma cuestionada y permitiría resolver el asunto en forma completa y exhaustiva.

---

35 Art. 1.250. Para conocer la verdad, puede el Juzgador valerse de cualquier persona, cosa o documento, con tal de que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos.
Art. 1.251. Los Tribunales podrán decretar, en todo tiempo, en cualquier juicio, la práctica, repetición o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que se estime necesaria y sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos controvertidos.
En la práctica de esas diligencias el Juez obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar los derechos de las partes, procurando en todo su igualdad y justo equilibrio. […].

Caso 2. Otro caso se presenta, cuando una de las partes es omisa en presentar el documento necesario para acreditar la relación familiar, edad o estado civil de determinada persona; el juez puede conformarse con la insuficiencia probatoria y emitir una sentencia en la que resalte la omisión o, por el contrario, puede ordenar oficiosamente la expedición del acta civil respectiva que le aclare el punto cuestionado.

Caso 3. Cuando una de las partes ofrece la prueba confesional a cargo de su contrario; sin embargo, es deficiente al formular las posiciones o preguntas, por lo que estas son calificadas como no legales y la utilidad del medio de convicción se anula completamente.

En esos extremos, si el juez lo considera necesario, puede interrogar al absolvente sobre hechos y circunstancias específicas que sean conducentes al conocimiento de la verdad; asimismo, puede pedir las explicaciones que estime necesarias y obtener información que le permita resolver en conciencia, a pesar de las deficiencias del oferente.

Caso 4. Lo mismo sucede con la prueba testimonial, en donde el juzgador puede formular preguntas distintas a las contenidas en los cuestionarios de las partes, así como pedir al testigo respuestas precisas y aclaraciones.

Caso 5. Además, cuando se trata de pruebas periciales e inspecciones, el juez está facultado para pedir aclaraciones a los expertos y levantar actas circunstanciadas con planos y fotografías, respectivamente, en forma adicional a lo planteado por las partes.

Caso 6. Mediante hechos notorios, el resolutor está en aptitud de invocar acontecimientos que, por su notoriedad, no requieren ser probados ni invocados por las partes, como son la existencia de otros juicios radicados en el propio juzgado, información contenida en páginas electrónicas, eventos del dominio público, entre otros, que sean útiles para encontrar la verdad y dictar una sentencia completa.

Caso 7. Después de desahogadas las pruebas ofrecidas en un juicio determinado, el juez tiene duda respecto de la propiedad de cierto inmueble, por lo que, de manera oficiosa, decide solicitar información al Instituto de la Función Registral del Estado de México y a la oficina catastral del Ayuntamiento de Toluca, México; además, una vez que recibe los informes respectivos, los dejan a la vista de los contendientes para que manifiesten lo que a su derecho convenga.

Caso 8. En un juicio de pago de pesos, una de las partes afirma que cubrió el adeudo reclamado mediante cheque bancario, sin ofrecer pruebas de ello y su contrario niega cualquier pago; para disipar la incertidumbre, el juez solicita oficiosamente a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, informe sobre la expedición de cheques del deudor; asimismo, una vez que recibe respuesta, lo informa a las partes para su debido conocimiento.

Es oportuno destacar las facultades probatorias del juez no están dirigidas a beneficiar a alguno de los contendientes, sino a conocer la verdad sobre los puntos controvertidos; asimismo, las partes están en aptitud de participar en el desahogo de esos medios, así como objetar o contradecir el aporte de estas.

> En el camino de la búsqueda de la verdad, así parezca beneficiar a una de las partes, no significa que [el juez] esté faltando al deber de imparcialidad, pues la finalidad de su actuación es encontrar la verdad material, en algunas ocasiones, desligarse del impulso procesal de las partes y dirigir el proceso v.gr. decretando pruebas de oficio.[36]

6.4. Suplencia de la queja deficiente

Si bien el estricto Derecho es de observancia general, su aplicación no es absoluta, toda vez que admite excepciones en ciertos supuestos debidamente previstos en la ley, en que se permite la suplencia de la deficiencia. [37]

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, la palabra suplencia implica la "acción y efecto de suplir (ponerse en lugar de alguien)";[38] a su vez, suplir deriva del latín *supplére* y significa: "cumplir o integrar lo que falta en algo, o remediar la carencia de ello; ponerse en lugar de alguien para hacer sus veces; reemplazar, sustituir algo por otra cosa; disimular un defecto de otra persona".[39]

En materia procesal, el término suplencia implica la sustitución del juez en la persona de los contendientes, para asumir las obligaciones y cargas que normalmente corresponden a las partes. Para Lázaro Tenorio Godínez la suplencia "significa subsanar o sustituir una exposición deficiente respecto a determinado derecho de orden sustantivo o procesal que la ley establece a nuestro favor".[40]

Bajo ese marco teórico, se entiende a la suplencia como la facultad del juez de subsanar la deficiencia en que incurren las partes; es decir, corregir los errores y omisiones con la intención de allegarse de elementos que le permitan dictar a una sentencia completa. Es una postura contraria al principio de estricto Derecho porque implica la sustitución del juez en la persona de los contendientes, asumir las obligaciones y cargas que normalmente corresponden a ellos.

---

36 Gaitán Guerrero, Loly Aylú, "La prueba de oficio en el proceso civil: ¿imparcialidad del juez e igualdad de las partes?", *Revista de Derecho Privado*, Colombia, núm. 43, junio de 2010, p. 11, *https://www.redalyc.org/html/3600/360033192005/*

37 *Cfr*. Arellano García, Carlos, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 2008, p. 385.

38 Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, 2014, versión en línea, *http://dle.rae.es/?id=YliluSi*

39 *Idem*.

40 Tenorio Godínez, Lázaro, *La Suplencia en el Derecho Procesal Familiar*, 2a. edición, México, Colección Biblioteca Jurídica, Porrúa, 2015, p. 47.

Con la promulgación del CPC de 2002, se destinó un apartado especial para las controversias del orden familiar y, por primera vez, se concedió al juez estatal la facultad expresa de realizar la suplencia de la deficiencia en este tipo de juicios.

A partir de entonces, se han realizado diversas reformas a dicho código, se especifican los supuestos y amplían las hipótesis de aplicación de la suplencia, con la finalidad de proteger a menores de edad, personas con discapacidad, acreedores alimentarios, a la familia como núcleo, entre otros; lo cual es visible en los artículos 5.1, 5.8 y 5.16 de la ley procesal civil.[41]

En ese contexto, la utilización de la suplencia de la queja deficiente para compensar las condiciones desiguales de los grupos vulnerables pretende equilibrio en el procedimiento, en el entendido de que se auxilia a la parte más débil para no quedar en desventaja frente a su oponente.

Como ejemplo de la aplicación de suplencia en juicios civiles, se presentan dos casos hipotéticos:

Caso 1. En un juicio de usucapión, el juez advierte que la actora es una adulta mayor y ha tenido dificultades para tramitar el procedimiento de manera regular; en ese contexto, el juzgador actúa correctamente si solicita directamente a la accionante, que informe si se encuentra en una situación de vulnerabilidad o si existen impedimentos para acceder al juicio; de confirmarse esa situación, deberá dar trato preferencial y certeza respecto del patrimonio de la justiciable.

Caso 2. En un juicio de desocupación y entrega de inmueble por divorcio, el juez debe cerciorarse de que el excónyuge demandado no tenga la calidad de acreedor alimentario, de ser así no podrá desalojarlo del domicilio reclamado, hasta en tanto no se garantice su derecho de habitación.

---

41 Art. 5.1. […] Las controversias de derecho familiar se consideran de orden público por constituir la base de la integración de la sociedad, estando facultado el juzgador para actuar de oficio, especialmente tratándose de niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad, en materia de alimentos, guarda y custodia, patria potestad y de las cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas cautelares tendientes a preservar la familia y a proteger a sus miembros. El juzgador deberá implementar las medidas de protección conducentes, a fin de garantizar el pleno goce, respeto, protección y promoción de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes. […].

Art. 5.8. En el conocimiento y decisión de las controversias relacionadas con el derecho familiar y del estado civil de las personas, el juez podrá suplir la deficiencia de la queja e incluso analizar cuestiones distintas a las planteadas por las partes, si ello resulta imprescindible para proteger debidamente el interés de la familia y en particular, los derechos e intereses de los menores.

Art. 5.16. El interés superior de niñas, niños y adolescentes es la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas, niños y adolescentes, respecto de cualquier otro derecho.

[…] En los asuntos en que estén involucrados niñas, niños y adolescentes o incapaces, el juez deberá suplir la deficiencia de la queja en beneficio de estos.

Como se observa, la suplencia tiene una función esencialmente compensatoria, por lo que no es factible aplicarla en todos los casos y en favor de cualquier litigante, porque en lugar de disminuir desigualdades o allegar al juez elementos para decidir, puede ocasionar justamente lo contrario, es decir, desequilibrio entre las partes.

El equilibrio procesal, llamado también igualdad procesal o igualdad de armas, consiste básicamente en tener las mismas posibilidades de defensa ante un juez: "no es sino la manifestación específica del principio general de la igualdad de las personas ante la ley en el campo del derecho procesal".[42]

En ese tenor, Eduardo J. Couture afirma que el equilibrio procesal requiere "una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de su derecho de acción y de defensa".[43]

De los conceptos anteriores, se resume que el equilibrio procesal es la condición de igualdad que tienen las partes para ejercer derechos y asumir cargas dentro del proceso; además, su función es lograr el perfecto o razonable equilibrio en la distribución de las facultades y deberes procesales entre el que ejerce una pretensión y quien se opone.

Ahora bien, la suplencia prevista en la ley tiene como justificación compensar las desventajas de grupos vulnerables y tratar de equilibrar el proceso; sin embargo, de aplicarse en forma genérica, cuando ambas partes están en igualdad de condiciones, traería como consecuencia desequilibrio y parcialidad en favor de uno de ellos.

Por tanto, la suplencia debe aplicarse únicamente en los supuestos previstos en la ley, dado a que su utilización generalizada no es viable para lograr la emisión de sentencias completas e imparciales; máxime, que el artículo 17 constitucional prevé que la impartición de justicia debe estar sujeta a los plazos y términos que fijen las leyes, y que se deberá cuidar la igualdad de las partes en todo momento.

En cambio, para lograr mayor eficiencia en la formulación de demandas iniciales y en la tramitación de juicios, se estima más conveniente promover la asesoría y patrocinio de abogados que pertenezcan a agrupaciones gremiales que preparen y actualicen a sus integrantes, así como la utilización de las figuras de prevención y facultad probatoria del juez, con la intención de perfeccionar las acciones y defensas, pero sin desequilibrar el procedimiento.

---

42 Ovalle Fabela, José, *Garantías constitucionales del proceso*, México, Oxford, 3ª edición, 2007, p. 237.

43 Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª edición, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1958, p. 185.

Con una idea similar, Yolanda Reyes Zárate afirma que, en lugar de aplicar la suplencia generalizada, se debe fomentar la certificación de abogados y defensores:

> …nada habría que suplir, si hubiera abogados certificados y especialistas en juicios sobre menores de edad y jueces igualmente calificados; es donde el defensor de oficio así mismo cobra relevancia, porque si existieran defensores de oficio y ministerios públicos en materia civil, especialistas en menores de edad, son los que deberían velar por el interés superior del menor, no el juez con oficiosidad y suplencia total, sino con instituciones dedicadas a esa labor; de modo que el resolutor, en caso de considerar que el abogado nombrado para asesorar a la parte en la que el menor de edad se viese implicado no estuviese capacitado para hacerlo, le designaría al defensor de oficio y ahí está la protección, sin suplencia y sin función oficiosa dentro del proceso.[44]

En ese contexto, se afirma que la utilización racional de las herramientas procesales de perfeccionamiento del proceso permite al juez allegarse de elementos útiles para emitir sentencias completas que resuelvan el fondo de la controversia, lo que a su vez, materializa el derecho de acceso a la justicia, el cual no se limita a la posibilidad de acudir a juzgados y tribunales, sino que su finalidad es concretar la aspiración de justicia de todas las personas.

> El derecho de acceso a la justicia hace referencia a un conjunto de derechos y garantías que los Estados tienen que asegurar a sus ciudadanos, sin ningún tipo de distinción, para que puedan acudir a la administración de justicia a resolver un conflicto y obtener una sentencia justa, de conformidad con el ordenamiento jurídico. Se aplica a todas las jurisdicciones y tiene un contenido amplio, siendo concreciones del mismo la asistencia jurídica y la defensa por un abogado totalmente independiente, la especialización de la justicia, la eliminación de barreras arquitectónicas, la protección de las víctimas y testigos, la gratuidad, la asistencia de un intérprete, si fuera necesario, así como las garantías del debido proceso.[45]

Finalmente, con el objeto de tomar datos objetivos respecto a la utilización de las herramientas procesales descritas, se propone la realización periódica de encuestas dirigidas a jueces civiles, respecto del número y porcentaje de procedimientos en los que han solicitado o requerido la presencia de abogados postulantes, que han prevenido para subsanar las irregularidades de la demanda inicial, que han implementado oficiosamente el desahogo de pruebas, y en los que han aplicado suplencia de la deficiencia.

---

44 Reyes Zárate, Yolanda, *Restauración del equilibrio procesal en México, en los juicios civiles relativos a menores de edad*, México, Tesis de Doctorado, Facultad de Derecho y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2013, p. 231.

45 De Jesús Conde, María, "El acceso a la justicia de niños, niñas y jóvenes", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Costa Rica, núm. 50, julio-diciembre 2009, p. 191, *https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1631/revista-iidh50.pdf*. Consultado el 15-06-2019.

La aplicación de cuestionarios, obtención de muestras y sistematización de la información, estaría a cargo del Departamento de Evaluación al Desempeño, de la Dirección de Personal del Poder Judicial del Estado de México, lo cual, además de servir de parámetros comparables, ayudará a incorporar esas actividades al trabajo diario de los juzgadores, porque, no obstante, de ser facultades reconocidas en la ley, la difusión es necesaria y su utilización es deseable.

7. Conclusiones

En materia civil, es común que se dicten sentencias inhibitorias como consecuencia de deficiencias y omisiones en el planteamiento de la demanda inicial o errores en el ofrecimiento de pruebas, sin analizar el fondo de la controversia. Sin embargo, el derecho de acceso a la justicia no puede estar supeditado a la pericia legal de las personas y sus abogados, sino que es deber del juez emitir sentencias prontas, completas e imparciales, por ser una obligación constitucional.

Se debe replantear la función jurisdiccional, no como un trámite administrativo, sino como un acto del Estado que materialice la protección y garantía de derechos humanos, a través del acceso a la justicia, debido proceso y la obtención de sentencias completas; solo así, se alcanzará la efectividad procesal, que debe medirse en función de la solución de la controversia.

Para evitar el dictado de resoluciones que no entren al análisis del fondo de la controversia por cuestiones formales, el juez debe utilizar, en toda su amplitud, las atribuciones que le confiere el CPC del Estado de México, relativas a cuidar la adecuada asesoría legal de las partes, la prevención y aclaración de la demanda inicial, y la facultad probatoria para llegar al conocimiento de los hechos controvertidos.

Respecto a la suplencia de la queja deficiente, esta debe aplicarse únicamente en los supuestos contenidos en la ley, dado que su empleo generalizado traería como consecuencia el efecto contrario a su finalidad, desequilibrio procesal.

A efecto de reunir con datos confiables respecto a la utilización de las herramientas procesales mencionadas, se propone la realización periódica de encuestas dirigidas a jueces civiles; lo cual también ayudará a difundir la utilidad y beneficios de la adecuada asesoría legal, la prevención, el desahogo oficioso de pruebas y la suplencia de la deficiencia de la queja.

8. Bibliohemerografía

Bibliografía

Arellano García, Carlos, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 2008.

Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1958.

Del Castillo, Alberto, *La defensa jurídica de la Constitución en México*, México, Editorial Duero, 1994.

Galindo Garfias, Ignacio, *Estudios de Derecho Civil*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

López Ramos, Neófito, *Suplencia de la queja en materia civil*, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2017.

Ovalle Fabela, José, *Garantías constitucionales del proceso*, 3ª edición, México, Oxford, 2007.

Ovalle Favela, José, *Teoría General del Proceso*, México, Oxford, 2015.

Reyes Zárate, Yolanda, *Restauración del equilibrio procesal en México, en los juicios civiles relativos a menores de edad*, México, Tesis de Doctorado, Facultad de Derecho y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2013.

Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil,* t. I: Introducción, personas y familia, 26ª edición, México, Porrúa, 1995.

Tenorio Godínez, Lázaro, *La Suplencia en el Derecho Procesal Familiar*, 2ª edición, México, Colección Biblioteca Jurídica, Porrúa, 2015.

Hemerografía

Badillo García, Armando Antonio, "El juicio de amparo y sus formalismos procedimentales. Algunas notas sobre el papel de los jueces de distrito", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 45, enero-junio de 2018, pp. 1-30, *https://www.ijf.cjf.gob.mx/Sitio2016/include/sections/revista/45/2_Armando%20Antonio%20Badillo%20Garc%C3%Ada.pdf*

De Jesús Conde, María, "El acceso a la justicia de niños, niñas y jóvenes", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Costa Rica, núm. 50, julio-diciembre 2009, pp. 191-207, *https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1631/revista-iidh50.pdf*

Gaitán Guerrero, Loly Aylú, "La prueba de oficio en el proceso civil: ¿Imparcialidad del juez e igualdad de las partes?", *Revista de Derecho Privado*, Colombia, núm. 43, junio de 2010, pp. 2-22, *https://www.redalyc.org/html/3600/3600331920005/*

Gómez Villanueva, María Eugenia, "El principio de estricto derecho en el juicio de amparo en materia laboral", *Revista Iuris Tantum*, núm. 18, otoño-invierno 2007, pp. 319-329, *https://doctrina.vlex.com.mx/vid/principio-estricto-juicio-amparo-laboral-54355010*.

Muñoz Mena, Eliceo, "La garantía de acceso a la justicia. Una falacia en el sistema jurídico mexicano", *Revista Jurídica Derecho*, México, vol. 7, núm. 9, julio-diciembre 2018, pp. 73-92, *http://www.scielo.org.bo/pdf/rjd/v7n9/v7n9_a05.pdf*.

Navarrete Monasterio, Juan, "Acceso a la justicia como un derecho humano y como una garantía", en *El acceso a la justicia desde una perspectiva internacional en América Latina*, Acosta, Karen y Rojas Aravena, Francisco (editores), Costa Rica, Universidad para la Paz, Organización de las Naciones Unidas, 2018, pp. 105-109, *https://www.upeace.org/files/Publications/Acceso%20a%20la%20Justicia%20GIZ-UPAZ%202018.pdf*.

Peyrano, Jorge W., "¿Qué es una resolución inhibitoria?", *Revista Derecho & Sociedad*, Perú, núm. 25, 2005, pp. 91-93, *http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17008/17306*.

Tena Ramírez, Felipe, "El amparo de estricto derecho: orígenes, expansión, inconvenientes", *Revista de la Facultad de Derecho*, México, núm. 13, 1954, pp. 9-30, *https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/viewFile/25317/22721*.

Documentos publicados en Internet

Basla, Enrique Pedro, "El derecho de defensa en Iberoamérica", citado por Cruz Barney, Óscar, *Defensa a la defensa y abogacía en México*, México, IIJ-UNAM, 2015, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3878/14.pdf*.

Corte-IDH, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987, párrafo 28, *http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm*.

Exposición de motivos de la reforma constitucional del 17 de marzo de 1987, México, Poder Judicial de la Federación, 2017, *https://www.sitios.scjn.gob.mx/constitucion1917-2017/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/111%20-%2017%20MAR%201987.pdf*.

Fernández Baquero, María Eva, *Procedimiento civil romano*, España, Universidad de Granada, 07/01/2013, *http://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/27353/PROCEDIMIENTO%20CIVIL%20ROMANO.pdf;jsessionid=2C15E35A6B99178BAEF2092393BB52CF?sequence=1*.

Fix-Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José, *El derecho en México. Una visión en conjunto,* México, IIJ-UNAM, 1991, t. III, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/325/2.pdf*.

Pelayo Moller, Carlos María, (coord.), *Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013, *https://cdhdf.org.mx/serv_prof/pdf/lasreformasconstitucionalesenmateriade.pdf*.

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, 2014, versión en línea, *http://dle.rae.es/?id=YliluSi*, *http://dle.rae.es/?id=Ym1mEfA*.

Legislación

Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, 2002.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

Código Civil Federal, 1928.

Tratados y convenios internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos,1969.

Jurisprudencias y tesis

Jurisprudencia 1a./J. 103/2017, Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, noviembre de 2017, p. 151.

Jurisprudencia 1a./J. 11/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, febrero de 2014, p. 396.

Jurisprudencia I.6o.T. J/40, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, junio de 2017, p. 2471.

Jurisprudencia II.1o. J/4, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, enero de 2017, p. 2152.

Tesis I.4o.C.27 C, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, marzo de 2014, p. 1904.

Otros documentos

Sistema de Acceso a la Información Mexiquense (SAIMEX), solicitud de información folio 00154/PJUDICI/IP/2019, al Poder Judicial del Estado de México, periodo 2017-2018.

Transformar Nuestro Mundo: la *Agenda 2030* para el Desarrollo Sostenible, Cumbre de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Nueva York, 2015.

Parte III
LA JUSTICIA EN DERECHO FAMILIAR

Capítulo I

DE LA JUSTICIA ORAL FAMILIAR A LA JUSTICIA RESTAURATIVA, COMO ACTO PREVIO AL JUICIO

Ma. Cristina Miranda Cruz*

SUMARIO

1. Introducción. 2. La justicia restaurativa en México. 3. Concepto de justicia restaurativa familiar. 4. Principios básicos de la justicia restaurativa familiar. 4.1. Características de la justicia restaurativa familiar. 4.2. Ventajas de la justicia restaurativa familiar. 5. Principios básicos de la justicia restaurativa familiar. 6. Antecedentes de los Centros de Mediación, Conciliación y Justicia Restaurativa del Estado de México. 7. El perfil del facilitador familiar. 8. Necesidad de la justicia restaurativa familiar. 9. La restauración como etapa preprocesal. 10. Conclusiones. 11. Bibliohemerografía.

1. Introducción

El vislumbrante cambio en materia familiar, de una justicia escrita con un procedimiento ordinario que permeó por más de dos siglos, da origen a una nueva forma de impartir justicia a través de un procedimiento mixto, predominantemente oral, que a la fecha no garantiza la restauración de las relaciones familiares, en las que persisten nuevos conflictos y se hacen interminables los problemas legales.

En la resolución de los conflictos familiares, los interesados deben ser partícipes de la solución, para ello es necesario un cambio radical; por lo que, se propone que deben aplicarse los medios alternos de forma obligatoria para una impartición de justicia construida bajo el auspicio de una *justicia de restauración*, que tengan por objeto que los justiciables logren la solución de sus conflictos de forma pacífica en el sistema familiar.

En este trabajo se propone que el proceso restaurativo sea guiado por un facilitador, especialista en restauración familiar, quien coadyuvará a sanar y restablecer asertivamente los vínculos entre las personas en conflicto; así se pretende que los integrantes del sistema familiar puedan sostener en el futuro relaciones equilibra-

* Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. Maestra en Administración de Justicia y Doctorante en Derecho Judicial por la Escuela Judicial del Estado de México. Actualmente Presidenta Magistrada de la Primera Sala Familiar de Toluca del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México. Precursora y promotora de la justicia Restaurativa Familiar en el Estado de México.

das y ponderen sus necesidades, con el objetivo de que el conflicto realmente se resuelva de fondo, en lo material y jurídico.

El abordaje del problema de estudio se realiza en forma análoga a la Teoría Tridimensional del Derecho, de Miguel Reale,[1] uno de los más prestigiosos cultivadores de la Filosofía del Derecho en nuestros días, para quien el Derecho es una realidad histórica-cultural, en virtud que no es estático, sino dinámico. Reale entiende al Derecho desde una triple dimensión: normativa, sociológica y axiológica. En el marco de este estudio, el conflicto familiar también requiere un análisis desde tres dimensiones: jurídica, psicoemocional y humana social.

En las relaciones familiares hay conductas en las cuales convergen varios factores: religioso, moral, convencional, jurídico y económico. Estos factores vienen a conformar las conductas de cada uno de los integrantes de la familia, por lo que en la práctica restaurativa se debe buscar un cambio en la visión del conflicto que permita encontrar un punto de acuerdo entre los participantes del proceso restaurativo, respecto de sus intereses y necesidades, desde una perspectiva que permita encontrar el enfoque positivo del conflicto, traducido en la atención del daño causado a la relación familiar y sus integrantes, de forma que resulte reparado; por ello, se requiere que la justicia restaurativa tenga el carácter de obligatoria, como etapa previa al juicio, antes de acudir al impartidor de justicia en materia familiar.

Para ello, se realiza un análisis de la justicia restaurativa en México, el concepto de la justicia restaurativa, sus características, ventajas y principios básicos, el fundamento constitucional de los medios alternos, así como de los antecedentes de los centros de mediación, conciliación y justicia restaurativa del Estado de México. También, se estudia el perfil del facilitador familiar, y la restauración como etapa pre procesal. Para concluir con una propuesta de reforma en la que se incluya la regulación la restauración como etapa pre procesal.

2. La justicia restaurativa en México

El concepto de justicia restaurativa en México ha sido planteado en la justicia penal, específicamente en la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal,[2] en la que se establecen los principios,

---

1 Reale Miguel, *Teoría tridemensional del derecho*, España, Editorial Tecnos, 1997.

2 Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29/12/2014. Si bien, en la década de los 70 del siglo XX, se ubica el origen de la justicia restaurativa moderna, en el contexto penal, Howard Zehr advierte que: "Los antecedentes de la justicia restaurativa son mucho más amplios y sus raíces mucho más profundas que las iniciativas promovidas por los menonitas norteamerica-

bases, requisitos y condiciones de estos mecanismos, cuya finalidad es generar el diálogo entre las personas involucradas en el proceso penal. Sin embargo, "ha evolucionado hasta convertirse en un parámetro del Derecho de familia" al responder a las mismas razones.[3]

En materia familiar, la aplicación de este medio alterno, restaurativo, se debe realizar previo a la instauración de un proceso jurisdiccional familiar, en el que se debe agotar un proceso restaurativo ante el Centro de Mediación, Conciliación y de Justicia Restaurativa del Poder Judicial del Estado de México.[4]

El Estado tiene la obligación de generar los mecanismos jurídicos, idóneos y pertinentes para favorecer el desarrollo de la justicia restaurativa, para generar confianza en la sociedad, y otorgar a las personas la oportunidad de ser escuchadas respecto a su conflicto, por eso se institucionaliza como medio alterno, específicamente a la justicia restaurativa.

En la justicia restaurativa las personas se relacionan entre sí, busca promover el bienestar de todos y anima a los involucrados en el conflicto a aceptar sus acciones y asumir responsabilidades, para hacer enmiendas, aprender y crecer.[5]

En el siglo XXI, en el sistema jurídico mexicano cobra vigencia una nueva forma de impartir justicia, con la aplicación de la denominada justicia restaurativa que, traducida en términos jurídicos, significa restablecer, sanar y reconstruir las relaciones fragmentadas entre las personas en conflicto, que en la justicia restaurativa familiar tiene como finalidad devolver a cada interesado proporcionalmente en lo jurídico, en lo económico y en lo moral, lo que legalmente les corresponde; de manera que restaurado el conflicto, de la naturaleza jurídica que sea, se flexibilizarán los ánimos de cada parte, al permitirse su restauración y se logrará la

---

nos durante los años 70. En realidad, son tan antiguos como la historia humana". *Vid.* Zehr, Howard, *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, Good Books, 2010, p. 16, *https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/el_pequeno_libro_de_las_justicia_restaurativa.pdf*. El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico en la voz <justicia restaurativa>, indica que se trata de un: "Sistema complementario a la justicia penal juvenil que busca la reinserción del delincuente y satisfacción de la víctima mediante la mediación penal, considerando el delito como acto contra la persona y que permite diversas salidas alternativas al proceso penal, distintas a la condena pronunciada por jueces y tribunales". *Vid.* Real Academia Española, vol. II, España, Santillana, 2017, p. 1253.

3 Soto Lamadrid, Miguel ángel, *Síndrome de alienación parental y justicia restaurativa*, México, Editorial Beilis, 2011, p. 280.

4 Creado mediante el Decreto número 114, publicado en el Periódico Oficial Gaceta del Gobierno el día 10/12/2002.

5 Pérez Baxin, Oscar, "La justicia restaurativa. Aproximaciones teóricas", en Islas Colín, Alfredo y Cornelio Landero, Egla (coords.), *Mediación y Derechos humanos*, México, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco-Porrúa, 2014, p. 129.

resocialización y la convivencia pacífica; aspectos fundamentales bajo los cuales debe regirse la justicia.

La inclusión de la justicia restaurativa constituye también un paso para fortalecer la democracia, mediante la participación de voluntades privadas en el manejo de sus conflictos y, a partir de ello, constituirse como una opción para decidir por sí misma, sus conflictos, mediante el diálogo y la convivencia del grupo familiar.[6]

La justicia restaurativa permea en el Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, toda vez que la Primera Sala Familiar de Toluca, al armonizar la legislación local con los tratados internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH),[7] en el artículo 16; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),[8] numeral 23; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH),[9] en el artículo 17; que establece, en esencia, que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la misma sociedad y el Estado, ha generado la siguiente jurisprudencia:

> Justicia restaurativa familiar. Como política pública social. Sus objetivos contribuyen a la misión y visión del poder judicial del estado de méxico (*omissis*) la Justicia Restaurativa familiar, entendida como una estrategia que rescata el derecho humano en lo individual y como grupo familiar, cuyo objeto se establece en la Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social para el Estado de México, en su artículo 1º; integra al juzgador, al mediador y facilitador, como estrategias, quienes involucran a todos los intervinientes de forma proactiva o preventiva, con la finalidad de que se restablezcan las relaciones interpersonales de los integrantes del grupo familiar, genera con ello identidad, sentido de pertenencia, empatía, solidaridad en la familia y en la comunidad.[10]

---

6 Morales Gómez, Silvia María, "La justicia restauradora. Una respuesta a la violencia en la familia", en Islas Colín, Alfredo y Cornelio Landero, Egla (coords.), *Mediación y Derechos humanos*, México, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco-Porrúa, 2014, p. 155.

7 Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10/12/1948 en su Resolución 217 A (III), como un ideal común para todos los pueblos y naciones. La Declaración establece, por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero y ha sido traducida en más de 500 idiomas, *https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/*

8 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 Entrada en vigor: 23/03/1976, de conformidad con el artículo 49.

9 Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José", adoptada en San José Costa Rica el 22/11/1969, aprobada por el Senado el 18/12/1980; adhesión de México el 24/03/1981; entrada en vigor internacional el 18/07/1978; entrada en vigor en México el 24/03/1981; publicación el DOF el 07/05/1981.

10 Instancia: Primera Sala Familiar De Toluca Instancia: Primera Sala Colegiada Familiar de Toluca. Toca: 91/2016. Votación: Unanimidad. Trece de Septiembre de 2016. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz. Toca: 352/2016. Votación: Unanimidad. Once de octubre de 2016. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz. Toca: 864/2016. Votación: Unanimidad. Ocho de diciembre de 2016. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz. Toca: 247/2017. Votación: Unanimidad. Veintisie-

La interpretación de la Primera Sala se ha realizado con estricto apego a los artículos 1°, 17 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y a normas internacionales en materia de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, específicamente en el Programa de Justicia Restaurativa de las Naciones Unidas, en el que de la publicación del Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños, se observa la intención de reintegrarlos sin perjuicios a la sociedad de donde emergen, es decir, apoyándolos para reintegrarse nuevamente al sistema educativo, a su familia y a su comunidad, esta actividad implica la suma de muchos esfuerzos entre autoridad y familia del infante.

En esas condiciones, para tener por consumada la restauración, tendrá que instrumentar un protocolo de actuación de seguimiento en el que se involucren Estado, familia y sociedad, a través de un grupo interdisciplinario que participe en el proceso restaurativo por un periodo mínimo de un año, en el cual se realicen evaluaciones mensuales dirigidas por el facilitador para justificar que es un niño renovado y sanado.

En análoga condición procesal, psicológica y moral, la justicia restaurativa debe realizarse en materia familiar cuando el conflicto recaiga en afectación de hijos menores que han sido víctimas de la separación de sus padres, de sus abuelos o personas que los tengan bajo su tutela, porque es visto en la sociedad que niños o adolescentes que han sido víctimas de conflictos de carácter familiar son quienes sufren directamente el daño; y los niños que sobrellevan la separación de sus padres son objeto de disputa procesal por sus demás familiares y son ellos quienes recienten el frío clima de un proceso jurisdiccional familiar. De ahí que el proceso restaurativo en esta materia debe enfocarse como se señaló: a restaurar y restituirles el estado emocional, para que el día que estos menores hijos tengan que cubrir el rol de adultos lo puedan hacer en las mismas condiciones de igualdad y reconocimiento social que los demás.

3. Base constitucional de los medios alternos

El 18 de junio de 2008, el Congreso de la Unión sentó precedente en el ámbito de impartición de justicia, al generar un cambio radical en el sistema ordinario de resolución de conflictos jurisdiccionales, al adicionar el párrafo tercero, al artículo 17 de la CPEUM,[11] como sigue:

---

te de abril de 2017. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz. Toca: 416/2017. Votación: Unanimidad. Veinte de junio de 2017. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz.

11 Reforma constitucional publicada en el DOF el día 29-07-2010.

> Artículo 17. (*omissis*) Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

En la exposición de motivos, se aprecia que se genera una nueva visión de impartir justicia por los estados federados, a través de mecanismos alternos de solución de conflictos. En opinión de Silvia María Morales Gómez:

> …lo que permite a la persona puedan resolver sus conflictos sin autoridades como un mecanismo complementario al servicio de la justicia ordinaria, así la norma constitucional se inserta en una tendencia mundial de disminuir la participación del Estado en la vida de los particulares y reconocer los recursos de los individuos para solucionar por si mismos sus conflictos.[12]

La sentencia que emerge de un procedimiento como actualmente se conoce, es un acto individual en el que uno sale beneficiado y el otro perjudicado; es decir, un ganador y un perdedor. Es por todos conocido que, este tradicional sistema de impartir justicia, por más de siete décadas, no es actualmente garante de los derechos fundamentales. De ahí que es evidente que los problemas están muy distantes de la norma jurídica y de lo que el Estado de Derecho pretende como objetivo básico: generar certeza, seguridad y paz entre los miembros de una comunidad.

Estos mecanismos alternos permitirán la resolución de los conflictos sociales en forma pacífica y dentro de los cauces legales; esto es, brindar la posibilidad a los sujetos de derecho de acceder a la tutela judicial. Ese mismo objetivo puede ser definido como la posibilidad de acceder con el menor costo posible, menor tiempo, y sobre todo un procedimiento efectivo y no necesariamente judicial.

Es por lo que, al instituir los mecanismos alternos en el ámbito de la justicia se desjudicializa el tradicional sistema de impartir justicia; se reduce la carga de trabajo en los juzgados, el gasto económico de los sujetos de derecho, los tiempos procesales marcados en la ley procesal, la carga emocional de los operadores jurídicos y en especial de los sujetos de derechos.

En el modelo de justicia oral que impera actualmente en materia procesal familiar, en el Estado de México, cobra vigencia el derecho humano de acceso a la justicia en forma pronta y expedita, términos vinculatorios al artículo 1º de la CPEUM,[13] que textualmente precisa en el párrafo tercero:

---

12 Morales Gómez, *op. cit.,* p. 152.

13 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 05/02/1917. Última reforma publicada el 09/08/2019.

> 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, individualidad y progresividad.

Además, se contempla como derecho humano al acceso a la justicia; por tanto, el término *dignidad* es concluyente en el ámbito de impartición de justicia, pues significa impartir justicia pronta y eficaz, a lo que los juzgadores deben ceñirse al resolver los conflictos de los justiciables; no solo con procedimientos y sentencias definitivas, sino acudir a otros medios más directos que generen nuevas expectativas de eficacia y confianza, mediante la aplicación de medios alternos de solución de conflictos que propicien la *celeridad*, *la economía*, *la eficacia y confiabilidad* de la sociedad en sus autoridades.

Asimismo, para contribuir a la celeridad de los medios alternos de solución de controversias, contenidos y vigentes en la CPEUM, se adiciona el párrafo tercero y se recorren en su orden los subsecuentes, el 15 de septiembre de 2017.[14] El párrafo tercero textualmente dice:

> Artículo 17. 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.

El objetivo se traduce en generar y reestablecer la confianza de las autoridades impartidoras de justicia que garantizan el Estado de Derecho, en que los conflictos familiares no solo puedan solucionarse por la vía de un procedimiento formal instaurado en etapa preprocesal, sino que se pueden auxiliar mediante la posibilidad de acudir a los *centros de mediación*, *conciliación y justicia restaurativa en etapa preprocesal o previa al juicio*, con la finalidad de:

- Reducir la carga de trabajo en los juzgados, y generar nuevas expectativas de seguridad y confianza en los justiciables.
- Mejorar las relaciones de la conducta humana.
- Fortalecer a los núcleos familiares y la sociedad civil.
- Proporcionar un liderazgo efectivo en la justicia.
- Restaurar relaciones entre autoridad y justiciables.
- Reparar el daño entre las personas, moral y material.

La reforma al artículo 17 de la CPEUM, al prever la aplicación de medios alternos atiende a la necesidad de los gobernados, que requieren otro medio legal diferente para resolver sus problemas a la brevedad posible y en el que sean

---

[14] Reforma constitucional publicada en el DOF el 15/09/2017.

personalmente escuchados, orientados y tengan la oportunidad de plantear sus necesidades y proporcionen alternativas; para ellos, lo primordial es que se le resuelva su conflicto de raíz, con la finalidad de sanar las relaciones intersociales.

4. Concepto de justicia restaurativa familiar

La implementación de la justicia restaurativa familiar es de suma importancia, porque la familia es el núcleo social básico, en el que recae todo tipo de responsabilidades para que una sociedad se defina y desarrolle; de ahí la importancia de que exista una justicia restaurativa que la proteja, fortalezca y garantice su permanencia e integridad.[15] El artículo 5º, fracción IX, de la Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social para el Estado de México[16] dispone:

> IX. Justicia restaurativa: A los procesos dirigidos a involucrar a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, para identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y reparar los daños de la mejor manera posible.

En términos de la norma legal invocada, la justicia restaurativa parte de la base de la existencia de una ofensa particular, cuya finalidad es identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de esa ofensa, con el propósito de sanar y reparar los daños de la mejor manera posible. Desde luego que, el concepto de justicia restaurativa familiar debe valorarse a la luz de los tratados internacionales, de la CPEUM, las leyes federales y ordinarias; toda vez que, la familia, para el sistema de justicia en México, es la esencia de la sociedad, porque sin esta el Estado no puede existir, ni jurídica ni políticamente. Luego entonces, es una exigencia del Estado de Derecho que los derechos fundamentales del sistema familiar estén plenamente garantizados por el sistema jurídico.

En efecto, el Estado, al tener bajo su tutela la salvaguarda de la familia, tiene la obligación de preservarla por todos los medios sociológicos, políticos, económicos y jurídicos; por eso, la justicia restaurativa tendrá que rescatar y restituir a la familia en el goce de sus privilegios, como derecho humano en lo individual, a efecto de lograr la estabilidad, la permanencia, y sobre todo la paz social de todo integrante de la familia que ha sido víctima de algún conflicto.

Consecuentemente, se puede definir a la *justicia restaurativa familiar* como aquella figura jurídica reconocida por el Estado con fines terapéuticos para garan-

---

15 Morales Gómez, *op. cit.*, p. 154.

16 Ley de mediación y conciliación y promoción de la paz social en el Estado de México, publicada el 20/12/2010, *http://legislacion.edomex.gob.mx/node/931*

tizar el bienestar del sistema familiar que se encuentra en conflicto, en lo moral, social, económico y en lo jurídico, mediante una serie de sesiones a cargo del facilitador y demás especialistas que se requieran, tendentes a buscar y proporcionar bienestar en lo individual y en lo social, para lograr la pacificación de sus intereses y necesidades.

4.1. Características de la justicia restaurativa familiar

La característica que distingue a la justicia restaurativa de la justicia retributiva consiste en que en la segunda se resuelve el conflicto basado en castigo,[17] con una sentencia: uno gana otro pierde; en tanto que, en la primera se privilegia el diálogo y la participación directa de los intervinientes, así como la negociación que busca el equilibrio de las posiciones de las personas en conflicto, cuyos motivos pueden ser económicos, jurídicos o morales.

En la justicia restaurativa familiar se pretende transformar cognitiva y emocionalmente a las personas involucradas en el conflicto, mediante la recontextualización del conflicto, lo que puede funcionar de manera similar a una catarsis representada por un gesto sencillo que va más allá de la expresión corporal: el apretón de manos entre dos personas que no disimulan el conflicto instaurado, pero que sellan el compromiso de encontrar salidas de cara a la restauración.[18] Para ese efecto, la encomienda del facilitador será lograr que los participantes lleguen a un acuerdo mediante el cual queden colmadas las necesidades de las personas en conflicto.

4.2. Ventajas de la justicia restaurativa familiar

La incorporación de la justicia restaurativa al ámbito del Derecho familiar conlleva una serie de ventajas para el núcleo familiar; las principales son las siguientes:

- Se privilegia la protección del sistema familiar;
- Ante la existencia de un conflicto familiar, a través del facilitador se busca el equilibrio equitativo de la desigualdad de las personas en conflicto;
- A través del diálogo, el facilitador puede y debe permitir la participación directa de las personas en conflicto e invitarlos a ser propositivos;

---

17 Pérez Baxin, *op. cit.,* p. 138.

18 Barros Leal, César, *Justicia restaurativa. Amanecer de una era*, México, Porrúa, 2015, p. 23.

- Ante las propuestas de las personas en conflicto, el facilitador puede buscar el equilibrio de las prestaciones para lograr convenios que sean significativos de justicia y paz social;
- Se ve al conflicto desde una perspectiva más amplia y se reconoce que las personas involucradas en el conflicto se dañan entre sí;
- La justicia restaurativa involucra a los protagonistas del conflicto;
- La justicia restaurativa mide en forma diferente al éxito, en relación con cuantos daños fueron reparados o prevenidos;
- Brinda oportunidad a las personas en conflicto para reunirse a compartir sus sentimientos, describir cómo se han visto afectadas y desarrollar un plan para sanar el conflicto y evitar que ocurra nuevamente; su enfoque es reintegrativo;[19]
- Se termina el conflicto mediante un convenio.

En caso de que se logre la solución del conflicto mediante la justicia restaurativa, los miembros de la familia sanarán sus diferencias y restaurarán su relación familiar como si no hubiese existido con anterioridad algún conflicto y fortalecerán su integración al grupo familiar. Para lo cual, se sugiere que los convenios logrados tengan un seguimiento, en cuanto su cumplimiento, ante la Dirección de Mediación, Conciliación y Justicia Restaurativa del Poder Judicial del Estado de México.

5. Principios básicos de la justicia restaurativa familiar

De acuerdo con Van Ness, citado por Fernando Díaz, en su obra intitulada *Conflicto, mediación y conciliación desde una mirada restaurativa y psicojurídica*,[20] los principios fundamentales que sientan las bases de la justicia restaurativa son:

- La justicia debe trabajar para ayudar a volver a su estado original a aquellos que se han visto perjudicados.

Este principio está encaminado a desarrollar una intensa actividad para el facilitador familiar, con acopio de las herramientas y experiencia que le ha propor-

---

19 Márquez Cárdenas, Álvaro E., "La justicia restaurativa vs. la justicia retributiva en el sistema del contexto procesal de tendencia acusatoria", *Prolegómenos*, vol. 10, núm. 20, 2007, Bogotá, Colombia, pp. 204-205.

20 Díaz Colorado Fernando, *Conflicto, Mediación y Conciliación desde una mirada restaurativa y psicojurídica*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez y Pontifica Universidad Javeriana, 2013, pp. 130-131.

cionado el desarrollo de su función, para resolver la controversia y retornar a su estado original a las personas en conflicto, como si nada hubiere sucedido entre ellos. Es tan trascendente esta actividad que, los actores principales del conflicto del sistema familiar deben estar convencidos de que se le ha restaurado a cada uno de ellos porque han satisfecho sus necesidades e intereses, y que se le ha reparado el daño, en la medida en que entiendan y comprendan que lo convenido es lo justo. Por tanto, moral y materialmente deberán estar convencidos de la intervención y resultado del facilitador familiar.

De acuerdo con este principio, el facilitador familiar debe tratar el conflicto con sutileza, sensibilidad, transparencia y, sobre todo, con eficacia, y crear un ambiente ideal en el que los integrantes se concienticen de sus beneficios para que cada acuerdo sea equitativo y justo, en la medida del planteamiento de cada una de las personas en conflicto. En conclusión, la restauración familiar debe ser la medida de lo que buscaban los intervinientes del sistema familiar, para restablecerlos en el goce de sus derechos humanos que prevalecían hasta antes de que emergiera el conflicto entre ellos.

Este principio se refleja en el criterio jurisprudencial establecido la Sala Familiar Regional de Toluca:

> Rubro: proceso de justicia restaurativa familiar. Inducción y sensibilización por el facilitador. Etapas previas al.
>
> Texto: Si la finalidad del procedimiento de justicia restaurativa familiar es mejorar la comunicación entre los progenitores y sus menores hijos, para que éstos superen las dificultades emocionales que les genera la separación de sus padres, para ello es necesario que previamente el facilitador en la primera sesión lleve a cabo la fase de inducción, entendida ésta como el procedimiento basado en el conocimiento, el cual consiste en analizar a través de la observación situaciones particulares a fin de originar una conclusión, y el de sensibilización, cuyo enfoque es hacia la humanidad, la ternura o la empatía, por consiguiente, es el facilitador quien debe crear el ambiente ideal y así poder dar la oportunidad a los integrantes del grupo familiar que lo cumplan, se concienticen de sus beneficios y puedan sanarse, lo que repercutirá socialmente y en especial a los menores quienes han acudido al proceso judicial familiar porque adquieren elementos para continuar con el desarrollo de sus actividades cotidianas para tener una mejor calidad de vida y al mismo tiempo fomentar la cultura de la paz, del perdón y restablecimiento de las relaciones interpersonales y sociales.[21]

---

[21] Instancia: Primera Sala Familiar de Toluca. Instancia: Primera Sala Familiar de Toluca, Toca: 539/2017. Votación: Unanimidad. 14 de agosto de 2017. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz. Toca 175/2017. Votación: Unanimidad. 15 de agosto de 2017. Ponente: Patricia Lucía Martínez Esparza. Toca: 247/2017. Votación: Unanimidad. 22 de agosto de 2017. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz. Toca: 600/2017. Votación: Unanimidad. 29 de agosto de 2017. Ponente: Everardo Guitrón Guevara. Toca: 500/2017. Votación: Unanimidad. 29 de agosto de 2017. Ponente: Everardo Guitrón Guevara.

Es evidente la gran diferencia que marca la restauración con el proceso jurisdiccional, en la medida en que los interesados se involucran en la búsqueda de la solución de sus problemas y lo que en ocasiones se puede coadyuvar con un grupo multidisciplinario (abogado, trabajador social, psicólogo, entre otros).

– La posibilidad de que los directamente perjudicados puedan participar voluntariamente en el conflicto

En los interesados debe prevalecer la restauración familiar y deben buscar la solución más benigna, congruente y efectiva a la medida de sus diferencias; para ello, requerirán de un facilitador familiar y de un protocolo de actuación, para el desarrollo de un proceso restaurativo como acto pre procesal, con la finalidad de concluir el conflicto del sistema familiar a través de un convenio que se eleve a categoría de cosa juzgada, se repare el daño y queden colmadas las necesidades e intereses de los intervinientes en los aspectos emocional y jurídico.

Lo anterior, permitirá concebir políticamente que el Estado, como garante de la seguridad jurídica y de los derechos humanos, esté dotado de un nuevo sistema de justicia alternativa que, ante los tribunales, puede ser más eficaz que la justicia ordinaria.

– El papel del Estado consiste en preservar el orden público y la comunidad debe ayudar a construir y mantener la paz.

Otros principios citados por César Barros Leal,[22] se describen a continuación:

– Asunción de responsabilidad; el cual consiste en que las personas involucradas en el conflicto deben entender mejor las causas, los efectos de su conducta y asumir una genuina responsabilidad, premisa básica para solventar el conflicto y reconstruir los lazos rotos.

– Buena fe; es vital que las personas en el conflicto actúen con honestidad de intenciones, sean movidos por la sinceridad y no utilicen estrategias que impidan el avance en la solución del conflicto. Para Pedrotti: "actuar con buena fe es actuar con rectitud, sin ofensa a la ley, sin dolo; es ser honesto".[23]

– Celeridad/duración razonable; consiste en que los trámites restaurativos son rápidos y eficaces porque el procedimiento es sencillo y oral y su duración

---

22 Barros Leal, *op. cit.,* pp. 51-65.

23 Pedrotti, Irineu Antonio, Pedrotti, William Antonio y Carletti, Amilcare, *Máximas latinas no Direito Comentadas*, Campinas, SP, Servanda Editorial, 2010, p. 155. Citado por Barros Leal, *op. cit.,* p. 52.

depende de las características de cada caso, su naturaleza y complejidad es dictada por las partes; todo ello, en atención al artículo 25 de la CADH.[24]

– Complementariedad; respecto a que la justicia restaurativa no pretende sustituir a la justicia común, en virtud que las dos justicias se complementan, siempre que resulten posibles prácticas restaurativas que presenten ventajas para los implicados en el conflicto. Por lo tanto, se puede hacer referencia a una doble complementariedad entre el sistema de justicia oficial y los mecanismos de justicia restaurativa. Ambos deben coexistir como instrumentos de profilaxis y gestión de conflictos, en el caso concreto; a su vez, nada impide que se muevan al mismo tiempo y en satisfacción de los intereses públicos y privados que resulten de un mismo conflicto.[25]

– Confidencialidad; exige que se firme un pacto de confidencialidad para asegurar el sigilo (*pacta sum servanda*). Eso permite un diálogo más fluido, natural, sincero, favorecido por la oralidad del proceso restaurativo, en un caso de desistimiento, no se transmite nada a la justicia común, no puede ser usada la participación de las personas del conflicto, como prueba en un procedimiento judicial futuro. El principio de confidencialidad busca la protección de la intimidad y de la vida privada de las partes en conflicto.

– Consensualidad; consiste en que las personas vinculadas en el conflicto consientan realizar un acuerdo restaurativo con respeto a sus reglas y voluntad de cumplir el acuerdo celebrado. De acuerdo con Damásio Evangelista de Jesús, las prácticas restaurativas presuponen un acuerdo libre y plenamente consistente entre las partes involucradas, puesto que, sin ese conceso, no habrá otra alternativa que no sea el procedimiento tradicional.[26]

– Cooperación; es indispensable para la calidad del abordaje restaurativo, a los implicados les corresponde colaborar en la medida de sus posibilidades, conscientes de las ventajas de arribar a un acuerdo provechoso *erga omnes*. En realidad, estamos frente a un proceso de pura cooperación, porque precisamente en él se observa una convergencia de intereses que permite

---

24 Art. 25.1. 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.

25 Amado Ferreira, Francisco, *Justiça restaurativa: naturaleza, finalidades e instrumentos*, Coimbra, Editorial Coimbra, 2005, pp. 39-40, citado por Barros Leal, *op. cit.,* p. 54.

26 Jesús, Damásio de, "Justiça restaurativa no Brasil", en *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciaría*, vol. 1, núm 21, CNPCP, Brasília, 2008, p. 18, citado por Barros Leal, *op. cit.,* p. 56.

alcanzar un resultado favorable a todos los que participan en el encuentro de restauración.

- Dignidad humana o humanidad; en el ámbito de la justicia restaurativa, se debe respetar y preservar la dignidad humana, una cualidad inseparable de la persona, de cada uno de los involucrados en sus procedimientos. Es un principio absoluto, central e inviolable, del que dimanan otros principios como la imagen, el derecho a la privacidad y la intimidad, el honor, la integridad moral y la libertad. Desde estas perspectivas, los facilitadores familiares deben tratar a las personas en el conflicto con decoro absoluto y estas deben actuar de igual modo, esforzándose para enfrentar el conflicto de la mejor manera posible.
- Disciplina; el respeto a la disciplina es importante para todos los que se involucran en el proceso de construcción de un acuerdo y su continuidad. No solamente hablamos de las personas involucradas en el conflicto, sino también de los representantes de la sociedad civil, y sobre todo de quien ejerza la función de facilitador familiar.
- Ahorro de costos; la reducción de costos es intrínseco a prácticas que dispensan el formalismo. Significativo también es el ahorro que resulta de un modelo restaurativo que implica necesariamente la disminución de los costos en la solución del conflicto.
- Equidad; que consiste en tratar a cada una de las personas en conflicto con imparcialidad, de modo que reciba lo que le corresponda por sus méritos y condiciones, lo que es justo y adecuado en cada caso o circunstancia, sin beneficiar a uno en perjuicio de otro. Lo importante es evitar la toma de decisiones que rompan el equilibrio que debe ser preservado en el proceso.
- Informalidad; la falta de formalismo de la justicia restaurativa es un elemento valioso al servicio de la eficiencia y eficacia. No puede ser identificada como falta de moderación o cuidado de garantías y compromisos, es parte de la seriedad y la búsqueda responsable de justicia.
- Mutuo respeto; en el proceso restaurativo se exige la reciprocidad y respeto entre las personas involucradas en el conflicto, para garantizar la confianza y la toma posterior de decisiones consensuadas. A los facilitadores familiares les corresponderá desempeñar sus funciones con imparcialidad y con el debido respeto de la dignidad de las partes, y por ello velarán que actúen con mutuo respeto y hacer lo posible para que encuentren una solución pertinente entre sí.
- Voluntariedad; las personas involucradas en el conflicto deben mostrar su voluntad de participar en el proceso restaurativo, sin imposiciones, conscientes de sus derechos y deberes, de las particularidades de los procedi-

mientos adoptados y de las consecuencias de una posible avenencia mutuamente aceptable.

Nos advierte César Barros Leal que estos principios no constituyen un *numerus clausus*, pues otros pueden ser citados; algunos de ellos coincidentes con la mediación: bilateralidad, credibilidad, diligencia, gratuidad, flexibilidad, honestidad o probidad, igualdad entre las partes, imparcialidad o neutralidad, interdisciplinariedad, oralidad, proporcionalidad, protagonismo, racionabilidad y seguridad de los involucrados. Además de la garantía irrestricta de los derechos humanos y del derecho a la dignidad de las personas involucradas en el conflicto "y promoción de relaciones ecuánimes y no jerárquicas".[27]

La restauración familiar como política pública puede lograr la paz que busca la sociedad; toda vez que, el Estado es el responsable, como entidad política, de conservar, preservar e imponer el orden público, inclusive con el uso de la fuerza pública, de ser necesario, para garantizar la paz. En consonancia con lo anterior, resulta pertinente acopiar lo estatuido en la jurisprudencia emitida por la Sala Familiar Regional de Toluca, que a la letra reza:

> Rubro: justicia restaurativa familiar. Medidas de apremio, su uso para el eficaz cumplimiento de la sentencia.
>
> Texto: De conformidad con el artículo 2.158 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, corresponde al Juez primoinstancial la ejecución eficaz de las sentencias, toda vez que es un tema de orden público; con base en ello, cuando en el procedimiento de justicia restaurativa familiar ante los Centros de Mediación, Conciliación y Justicia Restaurativa en la Entidad, el Juez de origen gira el oficio correspondiente, a fin de que se asigne un facilitador con las habilidades requeridas para coadyuvar en los diversos casos con problemática familiar, aquel puede hacer uso de los medios de apremio que prevé el artículo 1.124 del código citado, dada su naturaleza de determinación judicial, pues en la etapa de ejecución el Juez debe ser enérgico, si es necesario, frente a una eventual contradicción por o con terceros, adoptando de oficio las medidas que se requieran para promover el curso normal de la ejecución, porque en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan, no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones, sin alcance práctico ni efectividad alguna.[28]

---

27 Barros Leal, *op. cit.*, p. 65.

28 Instancia: Primera Sala Familiar de Toluca. Instancia: Primera Sala Colegiada Familiar de Toluca. Toca: 762/2017. Votación: Unanimidad. 10 de noviembre de 2017. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz. Toca: 868/2017. Votación: Unanimidad. 29 de noviembre de 2017. Ponente: Ana Rosa Miranda Nava. Toca: 816/2017. Votación: Unanimidad. 22 de noviembre de 2017. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz. Toca: 895/2017. Votación: Unanimidad. 7 de diciembre de 2017. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz. Toca: 20/2018. Votación: Unanimidad. 29 de enero de 2018. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz.

Se debe rediseñar una ingeniería del conflicto para observar de cerca la construcción de los acuerdos y soluciones de una forma pacífica, en la que no se hagan uso de los medios de apremio por incumplimiento de ejecuciones excesivas en acatamiento de las sentencias, y así propiciar un nuevo diseño de justicia alternativa, cuyos resultados son realmente garantes de una paz social ante la culminación del conflicto.

6. Antecedentes de los Centros de Mediación, Conciliación y Justicia restaurativa del Estado de México

En el Estado de México se incorpora a la legislación estatal la mediación y conciliación como medios alternos de justicia, mediante el Decreto 114 de 10 de diciembre de 2002, por iniciativa del Poder Judicial de la entidad. En el año 2003 se aprueba el Reglamento del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México.[29] En fecha 18 de octubre de 2010 se dicta el Decreto 251 por el que se expide la Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social para el Estado de México,[30] y su Reglamento[31] (que tiene como misión regular la operatividad interna de los citados centros); instrumentos vigentes en el Estado de México en lo material.

El 11 de julio de 2014 se lleva a cabo una reestructuración operativa a los Centros de Mediación, Conciliación y Justicia de Paz por los Centros de Mediación, Conciliación y Justicia Restaurativa. Previa a esta restauración, el 6 de junio de 2014 el Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de México aprueba el Manual General de Organización y Justicia Restaurativa, generado como un instrumento al proceso de modernización organizacional, que serviría para establecer la estructura orgánica, atribuciones, objetivos y funciones que integran cada una de las unidades administrativas, establece los niveles jerárquicos y delimita las funciones de dirección. Lo anterior, en apoyo a los artículos 106 y 109, párrafo segundo, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de

---

29 Reglamento del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México; aprobación: 05/03/2003; publicación: 19/03/2003; vigencia: 20/03/2003, *https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/rgl/vig/rglvig086.pdf*

30 Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social para el Estado de México; aprobación: 14/12/2010; promulgación: 22/12/2010; publicación: 22/12/2010, *https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/ley/vig/leyvig173.pdf*

31 Acuerdo del Consejo de la Judicatura del Estado de México, de fecha 07/12/2011, por el que se emite el Reglamento de la Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social para el Estado de México.

México;[32] los artículos 52, 63, fracciones XVI, XXIII y XXXVI, 178, 180, y 181 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México;[33] y los artículos 1,5 y 6 del Reglamento de la Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social para el Estado de México.

En la modalidad de Centros de Mediación, Conciliación y Justicia Restaurativa del Estado de México, con motivo de su reestructuración administrativa en comento, se crean las siguientes áreas administrativas: Dirección General, Subdirección Zona Centro, Subdirección Zona Poniente, Subdirección Zona Oriente y Subdirección de Certificación, Capacitación y Extensión.

La mediación y la conciliación son formas alternativas de solución de controversias que no solo tienden a resolverlas, sino que atacan el fondo de los conflictos, al permitir que, una vez resueltas las diferencias, las personas convivan pacíficamente y con la espontánea voluntad de no generar nuevos problemas, pues asumen el pleno convencimiento de evitar mayores disputas, al adquirir conciencia de las consecuencias negativas de entrar en conflicto nuevamente.

Estos medios se convierten en mucho más que una técnica de resolución de disputas, pues permite un desarrollo interior que revaloriza y produce en el ser humano el interés por sí mismo y por los demás, de forma que lo concientice de que no puede vivir más que de forma pacífica en sociedad; por lo que, se ha considerado que son medios eficaces de cultura de la paz, que se caracterizan por el reconocimiento de los errores cometidos y la consideración de aquellas personas a quienes se les ha afectado, lograda a través de un procedimiento de diálogo y tolerancia promovido por mediadores y conciliadores profesionalmente capacitados para ello.

La mayoría de los Estados modernos han entrado en un movimiento irreversible que tiende a proveer nuevos sistemas o mecanismos de resolución de conflictos, establecer fórmulas que restablezcan una convivencia pacífica, de manera que se pueda crear una cultura de la paz.

La experiencia derivada de la aplicación de estos medios alternos de justicia hace evidente que su operación debe quedar a cargo de profesionales debidamente capacitados para lograr el restablecimiento de la comunicación entre las personas en conflicto; además, la práctica de estos procesos mediatorios podrá llevarse a cabo antes, durante o después de los procedimientos judiciales regulados por la

---

32 Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, publicada en la Gaceta de Gobierno del Estado de México del 17/11/1917.

33 Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México; promulgación: 08/09/1995; publicación: 08/09/1995, vigencia: 09/09/1995, *http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/ley/vig/leyvig020.pdf*

ley, como instrumentos de pacificación social y familiar más afectivos que los desgastantes y no pocas veces violentos procesos judiciales, por lo que se requiere establecer la posibilidad de que los jueces suspendan sus procedimientos para remitir a las personas a un órgano encargado de mediar entre los contendientes o, en su caso, determinar la eficacia de los convenios que pudieran llegar a celebrarse.

Lo anterior exige una reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial,[34] a efecto de que este ordenamiento previo a la creación del citado cuerpo administrativo determine sus funciones, así como los requisitos que debe satisfacer el personal que lo integre, con el objeto de garantizar la legalidad de sus funciones.

Se requiere que la iniciativa contemple que el facilitador familiar tenga el carácter de auxiliar del Poder Judicial, pues su actuación coadyuva con jueces y magistrados en la ardua labor de impartir justicia; pues, en caso de solicitar su intervención, los juzgadores podrán suspender la tramitación de un proceso civil o penal y remitir a los interesados al Centro de Mediación y Conciliación para la eventual finalización de la controversia en forma extrajudicial con el consiguiente descargo de asuntos en los juzgados.

Se pretende que el Consejo de la Judicatura, en su carácter de órgano de administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial, esté facultado para velar por correcto funcionamiento de este centro.

En el Plan de Desarrollo 2015-2020 del Poder Judicial del Estado de México,[35] se impulsa a la justicia alternativa a través de la mediación, conciliación y justicia restaurativa como el medio idóneo que contribuirá a remediar la deuda pendiente con los gobernados en materia de justicia.[36]

En consecuencia, para fortalecer la justicia alternativa se propone la creación de la Unidad Especializada de Justicia Restaurativa en materia Familiar, la cual dependerá de la Dirección General del Centro Estatal de Mediación Conciliación y Justicia Restaurativa del Poder Judicial del Estado de México, la cual tendrá su reglamentación específica en cuanto al conocimiento, resolución de conflictos y seguimiento de los acuerdos de los interesados.

---

34 Reforma publicada en la Gaceta del Gobierno del Estado el 10/12/2002, mediante Decreto número 114 en su artículo primero.

35 PJEDOMEX, Plan de Desarrollo 2015-2020 del Poder Judicial del Estado de México, *http://www.pjedomex.gob.mx/calidad/documentos/adjuntados/plan%20de%20desarrollo%202015-2020.pdf*

36 PJEDOMEX, Mediación, futuro de la justicia en el edomex, *http://web2.pjedomex.gob.mx/index.php/noticias-pj/543-mediacion-futuro-de-la-justicia-en-el-edomex*.

7. El perfil del facilitador familiar

La Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social del Estado de México, conceptualiza la figura del *facilitador,* en el artículo 5º, fracción XI, como el profesional experto en justicia restaurativa; nominación que se considera asertiva, con la variante que el profesional que realizará el proceso restaurativo para el nuevo modelo de impartición de justicia se le denominará *facilitador familiar*.

En ese rubro, el facilitador familiar tendrá que ser necesariamente un profesional certificado en materia familiar, que colabora en el restablecimiento de las relaciones humanas, materiales, morales, jurídicas y emocionales de las personas en conflicto y repara el daño ocasionado, mediante el logro de acuerdos con la finalidad de dirimir el conflicto de forma pacífica.

Ahora bien, la actividad desplegada en el transcurso tendente a la pacificación del planteamiento se efectuará por medio de sesiones, reuniones, entrevistas, círculos de paz, entre otros, entre los interesados, previo al planteamiento de cualquier acción de contenido familiar, ante los órganos jurisdiccionales; es decir, será una obligación para los particulares asistir a los centros de mediación, conciliación y justicia restaurativa, y una vez concluidas las técnicas que el caso amerite, se expedirá constancia por el Director General de esta área, con la cual podrán acudir a los órganos impartidores de justicia de la materia de la entidad, a dirimir su controversia, sin que esto sea óbice para solicitar, en cualquier etapa del procedimiento familiar, la suspensión del procedimiento para remitirlos a los centros de Mediación, Conciliación y Justicia Restaurativa del Estado de México.

En ese contexto, es fundamental que, para conocer en *fase restaurativa preprocesal*, será obligatorio que el facilitador deba ser un profesionista con especialidad en materia familiar; para ello, el Tribunal Superior de Justicia debe capacitar a los facilitadores en esta materia, quienes deben reunir como mínimo las siguientes cualidades personales:

- Líder: para ayudar a elegir propuestas más favorables para las personas en el conflicto. Esta competencia le permite concebir cualquier conflicto, con sencillez, voluntad para escuchar, paciencia, observación y disponibilidad de aprender de los demás.
- Empatía: para proyectar la situación a las personas en conflicto mediante la identificación, porque debe buscar la armonía entre las personas del conflicto.
- Integridad: debe ser un ser humano pleno, sincero, coherente.
- Auditivo: como facilitador familiar debe ser un auténtico escucha y receptor del lenguaje de los interesados.

– Imparcial: debe proceder con objetividad en sus decisiones, lo que implica que debe ser congruente con las características a emplear en cada proceso, no tomar partido, ni en favor ni en contra de ninguna de las partes.[37]

– Profesionista: ser Licenciado en Derecho, Psicología, Trabajo Social, Sociología, Comunicación o afines, con perfil humanista y especialización en materia de familia.[38]

El objetivo del perfil del facilitador familiar surge como un estado de necesidad que debe reunir las aptitudes humanísticas y profesionales que le permitan comprender la dialéctica del conflicto, solventar las necesidades del sistema familiar y profundizar en los aspectos anímicos y de sensibilidad de las personas en conflicto; así como coadyuvar a disminuir con eficacia la carga de trabajo a los órganos jurisdiccionales.

8. Necesidad de la justicia restaurativa familiar

Es urgente atender los conflictos que se suscitan en los sistemas familiares, y la justicia restaurativa es una herramienta jurídica al alcance de los justiciables para que, a través del diálogo y la aplicación de la diversidad de técnicas por parte del facilitador familiar, se reconstruya el tejido social de los conflictos planteados ante la autoridad administrativa y que en esencia se resuelva el fondo del conflicto, mediante la participación directa de los intervinientes y el grupo multidisciplinario que llevó a cabo el proceso restaurativo, y con motivo del convenio que se llegue a celebrar se previenen y evitan nuevos conflictos; argumento que se reafirma con la siguiente jurisprudencia**:**

> Rubro: proceso restaurativo familiar, carácter pedagógico del.
>
> Texto: El proceso restaurativo familiar, conlleva por antonomasia un carácter eminentemente pedagógico, puesto que a través de éste, las partes sometidas adquieren elementos suficientes, entre éstos, el aprendizaje de instrumentos de diálogo, provistos por los propios facilitadores y mediadores, los que evidentemente resultan aplicables a futuros conflictos que les permitirán afrontar y en el mejor de los casos, resolver problemas de cualquier naturaleza, para continuar con una mejor y decorosa calidad de vida al interior de la propia familia y de frente a la sociedad.[39]

---

37 Cornelio Landero, Egla, "Mecanismos alternativos de solución de controversias en México", en Islas Colín, Alfredo y Cornelio Landero, Egla (coords.), *Mediación y Derechos humanos*, México: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco-Porrúa, 2014, p. 45.

38 Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 2ª edición, España, Santillana, 2017, p. 1253.

39 Instancia: Primera Sala Colegiada Familiar de Toluca. Toca: 539/2017. Votación: Unanimidad. 14 de agosto de 2017. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz. Toca: 175/2017. Votación: Una-

Otra de las notas distintivas de la necesidad de la justicia restaurativa es superar los formalismos de los procedimientos jurisdiccionales y que impere la voluntad de las personas en conflicto de su solución.

Con la justicia restaurativa se alcanza la solución del conflicto con un convenio de cuatro sesiones, con resultados satisfactorios para las personas del conflicto y se evitarían secuelas para juicios diversos; porque la finalidad es coadyuvar en los contrapesos del sistema familiar y buscar siempre un equilibrio ético, equitativo y justo.

La justicia restaurativa contribuye a la economía procesal, porque la solución del conflicto es de acuerdo a los tiempos que requieran las personas involucradas en este, los cuales serán más breves que el exigido en un procedimiento judicial.

9. La restauración como etapa preprocesal

Para abordar la propuesta objeto del estudio, se toma en consideración la Teoría Tridimensional del jurista Miguel Reale, en su obra intitulada *Teoría Tridimensional del Derecho. Una visión integral del derecho*. El autor, alude a la norma jurídica, y señala que: "es la indicación del camino, pero para recorrer un camino, debo partir de un determinado punto y ser determinado valor…el derecho al mismo tiempo es norma, hecho y valor".[40]

En el desarrollo de la función jurisdiccional en la solución de los conflictos en materia familiar, se hace acopio del estudio de la norma jurídica, de los hechos y el aspecto valorativo, en atención a que la institución del Derecho de familia, al ser de orden público e interés social, impone la obligación al juzgador de realizar el estudio y el conocimiento de la norma al caso concreto, así como también un estudio exhaustivo de los hechos que constituyen la controversia y, sin duda, los aspectos valorativos de las personas en conflicto; en particular, cuando se trata de asuntos derivados del ejercicio de la patria potestad, que requieren conocimientos específicos de conducta, a través de la especialidad en psicología, psiquiatría, trabajador social, entre otros, se tiene que acudir al procedimiento adecuado para resolver la controversia.

---

nimidad. 15 de agosto de 2017. Ponente: Patricia Lucía Martínez Esparza. Toca: 247/2017. Votación: Unanimidad. 22 de agosto de 2017. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz. Toca: 600/2017. Votación: Unanimidad. Ponente: Everardo Guitrón Guevara. Toca: 500/2017. Votación: Unanimidad. 29 de agosto de 2017. Ponente: Everardo Guitrón Guevara.

40 Reale Miguel, *op. cit.,* p. 120.

En atención a lo expuesto, es pertinente señalar el texto emitido por el Tribunal de Apelación de la Primera Salar Familiar Regional de Toluca:

> Rubro: proceso judicial familiar integral, estudios del. Vertientes: jurídica, psicoemocional y humana social.
>
> Texto: Al abordar la institución "De familia" entre otras cosas el artículo 4.1 del Código Civil del Estado de México estatuye que las disposiciones que la regulan son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, y el numeral 5.1 del Código de Procedimientos Civiles, en lo conducente, establece que en las controversias de derecho familiar, el juzgador está facultado para actuar de oficio, especialmente tratándose de niñas, niños, adolescentes y personas con discapacidad; decretando las medidas cautelares tendientes a preservar la familia y proteger a sus miembros. Así, una medida de protección, es la implementación de justicia restaurativa familiar, siendo éste un sistema vanguardista de respuesta del Estado frente a los justiciables; toda vez que el proceso judicial familiar no debe analizarse de forma aislada, sino que debe examinarse a la luz de las tres vertientes: 1. Jurídica, a través del ejercicio de los órganos jurisdiccionales, mediante las atribuciones que la ley les otorga, 2. Psicológica-emocional, que atenderá al estado anímico del grupo familiar en todo lo relacionado a sus emociones y en el aspecto psicológico de acuerdo a las características de la personalidad, autoestima, autoconcepto y cognición y 3. Humano-social, fortaleciendo las relaciones interpersonales que han sido afectadas, mediante la consideración, solidaridad y respeto recíproco entre los integrantes del grupo familiar. Todo lo anterior, considerando como plataforma y firme sustento, el respeto a la dignidad humana, el derecho a la libertad entendida de forma amplia y enarbolando en todo momento la equidad de género, en beneficio no sólo de las partes contendientes en un litigio, sino de manera inmediata, en repercusiones positivas para la sociedad. [41]

En consecuencia, como se ha manifestado, se propone reformar el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México[42] para que, previo a la presentación de la demanda, se establezca como requisito necesario que se agote la etapa restaurativa, como etapa preliminar a la instauración de cualquier procedimiento, como requisito formal y obligatorio para las personas en conflicto; esto, a efecto de formalizar, con más exigencia la aplicación de la restauración como medio alterno de los asuntos familiares turnados a la justicia restaurativa, acorde a la argumentación de la teoría tridimensional y criterios precisados por el Tribunal de Apelación.

---

41 Instancia: Primera Sala Familiar de Toluca Instancia: Primera Sala Colegiada Familiar de Toluca. Toca: 539/2017. Votación: Unanimidad. 14 de agosto de 2017. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz. Toca 175/2017. Votación: Unanimidad. 15 de agosto de 2017. Ponente: Patricia Lucía Martínez Esparza. Toca: 247/2017. Votación: Unanimidad. 22 de agosto de 2017. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz. Toca: 600/2017.Votación: Unanimidad. 29 de agosto de 2017. Ponente: Everardo Guitón Guevara. Toca: 500/2017. Votación: Unanimidad. 29 de agosto de 2017. Ponente: Everardo Guitón Guevara.

42 Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, del 01/07/2002, última reforma 07/06/2018, *http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig003.pdf*

La finalidad de esta etapa preprocesal, es con el propósito de coadyuvar con los interesados en forma directa con la autoridad, sin la asistencia de abogados para agilizar la solución del conflicto en todos sus aspectos, en lo económico, en lo moral y en la temporalidad.

La propuesta es acorde a otros sistemas jurídicos contemporáneos, como el de Colombia, país latinoamericano que ha destacado en su sistema jurídico la necesidad de imponer como etapa preprocesal la obligación de los justiciables de acudir al desahogo de una justicia alterna para evitar el juicio ante los órganos jurisdiccionales. El tratadista colombiano Fernando Díaz Colorado en su obra *Conflicto, Mediación y Conciliación desde una mirada restaurativa y psicojurídica*, señala que: "De acuerdo con el artículo 522 del Código de Procedimientos Penales la conciliación preprocesal es un requisito de "procedibilidad, para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables".[43]

En efecto, en el sistema de justicia mexicano ha sido de gran resonancia jurídica la justicia alternativa; así, el artículo 4º de la CPEUM indica que es su obligación salvaguardar la integración de la familia, en la educación, en la salud y en la preservación de la unidad, implementándose para lograr estos fines la justicia alternativa contemplada en los artículos 17, 18 y 73 de la CPEUM. Por tanto, es necesario generar en los ciudadanos la transcendencia de mantener la unidad familiar, para acudir a una justicia restaurativa, previo al procedimiento.

Como acontece en Colombia, se propone que se imponga como una carga procesal a las personas en conflicto, que acudan sin asesor ante la justicia alternativa para restaurar su conflicto, en ese sentido se plantea la siguiente propuesta de reforma:

Libro Quinto de las controversias sobre el estado civil de las personas y el derecho familiar

CAPÍTULO IV
DE LA DEMANDA
De la demanda, reconvención y su contestación

Artículo 5.40

Para efecto de generar la obligación de las personas en conflicto que tengan que acudir a la justicia restaurativa debe de adicionarse como quinto parágrafo al citado artículo, lo siguiente:

Es obligación de las personas en conflicto exhibir constancia expedida por la Dirección de Mediación, Conciliación y Justicia Restaurativa del Poder Judicial del Estado de México con la que acrediten haber llevado a cabo el proceso de justicia restaurativa.

---

43 Díaz Colorado Fernando, *op. cit.*, pp. 181

Se propone la reforma al artículo 5.40 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, respecto del Libro Quinto de las controversias sobre el estado civil de las personas y del derecho familiar, Capítulo IV, De la demanda, reconvención y contestación, con el propósito de que el facilitador familiar oriente y conduzca el procedimiento restaurativo de los interesados y los especialistas correspondientes.

También, se propone la Reforma a la Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social, en sus artículos 5 y 9, respecto del primero se adicionen las fracciones XIV y *XV, Procedimiento restaurativo preprocesal.* Requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción jurisdiccional en materia familiar realizado por el facilitador familiar y grupo multidisciplinario correspondiente y *Facilitador familiar*. Al profesional experto en justicia restaurativa en materia familiar; y del segundo, se adicione la fracción XVI, Expedir constancia con la que acrediten las personas en conflicto haber acudido al Centro Estatal de Mediación, Conciliación y Justicia Restaurativa del Poder Judicial del Estado de México, y llevaron a cabo el proceso restaurativo familiar

7. Conclusiones

Primera. En materia familiar el propósito de la justicia alternativa es generar certeza jurídica, cumplir con el principio de economía procesal y mejorar la transparencia de impartición de justicia, disminuir los costos económicos de los usuarios y del Estado.

Segunda. El empleo de los mecanismos alternativos de solución de controversias es una opción para fortalecer el sistema de impartición de justicia en nuestro país, con la finalidad de racionalizar uso de recursos y al mismo tiempo brindar al individuo y a la sociedad opciones para el manejo de sus conflictos.

Tercera. La justicia alternativa es la respuesta viable que pondrá fin a los procedimientos escritos que a la fecha están en vigor, tanto en la materia penal, familiar, civil y mercantil, acorde a los tiempos actuales.

Cuarta. En los medios alternos es innecesaria la presencia del abogado o cualquier otro asesor de las personas en conflicto.

Quinta. Se sugiere que, a través de la justicia restaurativa en materia familiar como medio alterno, procesalmente sea obligatoria como etapa preprocesal; y para ese efecto se propone la creación de la Unidad Especializada de Justicia Restaurativa Familiar.

Sexta. La finalidad de la justicia restaurativa como medio alterno es la intervención directa de las personas en conflicto, como promotoras y autores de la

solución del dilema e integradores del convenio que, de lograse, se elevará a categoría de cosa juzgada, para alcanzar una justicia de paz.

Séptima. Es conveniente que la restauración como medio alterno se imponga como una carga procesal obligada a las personas en conflicto, para que deje de ser un medio *observativo* y pase a ser a un medio coercitivo que produzca los fines para los cuales fueron legislados.

Octava. De lograrse mediante convenio los acuerdos de paz a través del proceso restaurativo como justicia alterna los Centros de Mediación, Conciliación y Justicia Restaurativa, tendrán que realizar un seguimiento por el transcurso de un año con los informes mensuales de los interesados, respecto de los resultados que se obtengan de los acuerdos celebrados a cosa juzgada, con la finalidad de cumplir con lo estatuido en los artículos 17 y 18 de la CPEUM.

Novena. El facilitador familiar que debe llevar el proceso restaurativo debe estar certificado por la Escuela Judicial del Poder Judicial de Estado de México en medios alternos de resolución de controversias y con especialidad en materia familiar.

8. Bibliohemerografía

Bibliografía

Amado Ferreira, Francisco, *Justiça restaurativa: naturaleza, finalidades e instrumentos*, Coimbra, Editorial Coimbra, 2005.

Barros Leal, César, *Justicia restaurativa. Amanecer de una era*, México, Porrúa, 2015.

Cornelio Landero, Egla, "Mecanismos alternativos de solución de controversias en México", en Islas Colín, Alfredo y Cornelio Landero, Egla (coords.), *Mediación y Derechos humanos*, México: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco-Porrúa, 2014.

Díaz Colorado Fernando, *Conflicto, Mediación y Conciliación desde una mirada restaurativa y psicojurídica*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez y Pontifica Universidad Javeriana, 2013.

Morales Gómez, Silvia María, "La justicia restauradora. Una respuesta a la violencia en la familia", en Islas Colín, Alfredo y Cornelio Landero, Egla (coords.), *Mediación y Derechos humanos*, México, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco-Porrúa, 2014.

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 2ª edición, España, Santillana, 2017.

Pedrotti, Irineu Antonio, Pedrotti, William Antonio y Carletti, Amilcare, *Máximas latinas no Direito Comentadas*, Campinas, SP, Servanda Editorial, 2010.

Pérez Baxin, Oscar, "La justicia restaurativa. Aproximaciones teóricas", en Islas Colín, Alfredo y Cornelio Landero, Egla (coords.), *Mediación y Derechos humano*s, México: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco-Porrúa, 2014.

Reale Miguel, *Teoría tridemensional del derecho*, España, Editorial Tecnos, 1997.

Soto Lamadrid, Miguel ángel, *Síndrome de alienación parental y justicia restaurativa*, México, Editorial Beilis, 2011.

Zehr, Howard, *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, Good Books, 2010, *https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/el_pequeno_libro_de_las_justicia_restaurativa.pdf*

Hemerografía

Jesús, Damásio de, "Justiça restaurativa no Brasil", en *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciaría*, vol. 1, núm. 21, CNPCP, Brasília, 2008.

Márquez Cárdenas, Álvaro E., "La justicia restaurativa vs. la justicia retributiva en el sistema del contexto procesal de tendencia acusatoria", *Prolegómenos*, vol. 10, núm 20, 2007, Bogotá, Colombia, pp. 204-205.

Documentos publicados de Internet

ONU, Promover la justicia restaurativa para niñas, niños y adolescentes. Oficina del Representante Especial del Secretario General sobra la Violencia contra los Niños; Organización de las Naciones Unidas, *https//violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/documents/publications/restorative_justice_spanish.pdf*

PJEDOMEX, Mediación, futuro de la justicia en el edomex, *http://web2.pjedomex.gob.mx/index.php/noticias-pj/543-mediacion-futuro-de-la-justicia-en-el-edomex*

Legislación

Centro de Mediación, Conciliación y Justicia de Paz creado mediante el Decreto número 114, 2002.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, 2002.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

Incorporación de la Mediación y Conciliación como medios alternos de conflictos, 2002.

Ley de mediación y conciliación y promoción de la paz social en el Estado de México, 2010.

Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia penal, 2014.

Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México, 1995.

Reforma al artículo primero de la Ley sobre Mediación y Conciliación, 2012.

Reglamento de la Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social para el Estado de México, 2011.

Reglamento del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México, 2003.

Tratados y convenios internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, 1948.

Jurisprudencia

– Instancia: Primera Sala Colegiada familiar de Toluca. Toca: 539/2017. Votación: Unanimidad. 14 de agosto de 2017. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz. Toca: 175/2017. Votación: Unanimidad. 15 de agosto de 2017. Ponente: Patricia Lucía Martínez Esparza. Toca: 247/2017. Votación: Unanimidad. 22 de agosto de 2017. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz. Toca: 600/2017. Votación: Unanimidad. Ponente: Everardo Guitrón Guevara. Toca: 500/2017. Votación: Unanimidad. 29 de agosto de 2017. Ponente: Everardo Guitrón Guevara.

– Instancia: Primera Sala Familiar de Toluca. Instancia: Primera Sala Colegiada Familiar de Toluca. Toca: 91/2016. Votación: Unanimidad. Trece de Septiembre de 2016. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz. Toca: 352/2016. Votación: Unanimidad. Once de Octubre de 2016. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz. Toca: 864/2016. Votación: Unanimidad. Ocho de Diciembre de 2016. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz. Toca: 247/2017. Votación: Unanimidad. Veintisiete de Abril de 2017. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz. Toca: 416/2017. Votación: Unanimidad. Veinte de Junio de 2017. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz.
– Instancia: Primera Sala Familiar de Toluca. Instancia: Primera Sala Familiar de Toluca, Toca: 539/2017. Votación: Unanimidad. 14 de agosto de 2017. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz. Toca 175/2017. Votación: Unanimidad. 15 de agosto de 2017. Ponente: Patricia Lucía Martínez Esparza. Toca: 247/2017. Votación: Unanimidad. 22 de agosto de 2017. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz. Toca: 600/2017. Votación: Unanimidad. 29 de agosto de 2017. Ponente: Everardo Guitrón Guevara. Toca: 500/2017. Votación: Unanimidad. 29 de agosto de 2017. Ponente: Everardo Guitrón Guevara.
– Instancia: Primera Sala Familiar de Toluca Instancia: Primera Sala Colegiada Familiar de Toluca. Toca: 539/2017. Votación: Unanimidad. 14 de agosto de 2017. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz. Toca 175/2017. Votación: Unanimidad. 15 de agosto de 2017. Ponente: Patricia Lucía Martínez Esparza. Toca: 247/2017. Votación: Unanimidad. 22 de agosto de 2017. Ponente: Ma. Cristina Miranda Cruz. Toca: 600/2017.Votación: Unanimidad. 29 de agosto de 2017. Ponente: Everardo Guitón Guevara. Toca: 500/2017. Votación: Unanimidad. 29 de agosto de 2017. Ponente: Everardo Guitón Guevara.

Capítulo II

GUARDA Y CUSTODIA PROVISIONAL EN EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO INCAUSADO

Jesús Santiago Morales*

SUMARIO

1. Introducción. 2. Contexto jurídico de la familia en México. 3. El problema ético-social y jurídico del divorcio incausado. 3.1. Valores de la familia y el matrimonio. 3.2. Definición y antecedentes del divorcio incausado. 4. Situación jurídica de la institución de la guarda y custodia. 4.1. Definición de guarda y custodia. 4.2. Régimen jurídico de la guarda y custodia en el Estado de México. 5. Medidas provisionales de la guarda y custodia. 6. Reflexiones en torno a la regulación del procedimiento de divorcio incausado en la guarda y custodia. 7. Conclusiones. 8. Bibliohemerografía.

1. Introducción

El problema en torno al cual gira la presente investigación, se puede resumir en los siguientes términos: si bien cuando se solicita el divorcio se debe presentar una propuesta de convenio para regular las consecuencias de la disolución del vínculo matrimonial, entre ellas la designación sobre la guarda y custodia sobre los hijos menores, esta medida provisional puede no satisfacer el interés superior del niño, niña o adolescente, porque el juez, en la oportunidad de decretarla, carece de elementos suficientes para determinar que esa designación es la más adecuada al interés superior de estos; es por ello que, en este trabajo se presenta un análisis del ordenamiento jurídico mexicano, en sus fuentes internacionales e internas, en las que se ha establecido este derecho que tienen las niñas, niños y adolescentes de tener una familia y convivir con sus padres.

Ante la disolución del matrimonio, se debe atender al interés superior de los hijos y los progenitores deben procurar su bienestar. Para abordar este tema, partiremos del contexto jurídico de la familia en México; enseguida, se analiza el problema ético-social y jurídico del divorcio incausado; para el estudio de la institución de la guarda y custodia, tendremos el foco de atención en el análisis de su situación jurídica; por último, se plantean cuáles son las implicaciones de las

* Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEMex). Especialidad en Derecho Procesal por la UAEMex y la Escuela Judicial del Estado de México (EJEM). Especialidad en Administración de Justicia y Especialidad en Derecho Judicial por la EJEM. Actualmente Juez Sexto Civil del Distrito Judicial de Chalco (Ixtapaluca, Estado de México).

medidas provisionales de la guarda y custodia sobre el desarrollo integral de las niñas, niños o adolescentes, en un procedimiento de divorcio incausado.

2. Contexto jurídico de la familia en México

En la actualidad, la institución de la familia es considerada una organización dinámica que se adapta a los cambios demográficos, sociales, económicos y culturales que, continuamente, se presentan en la sociedad.[1] El estereotipo que conceptualizaba a la familia como la unión de un hombre y una mujer en matrimonio, con hijas(os), ha evolucionado hasta reconocer la existencia de una gran diversidad de grupos de personas unidas por otro tipo de vínculos y afectos diferentes del matrimonio.[2]

A lo largo de la historia, la familia ha tenido un papel muy importante en la sociedad; es por ello que, el Estado se ve en la necesidad de protegerla, lo considera como un derecho que toda persona debe tener. Este derecho a tener una familia se ve protegido y regulado por diversos instrumentos nacionales e internacionales.

En el contexto internacional, la Declaración Universal de los Derecho Humanos (DUDH),[3] en el artículo 16, párrafo tercero, señala en el Preámbulo que "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)[4] hace referencia a la familia como núcleo fundamental de formación y desarrollo personal, emocional y social en un ambiente de amor y acogimiento en tanto los niños, las niñas y los adolescentes maduran y adquieren la mayoría de edad. En efecto, se reconoce a "la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad" (párrafo quinto) y la necesidad de que "el niño, para el pleno y armonioso

---

1 INMUJERES, Glosario de Género, 2010, *http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100904.pdf*

2 Comisión Nacional de Derechos Humanos, Programa sobre Asuntos de la Niñez y la Familia, *http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Ninezfamilia/Material/trip-familias-juridicas.pdf*

3 Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10/12/1948, *https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf*

4 Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20/11/1989. Entrada en vigor: 02/09/1990, de conformidad con el artículo 49.

desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión" (párrafo sexto).

La Declaración de los Derechos del Niño,[5] hace énfasis en la situación fáctica de la infancia al reconocer que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

En el sistema interamericano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH),[6] en el artículo VI, señala "Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella", también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH),[7] consagra el derecho de protección a la familia, en el artículo 17, al considerar a la familia como "el elemento natural y fundamental de la sociedad"; en virtud de lo cual "debe ser protegida por la sociedad y el Estado" (art. 17.1). En este sentido, se "reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención" (art. 17.2). En todo caso, el "matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes" (art. 17.3). Para garantizar este derecho humano:

> Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos (art. 17.4).

Así, la CADH, en atención a la protección de la familia y la igualdad de todos ante la ley, señala que: "La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo" (art. 17.5).

---

5 En 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del Niño. Este reconocimiento supuso el primer gran consenso internacional sobre los principios fundamentales de los derechos del niño.

6 Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10/12/1948 en su Resolución 217 A (III), como un ideal común para todos los pueblos y naciones. La Declaración establece, por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero y ha sido traducida en más de 500 idiomas. Puede consultarse en: *https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/*

7 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 22/11/1969, *https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm*

En el contexto normativo nacional, en México la familia se encuentra protegida por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM),[8] en el artículo 4°; según el cual, el varón y la mujer son iguales ante la ley y esta se encargará de definir la protección de la organización y el desarrollo de la familia (párrafo 1) Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa, para lo cual la Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar ese objetivo (párrafo 7).

En atención al mandato constitucional, para proteger a la familia se han promulgado leyes federales y locales en las cuales se consagran derechos, obligaciones y deberes de sus integrantes; entre las cuales es importante destacar la Ley General de las Niñas, Niños y Adolescentes (LGNNA),[9] que desarrolla el derecho a vivir en familia en los siguientes términos:

> Del Derecho a Vivir en Familia
>
> Artículo 22. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en familia. La falta de recursos no podrá considerarse motivo suficiente para separarlos de su familia de origen o de los familiares con los que convivan, ni causa para la pérdida de la patria potestad.
>
> Niñas, niños y adolescentes no podrán ser separados de las personas que ejerzan la patria potestad o de sus tutores y, en términos de las disposiciones aplicables, de las personas que los tengan bajo su guarda y custodia, salvo que medie orden de autoridad competente, en la que se determine la procedencia de la separación, en cumplimiento a la preservación del interés superior de la niñez, de conformidad con las causas previstas en las leyes y mediante el debido proceso en el que se garantice el derecho de audiencia de todas las partes involucradas. En todos los casos, se tendrá en cuenta la opinión de niñas, niños y adolescentes conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez.
>
> Los casos en que las personas que ejerzan la patria potestad, por extrema pobreza o por necesidad de ganarse el sustento lejos del lugar de residencia, tengan dificultades para atender a niñas, niños y adolescentes de manera permanente, no serán considerados como supuestos de exposición o estado de abandono, siempre que los mantengan al cuidado de otras personas, libres de violencia y provean su subsistencia.
>
> Las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, están obligadas a establecer políticas de fortalecimiento familiar para evitar la separación de niñas, niños y adolescentes en su entorno familiar y para que, en su caso, sean atendidos a través de las medias especiales de protección. [10]

---

8 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el DOF el 05/02/1917, última actualización 09/08/2019, *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.html*

9 Ley general de niñas, niños y adolescentes, publicada en el DOF el 04/12/2014, última actualización 04/06/2019, *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_040619.pdf*

10 Ley general de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 04/12/2014, *http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php%3Fcodigo%3D5374143%26fecha%3D04/12/2014*

La Ley de los derechos de niñas, niños y adolescentes del Estado de México[11] en el artículo 15 establece el derecho de los niños a tener una familia, en los siguientes términos:

> Artículo 15. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en una familia. Siempre que sea posible deberán crecer bajo la responsabilidad y el cuidado de sus padres y en todo caso en un ambiente de afecto y de seguridad física, moral, intelectual y material.

De igual manera, en el artículo 25 de la mencionada Ley establece:

> Artículo 25. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en un medio ambiente sano y sustentable, y en condiciones adecuadas que permitan su desarrollo, bienestar, crecimiento saludable y armonioso, tanto físico como mental, material, espiritual, ético, cultural y social.
>
> Corresponde en principio y directamente a quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes proporcionar dentro de sus posibilidades, las condiciones de vida suficientes para su desarrollo integral.
>
> Las autoridades estatales y municipales estarán obligadas de manera subsidiaria, en el ámbito de sus respectivas competencias, mediante políticas públicas, programas y acciones a crear condiciones para que la familia pueda desempeñar sus derechos y obligaciones de manera adecuada para asegurar los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Como podemos observar, el objeto principal de la normativa internacional, nacional y local (estatal) en materia de familia está dirigida a velar por los derechos de cada uno de sus integrantes, pero el fin primario, en el marco de la familia tradicional, serán los derechos de los hijas(os), en cuyo contexto debe procurarse su desarrollo estable y armónico.

Es por ello que, en el procedimiento de divorcio incausado, de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimientos Civiles (CPC) para el Estado de México (2.373 al 2.379),[12] en las audiencias de avenencia, el juez procurará conciliar a las partes para continuar con el matrimonio; para ello, debe concientizar a los divorciantes sobre la importancia de mantener el matrimonio, porque este da lugar a la familia que constituye el medio idóneo en el que los consortes y sus hijos puedan desarrollarse plenamente en el orden personal, emocional, psicológico, profesional y social, lo que redunda en que el desarrollo integral de los hijos(as). Cuando los cónyuges se concientizan debidamente de la situación real en la que viven, se facilitan las condiciones para que celebren un convenio satisfactorio para ambos, que de por terminada sus diferencias, y se continúe con el matrimonio,

---

11 Ley de los derechos de niñas, niños y adolescentes del Estado de México, publicada en Gaceta de Gobierno el 07/05/2015, última actualización el 07/06/2018, *https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/ley/vig/leyvig098.pdf*

12 Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, publicado en la Gaceta del Gobierno el 01/07/2002. Última reforma publicada en la Gaceta del Gobierno el 07/06/2018.

y con la familia, lo que redundará en el bienestar de los hijos(as) y, en términos generales, de la sociedad.

Debemos mencionar también que la familia es una institución que por su naturaleza sufre diversos cambios a través de los años, a la par de los cambios sociales; por tanto, en la actualidad existen diferentes tipos de familia. Así lo reconoce la LGNNA (art. 4°, fracciones X, XI, XII, XIII):

a) Familia de origen: es aquélla compuesta por los titulares de la patria potestad, tutela, guarda o custodia, respecto de quienes niñas, niños y adolescentes tienen parentesco ascendente hasta segundo grado (art. 4, fracc. X);

b) Familia extensa o ampliada: es aquélla compuesta por los ascendientes de niñas, niños y adolescentes en línea recta sin limitación de grado, y los colaterales hasta el cuarto grado (art. 4, fracc. XI);

c) Familia de acogida: es aquélla que cuenta con la certificación de la autoridad competente y que brinda cuidado, protección, crianza positiva y la promoción del bienestar social de niñas, niños y adolescentes por un tiempo limitado hasta que se pueda asegurar una opción permanente con la familia de origen, extensa o adoptiva (art. 4, fracc. XII);

d) Familia de acogimiento pre-adoptivo: es aquélla distinta de la familia de origen y de la extensa que acoge provisionalmente en su seno niñas, niños y adolescentes con fines de adopción, y que asume todas las obligaciones en cuanto a su cuidado y protección, de conformidad con el principio de interés superior de la niñez (art. 4, fracc. XIII).

También se pueden citar otros tipos de familia descritas por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL): *familia nuclear sin hijos*, integrada por dos personas; *familia nuclear monoparental con hijas(os)*, un solo progenitor(a) con hijas(os); *familia nuclear biparental*, dos personas con hijos(as); *familia compuesta*, una persona o pareja, con o sin hijos(as), con o sin otros parientes, y otros no parientes; *familia ensamblada*, persona con hijos(as), que vive con otra persona con o sin hijos(as); *familia homoparental*, progenitoras(es) del mismo sexo con hijas(os); *familia heteroparental*, mujer y hombre con hijas(os); *familia sin núcleo,* no existe una relación de pareja o progenitoras(es) hijas(os) pero existen otras relaciones de parentesco, por ejemplo: dos hermanas(os), abuela(o) y sus nietas(os), tíos(a) y sobrinas(os), entre otros; *sociedades de convivencia*, dos personas de igual o distinto sexo que establecen un hogar común con voluntad de permanencia y ayuda mutua (con o sin hijos, hijas).[13]

---

[13] Sunkel, Guillermo, *El papel de la familia en la protección social en América Latina*, Chile, CEPAL, 2006, p. 66, *https://www.bps.gub.uy/bps/file/1742/1/el-papel-de-la-familia-en-la-proteccion-social-en-america-latina.-g.-sunkel.pdf*

En este punto es importante hacer referencia al parentesco y a la filiación. El parentesco entendido como la relación jurídica entre dos personas en razón de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción. Esta relación genera derechos y obligaciones entre los integrantes de la familia o parientes.[14] El parentesco y la familia han sido estudiados desde diversas perspectivas científicas y en diferentes momentos de la historia humana para el entendimiento del comportamiento de la sociedad, y de los cambios y transformaciones que se hacen presentes en su cotidianidad.[15]

El estudio del parentesco es indispensable para el análisis de la institución de la familia y el matrimonio, con el fin de visualizar sus cambios y transformaciones a través del tiempo.[16] Como hemos visto, la familia es la principal fuente para que el parentesco pueda existir. Al conformar una familia y unirse en matrimonio, y con la procreación de los hijos, surgen distintos tipos de parentesco.

Al referirnos al parentesco no podemos dejar de lado el tema de la filiación, esta es una figura que también es considerada en los estudios de Derecho familiar. En efecto:

> La filiación se define como el vínculo jurídico que existe entre dos personas en la que una desciende de la otra, lo que puede darse como consecuencia de hechos biológicos y/o de actos jurídicos; siendo la relación o vínculo biológico entre los integrantes de la familia que es reconocido por el Derecho y regulado en la ley. Este vínculo se refiere al que existe entre padres e hijos.[17]

La filiación se encuentra regulada en el Código Civil del Estado de México[18] en los artículos del 4.155 al 4.158. Así, la prueba de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio a través del acta de nacimiento y con la de matrimonio de sus padres (artículo 4.155); a falta o defecto de las actas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio o con los medios de prueba que la ley prevé (artículo 4.156). También se consagra la posesión de estado de hijo, cuando una persona ha sido tratada constantemente por otra y la familia de esta, como hijo, lleva su apellido o recibe alimentos (artículo 4.157). Finalmente,

---

14 Pérez Contreras, María de Montserrat, *Derechos de la familia y sucesiones*, México, Cultura jurídica, IIJ-UNAM, 2010, p. 113, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3270/11.pdf*

15 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 2, *https://www.redalyc.org/jatsRepo/104/10448076002/html/index.html*

16 *Ibidem*, p. 4.

17 Pérez Contreras, *op. cit.,* p. 120.

18 Código Civil del Estado de México, publicado en la Gaceta de Gobierno el 07/06/2002, última actualización 01/08/2019, *https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig001.pdf*

se prevé que la acción del hijo para reclamar su estado es imprescriptible para él y sus descendientes (artículo 4.158).

Como hemos afirmado, al ser la familia una institución de orden público e interés social, el Estado tiene preponderantemente entre otros objetivos, el de proteger a las niñas, niños y adolescentes en el pleno ejercicio de sus derechos, a efecto de que tengan un sano desarrollo integral; es decir, respetar el interés superior de la niñez (art. 4, párrafo 9 de CPEUM). El Código Civil del Estado de México establece lo siguiente con respecto a los objetivos de la familia:

> Artículo 4.1. Las disposiciones de este Código que se refieran a la familia, son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad, libertad y la equidad de género. Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes del grupo familiar, derivado de lazos de matrimonio, concubinato o parentesco. Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares.

Estas disposiciones son acordes a lo que establece la CDN, y la CADH. En relación con este último instrumento, se destaca que: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado" (art. 19).

En las relaciones familiares, con especial atención a los hijos menores, se generan una serie de deberes y derechos del padre y la madre; los cuales, para su debido ejercicio requieren, primero, que estos identifiquen, tanto en lo jurídico como en la práctica social y de convivencia de pareja, una situación de igualdad y responsabilidad frente a ellos, y que en su ejercicio consideren el interés superior del niño.[19]

3. El problema ético-social y jurídico del divorcio incausado

La institución del divorcio es una materia sensible para la sociedad, es indispensable que los divorciantes estén bien asesorados por sus abogados patronos, respecto de las consecuencias derivadas de la decisión que han tomado de disolver el vínculo matrimonial que los une, y que dimensionen las consecuencias que implica para la familia; pues no es sino hasta la celebración de las audiencias de avenencia cuando se les informa a las partes de todas las obligaciones que tienen en relación con sus menores hijos, e incluso respecto de los mayores que

---

[19] Pérez Contreras, *op. cit.*, p. 120.

se encuentran estudiando o en un estado de discapacidad, y también es hasta ese momento cuando advierten los derechos que les corresponden en relación con la guarda y custodia de sus hijos.

Como veremos más adelante, el problema en relación con la guarda y custodia es más complejo de resolver cuando el cónyuge citado no comparece al procedimiento, o bien, cuando comparece y no logra un acuerdo con su cónyuge, respecto a quien debe ejercer, durante la tramitación del divorcio incausado, la guardia y custodia. Esta situación se agudiza todavía más cuando el cónyuge solicitante promueve el divorcio incausado a través de apoderado, pues es evidente que el mandatario compareciente no está sensibilizado para celebrar un acuerdo con el cónyuge citado, por su situación personal y desconocimiento de los antecedentes de vida del matrimonio que se pretende disolver.

En este contexto, nos referiremos a los valores de la familia y el matrimonio, por una parte, y a la noción y antecedentes del divorcio incausado, por la otra; con la finalidad de resaltar las implicaciones de estas instituciones en la institución de la guarda y custodia de los hijos menores.

3.1. Valores de la familia y el matrimonio

La familia es lo más valioso que existe y, sin duda, toda familia bien cimentada y equilibrada comienza con el matrimonio.

Cuando una pareja decide unirse en matrimonio, la consecuencia tradicional es la conformación de una familia con la procreación de los hijos. Si bien el matrimonio es una figura jurídica, para que esta pueda tener un orden en la sociedad, también debe regirse por ciertos valores, lo cuales serán un pilar fundamental en esta unión.

Los valores son un factor importante dentro del vínculo familiar, son aquellos que procuran el bienestar del conjunto de personas que lo integran. Los valores primordiales de la familia son los siguientes: respeto, sinceridad, disposición a ayudar, cortesía, responsabilidad, confianza y fidelidad.[20]

El respeto implica aceptar al prójimo como es, con sus virtudes y defectos, reconocer sus derechos y necesidades; se trata de decir las cosas educadamente, sin herir, violentar o insultar a nadie, con muestras de respeto. La educación en el respeto empieza cuando los padres se dirigen a los hijos correctamente, de la misma manera que ellos se dirijan a los demás; la sinceridad es el pilar que susten-

---

20 Los valores y antivalores del matrimonio, *http://bodayvida.com/los-valores-y-antivalores-del-matrimonio/*

ta la confianza. La disposición a ayudar está enfocada no solo en la pareja, sino en conseguir que los niños ayuden a los adultos y a sus iguales; la cortesía va de la mano con el respeto, la consideración y los modales; la responsabilidad es la confianza que los padres tienen en sus hijos, ellos sabrán asumir algunas tareas y las cumplirán; la responsabilidad de los padres es la transmisión de estos valores. Pero los valores no se transmiten vía genética, por eso es tan importante tenerlos en cuenta en la educación.[21]

La familia, por distintas formas de pensar y actuar, o discrepancias por múltiples factores, suele terminar o disolverse; es decir, el vínculo matrimonial llega a su fin por decisión de ambas o alguna de las partes. Entonces, la familia que habían conformado sufrirá un cambio, el cual repercutirá en cada uno de sus integrantes de distinta manera: en los padres, como pareja; y en los hijos, principalmente, porque ellos están acostumbrados a ver a sus padres unidos, a vivir en un hogar en armonía. Es así como el divorcio suele generar un gran impacto en la familia.

Lo ideal es que un matrimonio se disuelva después que la pareja que lo conforma ha agotado todos los medios posibles para preservarlo, porque no les ha quedado otra vía que separarse; cuando se intentaron todas las opciones de reconciliación y se ha valorado a los hijos, el medio en el cual se van a desenvolver, y deciden tomar la decisión de separarse, puesto que la relación como pareja ha terminado. Sin embargo, en la realidad esa separación suele ser una decisión emocional e intempestiva que no valora ninguna de estas circunstancias.

En efecto, en la actualidad los matrimonios se disuelven en mayor número cada año. Según las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) sobre el matrimonio y divorcio en su estudio del 2019:

> …se aprecia que en los últimos años el número de divorcios ha aumentado en relación con los matrimonios, al pasar de 15.1 divorcios por cada 100 matrimonios en 2010 a 28.1 en 2017; es decir, la proporción casi se duplica, y ello se debe, como ya se ha señalado, a que un mayor número de personas deciden vivir en unión libre, lo que deriva en un menor número de uniones legales, también establece que las principales causas de divorcio son: voluntario unilateral (54.5%), por mutuo consentimiento (36.3%), y la separación por dos años o más, independientemente del motivo (3.4%). En suma, estas tres causas representan 94.2% del total de divorcios entre personas de distinto sexo, registrados en 2017.[22]

Esto es, cuando existen diferencias, los integrantes del matrimonio recurren al divorcio; pero, al tomar esa decisión, uno de los puntos, el más importante, sobre

---

21 *Idem.*

22 INEGI, Estadísticas a propósito de…Matrimonios y divorcios en México (datos nacionales), comunicado de prensa núm. 104/19, 12/02/2019, *https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2019/matrimonios2019_Nal.pdf*

el cual se debe discutir y decidir, gira en torno a los hijos, por cuanto ellos son los más afectados en un divorcio.

Probablemente, es hasta ese momento cuando los hijos de los cónyuges divorciantes se percatan de que la familia unida a la que estaban acostumbrados cambiará, puesto que alguno de los progenitores tendrá que abandonar la casa, y solo podrán convivir con esa otra persona los días que serán estipulados. La situación por la que pasarán puede ser difícil de comprender, y aún más cuando estos se encuentran en una temprana edad en la que les será difícil entender la situación.

Se estima que a partir de los cuatro o cinco años los hijos son conscientes de que sus padres deberán separarse, por lo tanto, se divorciarán, pero, a mayor edad tengan, les será más fácil comprender, la reacción que tendrán posiblemente será de desconcierto y se negarán a aceptar la decisión que los padres han tomado. Al negarse a esta situación, los hijos intentarán que sus padres lleguen a una reconciliación; es por ello que, los padres deben procurar que la disolución se lleve de una manera adecuada, evitar las discusiones frente a los hijos.

Deberán procurar una separación amigable, para el bienestar de todos, en especial de los hijos; por lo cual, es responsabilidad de los padres explicarles de manera clara cuál es la situación, cómo será su forma de vida a partir de ese momento y los cambios que se producirán en su familia, para que de esta manera ellos lo tomen de la mejor forma posible.

Como hemos visto, toda esta problemática se origina con el divorcio, el cual puede ser de distinta naturaleza. En esta investigación, nos enfocamos en el divorcio incausado.

3.2. Definición y antecedentes del divorcio incausado

El término divorcio deriva del latín *divortium,* que a su vez deviene de *divertere,* que significa irse cada uno por su lado, separarse.[23] Por tanto, por divorcio se entiende el acto civil por medio del cual se disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en la posibilidad de contraer otro matrimonio. El término incausado se compone del prefijo "in", que indica negación o privación; y "causado", hace referencia a la causa que es entendida como el motivo o la razón.[24]

Así, el divorcio incausado es aquel que solo requiere que uno de los cónyuges manifesté su voluntad que no desea continuar con el matrimonio; esto es, no

---

23 Magallón Ibarrra, Mario (coord.), *Compendios de términos de Derecho civil*, México, Porrúa, 2002.

24 Peña Zarco, Iván Aureliano, "La Ineficacia del Divorcio por Mutuo Consentimiento o Voluntario en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México", UNAM, 2016, p. 11

requiere del consentimiento de ambos cónyuges, ni la necesidad de señalar una causa concreta que lo justifique.[25]

Los antecedentes del divorcio incausado se encuentran en el Derecho romano, en el que se consideraba este tipo de divorcio. El *rapudium sine nulla causa* tenía su origen en la declaración unilateral de la voluntad de algunos esposos; y, sin necesidad de que se alegara causa o razón alguna, se extinguía el matrimonio.[26] "Los romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se daba cuenta de que la *affectio maritales* había desaparecido".[27]

La figura del divorcio no se encuentra regulada expresamente en instrumentos internacionales; sin embargo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), publicado el 19 de enero de 1981, lo considera en su artículo 23, párrafo 4, de la siguiente manera:

> 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

Podemos percatarnos de que este párrafo también incluye el tema de los hijos al llevarse a cabo la disolución del matrimonio.

El divorcio incausado no existía en México, su antecedente más cercano es el denominado divorcio necesario; el cual consistía en que tenía que existir alguna causal y debía demostrarse para que la separación pudiera ser llevada a cabo. Pero los legisladores se vieron en la necesidad de cambiar esto, puesto que consideraron que este tipo de divorcio violaba el derecho al libre desarrollo de la personalidad, al obligar a que una persona tuviera que seguir unida a otra cuando esta relación no podía continuar.

Así, se crea el divorcio incausado que, como se mencionó, no requiere de la existencia de alguna causa necesaria para la separación; de igual manera, este puede ser solicitado por alguno de los cónyuges, sin necesidad de que exista un consentimiento mutuo.

Los motivos para hacer desaparecer o modificar el divorcio necesario lo podemos analizar a través del criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en los siguientes términos:

---

25 Divorcio incausado, Gobierno de México, *https://www.gob.mx/tramites/ficha/divorcio-incausado/Entidades7812*

26 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Divorcio Incausado*, Temas selectos de derecho familiar, núm. 5, 2011, p. 62

27 Floris Margadant S., Guillermo, *El derecho privado romano*, 21ª edición, México, Esfinge, 1995, p. 211.

> En el ordenamiento mexicano, el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental que permite a los individuos elegir y materializar los planes de vida que estimen convenientes, cuyos límites externos son exclusivamente el orden público y los derechos de terceros. De acuerdo con lo anterior, el régimen de disolución del matrimonio contemplado en las legislaciones de Morelos y Veracruz (y ordenamientos análogos), que exige la acreditación de causales cuando no existe mutuo consentimiento de los contrayentes, incide en el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Los artículos 175 del Código Familiar para el Estado de Morelos y 141 del Código Civil para el Estado de Veracruz, en los cuales se establecen las causales que hay que acreditar para que pueda decretarse la disolución del matrimonio cuando no existe mutuo consentimiento de los cónyuges, son inconstitucionales. El hecho de que en esos casos se decrete el divorcio sin la existencia de cónyuge culpable no implica desconocer la necesidad de resolver las cuestiones familiares relacionadas con la disolución del matrimonio, como pudieran ser la guarda y custodia de los hijos, el régimen de convivencias con el padre no custodio, los alimentos.[28]

En otro criterio la SCJN señala la figura del divorcio sin causa:

> En el divorcio sin expresión de causa, es suficiente la solicitud unilateral de la disolución del matrimonio para que el juez la decrete aun sin causa para ello, donde incluso no importa la posible oposición del diverso consorte, pues 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.[29]

Por lo anterior, podemos decir que el fundamento constitucional del divorcio incausado, como se señala en la contradicción de tesis 73/2014, se encuentra en el derecho al libre desarrollo de la personalidad humana. Veamos la parte fundamental de esta contradicción de tesis:

> Aun cuando el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad no se enuncie en forma expresa en la Constitución, están implícitos en disposiciones de los instrumentos internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse derechos que derivan del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, previsto en el artículo 1o. de la Constitución, pues sólo a través de su pleno respeto podría hablarse de un ser humano en toda su dignidad. El artículo 175 del Código Civil Familiar para el Estado de Morelos, al exigir la demostración de determinada causal como única forma para lograr la disolución del matrimonio cuando no existe consentimiento mutuo de los contrayentes para divorciarse, resulta inconstitucional, en virtud de que el legislador

---

28 Tesis: 1a./J. 28, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, julio de 2015, p. 570.

29 Tesis 1a. LIX/2015, Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 15, febrero de 2015, p. 1392.

> local restringe sin justificación alguna el derecho relativo al desarrollo de la personalidad humana estando íntimamente relacionado con la libre modificación del estado civil de las personas, que deriva, a su vez, del derecho fundamental de la dignidad humana consagrada en los tratados internacionales de los que México es parte, y reconocido implícitamente en los artículos 1o. y 4o. constitucionales, conforme al cual, todas las personas tienen derecho a elegir en forma autónoma su proyecto de vida, en el que se comprende, precisamente, el estado civil en que deseen estar, como ocurre, en este caso, con la quejosa, al pretender colocarse en el estado civil de soltera.[30]

La primera legislación que contempló la figura del divorcio incausado fue el Código Civil para el Distrito Federal, actualmente Ciudad de México, en el artículo 267, que fue incorporado en una reforma el 3 de octubre de 2008, mediante decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

En fecha 3 de mayo de 2012 mediante decreto 442, se modifica el Código Civil del Estado de México y se incorpora el divorcio incausado de la siguiente manera:

> Artículo 4.89. El divorcio se clasifica en incausado, voluntario, administrativo y notarial. Es incausado cuando cualquiera de los cónyuges lo solicita sin que exista necesidad de señalar la razón que lo motiva y es voluntario cuando se solicita de común acuerdo.

La principal característica del divorcio incausado, como lo señala Bejarano Soriano, es que no depende del consentimiento de ambos cónyuges para obtener el divorcio. La voluntad de uno de los ellos da por terminado el vínculo; lo quiera o no el otro, es una determinación unilateral cuyas consecuencias legales son la no continuación de la vida en común.[31]

Es conveniente precisar que en la actualidad se ha incrementado la tramitación del divorcio incausado, pues, debido a las facilidades que brinda la legislación sustantiva y adjetiva del Estado de México, se promueven un gran número en los juzgados familiares; lo cual, ha generado una carga de trabajo excesiva. En su mayoría no culmina con una determinación adecuada en beneficio del interés superior de los menores, toda vez que las partes comparecer al procedimiento de divorcio, pero no promueven las pretensiones respecto de los puntos sobre los que no hubo consenso; lo que, desde luego, hace que todas las disposiciones que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), las leyes correspondientes en la materia y las convenciones internacionales, no se observen en este procedimiento, y con ello se incumple con los objetivos de protección y beneficio de las niñas, niños y adolescentes.

---

30 Contradicción de tesis, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, julio 2015, p. 535

31 Bejarano Alfonso, Enriqueta, "El divorcio incausado y la mediación familiar, una fórmula de éxito que augura bienestar para los hijos ", *El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, México, año II, no. 2, abril 2009, p. 71.

4. Situación jurídica de la institución de la guarda y custodia

Los mayores problemas que se presentan en cuanto a la guarda y custodia en una separación, se suscitan cuando no existe un acuerdo previo; por tanto, es el juez quien deberá decidir al respecto. En este supuesto, se toman en consideración varios factores: como no separar a los hermanos; necesidades afectivas y emocionales entre ellos; cercanía con otros miembros de la familia, como los abuelos; disponibilidad de los padres para poder atenderlos en mejores condiciones; o si alguno de los cónyuges tiene algún tipo de adicción, enfermedad mental o tipo de vida desordenada.[32]

En el divorcio incausado, como se ha visto, se privilegia únicamente el interés del cónyuge solicitante para separarse del otro, sin tomar en consideración el interés superior de los menores habidos en el matrimonio, específicamente en la forma en que va a quedar su situación en relación con la guardia y custodia; pues, por la forma sumaria en que se tramita este procedimiento, el juez no puede dictar otras medidas para mejor proveer, en relación con esta que debe ser ejercida por uno de los progenitores.

En consecuencia, la medida provisional que se imponga, podría no corresponder a la situación real en la que viven los menores hijos de los cónyuges en ese momento, lo que ocasiona que subsista esa medida, incluso, hasta la etapa controvertida, si los interesados no tuvieron interés en plantear sus pretensiones para mejorar o revocar esa medida provisional; que en muchas ocasiones queda como medida definitiva al dictarse la sentencia que resuelva el procedimiento controvertido contemplado en el artículo 2.378 del Código de Procedimientos Civiles, pues esta medida se decretó con carácter emergente durante el procedimiento de divorcio incausado, en el que el juzgador no tuvo más elementos que la sola manifestación del cónyuge solicitante del divorcio incausado, circunstancia que puede repercutir en el orden familiar y social.

4.1. Definición de guarda y custodia

La guarda y custodia es una facultad que inicialmente deriva de los derechos de patria potestad, y consiste en tener a su cargo los cuidados y atenciones de un niño o niña, como proporcionar alimentos, vivienda, educación y cuidados, para

---

32 Álvarez de Lara, Rosa María (coord.), *Panorama internacional de derecho de familia Cultura y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2006, pp. 187.
González Reguera Elizabeth, "Guarda y Custodia del menor", México, UNAM, pp. 187, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2287/12.pdf*

procurar su bienestar y desarrollo; el niño o niña debe vivir con quien tiene su guarda y custodia.[33]

En los casos de separación o divorcio de una pareja, ambos progenitores conservarán la patria potestad y deberán cumplir con todas sus obligaciones parentales; sin embargo, será necesario llegar a un acuerdo sobre con quién vivirán las niñas, niños y adolescentes, es decir, a quién corresponderá su guarda y custodia.

En la Ley de los derechos de niñas, niños y adolescentes[34] se establecen las obligaciones que deberán preservar, cumplir y garantizar los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes la persona que ejerce la guarda y custodia. Dentro de esas obligaciones se encuentran las siguientes: tener y conservar la guarda y custodia de los mencionados, proteger y salvaguardar el interés del superior de la niña, niño y adolescente como se establece en el artículo 73.

De igual manera la Convención de los Derechos del Niño establece en su artículo 5° lo siguiente:

> Artículo 5. Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

En la citada Convención se establecen los siguientes derechos que se encuentran regulados de manera específica en el Código Civil de Estado de México, como es el derecho de convivencia: guarda y custodia y el derecho de visita en caso de que los padres se encuentren separados o divorciados.

La guarda y custodia es aquella en la que el cuidado de los hijos y el deber de velar por ellos, es atribuido a solo uno de los padres, y al otro se le establece y/o permite el régimen de visitas o alimentos. Es una figura derivada de la filiación y el parentesco y se encuentra regulada dentro de la institución de la patria potestad. Por lo tanto, la custodia implica el ejercicio de los derechos y obligaciones con respecto a los hijos y la convivencia con estos en la vida diaria. Los criterios que deben regir la resolución sobre quién será el que detente la custodia de los hijos, deberán ser el bienestar y los mejores intereses de los menores.[35]

---

33 Derechos Infancia México es un proyecto de la Red por los Derechos de la Infancia en México, *http://www.derechosinfancia.org.mx/fichasdeasesoria/guardiaycustodia.html#b*

34 Ley de los derechos de niñas, niños y adolescentes del Estado de México publicada en Gaceta de Gobierno el 07/05/2015, última actualización el 07/06/2018, *https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/ley/vig/leyvig098.pdf*

35 Pérez Contreras, María de Montserrat, "El entorno familiar y los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes: una aproximación", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* México, nueva serie, año XLVI, núm. 138, septiembre-diciembre de 2013, p. 1160.

En el artículo 16 de la Ley de los derechos de niñas, niños y adolescentes se establece como un derecho de niñas, niños y adolescentes un derecho de convivencia, en los siguientes términos:

> Artículo 16. Niñas, niños y adolescentes no podrán ser separados de sus padres o de quienes que ejerzan la patria potestad sobre ellos o de sus tutores, y en términos de las disposiciones aplicables de quienes ejercen la custodia, sino mediante orden de autoridad competente que así lo declare velando en todo momento por su integridad física y escuchando la opinión de niñas, niños y adolescentes, conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez y atendiendo a la preservación del interés superior de la niñez.

La SCJN ha establecido en sus criterios, que padre y madre están igualmente capacitados para atender de modo conveniente a sus hijas(os); por lo que, la decisión sobre quién detentará la guarda y custodia no debe basarse en prejuicios de género que consideran a las mujeres como "más aptas" para el cuidado de niñas, niños y adolescentes, en comparación con los hombres, sino que debe valorarse cuál es el ambiente más propicio para su desarrollo integral.[36]

La guarda y custodia de los menores, desde la perspectiva de los diversos tratados, doctrina y demás reglamentos, debe otorgarse en atención al interés superior del niño, niña y adolescentes. Es un derecho indiscutible de los hijos el poder convivir con sus padres; los hijos menores de edad tienen derecho a vivir y crecer en el seno de una familia, conocer a sus progenitores y mantener relaciones familiares y contacto con ellos, a pesar de que los padres estén separados [37]

Ante esta situación, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), a través de su Coordinación del Programa sobre Asuntos de la Niñez y la Familia,[38] sintetiza de forma muy acertada un procedimiento a seguir:

a) De común acuerdo entre ambos progenitores y con la opinión de sus hijas e hijos, decidirán quién la ejercerá; en qué domicilio; la periodicidad y horarios de las convivencias con el padre/madre que no viva con ellos/as; el lugar donde estas se llevarán a cabo, y la forma de solventar las necesidades de niñas, niños y adolescentes. Es recomendable elaborar un convenio ante

---

36 Rubro: Principio de igualdad entre hombres y mujeres. El otorgamiento de la guarda y custodia de un menor de edad no debe estar basado en el prejuicio de género. Tesis: 1ª XCV/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Primera Sala, Libro VIII, mayo de 2012, t. 1, p. 1112.

37 Treviño Pizarro, María Claudina, *Derecho Familiar*, IURE editores, México 2014, pp. 391-392.

38 Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), Guarda y custodia. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser cuidados, protegidos y a ver satisfechas sus necesidades (tríptico), *https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Ninez_familia/Material/trip-guardia-custodia.pdf*

un centro de justicia alternativa o un juzgado en materia familiar (en algunas entidades federativas, las cuestiones familiares corresponden a juzgados mixtos o en materia civil); pues, de esta manera su contenido se vuelve obligatorio para ambas partes y, en caso de incumplimiento, puede solicitarse la intervención de las autoridades correspondientes.

b) En los casos en que no sea posible llegar a un acuerdo, madres y padres podrán iniciar una controversia de guardia y custodia en la que el juez o jueza recibirá y valorará las pruebas que presenten para determinar quién puede proporcionar las condiciones más adecuadas para el desarrollo integral de la persona menor de edad; escuchará y tomará en cuenta la opinión de niñas, niños y adolescentes, y decidirá, con base en el interés superior de la niñez y adolescencia, a quién corresponderá la guarda y custodia, así como la forma en que se respetará su derecho de convivencia.

Las juezas y jueces pueden ordenar la práctica de pruebas periciales en materia de Psicología, Medicina, Trabajo Social, Toxicología o cualquier otra disciplina que sea útil para determinar quién de los progenitores/as ofrece el mejor ambiente para el resguardo, cuidado y atención de niñas, niños y adolescentes. El derecho de las personas menores de edad a convivir con su madre/padre tendrá una consideración prioritaria, incluso, por sobre los intereses de los progenitores/as, lo más importante será garantizar su interés superior.

La plática que las y los jueces llevan a cabo con niñas, niños y adolescentes en los procesos de guarda y custodia, permite el ejercicio de su derecho a participar y expresar su opinión en todos los asuntos que les afecten (Art. 13 fracciones XIV y XV de la LGDNNA). Esta debe realizarse conforme a los lineamientos del Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes, elaborado por la SCJN,[39] que contiene las pautas para proteger sus derechos e interés superior, entre las que se encuentran:

- Evaluar la pertinencia de que la niña, niño o adolescentes participe en el proceso; ello, para evitar la generación de daños o su revictimización (Menores de 5 años).
- Informarles sobre el objetivo de su presencia en el juzgado.
- Utilizar mecanismos y formatos adaptados a su edad y grado de desarrollo.
- Proporcionarles asistencia legal y apoyo de personal especializado en servicios de salud, psicología o educación (entre otros).

---

[39] SCJN, Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes, *https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/publicaciones/protocolos-de-actuacion*

– Adoptar medidas especiales de protección y asistencia, de acuerdo con su edad y características particulares; por ejemplo, asignarles un intérprete o traductor o contar con mecanismos para la expresión de sus ideas y sentimientos si se trata de niñas y niños en primera infancia o personas con discapacidad.

Revisemos de inmediato cuál es el régimen jurídico de esta institución en el Estado de México.

4.2. Régimen jurídico de la guarda y custodia en el Estado de México

En la exposición de motivos de la reforma del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México (CPC),[40] en la materia de divorcio respecto a la guarda y custodia se señala:

> Fundado en el interés superior de los hijos menores y de los sujetos a tutela, el Libro de mérito, prevé diversas medidas precautorias en el divorcio, mismas que implican que al admitirse la demanda de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, podrán dictarse mientras dure el juicio, las disposiciones relativas a la separación de los cónyuges; la fijación y el aseguramiento de los alimentos que debe dar el cónyuge alimentario al acreedor y a los hijos; la guarda y custodia de los hijos, a falta de acuerdo entre los cónyuges; las medidas convenientes respecto a la mujer que esté embarazada; y en suma, las necesarias para que los cónyuges no se causen daños en su persona, en sus bienes, en los de la sociedad conyugal o en los bienes de los hijos.
>
> En la sentencia que decrete el divorcio, se determinarán los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad, respecto a la persona y bienes de los hijos, teniendo en cuenta el interés particular de los menores, su salud, costumbres, educación y conservación de su patrimonio; destacando que el Juez acordará de oficio cualquier providencia que considere benéfica para los hijos o los sujetos a tutela.[41]

En relación con la guarda y custodia, el artículo 4.102 del CPC, establece que los cónyuges pueden divorciarse presentando un convenio en el que se fijen los puntos señalados, de los cuales destacamos la fracc. III, que dice si hubiere hijos se debe mencionar: "quien deba tener su guardia y custodia durante y después del procedimiento y el régimen de convivencia".

El Código Civil regula la guarda y custodia en el título séptimo de la patria potestad, señala en el artículo 4.228 lo siguiente:

---

40 Código Civil del Estado de México, publicado en Gaceta de Gobierno el 07/06/2002, última actualización 01/08/2019, *http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig001.pdf*

41 Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, Exposición de Motivos del 03/05/2012, publicado en Gaceta de Gobierno el 03/05/2002, *https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/gct/2012/may036.PDF*

> Cuando sólo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, se aplicarán las siguientes disposiciones:
>
> I. Los que ejerzan la patria potestad convendrán quién de ellos se hará cargo de la guarda y custodia del menor;
>
> II. Si no llegan a algún acuerdo, el Juez atendiendo a los elementos de prueba que obren en el sumario, con base en el resultado de las pruebas periciales en materia de psicología familiar que oficiosamente habrán de practicárseles y habiendo escuchado a la niña, niño o adolescentes determinará:
>
> a) El otorgamiento de la guarda y custodia de menores de doce años quedará preferentemente al cuidado de la madre y atendiendo al interés superior de las niñas, niños y adolescentes; b) Derogado; c) Los mayores de doce años elegirán cuál de sus padres deberá hacerse cargo de ellos, si éstos no eligen el Juez decidirá.
>
> En la resolución que ordene cuál de los padres ejercerá la guarda y custodia, se sujetará al interés superior del menor, velando en todo momento por la integridad física y mental de los hijos, atendiendo las circunstancias específicas que se encaminen a proteger el desarrollo de la familia y a salvaguardar el sano desarrollo de los menores. En todo caso, deberá practicarse la pericial en psicología familiar a las parejas de los padres, con el fin de verificar la seguridad del menor de la guarda, custodia y aún de la convivencia.

Este artículo señala los aspectos que se deberán tomar en consideración para el otorgamiento de la guarda y custodia. Se observa que la persona que tenga la patria potestad de un menor, será la responsable de ejercerla, siempre y cuando estén de acuerdo, y se cumpla con lo dispuesto en dicho precepto.

La medida provisional de la guarda y custodia se encuentra prevista por la legislación. Se establece para regular la situación de los menores mientras se tramita un procedimiento de divorcio hasta su conclusión. Estas medidas, en el momento en que se soliciten, pueden ser de dos tipos: provisionales y definitivas.[42]

En términos del artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México, para determinar la guarda y custodia de menores, el juzgador debe tomar en cuenta el interés superior de estos, su edad, su salud, sus costumbres y educación, para establecer quién de los progenitores debe ejercer la guarda y custodia de un menor. En primer término, debe tomarse el parecer de los padres; de no llegar a algún acuerdo, el juez debe decidir en consideración a otros elementos diversos o medios de prueba, como la pericial en materia de psicología familiar y la escucha del menor.

En cuanto a la designación de la guarda y custodia de las niñas, niños y adolescentes o incapaces, la legislación establece que se acordará en el auto inicial que se dicta con motivo de la solicitud del divorcio incausado, como medida provisional preferentemente al cuidado de la madre, como lo establece el artículo 2.373

---

42 Alvares de Lara, *op. cit.*, p. 195.

fracción III, inciso a) del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México; toda vez que se decreta en atención a las manifestaciones que en forma unilateral realiza la promovente, en el sentido de que ella tiene bajo su cuidado a sus menores hijos, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 4.2 del Código Civil.

Este auto inicial que se dicta con motivo de la solicitud del divorcio incausado, pudiera afectar la seguridad y el sano desarrollo de los hijos, al confiarse a la madre la guarda y custodia de los hijos, como medida provisional, sin haber desahogado el resolutor elementos de prueba suficientes que sustenten su determinación. Esta medida provisional tiene por finalidad salvaguardar el derecho de guarda y custodia de los menores hijos, pero se decreta sin que el juzgador tenga los elementos de prueba suficientes que determinen quien de los cónyuges reúne las mejores condiciones para el desarrollo saludable e integral de los menores.

5. Medidas provisionales de la guarda y custodia

Para este apartado hemos verificado algunas tesis de la SCJN sobre la guarda y custodia provisional en casos de divorcio incausado. De ese análisis es importante destacar algunas implicaciones. La siguiente jurisprudencia de la SCJN analiza el interés superior del menor previsto en el artículo 4º de la CPEUM al decidir respecto a la guarda y custodia; en la que se debe procurar que el interés del menor se respete y se le reconozca su derecho a una familia, como se menciona en la LGNNA, y que la familia en la que el niño se desarrolle no se afecte con la terminación de la relación de matrimonio entre los progenitores.

> Interés superior de los menores y atribución de la guarda y custodia. Como criterio ordenador, el interés superior de los menores previsto en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ha de guiar cualquier decisión sobre guarda y custodia. A la hora de decidir la forma de atribución a los progenitores de la guarda y custodia, hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales. En las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos. Todas las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos deben ser adoptadas teniendo en cuenta el interés de éstos, que no el de los padres, pues no son las condiciones psicológicas o afectivas de los progenitores las que determinan las medidas a adoptar, sino exclusivamente el bienestar de los hijos.[43]

---

43 Tesis 1a. CLXIII, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 225.

En el artículo 3, apartado 1, de la CDN,[44] se establece:

> 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
>
> 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
>
> 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Existe un criterio emitido por la SCJN, con respecto a la guarda y custodia en las controversias familiares, que establece lo siguiente:

> Las medidas provisionales que puede dictar el Juez una vez que se presenta la demanda de divorcio, que tendrán vigencia mientras dure el juicio, tratándose de los juicios sobre guarda y custodia de menores o incapaces, debe hacerse extensiva la adecuación y aplicación de aquella disposición, como objetivo principal obliga a establecer la guarda del menor a favor de uno de ellos, en forma complementaria conlleva la necesidad de precisar las circunstancias en torno a las cuales el diverso ascendiente habrá de convivir con los hijos y cumplir las obligaciones derivadas de la patria potestad que sobre ellos mantiene.[45]

Ahora bien, las medidas provisionales deben ser decretadas por el juez durante el juicio de divorcio. Existen datos que deberán tomarse en cuenta al momento de decretarlas, como lo señala el siguiente criterio:

> Las medidas provisionales son consistentes en que, para la determinación de la guarda y custodia provisional de los menores habidos en el matrimonio y el régimen de visitas provisionales correspondiente, se requiere la audiencia de la contraparte y, en caso de desacuerdo, deberá escucharse a los menores para que se respete su interés superior.
>
> Por lo que la ausencia de prueba sobre la conducta real de los progenitores no constituye un obstáculo para emitir una decisión apegada al interés superior del menor, en la medida en que se trata de determinar quién ejercerá la guarda y custodia de los hijos y el

---

44 Convención de los derechos del niño, 25/01/1991, *http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Provictima/1LEGISLACI%C3%93N/3InstrumentosInternacionales/F/convencion_derechos_nino.pdf*

45 Tesis: XI.2o.146 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena, Época t. XXV, marzo 2007, p. 1655.

régimen de visitas y convivencias, que influirá en el desarrollo físico y emocional de los menores, y exige del juzgador la ponderación mínima para decretarla.[46]

El cambio de guarda y custodia de un menor a favor uno de los progenitores debe hacerse en manera gradual. Así lo señala la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sus puntos resolutivos siguientes:

> En los juicios en los que directa o indirectamente se ven involucrados los derechos de los menores, el interés superior de éstos le impone a los juzgadores la obligación de resolver la controversia puesta a su consideración atendiendo a lo que es mejor para el niño.
>
> La Sala precisó que la convivencia con ambos progenitores es fundamental para el desarrollo de los menores, por lo que en un escenario de ruptura familiar, los Tribunales deben garantizar que se lleven a cabo dichas convivencias.
>
> Los tribunales no deben decretar el cambio de guarda y custodia sin antes haber intentado por otros medios que éstas se lleven a cabo, pues lo ideal es que las convivencias se efectúen sin necesidad de decretar el cambio, pero si ya existen diversos requerimientos, apercibimientos y órdenes.[47]

6. Reflexiones en torno a la regulación del procedimiento de divorcio incausado en la guarda y custodia

En el CPC del Estado de México se regula el procedimiento de divorcio incausado (artículo 2.373), la solicitud podrá presentarse por uno de los cónyuges, sin necesidad de señalar la razón que lo motive, debe presentar el acta de matrimonio en copia certificada; el acta de nacimiento de los hijos, en copia certificada; y la propuesta de convenio que habrá de regular las consecuencias de la disolución del vínculo matrimonial. Esta propuesta debe considerar los siguientes aspectos:

- La designación sobre la guarda y custodia de las niñas, los niños y los adolescentes o incapaces quedará preferentemente al cuidado de la madre y el domicilio donde vivirán.
- El régimen de visita y convivencia respecto del progenitor que no ejercerá la guarda y custodia de los menores;
- La designación del cónyuge que seguirá habitando, en su caso, el domicilio donde se haga vida en común;

---

46 Tesis I.3o.C.923 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, abril de 2011, p. 1340.

47 Primera Sala de la SCJN, amparo de revisión 2710/2017, 25/04/2018, *Vid.*, SCJN, Crónicas del pleno y de las salas, sinopsis de asuntos destacados de la sala: *http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2017/10/2_215360_4145.doc*

– La cantidad que por concepto de alimentos se propone, para atender las necesidades de los hijos y en su caso del cónyuge a quien deba darse alimentos, la forma, lugar y temporalidad para hacerlo, los elementos que permitan al juez fijar la pensión propuesta, así como la garantía para asegurar su cumplimiento. La cónyuge que carezca de bienes y que durante el matrimonio haya realizado cotidianamente trabajo del hogar consistente en tareas de administración, dirección, atención y cuidado de las y los hijos, tendrá derecho a alimentos, mismo que no será inferior al cuarenta por ciento del total del sueldo, hasta que las y los hijos cumplan la mayoría de edad o que se dediquen al estudio, sin menoscabo de la repartición equitativa de bienes.

Cuando se trata de las y los hijos mayores de edad discapacitados, previa acreditación con la documentación idónea expedida por una institución pública de salud, al cuidado de la cónyuge, el cónyuge deberá proporcionarlos de por vida. La cónyuge que no tenga hijas o hijos y que carezca de bienes o que durante el matrimonio haya realizado cotidianamente trabajo del hogar, consistente en tareas de administración, dirección y atención, tendrá derecho a alimentos, mismo que no será inferior al treinta por ciento del total del sueldo, por el tiempo que haya durado el matrimonio, sin menoscabo de la repartición equitativa de bienes.

El cónyuge que se encuentre imposibilitado física y mentalmente para trabajar, previa acreditación con la documentación idónea expedida por una institución pública de salud tendrá derecho a alimentos, el cual no será inferior al veinte por ciento del total del sueldo, por el tiempo que haya durado el matrimonio, sin menoscabo de la repartición equitativa de bienes.

En la resolución que se dicte con respecto a los alimentos, se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. Los alimentos determinados por convenio o sentencia se modificarán de acuerdo a los ingresos del deudor alimentario. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará a lo que obtenga el deudor.

Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente. Cuando no sean comprobables el salario o ingresos del deudor alimentario, el juzgador resolverá tomando como referencia la capacidad económica y el nivel de vida que el deudor y sus acreedores alimentarios hayan llevado en el último año, la cantidad correspondiente no podrá ser inferior a una unidad de medida y actualización por cada acreedor alimentario.

– La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, después de decretado el divorcio; y

– En el régimen de separación de bienes, la forma de repartir los bienes adquiridos durante el matrimonio, en los términos previstos por el artículo 4.46

del Código Civil del Estado. En la solicitud, se podrá pedir la aplicación de medidas precautorias, se acompañará en su caso, la documentación que se estime necesaria. Se exhibirá copia de la solicitud y documentos exhibidos para traslado.

Como señaláramos, el procedimiento se regula en los artículos 2.374 al 2.379. Una vez presentada la solicitud, de no existir prevención alguna, el juez admitirá a trámite la petición, dará vista al otro cónyuge y proveerá sobre las medidas precautorias solicitadas o las que estime necesarias para salvaguardar el interés superior de los menores o incapaces. Además, se señalará día y hora para una audiencia de avenencia que tendrá verificativo después de nueve y antes de quince días, contados a partir de la notificación del propio auto (art. 2.374).

En caso de que el otro cónyuge no se localice en el domicilio señalado, no tenga uno fijo o se ignore su paradero, la notificación se hará por edictos. La audiencia se señalará dentro de los cinco días siguientes a la fecha de exhibición de las publicaciones que contengan los edictos respectivos (art. 2.375).

En la audiencia de avenencia, el juez tratará de conciliar a las partes, para continuar con el matrimonio; si no obtiene la conciliación, citará a una segunda audiencia con el mismo propósito, en un término de tres días, y si en esta segunda audiencia de conciliación no se logra avenir a las partes, continuará la misma y el juez las escuchará sobre la propuesta del convenio, en la que se podrán modificar o adicionar las cláusulas del mismo a petición de los interesados. De manifestar su conformidad con los términos del convenio y, de no haber observación alguna por el juzgador, se aprobará y elevará a la categoría de cosa juzgada, decretará la disolución del vínculo matrimonial y, en su caso, la terminación de la sociedad conyugal. La aprobación del convenio podrá ser solo sobre los puntos en que haya consenso, respecto de los restantes se procederá conforme al precepto legal siguiente (art. 2.376).

En el momento de avenir a las partes para que lleguen a una amigable composición, puede dar por terminado el conflicto familiar y el procedimiento de divorcio. Los juzgadores deben tener especial cuidado al momento de dialogar con los cónyuges, pues de ello depende el buen resultado de la conciliación y en esta etapa se les debe hacer saber con énfasis a los divorciantes que la sociedad y el Estado tienen interés en que subsista el matrimonio, porque, como se ha manifestado, este da lugar a una familia, y la familia es la base de la sociedad, dado que en el seno familiar se construyen los valores más elementales que permitirán a los esposos, y desde luego a los hijos, contar con un entorno y ambiente sano en el que podrán desarrollarse armónicamente en el aspecto personal, emocional, psicológico y social, y ello los hará mejores ciudadanos, para contribuir así al orden y la paz social.

De no llegar a un acuerdo sobre la totalidad de los puntos del convenio o de inasistir a la audiencia respectiva el cónyuge citado, se decretará la disolución del vínculo matrimonial y, en su caso, la terminación de la sociedad conyugal; se apercibirá a las partes de abstenerse de ocultar, enajenar, dilapidar bienes y efectos patrimoniales generados durante el matrimonio hasta en tanto se resuelva, en definitiva. En la propia audiencia, se decidirá sobre las medidas precautorias y provisionales, entre otras las relativas a los alimentos, guarda y custodia de menores o incapaces y, régimen de convivencia.

Se otorgará a las partes un plazo común de cinco días para que, conforme a los requisitos de una demanda, formulen sus pretensiones, hechos y ofrezcan sus medios de prueba, respecto de los puntos que no hayan sido objeto de consenso y los demás que estimen convenientes. Con los escritos que presenten las partes, se les dará vista para que manifiesten lo que a su interés convenga, opongan defensas y excepciones y ofrezcan los medios de prueba respectivos, por un plazo de cinco días (art. 2.377).

De no formularse pretensión alguna, o transcurrido el plazo a que se refiere el artículo anterior, el juez citará a las partes a la audiencia inicial a que se refiere el artículo 5.50 de este Código, que tendrá verificativo dentro de los cinco días siguientes. El procedimiento continuará conforme a las reglas del Libro Quinto del CPC para el Estado de México (artículo 2.378).

Cabe mencionar que en el procedimiento especial de divorcio incausado, establecido en el CPC del Estado de México,[48] en el que se contempla el divorcio unilateral, en el que uno de los cónyuges sin dar explicaciones, ni proveer causales puede solicitar la disolución del matrimonio que lo une con el otro cónyuge, únicamente se privilegia la libertad de la voluntad de uno de los cónyuges, porque se considera a la unión matrimonial como un contrato susceptible de disolverse con la voluntad de uno de los consortes y mediante el cual se evitan procesos largos, desgastantes y costosos.

Sin embargo, se descuidan aspectos o rubros importantes como alimentos, su garantía, guarda y custodia de los hijos, visitas y convivencias, que son consecuencias de la disolución del vínculo matrimonial, pues dada su naturaleza de procedimiento sumario, durante su tramitación, e incluso dentro del procedimiento controvertido en el que las partes deben formular sus pretensiones y ofrecer pruebas, si estas son omisas o renuentes, no existen elementos de convicción suficientes para determinar con precisión a quien de los progenitores se debe conceder la guarda y custodia de los menores habidos durante el matrimonio de los divorciantes. Lo cual, da como resultado que el juzgador determine lo que prudentemente

---

48 Decreto publicado en la Gaceta del Gobierno, 03/05/2012.

considere procedente o conveniente, lo que desde luego será legal pero no del todo real, por no contar con pruebas o medios de convicción suficientes, por la falta de colaboración de las partes que no tuvieron interés en salvaguardar los derechos humanos de sus menores hijos, en los aspectos que han quedado apuntados (art. 2.379).

Lo anterior es así, porque, una vez divorciados y al darse cause a la controversia, el sesenta por ciento de las parejas separadas no se preocupa por formular sus pretensiones, lo que da lugar a que en la mayoría de las ocasiones el juzgador confirme las medidas provisionales que decretó en el auto inicial o en la primera junta de avenencia, con base en lo manifestado por el cónyuge solicitante, en su escrito de divorcio incausado o en la propuesta de convenio que acompañó a dicho libelo.

Lo que, desde luego, puede no ser real, porque el solicitante podría ocultar actos de violencia familiar, vicios o comportamiento inmorales que el juzgador no podrá advertir ante la falta de interés del cónyuge citado, tanto en el procedimiento de divorcio como en el procedimiento controvertido a que se refiere el artículo 2.377 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, al no formular pretensiones, ni comparecer a juicio, lo que, como se indicó, dará lugar a una resolución judicial que no cuente con elementos objetivos para proteger plenamente el interés superior de los niños, niñas y adolescentes en cuanto a la guarda y custodia, para otorgarla al progenitor más apto o idóneo que deberá desempeñar ese importante cargo.

Debido a la regulación del divorcio incausado, el juzgador no puede ordenar de manera oficiosa durante ese procedimiento el desahogo de pruebas periciales en materia de psicología familiar ni escuchar a los menores, porque ello afectaría los plazos o términos dentro de los cuales debe sustanciarse el divorcio incausado; y si el cónyuge citado durante el procedimiento especial de divorcio incausado, no comparece a realizar contrapropuestas al convenio exhibido por el cónyuge solicitante, no formula pretensiones, ni lo hace el divorciado que solicitó la disolución del matrimonio, el juzgador de manera oficiosa señalará fecha para que tenga verificativo la audiencia inicial, en la que no habrá puntos de controversia (fijación de la *litis*), ni pruebas ofrecidas por las partes para acreditar sus pretensiones; lo que obligaría al juzgador a resolver con base en las constancias aportadas en el procedimiento especial de divorcio incausado y confirmar definitivamente las medidas provisionales decretadas en ese procedimiento, si así se hubiese apercibido a las partes; o por otra parte, si en la audiencia inicial se hubiera ordenado de oficio el desahogo de la prueba pericial en materia de psicología en la persona de los progenitores y de los menores, así como la escucha de los menores, si su edad, condiciones físicas o emocionales lo permiten. Asimismo, cuando los progenitores no comparecen o no presentan a sus menores hijos, el juez, de igual forma, no

tendría elementos de prueba suficientes para resolver de manera eficaz sobre la guarda y custodia de los menores involucrados.

Cabe mencionar que, en la mayoría de los casos, las partes muestran desinterés, no se presentan al proceso, ni presentan a los menores para el desahogo de las indicadas probanzas, y una vez que durante ese juicio el juzgador ha agotado todas las medidas necesarias para lograr su comparecencia (medios de apremio), tendrá que resolver con los únicos datos que tiene en el procedimiento de divorcio incausado; en consecuencia, tendrá que confirmar las medidas provisionales dictadas en el auto inicial o en las juntas de avenencia de este procedimiento especial de divorcio incausado, las cuales podrían no estar ajustadas a la realidad, por no tener el juzgador otros elementos de convicción ante la falta de interés de los cónyuges.

Este problema se acentúa en los casos en que el progenitor solicitante vive en el extranjero y promueve el divorcio por conducto de apoderado legal, y el cónyuge citado no comparece ni plantea pretensiones, lo que origina que el juzgador no tengas elementos de convicción para determinar cuál de los progenitores es el más idóneo o apto para desempeñar la guarda y custodia de los menores hijos; lo mismo ocurre cuando, de acuerdo a las constancias procesales, el juez decreta la custodia a favor de los abuelos paternos o maternos, familiares y consanguíneos hasta el tercer grado colateral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.204 del Código Civil del Estado de México, o a cargo de la Procuraduría de la Dirección Integral de la Familia (DIF) Municipal correspondiente, en el supuesto de que los progenitores o demás familiares no estén aptos o en condiciones de ejercer la guarda y custodia de los menores, pues se ha visto en los juicios de controversia familiar en que las partes sí comparecen, que los padres de los menores presentan conductas inmorales, viciosas o actitudes de violencia familiar, que atentan contra el sano entorno familiar en el que deben desenvolverse los menores hijos.

En estos casos, el juzgador debe procurar no solo por el menor perjuicio sino el mayor beneficio para los menores (niñas, niños y adolescentes) que se encuentren involucrados en esos conflictos familiares, lo que tampoco se satisface plenamente en el caso de que la Procuraduría del DIF Municipal no cuente con la infraestructura necesaria para resguardar a los infantes, cuando le es confiada la guarda y custodia de algunos menores por las razones apuntadas.

7. Conclusiones

La guarda y custodia es un aspecto básico y de vital importancia, como lo hemos visto a través de lo que establecen los tratados internacionales, la Cons-

titución, leyes generales y códigos de cada entidad del país. Se debe proteger el interés superior de las niñas, niños y adolescentes; es lo que debemos considerar como punto principal. Es por ello que, como se hace mención, en el divorcio incausado eso no se respeta, la guarda y custodia debe otorgarse a la persona que cumpla con los requisitos y sea la más idónea para ello. Se mencionó en el análisis que al ser el divorcio incausado un procedimiento exprés o que se desarrolla de manera rápida, la guarda y custodia no es un elemento que se analice de manera primordial y detallada, y al no analizarse se vulneran los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Existen diferentes documentos internacionales, nacionales y locales en los cuales este punto es mencionado como importante. Los tratados internacionales, como el Convenio de los Derechos de los Niños, contemplan que quiénes están a cargo de estos deben ser personas capaces; se debe elegir a la cual cumplió con los requisitos. Esto, a través de diversos textos analizados que mencionan que la guarda y custodia debe ser un derecho de los niños, no de los padres.

Dentro de sus derechos está el que se desarrolle en un entorno favorable; en el divorcio, en la mayoría de los casos, los padres no prestan la mejor atención en este aspecto. Su objetivo, es solo demostrar quien en más capaz de tener su custodia, no piensan en que los niños deben tener un ambiente sano, sin discusiones; es por ello que el juez es el encargado de velar por los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y la forma en que se deberán garantizar y analizar todas las circunstancias para que esto pueda llevarse a cabo de una manera correcta y justa, y siempre respetando el interés superior de las niñas, niños y adolescentes como lo establece el artículo 4° de nuestra constitución mexicana.

Es por ello que en el procedimiento de divorcio incausado se debe considerar, entre otros, la guarda y custodia, que es el tema principal de este análisis; que es un procedimiento ágil, pero se debe prestar atención a la guarda y custodia de los menores por estar involucrado el desarrollo de las niñas, niños y adolescentes, protegidos por diversos instrumentos internacionales para que sus derechos sean respetados.

8. Bibliohemerografía

Bibliografía

Álvarez de Lara, Rosa María, *Panorama internacional de derecho de familia Cultura y sistemas jurídicos comparados*, UNAM, México, 2006.

Floris Margadant S., Guillermo, *El derecho privado romano*, 21ª edición, México, Esfinge, 1995.

Magallón Ibarrra, Mario (coord.), *Compendios de términos de Derecho civil*, México, Porrúa, 2002.

Peña Zarco, Iván Aureliano, *La Ineficacia del Divorcio por Mutuo Consentimiento o Voluntario en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México*, México, UNAM, 2016.

Pérez Contreras, María de Montserrat, *Derechos de la familia y sucesiones*, México, Cultura Jurídica, IIJ-UNAM, 2010.

Sunkel, Guillermo, *El papel de la familia en la protección social en América Latina*, Chile, CEPAL, 2006, *https://www.bps.gub.uy/bps/file/1742/1/el-papel-de-la-familia-en-la-proteccion-social-en-america-latina.-g.-sunkel.pdf*

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Divorcio Incausado*, Temas selectos de derecho familiar, núm. 5, México, 2011.

Treviño Pizarro, María Claudina, *Derecho Familiar*, IURE editores, México 2014.

Hemerografía

Bejarano Alfonso, Enriqueta, "El divorcio incausado y la mediación familiar, una fórmula de éxito que augura bienestar para los hijos", *El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, México, año II, no. 2, abril 2009.

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.

Pérez Contreras, María de Montserrat, "El entorno familiar y los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes: una aproximación", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* México, nueva serie, año XLVI, núm. 138, septiembre-diciembre de 2013, pp. 1151-1168.

Documentos publicados en internet

Comisión Nacional de Derechos Humanos, Guarda y custodia. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser cuidados, protegidos y a ver satisfechas sus necesidades (tríptico), *https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Ninez_familia/Material/trip-guardia-custodia.pdf*

Comisión Nacional de Derechos Humanos, Programa sobre Asuntos de la Niñez y la Familia, *http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Ninezfamilia/Material/trip-familias-juridicas.pdf*

Gobierno de México, Divorcio incausado. https://www.gob.mx/tramites/ficha/divorcio-incausado/Entidades7812

INEGI, Estadísticas a propósito de…Matrimonios y divorcios en México (datos nacionales), comunicado de prensa núm. 104/19, 12/02/2019, *https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2019/matrimonios2019_Nal.pdf*

INMUJERES, Glosario de Género, 2010, *http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100904.pdf*

Los valores y antivalores del matrimonio, http://bodayvida.com/los-valores-y-antivalores-del-matrimonio/

Red por los Derechos de la Infancia en México, Proyecto: Derechos Infancia México, *http://www.derechosinfancia.org.mx/fichasdeasesoria/guardiaycustodia.html#b*

SCJN, Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes, *https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/publicaciones/protocolos-de-actuacion*

Legislación

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1981.

Ley de los derechos de niñas, niños y adolescentes del Estado de México, 2015.

Código Civil del Estado de México, 2002.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, 2002.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

Ley general de niñas, niños y adolescentes, 2014.

Tratados y Convenios Internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 1969.

Convención de los Derechos del Niño, 19891.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948.

Declaración de los Derechos del Niño, 1959.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, 1948.

Jurisprudencia

Contradicción de tesis 25733, primera sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, T. I, julio 2015.

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo de revisión 2710/2017, 25 de abril de 2018.

Tesis 1a. CLXIII, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 225.

Tesis 1a. LIX/2015, Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 15, febrero de 2015, p. 1392.

Tesis I.3o.C.923 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, abril de 2011, p. 1340.

Tesis: 1ª XCV/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Primera Sala, Libro VIII, mayo de 2012, t. 1, p. 1112.

Tesis: 1a./J. 28, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, julio de 2015.

Tesis: XI.2o.146 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena, Época t. XXV, marzo 2007, p. 1655.

Capítulo III

REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR EN EL ESTADO DE MÉXICO

Raúl Aarón Romero Ortega*

SUMARIO

1. Introducción. 2. Recurso de apelación. 3. Ausencia de algún presupuesto procesal esencial. 4. Violación procesal manifiesta cuando haya trascendido al resultado del fallo. 5. Suplencia de la queja de menores o incapaces y del acreedor alimentario. 6. Debido proceso y plazo razonable. 7. Tutela judicial efectiva en la ejecución de la reposición. 8. Conclusiones. 9. Bibliohemerografía.

1. Introducción

El derecho de acceso a la impartición de justicia, previsto en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), consagra, entre otros principios, el de la justicia pronta, cuya finalidad es la resolución de los juicios dentro de los plazos y términos que fije la ley, sin tardanza alguna. Corresponde al Estado hacerlo realidad a través de tribunales expeditos para dicho fin, así como procedimientos ágiles.

La impartición de justicia que responda a una sociedad cada vez más demandante requiere de operadores profesionalmente capacitados y prestos para la resolución de la problemática presentada constantemente. Para realizar dicha tarea, se les debe dotar de las herramientas necesarias. Entre ellas, una legislación de avanzada que permita cumplir con el cometido de impartir una justicia pronta y expedita. Entre más rápido se ajuste la ley a los cambios sociales, la solución dada a las controversias será cada vez con mayor precisión y oportunidad.

Uno de los avances en la legislación procesal, en lo relativo a la materia familiar, en el contexto de la oralidad, lo constituye la posibilidad de advertir, por los tribunales de apelación, la existencia de violaciones procesales, que de existir y

* Maestro en Ciencias Penales, así como en Docencia y Desarrollo de Competencias. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, adscrito actualmente en la Primera Sala Familiar de Texcoco. Docente en la Escuela Judicial del Estado de México.

haber trascendido en el resultado de la sentencia, trae como consecuencia la reposición del procedimiento.

Anteriormente, las violaciones procesales se consideraban inatendibles; por estimarse ajenas a la resolución definitiva, se requería del juicio de amparo para la reposición de todo lo actuado, lo que implica un desgaste de tipo económico, emocional y temporal para las personas involucradas.

También son causa de la reposición del procedimiento, la ausencia de algún presupuesto procesal esencial, cuando haya trascendido al resultado del fallo; así como cuando se advierte la necesidad de prueba, en suplencia de la queja de menores o incapaces y en materia de alimentos a favor del acreedor.

De la reposición con reenvío al juzgado de origen se advierte la ausencia de un mecanismo de control para verificar el cumplimiento a la ejecutoria de segunda instancia, como acontece en el cumplimiento de las sentencias de amparo, cuestión incluso que se ha considerado de orden público. Situación que en el ámbito local debe desplegarse con el objeto de promover, respetar, proteger y garantizar el derecho humano del debido proceso, así como de pronta administración de justicia.

En el ámbito internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte-IDH) tiene la facultad de supervisar el cumplimiento de las resoluciones que emite; facultad que está prevista en el artículo 69 de su reglamento, ejercida mediante la presentación de informes, peritajes y, en su caso, la celebración de audiencia para supervisarlo. Dicho cumplimiento se funda en "un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida".[1]

Existe un concepto amplio sobre el acceso a la justicia, en el que se destaca como elemento el seguimiento de un proceso, "…se dicte una resolución que de solución al problema planteado de manera equitativa y justa hasta el cabal cumplimiento de ésta…".[2] Señalándose como barreras que impiden el acceso a la justicia: la desigualdad, normativas, jurisdiccionales o procesales, materiales, de credibilidad, formativas, culturales y de medición.

En la problemática de la reposición del procedimiento, pueden concurrir varias de las barreras mencionadas; sin embargo, ubicamos el tema en el apartado jurisdiccional o procesal; ejemplificadas con las interpretaciones limitadas al De-

---

1 García Ramírez, Sergio y Londoño Lázaro, María Carmelina, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, vol. VII, México, IIJ-UNAM, 2010, p. XCIV.

2 Castilla Juárez, Karlos Artemio, *Acceso efectivo a la justicia,* México, Porrúa, 2012, p. 34.

recho de origen nacional, la forma y técnica por encima del fondo y la sustancia, preferencia del pasado a la evolución y el progreso, así como la inejecución de resoluciones, impunidad de resultados.[3]

Atender solo el texto del código procesal en lo relativo a la reposición del procedimiento, es insuficiente; porque la norma que prevé dicho supuesto es limitada sobre la posibilidad de dar seguimiento a la resolución emitida en segunda instancia, con el objeto de que se cumpla con los efectos y sin dilación. Por lo que, es imprescindible invocar principios aplicados en el ámbito internacional y así preservar el derecho de acceso efectivo a la justicia.

La reposición del procedimiento se decreta generalmente en el trámite del recurso de apelación, circunstancia que hace necesario desarrollar lo relativo a dicho medio de impugnación. Además, se abordan los supuestos establecidos para la reposición: ausencia de algún presupuesto esencial, violación procesal manifiesta cuando haya trascendido al resultado del fallo, y en suplencia de la queja a favor, tanto de menores de edad como de incapaces, así como del acreedor alimentario en materia de alimentos.

El debido proceso es tema ineludible, caracterizado entre otros elementos por el de plazo razonable, que ha sido objeto de interpretación por la Corte-IDH, destacándose las partes que lo conforman.

Finalmente, el seguimiento de la reposición del procedimiento se ubica en el contexto del derecho de acceso efectivo a la justicia, mediante la propuesta de la reforma legislativa que lo garantice.

2. Recurso de apelación

En el Libro Quinto, del Código de Procedimientos Civiles (CPC) del Estado de México, relativo a las controversias sobre el estado civil de las personas y del Derecho familiar, específicamente en el Capítulo VIII denominado "De los Recursos" se regulan la revocación y la apelación. Del primero, se establece su trámite y sustanciación; y del segundo, en cuanto a su trámite y substanciación remite a las disposiciones generales del Código, con la salvedad del turno para la resolución. Asimismo, contempla la posibilidad de reponer el procedimiento con reenvío al juez, cuando se presenta alguno de los supuestos previstos en el artículo 5.80 del Código citado.

---

3 *Ibidem,* pp. 78-85.

El Tribunal de Alzada interviene generalmente con motivo del recurso de apelación; de ahí, la importancia de ubicarlo dentro de la doctrina que se ha ocupado de establecer su objeto y naturaleza jurídica.

Humberto Briseño[4] establece como base, para revisar cualquiera normatividad positiva, la sistematización impugnativa; máxime cuando se trata de lograr una reforma legislativa. Para dicho autor, el dinamismo de la instancia que se encuentra presente en la impugnación, en esta pretende resistir la existencia, producción o los efectos de alguna clase de actos jurídicos, diferenciándose de otras instancias o derechos dinámicos, con base en las condiciones, clasificadas en supuestos, requisitos y presupuestos, para establecer que "La impugnación es el derecho de instancia legalmente condicionado para obtener la censura, la crítica o el control de una conducta autoritaria".[5]

Otra parte de la doctrina reconoce en el Derecho procesal la complejidad del tema de los medios de impugnación, se inclinan solo por definirlos y clasificarlos, y son: "los instrumentos jurídicos consagrados por las leyes procesales para corregir, modificar, revocar o anular los actos o las resoluciones judiciales, cuando adolecen de deficiencias, errores, ilegalidad o injusticia".[6] Denominándolos remedios, recursos y procesos impugnativos.

Como remedios procesales se mencionan la aclaración de sentencia y la revocación,[7] cuyo denominador común es el conocimiento y resolución por el propio juez que emitió la resolución impugnada.[8]

En cambio, los recursos se interponen dentro del mismo procedimiento, resueltos por un órgano judicial superior, tanto por violaciones procesales como de fondo. Clasificándolos, a su vez, en ordinarios, extraordinarios y excepcionales.[9]

Cipriano Gómez Lara[10] distingue el recurso del medio de impugnación bajo el criterio de que este es el género y aquel la especie. Además, el primero es de naturaleza intraprocesal, al desarrollarse dentro del mismo proceso, mientras existen medios de impugnación, de naturaleza extraordinaria que originan nuevos procesos.

---

4 Briseño Sierra, Humberto, *Derecho Procesal,* 2ª edición, México, Harla, 1995, p. 1498.
5 *Ibídem,* p. 1494.
6 Fix-Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal,* México, IIJ-UNAM, 1991, p. 103.
7 Cortes Figueroa, Carlos, *En Torno a Teoría General del Proceso,* 3ª edición, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1994, p. 359.
8 Fix-Zamudio, y Ovalle Favela, *op. cit.,* p. 103.
9 *Ibidem* p. 105.
10 Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso,* 8ª edición, México, Harla, 1990, p. 390.

En el CPC del Estado de México[11] se confunden los remedios con los recursos, dado que el artículo 1.360 reconoce como estos: revocación, apelación y queja.

La falibilidad humana constituye la razón de ser de la impugnación, esta existe para corregir los errores e injusticias derivados de la actividad jurisdiccional. Sin dejar de señalar la problemática sobre la constitución de los tribunales, que, para Fairén Guillén,[12] involucra el "problema del jurado" o del juez profesional"; el de "juez único" como del "juez colegiado"; así como el de las instancias, en que se plantea el dilema sobre si un proceso debe ser visto y resuelto una sola vez, por un solo juez o tribunal, o existir la posibilidad de que se revise por otro superior.

En el Estado de México, en ambas instancias son jueces profesionales quienes deciden los asuntos de su competencia, en forma unitaria en los juzgados y colegiadamente en las Salas, a las que corresponde conocer de la materia familiar sobre la que se desenvuelve este trabajo, con la posibilidad de la doble instancia.

La apelación es el recurso por medio del cual se pide al superior de un juzgador inferior que revoque o modifique una resolución que este dictó.[13] Sus elementos, de acuerdo con Eduardo J. Couture,[14] son: el objeto, los sujetos y sus efectos.

El recurso ordinario por excelencia es el de apelación, cuyo objeto, conforme con al CPC para el Estado de México, es que el Tribunal de Alzada revoque o modifique la resolución impugnada, en los puntos relativos a los agravios; los que, de no prosperar, motivarán su confirmación (art. 1.366).

Por su parte, Couture señala como "objeto del recurso, la operación de revisión a cargo del superior, sobre la justicia o injusticia de la sentencia apelada". Los sujetos serán aquellos legitimados procesalmente para interponer el recurso, y en los efectos se mencionan el devolutivo y el suspensivo.[15]

Una cuestión que se ha planteado la doctrina, a decir de Couture, es lo relativo a la "teoría del doble examen y juicio único"; conforme a la cual, existe el dilema acerca de lo que se revisa en segunda instancia: será la instancia anterior o solo la sentencia.[16] El mismo autor, después de revisar los antecedentes legislativos en

---

11 Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, Decreto núm. 70 del 31/05/2002, promulgado el 07/06/2002, publicado en Gaceta del Gobierno del Estado de México 07/06/2002, vigencia a partir del 22/06/2002. Última modificación 07/06/2018.

12 Fairén Guillén, Víctor, *Teoría General del Derecho Procesal,* México, IIJ-UNAM, pp. 143-150.

13 Dorantes Tamayo, Luis, *Teoría del proceso*, 12ª edición, México, Porrúa, 2010, p. 412.

14 Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil,* 3ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1958, pp. 351-352.

15 *Ibidem*, p. 352.

16 *Ibidem*, p. 354.

Alemania, Italia y España, concluye que la tendencia es que la segunda instancia es revisión y no una renovación plena del debate.[17]

Couture precisa que son las partes quienes están impedidas para enmendar los errores de la instancia anterior, dado que el tribunal de apelación sí podrá ordenar pruebas para mejor proveer e incluso acudir a disposiciones legales distintas a las invocadas por las partes o a las invocadas por el juez.[18]

El artículo 5.79 del CPC, otorga facultades a la Sala para decretar medios de prueba, cuando se involucren derechos de menores o incapaces y en materia de alimentos a favor del acreedor alimentario, y el artículo 5.80 del mismo Código, prevé el supuesto jurídico de la reposición del procedimiento, con reenvío al juzgado de origen, por ausencia de algún presupuesto procesal esencial o por una violación procesal manifiesta, cuando haya trascendido al resultado del fallo; o bien, cuando en suplencia de la queja de los sujetos mencionados en el primero de los artículos citados, se estime necesario el desahogo de medios probatorios.

3. Ausencia de algún presupuesto procesal esencial

Es el primero de los supuestos para la reposición del procedimiento, sin estar previsto alguno de los presupuestos; circunstancia por la que deben explicarse con el objeto de evitar confundirlos con alguna otra figura procesal, como serían las condiciones de la acción.

Se atribuye a Bülow la expresión de presupuestos procesales, quien los consideró como requisitos para el nacimiento de la relación jurídica procesal.[19] Dichos requisitos son necesarios para que la relación procesal conduzca a la controversia y a la resolución de fondo.

Eduardo Couture, se ocupa de los presupuestos procesales en el capítulo destinado a la excepción, como estudio previo y de distinción entre ambos conceptos. Define aquellos como "antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal".[20] Los ejemplifica con la competencia del juez y la capacidad de las partes en el juicio.

Chiovenda analiza los presupuestos procesales junto con las condiciones de la acción, que se suelen confundir en la práctica, al establecer que los primeros "son las condiciones para que se consiga un pronunciamiento, favorable o desfavora-

---

17 *Ibidem*, p. 355.
18 *Idem*.
19 Medina Lima, Ignacio, *Breve antología procesal,* 2ª edición, México, UNAM, 1986, p. 169.
20 Couture, *op. cit.,* pp. 102-103.

ble, sobre la demanda".[21] Y que las condiciones son necesarias para la emisión de una resolución favorable.

La diferencia entre los presupuestos procesales y las condiciones de la acción se ha establecido en tesis de los tribunales federales;[22] se ubica como aquellos la competencia, la procedencia de la vía, la personalidad y el litisconsorcio pasivo necesario; en tanto que, la legitimación en la causa constituye una condición de la acción. Además, otra nota con la que se caracteriza a los presupuestos procesales es la de ser cuestiones de orden público que deben ser analizadas incluso de oficio por el juzgador, antes de efectuar el estudio del fondo del asunto, aspecto sobre el que existe restricción para los tribunales en la segunda instancia.

Cabe recordar que el artículo 5.80 del CPC del Estado de México, prevé en el apartado de la apelación la reposición del procedimiento, entre otros casos, por la ausencia de un presupuesto procesal esencial; característica que debe tener una justificación, de lo contrario resulta tautológico establecer como esencial uno de los requisitos para que el procedimiento sea válido.

Medina Lima[23] distingue entre los auténticos presupuestos procesales, cuyo estudio se realiza de oficio, con los que denomina impedimentos procesales, que exigen ser alegados por las partes. Son de estudio oficioso: la presentación de la demanda en debida forma, la admisibilidad de la vía civil, existencia de jurisdicción por razón de persona y materia, inexistencia de litispendencia, competencia objetiva y territorial, capacidad para ser parte y capacidad procesal, representación legal con arreglo a derecho, necesidad de tutela jurídica y admisibilidad de la acción; en cambio, deben invocarse por la parte demandada: la existencia de compromiso, la falta de reembolso de los costos procesales de un posible procedimiento anterior, así como la falta de prestación de caución para las costas procesales.

De manera semejante, Chiovenda[24] separa de los presupuestos procesales, aquellos que son innecesarios para la existencia de la relación procesal, por lo que corresponde al demandado invocarlos como excepciones, sin tener que invocarlos de oficio por el juez; se mencionan, entre otros, la litispendencia, el compromiso y la inejecución de la sentencia precedente.

La distinción entre excepción y presupuestos procesales es ubicada por Couture en la obra de Bülow, para quien, la primera, es un medio de defensa que ejerce el demandado; y los segundos, como se ha señalado, constituyen "supuestos de

---

21 Chiovenda, Giuseppe, *Curso de Derecho Procesal Civil*, trad. de Enrique Figueroa Alfonzo, Biblioteca Clásicos de Derecho Procesal, vol. 4, México, Harla, 1997, p. 36.

22 Tesis XV.4o.16 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, diciembre de 2010, p. 1777.

23 Medina Lima, *op. cit.,* pp. 169-172

24 Chiovenda, *op. cit.,* p. 37.

hecho o de derecho sin los cuales el proceso no tiene existencia jurídica ni validez formal."[25] Con la diferencia también de que estos podrán ser alegados por las partes, así como invocarlos de oficio por el tribunal.

Con base en la tesis aislada, se desarrolla cada uno de los presupuestos por los que sería procedente la reposición del procedimiento.

La competencia se explica en la doctrina a partir de la jurisdicción, esta como poder del juez, aquella como la medida de dicho poder. Es "la medida del poder o facultad otorgada a un órgano jurisdiccional para entender de un determinado asunto".[26]

Los límites competenciales están regulados como reglas en el artículo 1.29 del CPC, que prevé el grado, materia, cuantía, territorio y prevención.

4. Violación procesal manifiesta cuando haya trascendido al resultado del fallo

Otra razón para la reposición del procedimiento es la violación procesal manifiesta, cuando haya trascendido al resultado del fallo.

Vale la pena destacar que la posibilidad de reenviar al juez el asunto para que subsane el derecho violado, constituye un avance en la pronta administración de justicia que dispone el artículo 17 constitucional; porque, antes de implementarse la oralidad en las controversias del estado civil de las personas y del Derecho familiar, en el CPC, mediante Decreto publicado en la Gaceta de Gobierno de 19 de febrero de 2009, las salas o tribunales de segunda instancia, competentes para resolver el recurso de apelación, estaban impedidas para ocuparse de dicha cuestión.

La imposibilidad de analizar violaciones procesales se funda en la interpretación del artículo 1.366 del CPC, con base en que se interpreta en la jurisprudencia;[27] el recurso de apelación tiene por objeto que el tribunal de alzada revoque o modifique la resolución impugnada, en los puntos relativos a los agravios, se sigue de ello que dicho tribunal no podrá ocuparse de violaciones al procedimiento, precisamente porque estas no se habrían cometido al dictarse la sentencia inicial recurrida.

---

25 Couture, *op. cit.,* p. 93.

26 De Pina, Rafael y Castillo o Larrañaga, José, *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* México, Editorial América, 1946, p. 59.

27 Jurisprudencia II.2o.C. J/23, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 2129.

La misma interpretación se hizo respecto al artículo 423 del CPC para el Estado de México, abrogado en el año 2002, por resolución de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), al resolver la contradicción de tesis 8/9;[28] en la que, a partir del objeto de la apelación, se consideró que con la apelación solo es posible analizar los errores u omisiones cometidos en la sentencia, se excluyen las violaciones procesales; destacándose la imposibilidad de la reposición del procedimiento ante la inexistencia del reenvío al juez de primera instancia.

De dicha interpretación se apartó la Primera Sala de la SCJN, en la Tesis Aislada bajo el rubro: "Apelación. se pueden analizar en ese recurso violaciones procesales, siempre que no constituyan cosa juzgada o se actualice la preclusión",[29] en la que se interpretan artículos del CPC del Distrito Federal, relativos al recurso de la apelación, cuyo contenido es similar a la legislación adjetiva del Estado de México, sin que de estos se advierta la prohibición expresa para el tribunal de alzada de analizar los agravios relativos, tanto al procedimiento como el fondo del asunto.

Existe tesis aislada[30] que interpreta el artículo 5.80 del Código invocado, en la que se establece que la Sala debe analizar las violaciones procesales que la apelante exponga en las controversias del estado civil de las personas y del Derecho familiar, como agravios del recurso.

Se ha considerado que, al verificar la existencia de violaciones procesales, estas debieron cometerse durante la secuela del procedimiento, y de ser así "el efecto sería el de reponer el procedimiento desde que la misma se cometió, a fin de que se reparen las garantías violadas".[31]

La doctrina[32] distingue dos tipos de violaciones procesales, clasificación que atiende al momento en que se ocasiona: a) al dictarse la resolución final del asunto, y b) en el curso del procedimiento; también conocidas como *in iudicando* e *in procedendo*, respectivamente.

---

28 Jurisprudencia 1a./J. 8/2001, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIII, marzo de 2001, p. 5.

29 Tesis 1a. XVIII/2019, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 64, t. II, marzo de 2019, p. 1398.

30 Tesis II.2o.C.543 C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, julio de 2011, p. 2281.

31 Amparo directo 5335/72, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, vol. 66, cuarta parte, junio 1974, p. 33.

32 Martínez Berman, Noé Adonai, *Las violaciones procesales: su posible irreparabilidad en el ámbito del Derecho civil*, 2ª edición, México, Porrúa, 2018, p. 77.

También se requiere que la violación procesal trascienda al resultado del fallo, y en su caso, se haya impugnado durante la tramitación del juicio mediante el recurso o medio de defensa, por disposición del artículo 107, fracción III, inciso a), de la CPEUM; del que se advierte que dicho requisito no es exigible cuando se afecten derechos de menores o incapaces, al estado civil, o al orden o estabilidad de la familia.

5. Suplencia de la queja de menores o incapaces y del acreedor alimentario

En la exposición de motivos de la Reforma al CPC, publicada en la Gaceta de Gobierno el 19 de febrero de 2009, se justifica la implementación de la oralidad en el trámite de las controversias del Derecho familiar, de tratamiento especializado, por considerarse de interés social; circunstancia por la que se dota al juez de mayores facultades para la dirección del proceso, dada la importancia que en el Estado mexicano tiene la familia como núcleo de la sociedad y, de manera particular, cuando se encuentran involucrados derechos de menores o incapaces.

Incorporándose la institución de la suplencia de la queja, tanto en primera como en segunda instancia, con el objeto de que el juez y la Sala puedan ordenar el desahogo de pruebas, en los asuntos que afecten los derechos de menores o incapaces y en materia de alimentos a favor del acreedor alimentario.

Juventino V. Castro[33] ubica el origen de la suplencia de la queja en la CPEUM; además, la distingue de la suplencia del error. Señala que esta se reguló por primera vez en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Amparo de 1882, con base en que dicha suplencia tiene lugar cuando existe error o ignorancia de la parte quejosa al citar la garantía constitucional que viola el acto reclamado, otorgándose el amparo por la garantía que realmente aparezca violada; sin poder suplir el hecho, el derecho, como tampoco el escrito de queja; llamándole el autor una imperfección de estilo. En la suplencia de la queja, se omite totalmente o se desarrolla de manera incorrecta el concepto, es decir, tiene lugar ante una imperfección de fondo.

Define la suplencia de la queja deficiente como "una institución procesal constitucional, de carácter proteccionista y antiformalista y aplicación discrecional, que integra las omisiones —parciales o totales—, de la demanda de amparo presentada por el quejoso, siempre a favor y nunca en perjuicio de éste, con las limitaciones y bajo los requisitos señalados por las disposiciones constitucionales conducentes."[34]

---

33 Castro, Juventino, *Justicia, legalidad y la suplencia de la queja,* México, Porrúa, 2003, p. 10.
34 *Ibidem*, p. 12.

Otro autor que se ha ocupado de la suplencia de la deficiencia de la queja es Lázaro Tenorio Godínez, quien la distingue de la suplencia de las partes en sus planteamientos de derecho. Para la primera, analiza los avances que ha tenido desde que surge constitucionalmente, hasta su evolución en la Ley de Amparo, ampliándose en relación con la materia, dado que en un inicio solo se contemplaba en penal, enseguida laboral, después agraria, y con posterioridad los menores de edad e incapaces, y "Consiste en la obligación que tiene el órgano jurisdiccional que conozca del juicio de amparo, de suplir las deficiencias de los conceptos de violación de la demanda, a favor de los quejosos y por excepción de terceros perjudicados, así como la de los agravios formulados en los recursos que la propia Ley, la Jurisprudencia y la Constitución establecen".[35]

En cambio, la suplencia en los planteamientos de derecho se deriva del análisis del artículo 941 del CPC, actualmente de la Ciudad de México, a raíz de una modificación realizada por Decreto publicado en el Diario Oficial de la federación, del 27 de diciembre de 1983, para adicionar un párrafo en el que se establece la obligación de jueces y tribunales, en todos los asuntos del orden familiar, de suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho. Por lo que la considera como:

> La obligación que tienen los jueces y magistrados en asuntos de orden familiar, para subsanar o sustituir las deficiencias de los promoventes, respecto a las pretensiones y peticiones mal formuladas u omisas, procurando desentrañar el objeto de las mismas en aras de resolver eficazmente la litis planteada, con sus consecuencias legales inherentes, durante y después del procedimiento, de acuerdo a las formalidades y limitaciones que establece la Constitución Federal, los convenios internacionales, las leyes secundarias y la jurisprudencia.[36]

La importancia del segundo concepto radica en ubicar la suplencia de la queja en el Derecho procesal familiar, contexto que, en opinión del autor citado, permite corroborar que el fundamento filosófico de aquella; es la justicia distributiva, derivada de la doctrina de Aristóteles: "trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales".[37] Lo que justifica la protección de la familia por parte del Estado, cuyo interés superior está contenido en el primer párrafo del artículo 4º constitucional; así como el Código, tanto civil como de procedimientos civiles del Estado de México, al establecer como normas de orden público, aquellas relativas a la familia y las controversias del Derecho familiar.

---

35 Tenorio Godínez, Lázaro, *Antología jurídica civil-familiar*, México, Porrúa, 2016, p. 319.

36 Tenorio Godínez, Lázaro, *La suplencia en el derecho procesal familiar*, 2ª edición, México, Porrúa, 2006, p. 71.

37 *Ibidem*, p. 306.

El antecedente de la suplencia de la queja en el Estado de México, lo constituye el CPC del Estado de México, publicado el primero de julio de dos mil dos, donde se encuentra el capítulo VI, denominado "De las controversias de orden familiar", del que forma parte el artículo 2.140, que dispone: "En el conocimiento y decisión de los juicios del orden familiar, el Juez puede realizar la suplencia de la queja". Establece su alcance por la autoridad federal respecto del entonces divorcio necesario, implica un análisis oficioso de la acción, para, en su caso, determinar si procede la disolución del vínculo matrimonial, e incluso, dicha institución se hizo extensiva a las autoridades de segunda instancia, con base en la exposición de motivos de la iniciativa del CPC en vigor, y del dictamen de las comisiones, destacándose:

> la intención del legislador, la cual quedó plasmada claramente en las disposiciones relativas, fue en el sentido de crear normas específicas que regularan el procedimiento sobre cuestiones familiares, con la mayor prontitud y equidad que, aunque no lo mencionan, se advierte que es porque la familia constituye la base de la integración de la sociedad. [38]

Con base en el artículo 5.80 del CPC del Estado de México, solo dispone la suplencia de la queja para reponer el procedimiento, cuando se advierta la necesidad de prueba, respecto de menores o incapaces y en materia de alimentos a favor del acreedor alimentario.

6. Debido proceso y plazo razonable

El debido proceso como principio ha sido clasificado como un principio procesal de carácter político; porque "alude a una concepción cualitativa del proceso en donde se establece que el mismo debe ser justo no en cuanto a su resultado sino en cuanto a su desarrollo".[39]

La Corte-IDH expresa que para que exista debido proceso legal "es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables". [40]

Respecto de los elementos que conforman el principio en cuestión, la SCJN, ha emitido tesis cuyos rubros son: "Derecho humano al debido proceso. Elemen-

---

38 Tesis II.3o.C.61 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXI, enero de 2005, p. 1760.

39 Caballero Juárez, José Antonio, *El debido proceso*, México, SCJN, 2014, p. 45.

40 Corte-IDH, Opinión Consultiva OC16/99, 1º de octubre de 1999, "El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", párr. 117, *http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf*.

tos que la integran" y "derecho al debido proceso. Su contenido". Cabe destacar como uno de los elementos que conforman el debido proceso, conforme a las distintas posturas asumidas por los tribunales latinoamericanos, entre otros: El proceso y los fallos se dictan conforme a los tiempos establecidos en ley o en un plazo razonable.

> El derecho a la duración razonable indica al juez el deber de, respetando los derechos de participación adecuada de las partes, dar la máxima celeridad al proceso. Y dar la máxima celeridad al proceso implica el no practicar actos no dilatorios injustificados, sean éstos omisivos o expresos.[41]

Eduardo Ferrer Mac-Gregor con base en el artículo 8.º 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), califica el plazo razonable como un concepto jurídico indeterminado temporalmente; lo que implica que: "que la declaración de su afectación no está vinculada *prima facie* a una norma jurídica nacional que la señale, sino a un análisis casuístico en el que se debe tomar en consideración varios factores determinantes para condenar su incumplimiento".[42]

El fin del principio del plazo razonable, conforme al mismo autor, es evitar en las personas involucradas en una relación procesal, la incertidumbre e inseguridad jurídica sobre el reconocimiento del derecho afectado. Además, como garantía, "vincula al sistema de jurisdiccional de determinado país a organizarse y estructurarse de tal forma que se eviten retrasos que comprometan su eficacia y credibilidad". [43]

La Corte-IDH,[44] ha considerado como elementos para determinar la razonabilidad del plazo los siguientes: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales; y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

Al analizar cada elemento en el caso, la Corte-IDH determinó que el Estado sobrepasó excesivamente un plazo que pudiera considerarse razonable; porque un asunto de guarda de la menor de edad involucrada, sin demerito de su importancia, carece de complejidad y no es inusual para los tribunales competentes en materia familiar. El señor Fornerón participó activamente en el proceso para la resolución de este; en cambio, se advirtió falta de impulso procesal de las autori-

---

41 Guilherme Marinoni, Luiz, "Derecho a la duración razonable del proceso", *Reforma Judicial Revista judicial mexicana*, México, núm 14, julio-diciembre, 2009, p. 43, *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8757/10808*

42 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del Derecho procesal constitucional y* convencional, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 914.

43 *Idem*.

44 Caso Fornerón e hija vs. Argentina, sentencia de 27/04/2012 (fondo, reparaciones y costas), párr. 66, *http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf*.

dades, sin tomar en cuenta "los efectos que el tiempo tendría sobre los derechos del señor Fornerón y de su hija, ello en consideración del interés superior de la niña". [45]

Otra consideración sobre la conducta de las autoridades judiciales es que estas justifican el retraso del proceso en obstáculos internos, entre ellos la falta de infraestructura o personal; circunstancias desestimadas por la Corte para eximir a los Estados de una obligación internacional. Asimismo, se cita el precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,[46] en el sentido de que la sobrecarga crónica de casos pendientes tampoco es una justificación válida del retraso excesivo.

Los elementos para determinar el plazo constituyen notas elaboradas por la Corte Interamericana sobre el debido proceso, que habrán de considerarse por el Tribunal de Alzada al revisar los actos del órgano jurisdiccional encargado de cumplir la resolución en la que se decretó la reposición del procedimiento, dado que "son estándares a emplear para dilucidar si en un proceso concreto se ha garantizado el plazo razonable".[47]

7. Tutela judicial efectiva en la ejecución de la reposición

La resolución en segunda instancia sobre la reposición del procedimiento de ningún modo es lo deseable; dado que, con esa decisión estará aplazándose la resolución del conflicto, en contravención al artículo 17 de la CPEUM, de cuya interpretación por parte de la SCJN,[48] se estableció como base del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, la que comprende el acceso a la jurisdicción, así como obtener una sentencia sobre el fondo de la cuestión planteada y su cabal ejecución, de manera pronta, completa e imparcial; se vincula con el principio del debido proceso previsto en el artículo 14 de la misma Constitución.

La Corte[49] ha establecido que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende tres etapas: una previa al juicio, vinculada con el derecho de acceso a la jurisdicción; otra judicial, en la que se localizan las garantías del debido proceso, y la posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas con

---

45 *Ibidem,* párr. 70.

46 *Ibidem,* párr. 74.

47 Oteiza, Eduardo, "Jurisprudencia y debido proceso: la Corte Suprema Argentina y la Corte Interamericana", en Ramelli Arteaga, Alejandro, *El precedente judicial y el ejercicio del desarrollo ante las Altas Cortes*, Medellín, Universidad de Medellín, 2015, p. 41-81.

48 Tesis: II. 8o. (I Región) 1 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. IV, octubre de 2012, p. 2864.

49 Tesis: 1a. CCXXXIX/2018, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 284.

motivo de aquél. Aunque la última de las etapas se refiere al derecho a la ejecución de sentencias que resuelven el conflicto, y se busca la materialización del derecho reconocido, es aplicable a la resolución de reposición, porque debe cumplirse con mayor diligencia ante el aplazamiento de la resolución de fondo.

Consecuentemente, ante la posibilidad de que se actualice alguno de los supuestos jurídicos para reponer el procedimiento con base en el artículo 5.80 del CPC del Estado de México, sin establecer este algún mecanismo o medio para dar seguimiento a dicha determinación y cumplir con el mandato constitucional, dado que el Tribunal de Alzada con esa resolución se hace responsable de su cumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de primera instancia; es necesaria una reforma al código precitado para adicionar la facultad de requerir y dar seguimiento a la resolución en la que se decreta la reposición del procedimiento, cuyos efectos deben precisarse con el objeto de evitar interpretaciones que dilaten el cumplimento.

Está previsto en el artículo 1.164 del Código Procesal, el plazo de tres días para cuando la ley es omisa en señalar alguno, del que se podría disponer en principio para requerir al juez el cumplimiento; semejante al que prevé la Ley de Amparo,[50] susceptible de ampliarse conforme, sea la complejidad o dificultad. Además, existen los medios de apremio, actualmente reservados para que los Jueces hagan cumplir sus determinaciones; incorporándolos en la reforma para el uso por parte de los Magistrados.

Con independencia de la reforma procesal, la discrecionalidad[51] del Tribunal de Alzada, puede recurrir a los principios que, junto con las normas, según Ronald Dworkin, conforman el Derecho para encontrar la respuesta correcta; entre ellos, los principios del debido proceso, tutela judicial efectiva y plazo razonable.

En ese sentido se ha pronunciado la Corte-IDH, al interpretar el artículo 25.2.c) de la CADH, con base al que identifica dos responsabilidades de los Estados:

---

50 Art. 192, párrafo segundo: En la notificación que se haga a la autoridad responsable se le requerirá para que cumpla con la ejecutoria dentro del plazo de tres días, apercibida que de no hacerlo así sin causa justificada, se impondrá a su titular una multa que se determinará desde luego y que, asimismo, se remitirá el expediente al tribunal colegiado de circuito o a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según el caso, para seguir el trámite de inejecución, que puede culminar con la separación de su puesto y su consignación. *Vid*. Ley de Amparo, publicada en el DOF el 02/04/2013. Última reforma publicada DOF 15/06/2018.

51 Entendida como "el hecho de que, dentro de un abanico de opciones, todas legitimadas en un cierto modo, un operador jurídico opte por una de ellas usando medios u objetivos, claro, sino subjetivos." *Vid.,* Rentería Díaz, Adrián, "Discrecionalidad judicial y responsabilidad de los impartidores de justicia", en Camarillo, Jesús Antonio (coord.), *Derecho, conflicto y argumentación*: *estudios jurídicos en homenaje a Jorge Alberto Silva*, México, UACJ, 2017, p. 532.

> La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos.[52]

Los estándares considerados por la propia Corte-IDH para la ejecución de las sentencias, que permiten cumplir los principios *inter alia,* son: tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial y Estado de Derecho. Concuerda con el Tribunal Europeo sobre la efectividad de la sentencia, cuyo cumplimiento debe ser "completa, perfecta, integral y sin demora."[53]

El principio de la tutela judicial implica procedimientos de ejecución accesibles, sin obstáculos ni demoras indebidas, cuyo objetivo se cumpla de manera rápida, sencilla e integral. El de independencia impide la intervención de los otros poderes del Estado, garantizándose el carácter vinculante y obligatorio de las decisiones de última instancia y el Estado de Derecho involucra a todas las autoridades públicas, en el marco de su competencia, para impulsar y ejecutar las decisiones judiciales, sin obstaculizar ni retrasar injustificadamente su ejecución.

8. Conclusiones

La posibilidad de reponer el procedimiento por un tribunal de alzada con motivo del recurso de apelación constituye un avance en la impartición de justicia, porque evita un desgaste innecesario esperar hasta el juicio de amparo, que es interpuesto solo en algunos casos.

Antes de reponer un procedimiento, se debe buscar subsanar el presupuesto procesal, la violación procesal y hacer uso de las diligencias para mejor proveer en suplencia de la queja cuando el caso lo amerite.

Cuando sea irremediable la reposición del procedimiento, el tribunal debe vincularse en el seguimiento de este con el objeto de preservar y garantizar el derecho fundamental del debido proceso manifestado mediante un plazo razonable en el trámite y resolución del caso.

---

52 Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador, sentencia de 05/07/2011, párr. 104, *http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_228_esp.pdf*

53 *Ibidem,* párr. 105.

Resulta necesario un mecanismo de control para que el tribunal de segunda instancia dé seguimiento a la reposición del procedimiento, con el objeto de verificar el cumplimento de lo determinado.

Deberá adicionarse el artículo 5.81 del CPC del Estado de México, con el siguiente epígrafe y contenido:

Seguimiento de la reposición

Artículo 5.81. En la resolución de reposición, la Sala requerirá al juzgado de origen el cumplimiento de la ejecutoria, concediéndole el plazo de tres días, sin perjuicio de ampliarlo por la naturaleza del asunto, con el apercibimiento se imponer medios de apremio para el caso de incumplimiento sin causa justificada.

En tanto se realiza la reforma legislativa, con el objeto de garantizar por parte del Estado, los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas por el Tribunal de Alzada, este debe hacer cumplir sus determinaciones con base a los principios del debido proceso, tutela judicial efectiva y plazo razonable, incorporándolos como parte del fundamento y motivación en las resoluciones que decretan la reposición del procedimiento, en las controversias del orden familiar.

Lo anterior se propone en los siguientes términos:

Con fundamento en los artículos 1°, 4°, 14 y 17 de la CPEUM; 8° y 25 de la CADH; 5° fracción II de la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México; así como 1.2, 5.1, 5.3, 5.8 y 5.16 del CPC; a efecto de preservar el derecho al debido proceso, conformado, entre otros elementos, con el de un plazo razonable de la controversia, relacionado con el derecho de acceso a una tutela judicial pronta y efectiva del menor de edad involucrado en la contienda de origen, y que se cumpla cabalmente con los principios procesales de oficiosidad en el impulso procesal, así como el de continuidad; este Tribunal de Alzada advierte la necesidad de que el juez informe por escrito a esta Sala sobre las medidas y determinaciones que se emitan en relación con la reposición del proceso que se ha decretado; sin perjuicio de que este Tribunal pueda proveer lo correspondiente para verificar el cumplimiento de esta resolución.

9. Bibliohemerografía

Bibliografía

Briseño Sierra, Humberto, *Derecho Procesal*, 2ª edición, México, Harla, 1995.

Caballero Juárez, José Antonio, *El debido proceso*, México, SCJN, 2014.

Castilla Juárez, Karlos Artemio, *Acceso efectivo a la justicia*, México, Porrúa, 2012.

Castro Castro, Juventino Víctor, *Justicia, legalidad y la suplencia de la queja*, México, Porrúa, 2003.

Chiovenda, Giuseppe, *Curso de Derecho Procesal Civil*, trad. de Enrique Figueroa Alfonzo, Biblioteca Clásicos de Derecho Procesal, vol. 4, México, Harla, 1997.

Cortes Figueroa, Carlos, *En torno a Teoría General del Proceso*, 3ª edición, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1994.

Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1958.

De Pina, Rafael y Castillo o Larrañaga, José, *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* México, Editorial América, 1946.

Dorantes Tamayo, Luis, *Teoría del proceso*, 12ª edición, México, Porrúa, 2010.

Fairén Guillén, Víctor, *Teoría General del Derecho Procesal*, México, IIJ-UNAM, 1992.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del Derecho procesal constitucional y* convencional*,* Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 2014.

Fix-Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal*, México, IIJ-UNAM, 1991.

García Ramírez, Sergio y Londoño Lázaro, María Carmelina, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* vol. VII, México, IIJ-UNAM, 2010.

Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 8ª edición, México, Harla, 1990.

Martínez Berman, Noé Adonai, *Las violaciones procesales: su posible irreparabilidad en el ámbito del Derecho civil*,, 2ª edición, México, Porrúa, 2018.

Medina Lima, Ignacio, *Breve antología procesal*, 2ª edición, México, UNAM, 1986.

Oteiza, Eduardo, "Jurisprudencia y debido proceso: la Corte Suprema Argentina y la Corte Interamericana", en Ramelli Arteaga, Alejandro, *El precedente judicial y el ejercicio del desarrollo ante las Altas Cortes*, Medellín, Universidad de Medellín, 2015.

Rentería Díaz, Adrián, "Discrecionalidad judicial y responsabilidad de los impartidores de justicia", en Camarillo, Jesús Antonio (coord.), *Derecho, conflicto y argumentación: estudios jurídicos en homenaje a Jorge Alberto Silva*, México, UACJ, 2017.

Tenorio Godínez, Lázaro, *Antología jurídica civil-familiar*, México, Porrúa, 2016.

Tenorio Godínez, Lázaro, *La suplencia en el derecho procesal familiar*, 2ª edición, México, Porrúa, 2006.

Hemerografía

Guilherme Marinoni, Luiz, "Derecho a la duración razonable del proceso", *Reforma Judicial*, Revista judicial mexicana, México, núm 14, julio-diciembre, 2009, pp. 35-51, *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reformajudicial/article/view/8757/10808*

Legislación

Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, 2002.

Jurisprudencia

Tesis, Seminario Judicial de la Federación, Séptima Época, p. 33.

Tesis 1a./J. 8/2001. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIII, marzo de 2001, p. 5.

Tesis XV.4o.16, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, diciembre de 2010, p. 1777.

Tesis: 1a. CCXXXIX/2018, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 284.

Tesis 1a. XVIII/2019, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 64, t. II, marzo de 2019, p. 1398.

Tesis II.2o.C. J/23, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 2129.

Tesis II.2o.C.543 C., Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, julio de 2011, p. 2281.

Tesis II.3o.C.61, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXI, enero de 2005, p. 1760.

Tesis: II. 8o. (I Región) 1 K, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. IV, octubre de 2012, p. 2864.

Otros

Caso Fornerón e hija vs. Argentina, sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 66, *http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf*

Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador. Sentencia de 5 de julio de 2011, párrafo 104, *http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_228_esp.pdf*.

Opinión Consultiva OC16/99, 1º de octubre de 1999, *http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pd*

Capítulo IV

EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DEL CONCUBINATO EN EL ESTADO DE MÉXICO

Silvia Berenice Turlay Hernández*

SUMARIO

1. Introducción. 2. Generalidades del concubinato. 3. Concubinato en otros países. 4. Regulación del concubinato en el Estado de México. 5. Derechos humanos de los concubinos. 6. La labor jurisdiccional en materia de concubinato. 7. Conclusiones. 8. Bibliohemerografía.

1. Introducción

En la actualidad, con la evolución de la sociedad, podemos vislumbrar que las tradiciones en materia familiar han cambiado con el transcurrir del tiempo. Esto ocurre en la figura del concubinato; la cual, ha ido en aumento. Esta unión tiene su origen en el Derecho Romano, pero ha estado latente en diversas épocas hasta la actualidad.

A pesar de que existe una enorme cantidad de personas que viven en concubinato, todavía no se ha logrado perfeccionar su regulación porque, si bien esta reconocido por la legislación civil sustantiva del Estado de México, los concubinos no tienen una debida protección a sus derechos; ante esta situación, con base en un derecho común internacional aplicado junto con las fuentes formales del Derecho, consideramos necesario abordar el tema desde el Derecho comparado.

Surge el cuestionamiento respecto a sí en algún caso en el que se ha emitido alguna resolución en la que se haya tenido por acreditado el concubinato, de qué manera podría comprobarse su cesación, si en esos casos no se expiden actas de terminación o no existe procedimiento que haga patente este hecho, como en el caso del matrimonio lo sería el divorcio.

Pero, el juez no puede dejar de resolver una controversia, por falta de ley aplicable al caso concreto, en esa vertiente, ante las omisiones en la legislación civil en el Estado de México sobre el concubinato, las controversias se resuelven con-

* Licenciada en Derecho egresada de la Universidad Autónoma del Estado de México. Maestrante en Derechos Humanos por la Escuela Judicial del Estado de México. Actualmente Servidora Pública del Poder Judicial del Estado de México, adscrita a la Primera Sala Civil de Toluca, México.

forme a la dogmática jurídica, los principios generales del Derecho, la costumbre, los diversos criterios federales emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; e inclusive por la jurisprudencia internacional. Sin embargo, una resolución judicial que determine un inicio y conclusión del concubinato otorgaría mayor certeza jurídica respecto a la fecha cierta de duración, y proporcionaría mayor veracidad a estas uniones de hecho.

De un estudio doctrinal, previo análisis de la normatividad que regula al concubinato, y con un método inductivo, se podrá, de un caso en particular, proteger a todos aquellos que vivan en condiciones de relación de hecho. Es menester que se considere que la pretensión de este análisis no es equiparar al concubinato con el matrimonio, ni con relaciones extramaritales, sino proteger a aquellas personas que han formado una familia sin reunir las exigencias del matrimonio, pero cumplen con los requisitos del concubinato contemplados en el Código Civil del Estado de México.

La propuesta al problema planteado la ubicamos en un procedimiento sobre acreditación de concubinato que se realice por medio del Juzgado Familiar en Línea del Poder Judicial del Estado de México, que lo faculta para decretar la disolución de este vínculo, para que se otorgue certeza y seguridad jurídica a la duración del concubinato —inicio y fin—. Debe entenderse por certeza jurídica la máxima de un hecho ciertamente probado. Este planteamiento sería de gran utilidad para que los juzgadores puedan, atentos a los principios de igualdad y no discriminación, resolver sobre cuestiones de derechos humanos derivadas de concubinatos, sobre todo en cuestión de pensiones alimenticias y seguridad social, al ser la principal vertiente por la que pueden verse afectados los derechos de los concubinos.

2. Generalidades del concubinato

Es importante conocer los datos más relevantes del concubinato para analizar su acreditación y disolución; a lo que se suma la tarea, por parte del juzgador, que en función del principio de plenitud hermética del orden jurídico, así como el principio pro persona, pueda interpretar la norma en relación con el concubinato, con los antecedentes, requisitos y demás elementos que permitan tener un conocimiento suficiente de esta figura para su debida protección. Esto es, ante una situación en la que, al culminarse el concubinato, el juzgador debe tener todas las pruebas necesarias para determinar sobre una pensión alimenticia, aprobar se le otorgue seguridad social, acerca del patrimonio, a favor de alguno de los concubinos, a partir de una fecha cierta que de un inicio y un final de la relación de hecho.

Como antecedente, cabe precisar que el concubinato tiene su origen en el Derecho Romano, y con el transcurso de los años ha sido cada vez mayor su auge en la sociedad. Desde entonces, al ser un acto jurídico por la participación de la voluntad de los contrayentes, ha traído consigo consecuencias jurídicas; de ahí la inquietud por parte del legislador en pro de sus funciones, sobre prever dicha figura en los ordenamientos legales correspondientes.

El concubinato subsistió en la Edad Media, a pesar de no ser una figura reconocida por la iglesia, ante la falta de formalidades en la unión espiritual. De cualquier modo, siempre ha sido una forma de dar origen a la institución de la familia. Asimismo, fue frecuente en la época imperial y constituía una unión de hecho perfectamente lícita; entonces, su principal causa radicaba en las prohibiciones del matrimonio con personas de rango social inferior.

Díaz de Guijarro comunicaba el firme anhelo que la ley contemplara y reglamentara la realidad concubinaria, no en detrimento del matrimonio, sino con el fin de regular los efectos de ese modo de vivir.[1] Actualmente, el concubinato está regulado por el Código Civil del Estado de México; pero, no se ha logrado por completo una adecuada reglamentación, puesto que existen muchas lagunas en la ley. Sin embargo, aunque es imposible prever cada situación, sí es posible buscar una especificación o un trámite especial.

En lo que atañe al ámbito jurídico, el concubinato consiste en la cohabitación más o menos prolongada y permanente entre un hombre y una mujer solteros; hecho lícito que produce efectos jurídicos, es un requisito esencial que estén libres de matrimonio. Diversa definición establece que el concubinato es la unión de un hombre y una mujer, semejante al matrimonio, pero sin celebración ante la autoridad pública, constitutiva de un hecho jurídico al que el Derecho otorga efectos con independencia de la voluntad de los intervinientes. [2]

El concubinato forma parte de la realidad social, produce efectos legales y persiste con mayor intensidad en la sociedad por múltiples razones de carácter cultural, religioso, económico, entre otras; de acuerdo con cada época. Se debe tomar en consideración que la libertad de contraer matrimonio o de no hacerlo, es parte integral del libre desarrollo de la personalidad del individuo, porque, si no goza de libertad para estructurar sus relaciones jurídicas de acuerdo con sus deseos, no se respeta su autodeterminación.

---

1 Zannoni, Eduardo A., *El Concubinato (en el Derecho Civil Argentino y Comparado Latinoamericano)*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, 1970, p. 83.

2 Galván Rivera, Flavio, "El Concubinato Actual en México", *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, México, núm. conmemorativo, 1991, p. 550, *https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/30097/27172*

El juzgador, en procesos judiciales de índole familiar, debe estar atento a situaciones en las que un concubinario o concubina estén afectados por una situación externa, y sean discriminados. Ese es el caso de que los derechos alimentarios de alguno de los concubinos sean vulnerados por la cesación del concubinato. En este supuesto, el juzgador debe tomar en consideración diversos elementos en beneficio de aquellos a quienes se les pudieran perjudicar sus derechos; de este modo, debe considerar si la parte afectada se dedicó plenamente al hogar, su edad, sus estudios, su salud, las circunstancias que dieron origen a la disolución del concubinato, para evitar vulnerar algún derecho humano a su persona y estar en aptitud de resolver conforme a Derecho.

Los impartidores de justicia se han enfrentado en más de una ocasión a casos en los que amerita aplicar el principio pro persona a favor de uno de los concubinos. Se cita como ejemplo el Amparo Directo en Revisión número 928/2017, del índice estadístico de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN); en el cual, el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, emitió una sentencia en la que determinó la importancia de la libertad personal y el principio de dignidad en un estado marital, por la decisión autónoma de entrar o no en una relación permanente con otra persona, jurídica o de hecho, a partir de la cual se crean determinadas consecuencias jurídicas y el reconocimiento de derechos y obligaciones de vivir en concubinato, en igualdad de circunstancias; es relevante que en esta misma resolución se precisa que toda distinción jurídica entre ambas instituciones (concubinato y matrimonio) debe ser objetiva, razonable y debe estar debidamente justificada.[3]

Se resalta el principio de igualdad, en atención a que el juzgador debe respetar de manera equivalente los derechos de los concubinos, además considerar la igualdad de circunstancias entre ellos y frente a terceros; porque, al no ser clara la legislación sustantiva en materia civil del Estado de México al establecer cuando se da inicio o fin a un concubinato, es que debe allegarse de otros medios de convicción para poder llegar a la verdad absoluta y resolver de manera justa.

3. Concubinato en otros países

En diversos países, el concubinato se ha convertido en un fenómeno social. En el caso de México, los diversos códigos civiles y las leyes familiares de las entidades federativas de los Estados Unidos Mexicanos, en su conjunto establecen

---

[3] Amparo directo en revisión 928/2017, Primera Sala (versión publica de la sentencia), *https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-04/ADR-928-2017-180412.pdf/*

como elementos del concubinato que ni la concubina ni el concubino tengan impedimentos legales para contraer matrimonio, que su unión se prolongue durante un determinado número de años, o no, si tienen hijos, que se desarrolle una vida en común, es decir, que convivan en el mismo domicilio con la apariencia de cónyuges, que ambos permanezcan libres de matrimonio entre sí y con terceros, que su relación sea notoria y que el concubinato se dé entre un hombre y una mujer.

Sin embargo, todas las legislaciones son omisas en relación con determinar una fecha cierta de inicio y final de la relación que otorgue certeza jurídica de su duración para hacer valer los derechos que de él emanan; lo que es un reto para el juzgador allegarse solamente de lo dicho por las partes o, en su defecto, con la prueba testimonial,[4] pruebas que no son suficientes para acreditar alguna pretensión para el ejercicio de los derechos adquiridos.

A nivel internacional, la protección de la familia ha sido base fundamental en la defensa de varios derechos como los de menores, los patrimoniales, incluso los que corresponde a cada persona, como el derecho a la integridad, a una vida digna, a la educación; pues, es la familia el primer núcleo social en que se generan reglas desde el hogar. Por eso, muchos países, sin importar cuál es la manera en que se compone la familia, le han otorgado al concubinato un valor legal. Las constituciones políticas iberoamericanas contemplan el concubinato, como se cita en los siguientes ejemplos:

En Guatemala, en el Código Civil se incorpora un verdadero estatuto de las uniones de hecho, que tiende a proteger a los hijos y a los convivientes se les atribuye iguales derechos y obligaciones que los que rigen para los cónyuges, en lo que fueren aplicables. El Código Civil de la República de Paraguay, ha tomado elementos de la ley guatemalteca y del código civil mexicano para disponer sobre esta figura jurídica. En Bolivia, se reconoce el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias, con el solo transcurso de dos años de vida en común, verificada por todos los medios legales de prueba o por el nacimiento de un hijo.

Al respecto, la Constitución de Honduras declara enfáticamente que solo es válido el matrimonio autorizado por funcionario competente para formalizarlo; a renglón seguido, reconoce el matrimonio de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraerlo, delega en la ley las condiciones para que surta los efectos del matrimonio civil. La Constitución de Panamá resume quizá la fórmula más precisa: la unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante diez años consecutivos, en condiciones de

---

4 Zúñiga Ortega, Alejandra Verónica, "Pasado y futuro del concubinato en México", *Letras jurídicas*, año 11, núm. 22, Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, 2010, *http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/22/vzuniga22.pdf*

singularidad y estabilidad, surtirá los efectos del matrimonio civil. La Constitución cubana, delega en los tribunales la determinación de los casos en que corresponda equiparar la unión de hecho, conforme los caracteres de singularidad y la estabilidad mencionados.[5]

En Perú se ha visto la evolución en el Código Civil, puesto que en tiempos pasados no consideraba a la figura del concubinato. Posteriormente habló del enriquecimiento del concubinario a costa de su concubina, en el caso de que fuera abandonada; pero, en el Código vigente, contempla los derechos de propiedad de los bienes, pero no se toman en cuenta otros aspectos como herencia, indemnización de daño moral en el caso de abandono unilateral, agregado con las dificultades de comprobación judicialmente y ante la exigibilidad de una prueba estricta.[6]

En varios países de la Unión Europea, se puede oficializar una relación sin casarse, mediante una *unión civil* o una *unión registrada*. La unión civil permite a dos personas que conviven en pareja registrar su relación ante la administración correspondiente de su país de residencia, cuya finalidad es, entre otras, el reconocimiento de derechos en el extranjero.[7]

En general, se destaca que otros países han tomado medidas provisionales como alternativa de regulación del concubinato; pues, si bien la ley no establece ciertos parámetros, a través de diversos mecanismos de índole administrativo es que se pueden subsanar las lagunas legislativas, con un trámite que, a pesar de no tener coercitividad, sí otorga certeza jurídica a un hecho jurídico.

En este sentido, de las anteriores legislaciones se desprende la imperiosa necesidad de los países de legislar una figura, que, si bien es cierto no era contemplada por el Estado y la iglesia, la sociedad la forma poco a poco y la adaptó como una forma de vida; en efecto, los legisladores tienen la obligación de modificar las leyes conforme a los fenómenos sociales y la evolución de la misma, a fin de que el juzgador no esté imposibilitado para allegarse de los medios que considere necesarios, para tener mayores elementos de convicción en el momento de resolver.

---

5 Zannoni, Eduardo A., "Control institucional y familia en América Latina. La ilegitimidad conyugal a diversos países de América Latina*", Revista de Estudios Políticos*, México, núm. 158, 1968, pp. 185-202, *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2082581*

6 Costa Carvahuilca, Erickson Aldo, "¿El concubinato puede derivar derechos sucesorios?, en Álvarez de Lara, Rosa María (coord.), *Panorámica internacional de derecho de familia. Culturas y sistemas jurídicos contemporáneos*, t. I, México, IIJ-UNAM, p. 550, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2287/21.pdf*

7 Portal de la unión Europea, Uniones Civiles y registradas, *https://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index*

El juzgador puede tomar las siguientes consideraciones como complemento a lo plasmado en el código civil sustantivo de la materia, como lo es la igualdad de derechos y obligaciones entre concubinos y entre el concubinato y el matrimonio, verificar todos los medios legales de prueba que estime necesarios y que puedan ser obtenidos fácilmente, equiparar con caracteres de singularidad y estabilidad entre legislaciones de otros países; ello, a fin de subsanar las antinomias de la ley.

Pero más relevante es el caso de Uruguay, que tiene una ley especial para el concubinato, Ley número 18.246 denominada Unión Concubinaria, creada a partir de su Código Civil, en la cual se considera no solamente lo concerniente a los requisitos y derechos que emanan del concubinato, sino también los procedimientos para su acreditación y disolución. En el artículo 4° de su capítulo segundo, denominado "Reconocimiento Judicial de la Unión Concubinaria", expresa que se podrá promover declaratoria judicial de reconocimiento de esta unión, sea solo por uno o por ambos concubinos, la cual servirá posteriormente en caso de sucesión.[8]

El artículo 5° de la ley en comento, es el más importante en el tema que nos ocupa, toda vez que establece que el objeto de esta declaratoria de reconocimiento es determinar la fecha de comienzo de la unión y la indicación de los bienes adquiridos. En el artículo 6° se puntualiza que este reconocimiento se tramitará por un proceso voluntario.

Consecuentemente, esta Ley de Uruguay contempla, en el capítulo tercero, la disolución de esta unión concubinaria; en el artículo 8° los casos de disolución, los cuales son: a) por sentencia judicial de disolución, dictada a petición de cualquiera de los concubinos, sin expresión de causa; b) por fallecimiento de uno de los concubinos; y c) por la declaración de ausencia. La disolución de la unión concubinaria se tramitará a través de un proceso extraordinario. La sentencia que disponga la disolución de la unión concubinaria deberá —previo dictamen del Ministerio Público— pronunciarse sobre los siguientes puntos:

> A) Las indicaciones previstas en el artículo 5º de la presente ley, si no existiera previo reconocimiento judicial del concubinato.
>
> B) Lo relativo a la tenencia, guarda, pensión alimenticia y visitas de los hijos nacidos de dicha unión, así como los alimentos contemplados en el artículo 3º de la presente ley.
>
> C) Lo relativo a cuál de los concubinos permanecerá en el hogar familiar, sin perjuicio de la resolución anticipada sobre exclusión del mismo para alguno de los concubinos, si ello se hubiera decretado como medida previa. El tribunal procurará que las partes lleguen a un acuerdo sobre todos o algunos de esos puntos y, en su defecto,

---

[8] Ley Nº 18.246, Unión Concubinaria, Uruguay, aprobada. Publicada Diario Oficial el 10/01/2008, *https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/URY/INT_CCPR_ADR_URY_14913_S.pdf*

> pronunciará providencia solucionando provisoriamente aquellos sobre los que persista el desacuerdo.

Esta ley emitida por Uruguay es muy completa y concreta en materia de concubinato. Define claramente los procedimientos judiciales para acreditarlo y contempla de la misma manera la disolución, a través de una resolución judicial. La legislación civil del Estado de México, por medio del Juzgado Familiar en Línea, adopta el primero de los procedimientos mencionado en la ley uruguaya, toda vez que se acreditan los concubinatos a través de un procedimiento judicial no contencioso; pero, de la misma manera, podría decretarse la disolución de dicho concubinato, mediante una reforma legislativa en la entidad en la que se siga en lo conducente la ley de Uruguay.

4. Regulación del concubinato en el Estado de México

En el comunicado de prensa número 104/2019, publicado el 12 de febrero de 2019, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), en ejercicio de sus funciones, ha proporcionado los siguientes datos:

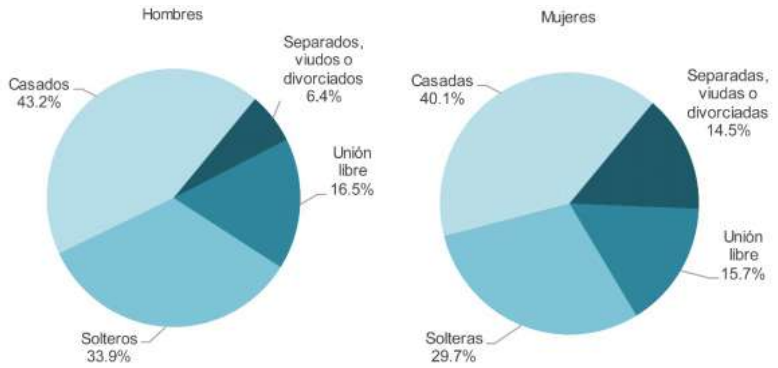
> En 2018, de la población de 15 y más años: 58% se encuentra unida (concubinato), 32% es soltera y 11% es separada, divorciada o viuda.
>
> En 2018, la proporción de hombres de 15 y más años de edad unidos es de 60% y la de mujeres unidas, del mismo grupo de edades, es de 56%.
>
> De acuerdo con los registros administrativos, se confirma la tendencia en la disminución de los matrimonios en México, ya que de 2016 a 2017 el indicador descendió 2.8%. Por el contrario, los divorcios se incrementaron 5.6% en el mismo periodo. [9]

Según lo dispuesto por estas cifras otorgadas por el INEGI, se advierte que las uniones de hecho (concubinato), conocidas coloquialmente en México como uniones libres, han aumentado en las últimas décadas. Como se acredita con las siguiente graficas realizadas por ese instituto:

---

[9] INEGI, Comunicado de prensa núm. 104/19 12 de febrero de 2019, Comunicación social estadísticas a propósito de… matrimonios y divorcios en México (datos nacionales), p. 1, *https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2019/matrimonios2019_Nal.pdf*

Distribución porcentual de la población de 15 y más años, por sexo según situación conyugal, 2018



Estos datos reflejan que muchas de las familias, sin importar la edad, se encuentran en estas uniones de hecho, sin que ello sea impedimento para considerarles como familia, pues poseen un hogar, han procreado hijos, cohabitan en la misma vivienda y ambos cumplen con las obligaciones de apoyo mutuo en la casa, tanto económicamente, como en cuestiones domésticas. Fernando Pliego Carrasco, en su obra *Las Familias en México*, resalta que existen diferentes tipos de estructuras de familia, de las que destaca las parejas que viven en unión libre, las cuales pueden ser con hijos o sin hijos.[10] Estos datos han servido de sustento para reorganizar a la sociedad, en el ámbito jurídico, y principalmente es a partir de estos antecedentes que el legislador en cumplimiento a las atribuciones impuestas por la constitución puede crear, adicionar o reformar las legislaciones conforme a los cambios sociales.

Dado que la existencia de concubinatos en el Estado de México, como en otros estados de la República, es numerosa, el Congreso de la Unión de esta entidad, a través de un proceso legislativo, aprobó en los ordenamientos jurídicos correspondientes la obligatoriedad de proporcionar alimentos y acceso a la salud a quien vive en concubinato y se haya hecho cargo de los hijos. El apoyo alimenticio y en materia de salud será por un tiempo igual al de la duración de la relación. A diferencia del matrimonio, que no existe vigencia para ser acreedor de estos derechos (como excónyuge). De allí la importancia de tener conocimiento pleno de la fecha cierta de su duración.

El Gobierno del Estado de México, en protección de los derechos consagrados en el artículo 1° constitucional, respecto a la obligación de los gobiernos de la República, de los estados y municipios, de respetar, proteger y garantizar los

---

10 Pliego Carrasco, Fernando, *"Las Familias en México"*, México, Porrúa, 2014.

derechos humanos, aclara que todo derecho humano reconocido por la Constitución y los tratados internacionales genera obligaciones para las autoridades mexicanas, con independencia del nivel de gobierno que ocupen o de la modalidad administrativa bajo la que estén organizadas; consecuentemente, ante esa declaración, reconoce a los hombres y a las mujeres, entre otros derechos, los que corresponden a los concubinos.[11]

Luego, al estar los derechos de los concubinos protegidos por la Carta Magna, el juzgador tiene la obligación de salvaguardarlos y de oficio considerar las pruebas idóneas y aplicar las legislaciones internacionales y locales para ser equitativo al momento de, por ejemplo, resolver una situación sobre alimentos en un concubinato.

En relación con el concubinato, se alude a una serie de requisitos para atribuirle determinados efectos jurídicos.[12] El Código Civil del Estado de México, en los artículos del 4.128 al 4.134 establece que están obligados a proporcionar los alimentos, entre otros, los concubinos. La relación acreedor y deudor respecto de esta obligación es cambiante, coincide con cada persona de la relación de parentesco y depende de las posibilidades y necesidades de cada una.

El ordenamiento legal citado señala igualmente en el artículo 6.60, que el autor de la sucesión debe dejar alimentos a sus acreedores alimentarios, entre ellos al concubinario o concubina; por su parte, el artículo 6.178 establece que la viuda o concubina que quedara encinta, tiene derecho a recibir alimentos y al pago de los gastos médicos derivados del embarazo, con cargo a la sucesión, de lo que se advierte el reconocimiento de los derechos que se tienen al ser concubina o concubinario.

En general, estos preceptos legales contenidos en el Código Civil del Estado de México consagran los derechos que adquieren los concubinos, pero de ninguno se desprende la vigencia de estos derechos. Por lógica, se entiende que perduran mientras persiste el concubinato; el cual, inicia y termina de acuerdo a la libre decisión de las personas que forman esta unión. Entonces, cuando la pareja decida que no quieren estar juntos, ¿de qué manera pueden hacer valer sus derechos, si uno de los integrantes del concubinato se niega a otorgarlos y a reconocer su unión en concubinato?

Por consiguiente, el artículo 4.403 de la legislación en comento, a la letra dispone:

---

11 Portal de Gobierno del Estado de México, folleto de derechos de las mujeres, http://*www.ipomex.org.mx/ipo/archivos/downloadAttach/650204.web*

12 Zúñiga Ortega, *op. cit.*

> Se considera concubinato la relación de hecho que tienen un hombre y una mujer, que sin estar casados y sin impedimentos legales para contraer matrimonio, viven juntos, haciendo una vida en común por un período mínimo de un año; no se requerirá para la existencia del concubinato el periodo antes señalado, cuando reunidos los demás requisitos, se hayan procreado hijos en común.

Asimismo, esta relación produce derechos y obligaciones, los cuales constituyen el artículo 4.404, que dice:

> La concubina y el concubinario tienen los derechos y obligaciones alimentarias, de familia, hereditarios y de protección contra la violencia familiar reconocidos en el presente Código y en otras disposiciones legales, así como los establecidos para los cónyuges, en todo aquello que les sea aplicable, sobre todo los dirigidos a la protección de la mujer y los hijos.

Por otro lado, sobre los alimentos entre concubinos y los hijos, que se contemplan en el artículo 4.129, se disponen las siguientes hipótesis:

> I. Que acrediten haber hecho vida común por al menos un año o haber procreado algún hijo en común;
>
> II. Que la concubina carezca de bienes y que se haya dedicado cotidianamente al trabajo del hogar, consistente en tareas de administración, dirección, atención y cuidado de las y los hijos, tendrá derecho a alimentos, mismo que no será inferior al cuarenta por ciento del total del sueldo, hasta que los hijos cumplan la mayoría de edad o que se dediquen al estudio. Tratándose de las y los hijos mayores de edad discapacitados, previa acreditación con la documentación idónea expedida por una institución pública de salud, al cuidado de la concubina, el concubino deberá proporcionarlos de por vida. Cuando el concubino se encuentre imposibilitado física o mentalmente para trabajar, previa acreditación con la documentación idónea expedida por una institución pública de salud, tendrá derecho a alimentos, el cual no será inferior al veinte por ciento del total del sueldo, por el tiempo que haya durado el concubinato.
>
> III. Que no haya contraído nuevas nupcias o viva en concubinato;
>
> IV. Que se reclame dentro del año siguiente de haber cesado el concubinato.
>
> En el caso de que la concubina trabaje u obtenga una actividad remunerada, la obligación del concubino para dar alimentos será en los términos que establezca este Código. La concubina que no tenga hijas o hijos, que carezca de bienes y que se haya dedicado cotidianamente al trabajo del hogar, consistente en tareas de administración, dirección y atención, tendrá derecho a alimentos, mismo que no será inferior al treinta por ciento del total del sueldo, por el tiempo que haya durado el concubinato. No podrán reclamar alimentos, y en su caso cesarán, si se une en concubinato o contrae matrimonio.[13]

Estos dispositivos legales enfatizan la definición del concubinato y sus efectos jurídicos; en cambio, omiten especificar alguna manera de tener por terminado el

---

13 Código Civil del Estado de México, 07/06/2002, última reforma 08/09/2017.

concubinato. Implícitamente se entiende que una vez que no exista impedimento legal alguno, se daría por terminado pero de esta manera quedarían desprotegidos los derechos de alguno de los contrayentes de este acuerdo de voluntades, pues no existe ningún elemento que dé certeza legal alguna; lo que conlleva que el juzgador se encuentre ante una situación de difícil aplicación en defensa de los multicitados principios de igualdad y no discriminación.

También, el Código Civil Federal[14] en el Capítulo VI, sobre la Sucesión de los Concubinos, determina lo siguiente:

> Artículo 1635. La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.
>
> Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará.

Probablemente, estas uniones de hecho han sido terminadas y los concubinos han exigido sus derechos, pero ante la falta de especificaciones en las legislaciones de cada estado de la República mexicana, las controversias jurídicas del orden civil deberán resolverse conforme a los principios generales del Derecho.

Asimismo, la SCJN ha resuelto diversos casos que han llegado hasta su instancia, toda vez que las partes se han inconformado con lo resuelto por los jueces y magistrados, tanto estatales como federales. Por esta circunstancia se han emitido criterios sobre una pensión compensatoria y de otros derechos en parejas estables que no estén unidas en matrimonio. De igual manera, existen criterios federales abordados por los Tribunales Colegiados de Circuito, que han dado cierta protección a los derechos de los concubinos; los cuales no tiene obligatoriedad, pero son orientadores en dichos supuestos.

Con fundamento en el artículo 192 de la Ley de Amparo,[15] las jurisprudencias integradoras e interpretativas y diversas tesis emitidas por la SCJN y Tribunales Colegiados de Circuito, sirven de sustento para las decisiones en materia familiar cuya norma no sea clara o sea omisa, que se han emitido en las resoluciones emitidas respecto del concubinato; como en el caso siguiente:

> Cónyuges y concubinos. Al ser parte de un grupo familiar esencialmente igual, cualquier distinción jurídica entre ellos debe ser objetiva, razonable y estar debidamente justificada. La

---

14 Código Civil Federal, publicado en el DOF en cuatro partes los días 26/05/, 14/07, 3 y 31/08/1928. Última Reforma DOF 28/01/2010.

15 Ley de Amparo, publicada en el DOF el 02/04/2013. Última reforma publicada DOF 15/06/2018.

> familia, más que un concepto jurídico constituye uno sociológico, cuya protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones. De ahí que tanto los cónyuges como los concubinos son parte de un grupo familiar esencialmente igual, en el que sus integrantes se proporcionan cariño, ayuda, lealtad y solidaridad. Así, cualquier distinción jurídica entre cónyuges y concubinos deberá ser objetiva, razonable y estar debidamente justificada, ya que de lo contrario, estaría violando el derecho fundamental a la igualdad, reconocido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.[16]

De la tesis que antecede, se advierte la importancia del principio de igualdad, frente a los concubinos, y de su protección para la familia; pues, sin importar cuál sea el medio por el que se formó una familia, es el núcleo más importante de una sociedad. Si bien la finalidad de este artículo no es equiparar la figura del concubinato con la institución del matrimonio, es acertado el razonamiento de que cualquier distinción jurídica entre ambas deberá ser objetiva, razonable y justificada, en virtud de que en caso de coexistir en matrimonio a la par de un concubinato, este no puede anular los derechos del concubinato por la falta de formalidad; pues, a pesar de ser un requisito del concubinato el que se esté libre de matrimonio, también lo es que se tendría que tener certeza jurídica de cuál es primero en tiempo, para saber quién es primero en derecho, a fin de evitar la vulneración sobre derechos fundamentales de uno u otro.

Diversa tesis, es la que se enuncia en seguida, la cual puntualiza lo referente a la vigencia de estos derechos y que establece al tenor siguiente:

> Concubinato. Los derechos que produce entre los concubinos sólo duran mientras la relación subsista. A diferencia de lo que ocurre con el matrimonio, relación civil en que los cónyuges se unen con el propósito de constituir una familia, de forma permanente, tanto así que para crearlo o disolverlo se requiere seguir ciertas formas establecidas por el derecho, y sólo puede conseguirse si lo sanciona una autoridad competente, el concubinato es la relación que se crea entre un hombre y una mujer, por el hecho de vivir como marido y esposa durante un término preestablecido por la ley, la que no puede dejar de reconocer que también de esta forma se constituyen lazos familiares de afecto y ayuda mutua, sobre todo si se procrean hijos; pero esta clase de vínculo sólo es reconocida por el derecho, mientras perdure la situación de hecho así creada. En este sentido, Marcel Planiol y Georges Ripert sostienen en el libro Derecho Civil, Editorial Harla, 3a. edición, Librería General del Derecho Jurisprudencial, París, 1946, página 8, que: "Quien vive en estado de concubinato, puede ponerle fin según su voluntad, sin que la otra persona con quien viva en este estado pueda invocar esa ruptura como fuente de daños y perjuicios.". Por tanto, los efectos que emanan del concubinato, tales como el derecho a heredar o a recibir alimentos, sólo se producen si esa relación subsiste al momento del deceso de uno de ellos, o al en que se solicitan los alimentos.[17]

---

16 Tesis CXXXVIII/2014.1a, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima época, t. I, abril de 2014, p. 795.

17 Tesis I.4o.C.20 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, t. VII, junio de 1998, p. 626.

El anterior criterio federal puntualiza la realidad objetiva del concubinato, pero también su terminación por la simple voluntad; pero no queda claro cómo podría dársele entonces una verdad absoluta a un elemento subjetivo como lo es la voluntad, y cómo puede comprobarse la fecha cierta en que se decidió no continuar unidos mediante concubinato, y aún si la parte inversa disputa lo contrario. De allí la importancia de tener una prueba que demuestre la realidad a través de un trámite sencillo que dé origen o concluya al concubinato.

A propósito, la SCJN conoció de un caso mediante el cual los Tribunales Colegiados de Circuito no concedieron el amparo a un particular que se negaba a darle pensión a su ex concubina porque decía que había prescrito su derecho para hacerlo. El tribunal colegiado estimó que era necesario comprobar con alguna constancia que diera certeza jurídica de la fecha exacta en que se dio por concluido el concubinato; en el caso, la Corte resolvió que no es necesaria dicha constancia, toda vez que puede comprobarse con otros medios de prueba, como la testimonial, pero consideró correcta la pensión alimenticia otorgada a la ex concubina en protección a los derechos de su persona. Por lo que, ante este planteamiento, se advierte que no es indispensable un documento que dé certeza jurídica a la existencia de un concubinato, que el mismo puede acreditarse con la prueba testimonial. Sin embargo, esta prueba no otorga certeza jurídica a la fecha cierta.

Ahora bien, como se ha sostenido, una de las desventajas del concubinato es la exigencia de los derechos adquiridos una vez concluido, porque la doctrina ha escrito que la voluntad es el principal factor para terminarlo, en razón de ser una relación carente de formalidades, cuyo consentimiento de las partes es su sustento. Pero, a continuación, se presenta una tesis aislada de la décima época, en la cual se contempla el dar por terminado un concubinato a través de la voluntad externada ante el juez por medio de un procedimiento no contencioso.

> Concubinato. La voluntad de uno de los concubinos, externada en las diligencias de jurisdicción voluntaria, es suficiente para tenerlo por terminado, si no existe prueba de su subsistencia. El artículo 291 Bis del Código Civil para el Distrito Federal prevé la institución jurídica del concubinato y establece dos requisitos para su existencia, a saber: el primero, que los concubinos hayan convivido en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años, o bien, que tengan un hijo en común y, el segundo, que no se actualice alguno de los impedimentos para contraer matrimonio a que se refiere el diverso precepto 156 del citado ordenamiento. Así, el concubinato es una situación de hecho, que consiste en la manifestación de voluntad de dos personas para hacer vida en común sin impedimento legal. En la legislación no existe precepto que establezca qué procedimiento seguir para dar por terminado el concubinato, sin embargo, por ser una circunstancia de hecho que se origina por la voluntad de las partes involucradas, bastará con que uno de ellos manifieste su voluntad en ese sentido, para darlo por terminado. Así, las diligencias de jurisdicción voluntaria pueden ser el medio idóneo para tener por acreditada la terminación de un concubinato, en tanto que solamente se externa la voluntad de uno de los concubinos de dar por terminada la relación de concubinato. Lo anterior, porque la naturaleza intrínseca de la jurisdicción voluntaria, sólo requiere la intervención del Juez para acreditar que el promovente de las diligencias las ha iniciado

> con alguna finalidad, pero esa actuación no es para dirimir una pretensión, en tanto que excluye toda idea de controversia entre intereses encontrados. En ese contexto, las diligencias de jurisdicción voluntaria pueden ser el medio idóneo para comunicar la voluntad de no seguir vinculado al concubinato, en virtud de que esa decisión no está supeditada a explicación alguna sino, simplemente, al deseo de ya no continuar con la relación de hecho, siempre que no se demuestre por parte interesada que a pesar de la manifestación de voluntad la relación de hecho subsiste.[18]

Como se advierte del criterio federal anterior, no es necesario una controversia por medio de una pretensión para dar por concluido el concubinato; es suficiente la jurisdicción voluntaria para exteriorizar la voluntad de uno de los concubinos de querer concluir la relación de hecho, por lo que resulta idóneo acudir ante un órgano jurisdiccional para otorgarle certeza jurídica a la decisión planteada. Fortalece este supuesto la propuesta planteada en este trabajo de la emisión de una sentencia en un procedimiento judicial no contencioso sobre conclusión del concubinato.

5. Derechos humanos de los concubinos

Primeramente, debe considerarse el estatuto de los concubinos como seres humanos, el velar por sus derechos fundamentales como miembros de una sociedad y primordialmente defender su postura dentro de la familia. A partir de la reforma de junio de 2011 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), los derechos humanos deben de ser protegidos de manera obligatoria, como lo señala el artículo primero constitucional, que determina medularmente que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, que se debe favorecer en todo tiempo a las personas con la protección más amplia. Además, puntualiza que 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.[19]

---

18 Tesis: I.11o.C.53 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t., agosto de 2014, p. 1653.

19 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el DOF del 05/02/1917. Ultima reforma publicada el 09/08/2019.

Asimismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)[20] dispone en su artículo 1° a la letra que: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"; precepto legal que resalta que la libertad e igualdad son inherentes a todo ser humano, así como su capacidad de razón y conciencia, cualidades que sirven de sustento para la toma decisiones en su vida personal, como es la manera en que formarán una familia o con quién decidirán compartir una vida en común. Al establecer dicho concepto que todos son iguales en dignidad y derechos es por lo que, al tener frente una problemática en la cual se deban salvaguardar los derechos de dos personas, el juzgador tiene la tarea de buscar un equilibrio en ambas y buscar el origen de esa situación, para garantizar una solución no solo equitativa, sino además justa.

El concubinato es una de las formas en las cuales se puede crear una familia, considerada esta como un derecho humano fundamental de cada persona, como lo consagra el artículo 16° de la propia declaración, que a la letra dice:

> 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
>
> 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
>
> 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Este artículo dispone lo relativo al matrimonio, alude al libre y pleno consentimiento, que son elementos vitales para la celebración del concubinato; además, lo principal en el tema que nos ocupa es sobre la protección de la familia frente a la sociedad. Por otro lado, el artículo 25° del mismo ordenamiento internacional en comento, a la letra dice:

> 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
>
> 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

---

20 Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10/12/1948, *https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/*

Al respecto, la CPEUM, en el artículo 4° prevé que el varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad derecho a la protección de la salud y que la Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general.

En ese tenor, el juzgador como autoridad tiene la obligación de atender las cuestiones de salud (por la seguridad social) y sobre alimentos (pensión alimenticia), respecto de los concubinos, una vez concluida esta relación de hecho. Los hijos nacidos dentro del concubinato, así como en el matrimonio, tienen iguales derechos; lo preocupante dentro de estas dos figuras lo es la pareja, si cualquiera de los miembros de esta relación decide darla por terminada. Se pretende la protección de los derechos que pudiera haber adquirido la otra persona; es decir, si él o la concubino (a), decide separase, pero uno de ellos se dedicó preponderantemente al hogar y cuidado de la familia, este último merece ser titular de una pensión alimenticia, de seguridad social, y de proteger su integridad y dignidad. De allí la importancia de que mediante una constancia, acredite el carácter con el que se ostentó en su familia y socialmente para hacer valer sus derechos.

En esas condiciones, en la actualidad se protegen los motivos por los cuales una pareja decide unirse en concubinato y no en matrimonio. Estos motivos, en muchos casos, son de índole económica, porque en muchas ocasiones la pareja es joven y no tienen los recursos suficientes; o de índole ideológica, porque hay parejas que consideran varios aspectos, como conocerse mejor antes de casarse, con la finalidad de poder decidir si su pareja es compatible o no y evitar a futuro un posible divorcio; o las parejas que no consideran necesario casarse, pues solo desean compartir la vida juntos y formar una familia. Así, se debe respetar el derecho a una vida digna y el derecho de identidad de las personas con estas decisiones.[21]

Ciertamente, los derechos humanos que pudieran verse afectados dentro de un concubinato, debido a las circunstancias que pudieran surgir en su entorno, son los que a continuación se describen:

– Derecho a la libre elección. Este derecho puede verse afectado debido a que cada persona es libre de elegir de qué manera realiza su familia, con quién unirla, tomar decisiones sobre sus relaciones sentimentales, siempre y cuando no afecte a terceros.

---

21 Camarena Rivera Martha Lourdes y Herrera Olmeda, Eduardo Fabián, "El concubinato una realidad social y jurídica", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 4, núm. 3, 2012.

- Protección a la familia. Puede verse afectada toda la familia si se desprotegen los derechos del progenitor o progenitora, al igual que un divorcio; la disolución del concubinato afecta a toda la familia.
- Derecho de igualdad ante la ley. Tanto el concubinario como la concubina deben de ser tratados de la misma manera; asimismo, no en equiparación, pero si de manera justa con el matrimonio.
- Derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión. Este derecho es similar al de libre elección. Quien, por su manera de pensar, por factores ideológicos, sociales, culturales, económicos, religiosas, de creencias, decida unirse con otra persona sin formalidades legales o de alguna religión, puede hacerlo sin temor de que con ello pueda verse afectado.
- Derecho a la seguridad social. Entre concubinos pueden otorgarse el beneficio de la seguridad social que pudieran legar a obtener por medio de su trabajo, el tener derecho a tener asistencia médica, conjuntamente protegiéndose el derecho a la salud.
- Derecho a los alimentos. Los derechos alimentarios son los que más pueden verse afectados en una unión de concubinato; pues, si bien los hijos son los beneficiarios de una pensión, no tiene por qué discriminarse al hombre o mujer que también lo requieran, por el hecho de no estar casados.
- Derecho a no discriminación. Socialmente las personas unidas en concubinato no pueden ser discriminadas por el hecho de no estar casados; pues la finalidad del concubinato, como su organización, tienen el mismo objeto de la procreación, del bienestar para la familia, la ayuda mutua, el respecto y el cariño.
- Derecho al bienestar. Cada persona tiene derecho a estar bien en todos los aspectos que le rodean, estar tranquilo y con sus necesidades debidamente cubiertas; por eso, debe reconocérsele sus derechos dentro de un concubinato, como un bien común.
- Derechos de personalidad jurídica. Los concúbitos tienen que hacer valer su capacidad de ser sujetos de derechos y obligaciones, y estos no pueden ser sometidos a duda por cuestiones ajenas a ellos o por la intervención de terceras personas.
- Derecho a la seguridad jurídica. Los concubinos tienen derecho a hacer valer sus derechos a través de la certeza jurídica sobre estos, que les sean reconocidos y no sean trasgredidos.
- Derecho a la dignidad humana en su vertiente de libre desarrollo de la personalidad. El concubino que pueda verse afectado en sus derechos tiene que proteger su dignidad y no restarle valor a su estatus ni menospreciar sus circunstancias de vida.

- Principio pro persona. En todo momento se debe buscar lo más benéfico para cada persona; en este caso, en atención a su familia y en virtud de las circunstancias, mediar todas las posibilidades.
- Obligación del Estado de prevenir la violencia física en contra de la mujer. En caso de que sea la concubina quien se encuentre en estado de vulnerabilidad por razón de etnia, discapacidad, gravidez, entre otras, debe juzgarse con perspectiva de género.
- Protección constitucional al patrimonio de familia. También los bienes adquiridos dentro del concubinato deben de ser protegidos como en el matrimonio la sociedad conyugal; deben tenerse por reconocidos los derechos de copropiedad.

El juzgador tiene la tarea de estar atento a todos estos derechos emanados del concubinato; debe no enfocarse únicamente en la *litis*, toda vez que, si bien de acuerdo con el principio del debido proceso debe hacerse de esa manera, el juzgador de oficio debe vislumbrar más allá de lo planteado. Al respecto, la Primera Sala de la SCJN ha determinado en diversas sentencias que la protección igualitaria no equivale a sostener que exista un derecho humano a que el matrimonio y el concubinato estén regulados de manera idéntica; establece que cada institución jurídica tiene sus particularidades y ambas no pueden equipararse en forma, condiciones ni efectos. A lo que sí obliga el derecho a la igualdad es a que no existan diferencias de trato entre personas que se hallen en situaciones análogas o notablemente similares, sin que exista un ejercicio de motivación y justificación.

Además, destaca en estas que habrá ocasiones en las que el tratamiento diferenciado entre cónyuges y concubinos sea particularmente problemático y detonante de especial sospecha, porque la norma en cuestión establece explícitamente una exclusión de un derecho humano únicamente en razón de estado civil, porque descansa en prácticas sociales dañinas para un grupo social específico, o constituye *prima facie* una violación a la dignidad humana, lo que activaría un escrutinio estricto de la medida estatal.

También se protege la voluntad de la pareja que optó libremente por no tener una unión formal a través del mantenimiento de la informalidad de la relación. De lo contrario, cabría la posibilidad de que la propia voluntad de la pareja se viera limitada por una imposición legal y se elimina una opción igualmente legítima de compartir la vida. En ese sentido, se estimó que la distinción hecha por la ley no es infundada ni pretende privilegiar un tipo de familia sobre otro, sino únicamente reconocer la valía de la libre elección individual.

Una vez identificada la finalidad perseguida por el legislador y corroborada su legitimidad desde el punto de vista constitucional, procede analizar si el medio utilizado es razonable y conducente para alcanzar dicho fin. Efectivamente, la

ausencia de régimen económico respecto de los bienes que se adquieren durante el concubinato en la legislación de la Ciudad de México es constitucional, porque no vulnera por sí misma un derecho humano y es respecto únicamente a un aspecto patrimonial de la unión de hecho; por lo que, no deja desprotegidos a los miembros de la pareja o la familia, quienes tienen sus derechos como son los alimentarios y sucesorios intactos.

La Primera Sala considera que la ley podría, como en otras entidades federativas, prever a partir de ciertas condiciones, como el transcurso del tiempo, el trabajo mancomunado y solidario en la construcción de una masa de bienes, una declaración voluntaria o judicial, entre otros, la presunción o incluso la existencia de un patrimonio común entre los concubinos. Si bien ese ejercicio de libertad configurativa tendría que analizarse en sus propios méritos bajo los criterios de objetividad y razonabilidad apuntados, lo definitivo es que ni el artículo 1° ni el 4° de la Constitución Federal exigen una solución única que equipare las consecuencias económicas del matrimonio con el concubinato.[22]

Esta sentencia en su contexto deja ver claramente los derechos humanos que deben protegerse dentro de un concubinato, aunado a ello, la importancia que debe darse a dicha figura y no pasarla a un segundo término; además, es clave básica para la pretensión de adicionar especificaciones más concretas en las legislaciones que contemplan al concubinato, con la finalidad de evitar que con determinadas situaciones jurídicas se lleguen a vulnerar derechos fundamentales del individuo, así como de la familia. Es por ello que, la legislación debe ser más precisa para que cuestiones que no puedan ser premeditadas no queden omisas, ante la falta de regularidad del concubinato.

En ese sentido, se debe velar porque no sean discriminados ni el concubinario o la concubina al no estar unidos en matrimonio; es decir, que no sean juzgados por su forma de vida en relación con su estado civil, puesto que, al restarle o no reconocerles derechos a los intervinientes en el concubinato, se encontrarían marginados por diversas cuestiones sociales, o incluso desprotegidos en comparación con diversas instituciones de orden social similares, que violenten su vez el derecho humano de la igualdad, al no existir igualdad entre las familias constituidas entre matrimonios como en concubinato.[23]

La obligación alimentaria se entiende exclusiva entre concubino y concubina, y es independiente de los alimentos que el concubino le deba dar a sus hijos y los

---

22 Versión pública de la sentencia, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Portal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *https://www.scjn.gob.mx/*

23 Badilla, Ana Elena, "El derecho a constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", Corte-IDH, Costa Rica, 2009, *http://www.corteidh.or.cr/tablas/a22086.pdf*

alimentos que la concubina debe dar también a sus hijos. Los alimentos entre concubinos están pensados para dos momentos. El primer momento es cuando los concubinos viven juntos; el segundo momento es cuando los concubinos no viven juntos. Cuando los concubinos viven juntos, podemos enfrentarnos a varios escenarios. Uno de ellos es que el hombre haga toda la aportación económica a su casa y que la mujer se quede al cuidado de las labores domésticas; otro escenario es que ambos trabajen y de manera equitativa o inequitativa hagan aportaciones para el sostenimiento del hogar; diverso, donde la mujer trabaja y el hombre se queda al cuidado de la casa. En esos supuestos, ambos contribuyen de manera proporcional con su obligación alimenticia, pues no existen tarifas o porcentajes en la Ley; sencillamente es a la posibilidad del deudor, en relación con la necesidad del acreedor de alimentos.

Solo en circunstancias determinadas y una vez que ha cesado la vida en común, un concubino le puede solicitar el pago de una pensión alimenticia al otro, puesto que el concubinato constituye una relación familiar. El derecho a los alimentos deviene del derecho al bienestar, que va aparejado también con el de protección a la familia, el cual establece que todos los individuos tienen derecho a tener una condición de vida digna en conjunto de su familia.

En el concubinato encontramos dos vertientes relativas al derecho de igualdad. La primera es que esta unión sea equiparada y tratada con igualdad, respecto del matrimonio; y la segunda, enfocada en la igualdad entre los concubinos, porque la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio, o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en esa situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.

Los derechos humanos a la integridad moral de quienes se encuentren en una relación de concubinato, a la dignidad, a la salud, a una vivienda digna, a la libre decisión de cómo formar una familia. Derechos que, de igual manera, se originan con la relación de concubinato y que deben de ser salvaguardados. Su punto medular es la dignidad humana, por el debido respeto que merece en su persona todo ser humano, en relación con todo lo que concierne a su esfera individual.

El problema que surge para identificar esa sociedad de hecho entre concubinos no es de interpretación, sino de una antinomia en la ley por parte del legislador, puesto que no se previó cómo resolver un conflicto motivado por una situación de hecho a la que le ha reconocido efectos jurídicos; pues, si bien el legislador le dio reconocimiento y dotó de efectos jurídicos al concubinato, además de los

alimentos y de los derechos sucesorios, por su similitud con el matrimonio, no ha reglamentado en forma exhaustiva las soluciones a todos los conflictos que se pueden presentar como consecuencia del concubinato, como lo es la disolución del mismo.

Por estas consideraciones, resulta indispensable recurrir a la composición de la ley, a través de lo previsto en el último párrafo del artículo 14 constitucional,[24] que dispone que a falta de ley y de su interpretación, deben aplicarse los principios generales del Derecho, que para el concubinato son los principios de protección a la familia e igualdad entre concubinos. La "integración" del Derecho es imprescindible para no desproteger expectativas derivadas de relaciones que la Constitución reconoce como valiosas, como lo es, en este caso, el concubinato.[25] El juez en su función judicial tiene los conocimientos, así como los instrumentos normativos, para proteger los derechos humanos.

6. La labor jurisdiccional en materia de concubinato

Socialmente se debe tener presente que el matrimonio no es la única vía para fundar una familia, la que genera una diversidad de relaciones que no pueden ser afrontadas con iguales criterios; es el caso de distinguir entre dos grupos de intereses públicos que son los relativos a la protección de los derechos fundamentales de los miembros del grupo familiar, en aquellos casos en que deban ejercitarse frente a otros miembros del grupo.[26] En este caso, el juzgador debe partir de la idea de que no toda controversia deriva del matrimonio, y tiene que considerar los derechos de los hijos, velar por los intereses de las partes contendientes, atento a sus necesidades y a las condiciones que dieron origen a la *litis*.

La autonomía de la voluntad llega hasta ciertas consecuencias de las crisis matrimoniales, especialmente en lo relativo a la reclamación de cantidades, como ocurre con la pensión compensatoria. Este tema se plantea desde un punto de

---

24 Art. 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado 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. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho."

25 Cossío, José Ramón, "Analogía y justicia familiar bajo la constitución", *Isonomía*, Revista de teoría y filosofía del derecho, núm. 28, México, abril, 2008.

26 Roca I Trías, "Libertad y Familia", México, Tirant Lo Blanch México, 2014.

vista teórico que lleva al problema de cuál es el papel que juega el Derecho en la regulación de la familia y a qué principios obedece la actual regulación; [27] es decir, no todo lo previsto por la ley va a darnos una solución respecto de determinados casos; pues, toda vez que la sociedad está en constante cambio, los criterios son de distinta manera y la norma se encuentra en la necesidad de ser reformada.

Los órganos jurisdiccionales se tienen que adaptar a los cambios sociales; por lo que, aunado a lo establecido por el legislador, estos entes públicos, dotados de fe pública en el ejercicio de sus funciones, quienes han tenido que aplicar la norma conforme a cada particularidad de las familias que surgen de parejas unidas en concubinato, por lo que el juzgador debe allegarse de todos los elementos necesarios para emitir resoluciones en los casos en que exista esta unión de hecho. Ese es el ejemplo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que resolvió la posibilidad de establecer una pensión compensatoria en todos aquellos casos en los que exista una pareja que al separarse haya convivido de forma constante y estable.

En la resolución señaló que*:*

> …todas las legislaciones estatales de las que se derive la obligación de otorgar una pensión compensatoria a cargo exclusivamente de cónyuges o concubinos, excluyendo a otro tipo de parejas de hecho que al convivir de forma constante generan vínculos de solidaridad y ayuda mutua pero que por algún motivo no cumplen con todos los requisitos para ser considerados como un concubinato, constituye una distinción discriminatoria que coloca a este tipo de parejas en una situación de desprotección. Así, en todos aquellos casos en que se acredite la existencia de una pareja que conviva de forma constante y estable, fundada en la afectividad, la solidaridad y la ayuda mutua, deberán aplicarse las protecciones mínimas que prevé el derecho de familia para el matrimonio y el concubinato.[28]

Sin duda, el anterior criterio federal alude a diferentes relaciones que conforman una familia y las cuales no necesariamente estén conformadas por un hombre y una mujer; se equipara el reconocimiento de los derechos del concubinato con los del matrimonio, reitera la protección a la familia y la no discriminación; sumado a ello, la reiteración de los derechos a los alimentos en todas aquellas relaciones que se cohabita y que cumplen con las finalidades de una familia.

Ante esa circunstancia, de una recopilación de artículos de revistas judiciales y académicas, se advierte la inquietud de diversos autores sobre la problemática de

---

27 *Idem*.

28 Pérez Contreras, María de Montserrat, "Asignaciones familiares sólo para esposas o concubinas del pensionado. Violan los derechos de no discriminación, de igualdad y de seguridad social", Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 81, México, IIJ-UNAM, *http://www.juridicas.unam.mx/.pdf*

la indebida aplicación del Derecho, por la falta de claridad en la ley en relación con el concubinato, como se cita textualmente:

> Esta figura del concubinato ha tomado un auge impresionante a lo largo de la historia y hasta nuestros días, que ha logrado posicionarse casi a la par del matrimonio, por cuanto a su recurrencia y en cuanto a sus efectos, dicha figura del concubinato no puede seguir teniendo omisiones legales en cuanto a su regulación, si se toma en cuenta que dicha figura se ha convertido en una especie de matrimonio, de hecho dentro de las clases más populares de nuestro país, donde la mayoría de las parejas que han optado hacer vida en común han recurrido a esta figura de la cual desconocen en su mayoría los efectos jurídicos que trae consigo, ya por ignorancia, pereza o cualquier otra razón. El problema es la dificultad con la que se acredita plenamente el concubinato, esto es, porque resulta deficiente el actual sistema para hacerlo, ya que de no haber concebido un hijo, está se basa en testimonios, los cuales no se sabe si están arreglados o manejados previamente, lo que hace dudar de la veracidad de la existencia de un concubinato.[29]

Este problema de las omisiones en las leyes que regulan el concubinato ha ido inquietado socialmente, ante la preocupación del legislador por dar una solución ajustada a las normas jurídicas a esta realidad social, que irrumpe dentro del Derecho de familia. "Pero la problemática jurídica surge, no de la constitución misma de la unión material de hechos, ni de su existencia dentro de la vida de relación, porque ello corresponde al ámbito de la intimidad individual de los hombres y cuya repercusión afecta a la colectividad y al Estado".[30]

Como bien se puntualiza, es a la mujer de condición humilde, a la que hay que proteger dentro del concubinato, porque una mujer que trabaja difícilmente queda desamparada si es que su pareja decidiera dar por terminada su relación para contraer nupcias con diversa persona; pero, en cambio, existen miles de casos de mujeres que habitan en zonas rurales quienes han dedicado su vida a formar un hogar y por cuestiones económicas el hombre debe salir a zonas urbanas a trabajar, en donde en varias ocasiones forman otra familia, y en el momento en que esta situación sale a la luz o llega a fallecer este hombre, es cuando surgen los problemas de quién será acreedora a una pensión alimenticia, o quién será la heredera legítima en caso de existir bienes a nombre de la persona fallecida, o quién tendrá la seguridad social.

Si la segunda persona contrajo matrimonio con él, será la acreedora de todas los derechos y la ley específica que al contraer matrimonio se da por terminado

---

29 Ávila González, Humberto,"*Necesidad de reconocimiento legal del concubinato en el Estado de México",* repositorio institucional Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2017, *http://ri.uaemex.mx/handle/20.500.11799/66849*

30 Díaz Plomé, Alení, "El concubinato como problema jurídico", *Revista Electrónica del Trabajador Judicial*, México, 2010, *https://trabajadorjudicial.wordpress.com/el-concubinato-como-problema-juridico*

el concubinato; pero es contrario a los derechos humanos dejar en estado de indefensión a la mujer que vivió con esta persona por mucho tiempo antes que la esposa, y quien, por demás, desconocía su existencia. Por otro lado, en caso de existir testamento, sería difícil una repartición ecuánime sobre los bienes adquiridos durante la vida en común; pero, con base en la protección a la familia, al derecho a una vida digna, la mujer de escasos recursos no puede quedar desprotegida, solamente porque se dio por terminado su concubinato sin que ella tuviera voluntad ni conocimiento.

De ahí la importancia de precisar en la legislación que el concubinato debe darse por terminado con constancia o documento que otorgue fecha cierta a efecto de proporcionar certeza jurídica, y si se desea concluirlo de manera responsable, como prevención a controversias familiares posteriores; además, prohibir que quien se encuentre en unión de hecho contraiga matrimonio con distinta persona sin haber culminado el concubinato, de lo contrario se hará acreedor a una sanción o incluso que pudiera elevarse a carácter de delito en materia penal, para evitar que así las personas vean la figura del concubinato sin tanta importancia debido a su falta de formalidad.

En definitiva, si el juzgador, tiene que intervenir sobre situaciones no previstas dentro de un concubinato, pueda valerse de la ley correspondiente en la materia, criterios federales e instrumentos internacionales, para fundar y motivar sus resoluciones con base en los hechos y las presunciones legales y humanas, es menester que cuente con un instrumento de carácter público, que sirva como prueba fehaciente al acreditar un concubinato y, con base en ello, reclamar los derechos surgidos.

Ante estas circunstancias planteadas, el Poder Judicial del Estado del Estado de México implementó el Juzgado Familiar en Línea, que hasta el momento ha resuelto 55 sentencias para la acreditación de concubinato, a través de un procedimiento ágil, breve, sencillo y efectivo;[31] de manera que si este procedimiento ha tenido buena respuesta debido a la prontitud, eficiencia y sobre todo comodidad de las personas de no tener que realizar un trámite engorroso, sirva de ejemplo la ley Unión Concubinaria de Uruguay, la cual establece la emisión de una resolución para dar por finalizado un concubinato previamente acreditado, luego entonces a efecto de cesar los derechos que adquirieron durante la vigencia del mismo, se propone que en dicho Juzgado Familiar en línea se emitan sentencias de conclusión de concubinato por medio de un procedimiento judicial no contencioso, con iguales requisitos y trámites previos para su acreditación.

---

31 Poder Judicial del Estado de México, Juzgado en Línea suma 55 sentencias, por acreditación de concubinato, 08/05/2018, *http://web2.pjedomex.gob.mx/index.php/noticias-pj/855-juzgado-en-linea-suma-55-sentencias-por-acreditacion-de-concubinato*

7. Conclusiones

El juzgador se enfrenta a una problemática social al no existir una ley específica en materia de concubinato, porque a pesar de que el legislador se preocupó por la existencia de las familias que viven de esta manera, no se enfocó en resaltar cuáles eran las consecuencias para su conclusión, o con qué se le daría certeza jurídica a esa conclusión.

Respecto a la fecha cierta de la duración de esta unión de hecho es característico en la legislación la falta de formalidades, y al ser generadora de derechos y obligaciones se requiere que se garanticen esos derechos. Por tanto, las leyes deben ser más precisas en cuanto a su protección para que el juzgador adecuadamente fundamente sus decisiones con relación a los concubinos, pues sin los elementos suficientes y necesarios es difícil la determinación y se les podría vulnerar sus derechos humanos.

Es característico de este tipo de relación la falta de formalidades, al ser generadora de derechos y obligaciones. Razón por la que, a efecto de garantizar esos derechos, las leyes tienen la obligación de ser más precisas para su protección, para que el juzgador pueda apropiadamente fundamentar sus decisiones en relación con los concubinos; pues sin los elementos suficientes y necesarios, es más difícil la determinación, y se podrían vulnerar los derechos humanos.

En suma, en el caso que nos ocupa, el Código Civil del Estado de México, en los preceptos legales relativos a esta figura, establece un concepto, requisitos, derechos y obligaciones, pero es ambiguo en cuanto a la duración del concubinato, en específico desde cuándo se debe considerar que comienza y cuando se concluye.

Estas lagunas han tratado de ser cubiertas por las distintas tesis y criterios jurisprudenciales, en virtud de las vulneraciones cometidas a concubinas y concubinarios que han quedado en estado de indefensión por no estar previstas determinadas situaciones por la ley. El legislador acertadamente se ocupó de plasmar legalmente los derechos y obligaciones entre concubinos, los cuales tienen vigencia a partir de que se da inicio al concubinato y estos persisten hasta en tanto no exista un cambio de circunstancias que afecten los requisitos del concubinato, como lo es algún impedimento, pero no de cómo se puede tener certidumbre de que no existía impedimento alguno con anterioridad o con posterioridad.

Es por lo anterior que, podría adicionarse, al artículo 4.403 del Código Civil de la entidad, el establecer una fecha cierta de un inicio y un fin respecto de la vigencia de esta situación de hecho, con lo que se dotaría de certeza jurídica a esta figura.

Con este procedimiento el juez competente podrá resolver sin limitaciones respecto de la fundamentación en la legislación local y en protección de los derechos

humanos sobre controversias en las que coexista un concubinato; determinar cuándo se tuvo por acreditado el mismo y en qué momento concluyó.

8. Bibliohemerografía

Bibliografía

Cossío, José Ramón, "Analogía y justicia familiar bajo la constitución", *Revista de teoría y filosofía del derecho,* núm. 28, Isonomía, Distrito Federal, México, abril, 2008.

Pliego Carrasco, Fernando, *"Las Familias en México",* México, ed. Porrúa, 2014.

Roca I Trías, "Libertad y Familia", Tirant Lo Blanch México, México D.F., 2014.

Zannoni, Eduardo A., *"El Concubinato" (En el Derecho Civil Argentino y Comparado Latinoamericano)*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, 1970, p.83.

Hemerografía

Camarena Rivera, Martha Lourdes y Herrera Olmeda Eduardo Fabián, "El concubinato una realidad social y jurídica", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 4 núm.3, 2012, México.

Díaz Plomé, Alení, "El concubinato como problema jurídico", Revista electrónica del trabajador judicial, México, Octubre, 2010, visible en https://trabajadorjudicial.wordpress.com/el-concubinato-como-problema-juridico. Consultado 14-02-2019.

Galván Rivera, Flavio, "El Concubinato Actual en México", *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, México, núm. conmemorativo, 1991, p. 550, *https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/30097/27172*

Zannoni, Eduardo A.," *Control institucional y familia en América Latina. La ilegitimidad conyugal a diversos países de América Latina,* Revista de estudios políticos, México, núm. 158, 1968, pp. 185-202. *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2082581*

Documentos Publicados en Internet

Ávila González, Humberto, "*Necesidad de reconocimiento legal del concubinato en el Estado de México",* repositorio institucional Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2017*, http://ri.uaemex.mx/handle/20.500.11799/66849*

Badilla, Ana Elena, "El derecho a constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORTEIDH), Costa Rica, 2009, http://www.corteidh.or.cr/tablas/a22086.pdf. Consultado el 03-01-2019.

Costa Carvahuilca, Erickson Aldo, "¿El concubinato puede derivar derechos sucesorios?, en Álvarez de Lara, Rosa María (coord.), *Panorámica internacional de derecho de familia,* Culturas y sistemas jurídicos contemporáneos, t. I, México, IIJ-UNAM, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2287/21.pdf*

Pérez Contreras, María de Montserrat, "Asignaciones familiares sólo para esposas o concubinas del pensionado. Violan los derechos de no discriminación, de igualdad y de seguridad social", Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 81, IIJ-UNAM, México, *http://www.juridicas.unam.mx/.pdf*

Zúñiga Ortega, Alejandra Verónica, "Pasado y futuro del concubinato en México", *Letras jurídicas*, año 11, núm. 22, Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, 2010, *http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/22/vzuniga22.pdf*

Legislación

Código Civil del Estado de México, México, 2002.

Código Civil Federal, 1928.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

Ley de Amparo, 2013.

Ley Nº 18.246, Unión Concubinaria, Uruguay, aprobada. Publicada Diario Oficial el 10/01/2008.

Tratados, convenios, declaraciones y pactos internacionales

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

Jurisprudencia

Amparo directo en revisión 928/2017, Primera Sala, (versión publica de la sentencia), *https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-04/ADR-928-2017-180412.pdf/*

Tesis CXXXVIII/2014.1a, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima época, t. I, abril de 2014, p.795. Tesis Aislada (Constitucional, Civil).

Tesis I.4o.C.20 C, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, t. VII, junio de 1998, p.626. Tesis Aislada (Civil), Superada por contradicción.

Tesis I.4o.C.20 C, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, t. VII, junio de 1998, p.626. Tesis Aislada (Civil), Superada por contradicción.

Tesis: I.11o.C.53 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, agosto de 2014, p. 1653, Tesis aislada (Civil).

Otros documentos

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Comunicado de prensa núm. 104/19 12 de febrero de 2019, página 1/8, Comunicación social estadísticas a propósito de… matrimonios y divorcios en México (datos nacionales), https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2019/matrimonios2019_Nal.pdf. Consultado 27-06-19.

Poder Judicial del Estado de México, http://web2.pjedomex.gob.mx/index.php/noticias-pj/855-juzgado-en-linea-suma-55-sentencias-por-acreditacion-de-concubinato. Consultado el 30-06-19.

Poder Judicial del Estado de México, Juzgado En Línea suma 55 sentencias, por acreditación de concubinato, 08/05/2018, *http://web2.pjedomex.gob.mx/index.php/noticias-pj/855-juzgado-en-linea-suma-55-sentencias-por-acreditacion-de-concubinato*

Portal de Gobierno del Estado de México, folleto de derechos de las mujeres, http://*www.ipomex.org.mx/ipo/archivos/downloadAttach/650204.web*

Portal de la Unión Europea, Uniones Civiles y registradas, *https://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index*

Parte IV
TEMAS DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Capítulo I

INTERPRETACIÓN HERMENÉUTICA EN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO

Romeo Antonio Fuentes Navarro*

SUMARIO

1. Introducción. 2. Momentos de la actividad hermenéutica. 3. Procedimiento mental hermenéutico del juzgador. 4. Postulados conceptuales de la hermenéutica jurídica. 5. Identificación de preceptos legales del Código Penal del Estado de México que requieren una interpretación hermenéutica. 6. Conclusiones. 7. Bibliohemerografía.

1. Introducción

Para estudiar el Sistema de Justicia Penal, se debe recurrir a la ciencia; conforme a parámetros epistemológicos, y a su propia metodología que cierne sus expectativas en la deducción, al visualizar una ley general aplicable a casos específicos (acaecidos como consecuencia de la interacción social). Dicha forma de pensar ha tenido como derivación la apelación recurrente al silogismo jurídico; esta tendencia, no genera mayor dificultad cuando se enfrenta a problemáticas perfectamente delimitadas (casos fáciles). Sin embargo, cuando el asunto sometido a la potestad jurisdiccional implica nociones imbricadas de moralidad (principios universales), es indispensable recurrir a la filosofía del Derecho, cuya disciplina de análisis se circunscribe a la hermenéutica jurídica.

La hermenéutica se encamina a integrar el significado de la ley en concordancia con el caso concreto, a extender o restringir allí la esfera de aplicación y a insertarla en el dispositivo de la sentencia.[1]

Entonces, la hermenéutica en la función jurisdiccional se puede definir como la actividad de interpretación que realiza el servidor público, que es el titular de un tribunal de justicia y se encarga de aplicar la ley y la jurisprudencia a un caso concreto para solucionarlo o dirimirlo cuando existe un conflicto entre partes antagónicas (uno que pretende y otro que resiste).

---

* Candidato a Doctor en Derecho Judicial por la Escuela Judicial del Estado de México. Catedrático en la Universidad Autónoma del Estado de México y en la Universidad de Ixtlahuaca CUI, A.C. Actualmente es Secretario Auxiliar Proyectista del Poder Judicial del Estado de México.

1 Ferraris Maurizio, *Historia de la hermenéutic*a, México, Siglo Veintiuno Editores, 2002, p. 40.

En las entidades federativas en materia penal, los jueces que forman parte del Poder Judicial son los encargados de impartir justicia; por lo tanto, se les considera como titulares de la función jurisdiccional y tienen la obligación de resolver las controversias sometidas a su consideración cuando surge un litigio, en el que el agente del Ministerio Público (quien tiene la potestad punitiva estatal) ejercita acción penal en contra de un gobernado, ante la existencia de un hecho delictuoso y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

Actualmente se encuentra en vigor a nivel federal el sistema acusatorio, adversarial y en materia penal, su contenido epistemológico (estructura legal positiva) no debe limitarse al análisis formal de su esquematización, pues resulta impostergable una reflexión cualitativa, que permita estructurar respuestas óptimas al clamor colectivo de justicia. En ese contexto, es innegable que los titulares de los órganos jurisdiccionales en materia penal deben realizar una actividad hermenéutica de la ley y la jurisprudencia al dictar una sentencia que resuelva el conflicto sometido a su conocimiento.

En el presente artículo se analiza la importancia y trascendencia de la interpretación hermenéutica como disciplina de estudio esencial en el desempeño de la función jurisdiccional; por ello, en primer término se decantan los momentos de la actividad hermenéutica y los procedimientos mentales de aplicación que realiza el juzgador, se realiza un estudio enfocado a la materia penal; de forma subsecuente se establecen postulados conceptuales de la hermenéutica jurídica para tener una noción plena de esta actividad. Los aspectos vindicados se condensan en el presente trabajo al identificar los preceptos legales del Código Penal que requieran una interpretación hermenéutica (justificación teórica y práctica), para finalmente, y en base a los conocimientos delimitados, estar en posibilidad de emitir conclusiones con un grado de racionalidad aceptable.

2. Momentos de la actividad hermenéutica

En Grecia el arte de la interpretación (*hermeutiketechné*) designaba la actividad de llevar los mensajes de los dioses a los hombres.[2] En consecuencia, se trataba de un vínculo entre dos mundos diferentes: el de las deidades y el de los hombres. Por esa razón, es evidente que la actividad desempeñada por la interpretación podría convertirse en un instrumento arbitrario y unilateral, el mensajero podía variar sin mayor contratiempo el sentido del discurso, "a este ámbito se

---

[2] Ferraris, Maurizio, *La hermenéutica*, traducido por José Luis Bernal, México, Taurus, 1998, p. 7.

refiere la etimología tardía de hacer remontar la hermenéutica a Hermes, el mensajero de los Dioses".[3]

Durante el auge de la civilización griega, este concepto de interpretación fue cotidiano, pues se entendía que el universo fluctuaba en un círculo indeterminado regido por seres superiores que influían directamente en el destino de los hombres; incluso, se llegó a afirmar que los dioses tenían la facultad de relacionarse directamente con el ámbito mundano, y de esta función se convalidó la existencia de dioses encarnados en seres humanos (semi-dioses). Los romanos comenzaron a valorar la importancia de las disposiciones de carácter legal, a pesar de que tenían una tendencia a la aceptación de la existencia de seres superiores, lograban entender que la interpretación se vinculaba con el ámbito jurídico, y se llegó a utilizar como un instrumento importante en la aplicación de las leyes.

Con el advenimiento del cristianismo, predominó la interpretación de carácter religioso, la cual se justificó con "una línea que inicia con el génesis pasa a través del sacrificio de Cristo y concluye con la resurrección".[4] En la Edad Media, esta perspectiva teológica marcó y vinculó la comprensión del universo, donde la existencia del hombre solo podía ser entendida mediante explicaciones religiosas. Además, "la interpretación de las escrituras como una forma de comunicación entre Dios y el mundo, a fin de exaltar la esencia divina de Cristo".[5] En esa tesitura, los intérpretes de los designios divinos debían tener un vínculo directo con la religión predominante (católica).

En la época de la Ilustración, se propugnó por la esquematización de pensamientos autónomos, que dieron cuenta de sus diseños y constructos con base en procedimiento lógicos. "Así que el siglo XVIII desarrollará, más que cualquier otra época, una erudición y una filología instrumentadas para la compresión de lo antiguo, y que al mismo tiempo reducirá los conocimientos anticuarios al simple nivel de fábulas".[6]

La recta razón adquiere nuevamente una importancia medular y se convierte en caldo de cultivo del desarrollo de las ciencias, que pretenden establecer una explicación científica en todos los ámbitos del conocimiento (todo aquello que no se ajuste a parámetros objetivo-racionales, no es motivo del estudio de la ciencia). Ferraris nos recuerda que: "La hermenéutica, hasta La Ilustración, se ceñía

---

3 *Idem*.
4 *Ibidem,* p. 9.
5 Hernández Díaz, Carlos Arturo y Mazabel Pinzón, Moisés Rodrigo, *Hermenéutica jurídica e interpretación constitucional*, Lima, ARA Editores-Ediciones Axel, 2010, p. 32.
6 Ferraris, *La hermenéutica*, *op. cit.,* p. 13.

al principio de que los textos son normalmente comprensibles y la interpretación interviene frente a los casos de específica oscuridad".[7]

Aunado a lo anterior, el único margen para interpretar se vinculaba a una actividad exegética; es decir, conforme a la literalidad, a la letra de la ley, con la intención de desentrañar el espíritu del legislador. De esta forma, la interpretación es completamente limitada a cuestiones legalistas que implican hacer una adecuación de la ley al caso concreto.

El silogismo jurídico se convierte en una herramienta fundamental en la solución de conflictos, la premisa mayor será la ley; la premisa menor, el asunto en particular; y la conclusión es el resultado de subsumir el asunto particular al caso concreto. Representa la expresión de una ideología de la función del juez, prescribir un modelo de decisión judicial fundado en la aplicación rigurosa de un razonamiento deductivo.[8] De esta manera, el formalismo se lleva a su máxima expresión. Ferraris advierte "contra esta concepción se revela Heidegger (…) hermenéutica es nuestra existencia entera, en cuanto a que nosotros mismos, somos parte de aquella tradición histórica y lingüística que convertimos en tema de las ciencias del espíritu".[9]

Esta postura de pensamiento permite colegir que dentro de la esencia del ser humano se encuentra la actividad interpretativa. En ese contexto, el hombre no solo tiene como inherentes las facultades sensoriales e intelectuales, también tiene la capacidad de interpretar; y esa facultad interpretativa es un aspecto fundamental que permite encontrar la homogeneidad dentro de la heterogeneidad. Como enseña Ferraris: "La hermenéutica constituye la lengua franca de la filosofía contemporánea cuyo significado total se puede resumir a la tesis nietzcheana, según la cual no existen hechos, sino interpretaciones."[10]

Se corrobora, de esta forma, que la interpretación no es solo una técnica, una creación o invención para facilitar el conocimiento; el ser humano es un hermeneuta por naturaleza, la interpretación es inherente a él y ha sido fundamental en el desarrollo cultural y social.

Durante milenios, todos interpretaban, pero sin darse cuenta de las implicaciones de su acto y, a final de cuentas, hablaban en prosa sin saberlo.[11] Entonces, la hermenéutica es universal, concierne únicamente a los hombres, todos los seres humanos facultados para recordar y comunicarse entre sí.

---

7 *Ibidem,* p. 14.
8 Hernández Díaz y Mazabel Pinzón, *op. cit.*, p. 60.
9 Ferraris, *La hermenéutica, op. cit.*, p. 15.
10 *Ibidem,* pp. 16-17.
11 *Ibidem*, p.18.

No se puede soslayar que, para entender a la hermenéutica como una disciplina filosófica, se tuvieron que desarrollar diversas tendencias y teorías enfocadas a analizar el concepto de interpretación. En efecto:

> …si la filosofía continental se reconoció inicialmente en la fenomenología en sentido amplio (Husserl, Scheler, Lipps, Heidegger…), en la inmediata posguerra fue defendida más bien, bajo el título de Existencialismo (Jaspers, Heidegger, Merleau-Ponty, Sartre), que se presentó en cada caso, como una concreción del punto de vista hermenéutico… bajo el término hermenéutica se resumen diversos enfoques, como la filosofía de Gadamer…[12]

Lo redactado en supralíneas, permite tener un ligero esbozo de los principales exponentes de esta filosofía de reciente descubrimiento; pues, como se ha establecido en Grecia, Roma, la Edad Media y durante la Ilustración, no es factible encontrar un antecedente directo, debido a que todo ser humano era capaz de interpretar sin ser consciente de esa actividad. Actualmente, es innegable que la interpretación es parte esencial de la composición cualitativa del hombre, y su estudio debe ser realizado a través de la hermenéutica filosófica.

En la obra *Verdad y Método*, Hans Gorge Gadamer establece que existen dos tipos de ciencias: las naturales y las del espíritu;[13] y, precisamente en este último rubro, se encuentra ubicada la hermenéutica, "las ciencias del espíritu deben elaborar sus propios métodos para poder gozar del status de ciencias".[14]

Las ciencias del espíritu se encargan de la esencia del ser humano. En esa tesitura, es evidente que la persona es capaz de contextualizar su entorno y tiene la capacidad de crear instituciones que convaliden sus necesidades. Prácticamente, la especie de los hombres tiene la facultad de concebir la creación de instituciones, estructuras y subestructuras, y lo hace a través de la utilización del lenguaje; el cual, funciona como una prótesis que literalmente le permite inventar su existencia y el mundo que rodea esta existencia.

En este punto es donde se convalida la necesidad y utilidad de la interpretación; las personas generan discursos lingüísticos que se diseñan con base en la interpretación, y su finalidad es el convencimiento del grupo social al que se dirigen. Estas manifestaciones del intelecto humano han sido exteriorizadas y, de manera paulatina, se ven reflejadas en la cultura social.

---

12 Grondin, Jean, *Introducción a la hermenéutica filosófica,* 2ª edición, traducida por Ángela Ackermann, Barcelona, Herder, 2002, p. 30.

13 Gadamer, Hans Georg, *Verdad y método,* 10ª edición, traducida por Ana Agud Aparicio y Rafael De Agapito, España, Sígueme, 2003, p. 31.

14 Grondin, *op. cit.,* p. 158.

Cultura que en la actualidad es motivo de explicación, en aras de justificar las instituciones que fundamentan el funcionamiento del Estado de Derecho. Se trata de ideologías o doctrinas que establecen nociones intelectuales de carácter racional, que se encuentran imbíbitas en el ámbito cognitivo de la persona para que pueda comprender el entorno que lo rodea.

En consecuencia, se considera que las ideas de Gadamer son de gran valía, porque superan la perspectiva tradicionalista de que la interpretación es una técnica o instrumento; interpretar es parte fundamental de la esencia del hombre, y en consecuencia no constituye una prótesis instrumental. Ferraris, al referirse a la obra *Verdad y Método* (1960), señala que las ciencias de la naturaleza no aseguran la verdad, pues esta no es objetividad, sino lenguaje y conversación, de manera que el ser encontraría su auténtica manifestación en el arte, la historia y en la conducta práctica y política.[15]

En este contexto, los ordenamientos jurídicos que rigen la existencia del hombre no deben convalidarse con base en una fe ciega; ello no implica un ejercicio racional, "la autoridad no se otorga, sino que se adquiere (…) reposa sobre el reconocimiento (…) este sentido rectamente entendido de autoridad no tiene nada que ver con una obediencia ciega de comando".[16]

En la obra *Verdad y Método*, se expone que la autoridad puede encontrar un sustento adecuado en la tradición; esta es la base de la educación.[17] El hombre, a pesar de que en algún momento puede tener perspectivas propias, tiene una base adquirida que sustentará su comportamiento, "la tradición conserva algún derecho y determina ampliamente nuestras instituciones y comportamiento".[18]

Al referirse a la tradición, se ubica en un contexto histórico que es fundamental en la comprensión del entorno social, pues es necesario tener en cuenta referencias históricas; lo cual, no implica la necesidad de desplazarse al espíritu de la época donde surge el ordenamiento jurídico, esta noción se encuentra íntimamente ligada a un criterio de interpretación intencional. Es decir, indagar lo que el legislador de aquella época quiso expresar "por el contrario de lo que se trata es de reconocer la distancia en el tiempo, como una posibilidad positiva y productiva del comprender".[19]

La autoridad tendrá amplia legitimación cuando se sustente en la tradición que es producto decantado de vivencias temporales, que inciden directamente

---

15 Ferraris, *La hermenéutica, op. cit.,* p. 131.
16 Gadamer, *op. cit.*, p. 347.
17 *Ibidem*, 348
18 *Ibidem*, p. 349.
19 *Ibidem*, p. 367.

en el diseño cultural, que deberá ser conocido por el sujeto; razón por la cual, la interpretación que realice del universo tendrá que desarrollarse y tomar como referencia criterios racionales de carácter hermenéutico, "todo saber procede de una predeterminación histórica, que podemos llamar con Hegel «sustancia» porque soporta toda opinión y comportamiento subjetivo y en consecuencia prefigura y limita toda posibilidad de comprender una tradición en su alteridad histórica".[20]

Cuando el hombre interpreta, debe atender a la existencia de horizontes históricos que han sido generados dentro de la sociedad; de esta forma, se podrán obviar aquellas circunstancias accesorias que resulten intrascendentes dentro del grupo al que pertenecen, logrará enfocar su atención a cuestiones esenciales dentro de una interpretación homogénea, "el horizonte es más bien algo en lo que hacemos nuestro camino, y que hace el camino con nosotros".[21]

De lo anterior, es factible colegir que, a través de la actividad intelectual y sensorial, se pueden generar vínculos con la naturaleza, la sociedad y en general el entorno que nos rodea. Este proceso implica una sinergia evolutiva que se contrapone a actividades mecánicas y reiterativas. La evolución es congruente con la dinámica y el movimiento que se gesta dentro de horizontes culturales creados por el ser humano.

En ese contexto, en la actualidad, el concepto de interpretación debe ajustarse a los parámetros implícitos en la hermenéutica jurídica de contenido filosófico, que se erige como un bastión tendente a convalidar de manera racional y justa las decisiones que sustentan los órganos jurisdiccionales en materia penal del Estado de México (sentencias) al resolver un *proceso*, observa en todo momento respeto escrupuloso de la ley y la jurisprudencia al resolver el asunto en particular.

3. Procedimiento mental hermenéutico del juzgador

Como engranaje fundamental en el funcionamiento de la maquinaria estatal, el Derecho penal se identifica como un instrumento que se utiliza en última instancia para asegurar el respeto a las instituciones y disposiciones jurídicas dentro del núcleo social, la única limitante en esta disciplina es "el valor que se descubre por la propia existencia de la persona".[22]

---

20 *Ibidem,* p. 372.
21 *Ibidem,* p. 375.
22 Mendoza Esquivel, Joaquín, *Los Derechos Humanos como sustento de una ley justa,* México, Porrúa, 2014, p. 8.

De lo vindicado con antelación, se desprende que el ser humano tiene derechos que resultan imposibles de enajenar, tampoco pueden prescribir, menos aún, son susceptibles de transgresión fáctica. "Significan una práctica moral porque no es meramente declarativa, se encuentra vinculada al que alza su voz inconforme por la transgresión de la dignidad…".[23]

Así las cosas, la positivización del Derecho penal debe obedecer a principios universales que garanticen el respeto irrestricto a las prerrogativas que componen el núcleo del Derecho natural. Por ello, al momento de diseñar, publicar o aplicar una norma jurídica, se deben calibrar los valores subyacentes, dado que "la objetividad de los valores reposa en la objetividad del ser y el bien".[24]

La evolución del sistema penal mexicano ha sido fruto de la sinergia ambivalente y poco definida en su estructura teórico-práctica; razón por la cual, la esquematización de las disposiciones jurídicas no tiene una genética definida, sino que se ha desarrollado con referencia en los antecedentes legislativos de otras latitudes; lo que, sin lugar a dudas, trasciende en el esquema racional que realiza el titular del órgano jurisdiccional al interpretar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)[25] y las disposiciones de carácter penal aplicables al momento de pronunciar la resolución. En este punto, resulta de interés la Tesis de Jurisprudencia del rubro PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY CONFORME A LA CONSTITUCIÓN, del tenor siguiente:

> La aplicación del principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exige del órgano jurisdiccional optar por aquella de la que derive un resultado acorde al Texto Supremo, en caso de que la norma secundaria sea oscura y admita dos o más entendimientos posibles. Así, el Juez constitucional, en el despliegue y ejercicio del control judicial de la ley, debe elegir, de ser posible, aquella interpretación mediante la cual sea factible preservar la constitucionalidad de la norma impugnada, a fin de garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada y constante aplicación del orden jurídico. [26]

El 18 de junio de 2008 se modificaron diversas disposiciones jurídicas vinculadas al ámbito penal (arts. 16, 17, 19, 20, 21 y 22 de la CPEUM), tienen como finalidad la adecuación de la legislación adjetiva penal en el Estado de México,

---

23 Guerrero Guerrero, Ana Luisa, *Hacia una Hermenéutica intercultural de los Derechos Humanos*, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe, UNAM, México, 2011, p. 56.

24 Virgilio Ruiz, Rodríguez, *Ética y Deontología Jurídica*, segunda edición, México, Porrúa, 2015, p. 55.

25 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el DOF el 05/02/1917, última reforma publicada DOF el 09/08/2019, *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm*

26 Tesis 2a./J. 176/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, diciembre de 2010, p. 646.

donde se establecieron reglas de interpretación específicas en el artículo 5 del Código de Procedimientos Penales (CPP) del Estado de México.[27]

La trascendencia estructural de la reforma tuvo como consecuencia la modificación del artículo 1 de la CPEUM; toda vez que, en primer término, se retoma una visión iusnaturalista del Derecho vigente, cuyo núcleo encuentra su etiología en el respeto irrestricto de los derechos humanos reconocidos en el texto constitucional; además, se establece un concepto fundamental que constituye la base del trabajo de investigación que aquí se describe; pues, en el párrafo segundo del artículo de referencia, se establece que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales, favorezcan en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Como se señala en criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN): "Ahora bien, dicho mandato implica que una ley no puede declararse nula cuando pueda interpretarse en consonancia con la Constitución y con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, dada su presunción de constitucionalidad y convencionalidad".[28]

En efecto, la interpretación que se exige en la CPEUM debe ser de forma que favorezca ampliamente a las personas, para lo cual debe analizarse el contenido y alcance de los derechos humanos

> a partir del principio pro personae, criterio hermenéutico que informa todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en virtud del cual debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria (…) definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor de la persona humana, pues ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, obliga a optar por la que protege en términos más amplios. Por tanto, la aplicación del principio pro personae en el análisis de los derechos humanos es un componente esencial que debe utilizarse imperiosamente en el establecimiento e interpretación de normas relacionadas con la protección de la persona, a efecto de lograr su adecuada protección y el desarrollo de la jurisprudencia emitida en la materia, de manera que represente el estándar mínimo a partir del cual deben entenderse las obligaciones estatales en este rubro. [29]

---

27 Código de Procedimientos Penales del Estado de México, Decreto 392, publicado en la Gaceta del Gobierno el 21/01/2015, *http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/gct/2015/ene213.PDF*

28 Tesis 1a CCXIV/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Décima Época, Libro XXII, julio de 2013, p. 556.

29 Tesis 1a. XXVI/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro V, febrero de 2012, p. 659.

El Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP),[30] entró en vigor el dieciocho de junio de dos mil dieciséis, y su finalidad es implementar el sistema de justicia penal de corte acusatorio-oral, acorde a lo dispuesto por la CPEUM; ergo, se pretende homogeneizar los procedimientos que deben observar las partes procesales, los órganos encargados de la procuración de justicia, así como los órganos jurisdiccionales, que intervengan en un litigio de naturaleza penal.

Previo a las reformas constitucionales y legales que han sido delimitadas, los operadores jurídicos (jueces y magistrados) al momento de interpretar, recurrían a parámetros básicos; como punto de referencia se estableció el criterio lógico-jurídico, a través del cual, se acuñan conceptos de interpretación que les resultan vinculantes a los jueces, con el objetivo del colmar el principio de seguridad jurídica que constituye la columna vertebral del sistema de justicia penal.

Al realizar un procedimiento mental, de ordinario, se obtiene una idea que nos permite generar un juicio; el cúmulo de juicios a nivel intelectual permite obtener razonamientos, los cuales serán expresados a través de argumentos. Se trata, en sí, de un razonamiento de tipo formal que dio pauta a la interpretación de carácter gramatical o literal, en el cual, el lenguaje común y jurídico tiene importancia vital en el texto que los jueces interpretan, "en esta sede entendemos por razonamiento un discurso, más precisamente una secuencia de enunciados uno de los cuales desempeña la función de tesis o conclusión".[31]

En atención a la naturaleza del Derecho penal, con el transcurso del tiempo, se desarrolló la interpretación sistemática, donde la validez del significado debe abarcar al conjunto de normas que resultan aplicables al caso concreto. Esta peculiaridad puede ser más o menos extensa con los otros apartados de un mismo artículo, hasta llegar a la totalidad de las disposiciones que componen un sistema legal. Se puede sostener que, bajo esta perspectiva, el Derecho es un cúmulo de disposiciones jurídicas que convergen bajo un sistema integral y, al momento en que el juez las aplica, constituyen un constructo coherente y consistente que legitima su decisión. Obsérvese el siguiente criterio:

> La interpretación gramatical o letrista de las leyes es un método que, si bien no debe proscribirse por el intérprete, sólo ha de aplicarse en relación con el método sistemático, según el cual el entendimiento y sentido de las normas debe determinarse en concordancia con el contexto al cual pertenecen…[32]

---

30 Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el DOF el 05/03/2014, última reforma publicada en el DOF 09/08/2019, *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_090819.pdf*

31 Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, traducido por Álvarez Medina, Silvina, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, p. 225.

32 Amparo directo 813/89, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. III, Segunda Parte-1, Enero-Junio de 1989, p. 420.

La sinergia evolutiva de la sociedad tuvo como consecuencia el surgimiento de la interpretación histórica y genética, con el objetivo de precisar antecedentes que permitan la intelección de las problemáticas expuestas ante el titular del órgano jurisdiccional. La interpretación genética se refiere a la causa al origen, a la motivación de la norma; la interpretación histórica a los precedentes legislativos y jurisprudenciales. De lo anterior, se colige que, cuando el juez acude a los parámetros genéticos, debe tener en cuenta el análisis sociológico bajo el cual se desarrolló el conflicto sometido a su consideración; en tanto que, la interpretación histórica encamina sus miras a la evolución del texto normativo.

Una vez superados los criterios de interpretación formal, sistemática e histórica en la solución de los procesos penales, surgió la vertiente donde los valores (principios éticos y morales) cobran relevancia significativa y bajo su amparo se desarrolla la noción de "atribuir significado a una norma o una cláusula atendiendo a la finalidad del precepto o pacto".[33] Se debe aclarar que, este tipo de interpretación tiene una base objetiva; esto es, no se encuentra vinculada con las intenciones que resultan inherentes a una persona (fines subjetivos).

Actualmente (considerando la reforma constitucional en materia penal de 18 de junio de 2008), los encargados de la función jurisdiccional penal en el Estado de México deben tomar como égida de su actividad todos los tipos de interpretación que tienen a sus disposición; sin embargo, ante un caso complejo donde la ponderación de valores (derechos humanos) debe ser exhaustiva, dichos parámetros de interpretación resultan insuficientes para cumplir con las expectativas de justicia que tiene la sociedad.

En este sentido, en antecedentes de criterios de jueces federales se observan argumentos como el siguiente:

> La labor de interpretación de una norma no puede realizarse atendiendo únicamente a la letra del precepto (método gramatical) o significado estrictamente técnico de la expresión (…) por lo tanto, es deber del tribunal servirse de todos los métodos —gramatical, lógico, sistemático o histórico reconocidos por nuestra sistema jurídico, en cuanto le puedan servir en su tarea—.[34]

La justicia en materia penal se aquilata con la aplicación de sus fundamentos que no son otros que los valores visualizados desde el ámbito filosófico.

> …comienza en lo que parece una proposición incuestionable: que el gobierno debe tratar a quienes están bajo su autoridad con igual consideración y respeto. Esa justicia

---

33 Guastini, *op. cit.*, p. 48.

34 Amparo directo 1487/87, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, vol. 217-228, Sexta Parte, p. 353.

> no amenaza nuestra libertad: la expande… surge de la dignidad y aspira a la dignidad, hace más fácil y más probable para cada uno de nosotros vivir bien una vida buena.[35]

En relación con esta premisa, los Tribunales Federales, en calidad de órganos de control constitucional, han fijado parámetros de interpretación hermenéutica que deben generar en el juzgador un proceso mental sustentado en el principio pro persona, cuyo objetivo es generar el correcto acceso a la justicia desde cuatro aristas: 1. Justicia pronta; 2. Justicia completa; 3. Justicia imparcial y 4. Justicia gratuita.[36]

Un ejemplo, lo encontramos en la Tesis de Jurisprudencia:

> Trabajo penitenciario. Su desarrollo debe estar erigido sobre la observancia y el respeto a la dignidad humana. El principio de la dignidad humana contenido en el último párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, funge como una herramienta fundamental que contribuye a la hermenéutica constitucional, cuya importancia radica en que define la condición del ser humano en cuanto a entidad ontológica y jurídica, caracterizada por entrever condiciones que le son inherentes, de forma que lo que comporta la categoría de persona humana delimita lo que ha de entenderse por dignidad humana. Así pues, el trabajo penitenciario, que debe ser visto como un deber-derecho y no como una actividad forzosa, tiene como principio rector la reinserción social, erigida a su vez sobre la observancia y el respeto al principio de la dignidad humana, al ser condición y base de los demás derechos.[37]

Esta perspectiva genera una protección integral a los gobernados involucrados en un proceso penal. Ante la convergencia de diversos parámetros de interpretación, el encargado de resolver la conflictiva penal deberá realizar un procedimiento mental más amplio, fundamentan su decisión en el contenido de la ley, la jurisprudencia y el caso concreto, para legitimar su actuar frente a la sociedad.

4. Postulados conceptuales de la hermenéutica jurídica

La forma normal de culminar con un "proceso penal", es la sentencia, que constituye un ejercicio de carácter lógico, interpretativo y argumentativo, en el cual, el órgano jurisdiccional plasma los fundamentos, razones que convalidan el sentido de su determinación. El grado de aceptabilidad de sus determinaciones

---

35 Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, traducido por Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 511.

36 *Vid.,* por ejemplo: Jurisprudencis 2a./J. 192/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, octubre de 2007, p. 209; Tesis 2a. L/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XV, mayo de 2002, p. 299.

37 Jurisprudencia, P./J. 34/2013, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 1, Diciembre de 2013, p. 128.

dependerá, en gran medida, de que los argumentos tengan un carácter homogéneo en relación con las pretensiones y excepciones que planteen los litigantes, ajustar en todo momento su determinación a los parámetros legales y constitucionales que le resultan vinculatorios.

En la actualidad, el sistema jurídico del Estado de México ha experimentado una serie de reformas en el sistema de justicia penal, debido a la percepción de la sociedad de que los fallos judiciales se encontraban diseñados de forma que su comprensión resultaba inaccesible y en ocasiones contradictorios y confusos. Al respecto, el actual ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jorge Mario Pardo Rebolledo, al dictar conferencia sobre administración de justicia, manifestó que: "son tan peculiares los rasgos de las resoluciones, incluso se ha hablado de un modelo tradicional de resoluciones, que se caracterizan por su gran extensión, falta de claridad, exceso de transcripciones, párrafos redundantes, uso de un lenguaje oscuro o excesivamente técnico".[38]

Así las cosas, es ordinario escuchar comentarios entre los juristas y la sociedad, en el sentido de que los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional, al momento de emitir una resolución, abusan en la transcripción de pruebas, que engrosa de forma innecesaria el contenido; de igual forma, se toma en consideración argumentos que al final resultan intrascendentes para determinar el sentido de la decisión judicial y, además, cuando no se cumplen con las premisas del silogismo jurídico (interpretación literal o gramatical), resulta utópico el acceso a la justicia.

Es fundamental comprender que, la legitimación de las autoridades jurisdiccionales en materia penal se justifica con base en el grado de aceptabilidad que tienen sus determinaciones; por esa razón, la hermenéutica "enseñará a usar correctamente la razón en la comprensión de la autoridad".[39]

Con la aspiración de convalidar el correcto acceso a la justicia en materia penal en el Estado de México, es importante que los jueces tengan un amplio dominio del lenguaje, que debe ser canalizado mediante la precisión lógica; así, se podrá generar una interpretación (hermenéutica jurídica) cuyo objetivo encuentre sentido en los tópicos de la justicia, para que una vez condensadas las premisas fundamentales se puedan externar mediante un razonamiento dúctil que sea comprensible para los litigantes y la gente interesada en conocer el sentido de la determinación. En este sentido, se destaca el siguiente criterio de los tribunales federales:

---

38 García Ortiz, Yairsinio David (coord.), *Manual para la elaboración de sentencias. Justicia Electoral cercana a la ciudadanía*, México, Tribunal Electoral de la Poder Judicial, 2015, pp. 26-27, *https://www.te.gob.mx/srm/media/files/250fbf0d26c4cce.pdf*

39 Gadamer, Hans Georg, *op. cit.*, p. 345.

> De ahí la conveniencia de que los legisladores dicten las normas en un lenguaje comprensible y compartido por los obligados, para establecer la tipicidad o atipicidad de conductas o supuestos. (…) para lo cual debe tomarse en cuenta el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados, atendiendo fundamentalmente al espíritu, funcionalidad, eficacia y finalidad de la institución regulada.[40]

La disciplina del derecho tiene una complejidad de grandes dimensiones, pues para su correcto entendimiento es necesario incursionar en el estudio de la hermenéutica jurídica, sin soslayar áreas del conocimiento como la axiología, deontología, lógica, sociología y argumentación, así como tener un conocimiento basto de diferentes ciencias.

La aplicación del Derecho, es un proceso complejo que, resumido en forma muy simplista, por regla general comprende diversas operaciones consiste en encontrar qué disposición legal se puede aplicar a un caso concreto; determinar si está vigente y si es aplicable desde el punto de vista material, territorial, de grado y de cuantía; interpretarla para encontrar su contenido normativo y, por último, aplicarla concretamente y derivar las consecuencias jurídicas.[41] En cuanto a qué se entiende por interpretación judicial:

> La interpretación judicial es el proceso o actividad para descubrir o atribuir significado y así decidir el alcance, sentido, contenido e implicación de un texto legal, con el fin de que pueda ser aplicado a casos concretos y, sobre todo, para precisar qué circunstancias encuadran, son subsumibles o quedan excluidas de él. En ese contexto, los casos problema imponen una doble interpretación: tanto del texto del precepto como de las circunstancias, prácticas o conductas determinantes de la litis que han de ser reguladas, pero de acuerdo a parámetros o reglas propias de su naturaleza, esencia o sustancia.[42]

Pues resolver los conflictos que de forma cotidiana se presentan dentro de una sociedad es una tarea demandante y solamente puede llegar a buen puerto si se cumple con la primera premisa asentada por Eduardo J. Couture en los Mandamientos del Abogado: "estudia, el derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos serás cada día un poco menos abogado".[43]

Las palabras implícitas en la premisa supra citada, deben ser un aliciente constante para los jueces en materia penal, pues a través del estudio permanente y ex-

---

40 Tesis I.4o.A.90 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. t. XXXI, marzo de 2010, p. 3002.

41 Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría General de la Interpretación*, 3ª edición, México, Porrúa, 2009, p. 47.

42 Tesis, I.4o.A.89 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 3003.

43 Couture, Eduardo J., *Los Mandamientos del Abogado*, México, Coyoacán, 2014.

haustivo se lograrán comprender los intrincados obstáculos que presenta la solución de los conflictos gregarios, además deben tener la capacidad de transformar el conocimiento complejo, en un conocimiento sencillo de fácil acceso, a través de una interpretación dúctil al grado de que sus decisiones y argumentos sean entendidos por cualquier persona que carezca de una formación básica en la disciplina del derecho, bajo estas miras se lograra realizar un ejercicio hermenéutico jurídico que debe ser canalizado a través de un proceso de comunicación efectivo.

La hermenéutica jurídica que tiene un contenido filosófico; toma como referencia al ser humano y su entorno cultural:

> sólo el derecho histórico que está abierto para los hombres en su devenir concreto es verdaderamente humano (…) tal pensamiento no permanece prisionero de las causalidades del instante sino que vive del legado de la tradición y de la cultura como fundamento común, sobre el que la sociedad se encuentra determinada.[44]

La hermenéutica jurídica debe aplicarse por los jueces, ante la existencia de una disposición legal oscura o compleja, en la inteligencia de que las leyes son la fuente de los derechos y obligaciones de las personas; por ello, es menester que los destinatarios las comprendan para justificar su aplicación. Desde la óptica de la hermenéutica, toda interpretación actualiza una comprensión, pero no se puede soslayar que toda argumentación, también actualiza una interpretación en el receptor del mensaje.

Es cierto que la hermenéutica, si bien no analiza los conceptos de validez y estructura de los argumentos, si proporciona el modelo de una ontología lingüística en el que se sustentan las teorías de la argumentación. Por ello, esta disciplina de estudio constituye una aspiración filosófica en una época moldeada por un racionalismo exacerbado que hunde sus raíces en el positivismo radical.

Los Tribunales Federales, al realizar control concentrado de la CPEUM, han fijado criterios de interpretación que se vinculan con la hermenéutica jurídica; pues, han sostenido que la interpretación tiene un carácter dual, porque a través de ella se determina el significado de los textos (lo que constituye una fijación de las condiciones necesarias para la decisión judicial), y como criterio para calificar la validez del significado atribuido a los enunciados normativos (justificación de la decisión judicial). Obsérvese la siguiente Tesis de Jurisprudencia:

> Derechos humanos. El control de convencionalidad ex officio que están obligados a realizar los juzgadores, no llega al extremo de analizar expresamente y en abstracto en cada resolución, todos los derechos humanos que forman parte del orden jurídico mexicano. A

---

44 Kaufmann, Arthur, *La filosofía del derecho en la post-modernidad,* 3ª edición, trad. Luis Villar Borda, Colombia, Temis, 2007, p. 39.

> partir de las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, en vigor desde el once del mismo mes y año, y de conformidad con lo sostenido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el expediente varios 912/2010 (caso Radilla Pacheco), los Jueces de todo el sistema jurídico mexicano, en sus respectivas competencias, deben acatar el principio pro persona, consistente en adoptar la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, y además, al margen de los medios de control concentrado de la constitucionalidad adoptados en la Constitución General de la República, todos los juzgadores deben ejercer un control de convencionalidad ex officio del orden jurídico, conforme al cual, pueden inaplicar una norma cuando ésta sea contraria a los derechos humanos contenidos en la propia Ley Fundamental, en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea Parte, así como en la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación y en los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, si el Juez no advierte oficiosamente que una norma violente los derechos humanos mencionados, a fin de sostener la inaplicación de aquélla en el caso concreto, dicho control de convencionalidad no puede estimarse que llega al extremo de que el Juez del conocimiento deba oficiosamente comparar y analizar en abstracto en cada resolución, todos los derechos humanos que forman parte del orden jurídico mexicano, puesto que ello haría ineficaz e irrealizable el desarrollo de la función jurisdiccional, en detrimento del derecho humano de acceso a la justicia por parte de los gobernados, con la consecuente afectación que ello significa. Por tanto, la sola mención de que una autoridad violentó derechos humanos en una demanda de amparo, es insuficiente para que, si el juzgador de amparo no advierte implícitamente ex officio la transgresión a una de dichas prerrogativas, analice expresamente en la sentencia todos los demás derechos humanos que pudieran resultar relacionados con el caso concreto, debiendo resolver la litis conforme al principio pro persona, a fin de determinar si el acto reclamado es o no contrario a derecho.[45]

Así las cosas, se obtiene que un criterio valido de interpretación es el que resulta más adecuado o conforme con los principios y valores éticos contenidos en la norma suprema. Por lo tanto, la hermenéutica jurídica tiene como objetivo central ponderar la esencia de los derechos humanos, "no solo la hermenéutica puede tener implicaciones éticas, sino que la ética misma puede dar lugar al desarrollo de una hermenéutica cuando se entabla un dialogo fecundo con ella."[46]

---

45 Jurisprudencia VI.1o.A. J/18, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 57, t. III, agosto de 2018, p. 2438.

46 Gibu, Ricardo; Xolocotzi, Ángel y Godina Herrera, Célida (coords.), *La filosofía a contrapelo. Estudios fenomenológicos y hermenéuticos*, *Heidegger y la Hermenéutica*, México, Itaca, 2012, p. 112.

5. Identificación de preceptos legales del Código Penal del Estado de México que requieren una interpretación hermenéutica

La definición de delito se encuentra prevista en el artículo 6 del Código Penal del Estado de México (CPEM),[47] establece: "El delito es la conducta típica, antijurídica, culpable y punible,". En ese contexto, se trata de acciones u omisiones que tienen un carácter lesivo, porque la transgresión a la norma jurídica de naturaleza penal tiene múltiples aristas, debido a que no solamente se ocasiona un daño a la víctima u ofendido, sino que se afecta la estabilidad del tejido social.

La comisión de un delito implica que inicie un procedimiento penal, con el que intervienen las partes procesales que son la víctima u ofendido, el imputado y su defensa; así como el agente del Ministerio Público que es el encargado de investigar el hecho, además de ejercitar la pretensión punitiva. También, debe señalarse que el encargado de dirimir la controversia durante la tramitación del juicio es el juez que resulte competente (competencia objetiva y competencia subjetiva).

Resulta inconcuso que la interacción de los sujetos procesales implica un constante intercambio de información, pues el Ministerio Público tiene la obligación de aportar las pruebas que justifiquen la actualización del hecho delictuoso y la responsabilidad del gobernado a quien se le atribuye la comisión del ilícito. De forma antagónica, el defensor del acusado deberá ofertar y desahogar las pruebas conducentes para convalidar su teoría del caso. Finalmente, el juez, a través del dictado de la sentencia, realizará un proceso lógico, interpretativo y argumentativo para fundar y motivar el sentido de su determinación. Como se esgrime, la sentencia es la parte medular en el ejercicio de la función jurisdiccional.

El CPEM se integra por 355 artículos; razón por la cual, el juez deberá realizar un ejercicio hermenéutico jurídico para aplicar la ley en los casos que son sometidos a su potestad jurisdiccional. En atención a la naturaleza del presente artículo, se realiza el análisis de una hipótesis de la legislación sustantiva en consulta con el objetivo de justificar la necesidad de que el juez penal proceda a una interpretación hermenéutica de la ley, al resolver conflictivas de trascendencia que son sometidas a su consideración.

En el artículo 8, fracción III, párrafo tercero, del CPEM, se delimitan los delitos instantáneos con unidad de evento delictivo; lo cual implica que, ante la comisión de un hecho de esta naturaleza no sea factible aplicar la hipótesis de concurso del delito, prevista en los artículos 18 y 68 del Código bajo análisis.

---

47 Código Penal del Estado de México, publicado en la Gaceta del Gobierno del Estado de México el 03-09-1999, *http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig006.pdf*

Se considera necesario trascribir el contenido de los artículos del Código Penal que han sido mencionados, para dimensionar la naturaleza de su interpretación.

> Artículo 8. Los delitos pueden ser:
> I. Dolosos; El delito es doloso cuando se obra conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico queriendo o aceptando la realización del hecho descrito por la ley.
> II. Culposos; El delito es culposo cuando se produce un resultado típico que pudo preverse o proveerse para evitarlo, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía o podía observarse según las circunstancias y condiciones personales.
> III. Instantáneos;
> Es instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.
> Lo será con unidad de evento, cuando la conducta sea ejecutada en varias acciones típicas sucesivas de naturaleza patrimonial, siempre que los ofendidos sean distintos y la forma en que se afecte el bien jurídico tutelado lo permita, se considerará que existe unidad de evento cuando la misma conducta típica sea ejecutada sobre diversos pasivos. La unidad de evento excluye el concurso de delitos.
> IV. Permanentes; Es permanente, cuando la consumación se prolonga en el tiempo.
> V. Continuados. Es continuado, cuando existe unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de ofendido y se viola el mismo precepto legal.
>
> Artículo 18. Existe concurso ideal, cuando con una sola acción u omisión se cometen varios delitos.
> Existe concurso real, cuando con pluralidad de acciones u omisiones se cometen varios delitos.
>
> Artículo 68. En caso de concurso se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la que deberá aumentarse inclusive hasta la suma de las penas de los demás delitos sin que el total exceda de setenta años de prisión, salvo en los casos previstos en este Código, en que se imponga la pena de prisión vitalicia.

Realizar una interpretación literal o gramatical de las disposiciones jurídicas que han sido zanjadas, sería insuficiente para entender el alcance y forma de aplicación de los preceptos legales en un caso concreto; por ello, es imperativo generar un ejercicio hermenéutico jurídico exhaustivo.

El 2 de septiembre del 2011, se publicó, mediante Decreto 339,[48] la reforma que se refiere a cuestiones vinculadas con la aplicación de penas, concretamente, en lo relativo a la no actualización de concurso de delitos, cuando exista unidad de evento delictivo; empero, no se puede soslayar que esta figura jurídica de unidad de evento es una forma especial de autoría implícita en el artículo 8 de la legislación penal de la entidad.

---

48 Decreto No. 339, Gaceta del Gobierno del Estado de México, 02/09/2011, *https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/gct/2011/sep023.PDF*

En esas condiciones, el análisis e interpretación del lenguaje jurídico debe ser puntual, para que exista concordancia entre los argumentos plasmados al acreditar los elementos del hecho delictivo, la responsabilidad penal y la individualización de la pena; toda vez que, de lo contrario, se generaría ambigüedad respecto del delito materia de juzgamiento, en la inteligencia de que, por ejemplo, no resulta congruente que, cuando en un delito de carácter patrimonial exista una pluralidad de víctimas, se hable de conductas autónomas que requieren acreditar a cada una de ellas la forma de intervención del sujeto activo y se concluya ponderando una unidad de evento delictivo, al individualizar la pena.

En la actualidad, los fenómenos delictivos han adoptado diversas vertientes que laceran la estabilidad de los seres humanos que forman parte de una colectividad; se han multiplicado las ocasiones que permiten perpetrar ilícitos bajo inusitadas formas de realización, principalmente cuando se trata de vulnerar el patrimonio de una colectividad. En Europa (España, Bélgica, Portugal…) y en América (Estados Unidos, Argentina, Costa Rica…) se han desarrollado teorías para sancionar conductas en donde se actualiza la unidad de evento delictivo; sin embargo, en México, este ámbito de la autoría resulta un campo estéril de aplicación.

Se destacan como elementos esenciales de este delito único que, dentro de su estructuración encontramos un elemento subjetivo específico; es decir, el ánimo que tienen los encargados de realizar la conducta, el cual se traduce en un único propósito o designio que pretende, en primer plano, la obtención de un daño patrimonial de carácter global; el cual resultará coincidente con la suma de los perjuicios individuales padecidos por los diversos sujetos pasivos. Esto es, el perjuicio sufrido por las diferentes víctimas no puede tomarse en consideración de manera independiente al analizarse los elementos del hecho delictivo, *contrario sensu,* se erige en un todo que es precisamente hacia donde se encamina la intención de los sujetos activos.

En esta conducta *sui generis,* el sujeto pasivo se integra por una pluralidad de personas (diferentes víctimas), a las que se dirige de un modo indeterminado la conducta de unidad de evento delictivo. Ergo, esa homogeneidad es la que rige la conducta; su intensidad de conexión y conducción de forma que resulta adecuado para hilvanar una pluralidad de acciones en una sola actuación permite apreciar un único delito, y si bien este dolo en conjunto se dirige en contra de patrimonios individualizados, ello no contradice la unidad de evento delictivo.

La figura que se analiza no puede ser considerada como una ficción jurídica, ya que se trata de un ente legal o realidad natural con vida propia, que deriva del dolo subjetivo específico (incluido en los elementos del hecho delictivo), dirigido certeramente al logro del resultado en agravio de sujetos indeterminados. Corolario de lo anterior, existe un haz jurídico común vinculado finalísticamente

a alcanzar un resultado total distinto a los resultados individuales que son componentes del todo.

Una vez desglosados algunos aspectos trascendentes de la conducta como unidad de evento delictivo, es necesario estudiar con detenimiento esta figura jurídica (a través de la hermenéutica) con la intención de adecuarla dentro del marco jurídico penal.

En ocasiones las perspectivas dogmáticas de la ley obnubilan el pensamiento de los "doctos" en la materia y rechazan los paradigmas epistemológicos que abonan al desarrollo de la disciplina jurídica, superan nociones intelectuales que no se adecuan al contexto cultural de la sociedad.

Es precisamente a través de la cultura como se justifica de manera objetiva la evolución del ser humano en sociedad y el surgimiento de leyes para satisfacer necesidades temporales dentro de un contexto social. Es decir, no se debe menospreciar la trascendencia que tiene el procedimiento mental hermenéutico del juzgador, pues ahí es precisamente donde se desarrolla la interpretación (ámbito interno); sin embargo, el entorno cultural representa un aspecto externo fundamental. En esa tesitura, debe existir un puente que imbrique el mundo interior con el exterior; esta conexión, sin lugar a duda, es el lenguaje, que permite la interacción y conocimiento de los aspectos extrínsecos.

La prótesis del lenguaje para conectar el mundo interno con el externo debe ser utilizado de forma adecuada, con la finalidad de dar una explicación satisfactoria del contenido de la ley, para lograr un consenso entre la comunidad jurídica que permita hacer dúctil la disciplina del Derecho.

Es así como se logrará desarrollar las habilidades cognitivas de la comunidad jurídica, que expliquen de forma eficiente cómo operan los sistemas simbólicos que justifican la adecuación de la ley como producto decantado de las necesidades de la sociedad.

Para comprender la reforma al artículo 8, fracción III, párrafo tercero, del CPEM, es necesario, verificar los aspectos culturales, que dieron pábulo a la reforma, así como la intelección del lenguaje jurídico dentro del sistema de justicia penal; de esta forma, se lograra entender el funcionamiento de esta institución jurídica.

La justicia solo puede ser accesible y creíble para los usuarios si estos pueden entender el contenido de las resoluciones judiciales. En las democracias constitucionales la legitimidad de los órganos jurisdiccionales depende de la calidad de la interpretación. Por ello, no se debe confundir la exhaustividad con la oscuridad; pues, la finalidad al ejercer la función jurisdiccional es que esta se base en una interpretación eficaz y eficiente, que se canalice a través de argumentos sencillos y

exhaustivos, evitar en todo momento el desorden intelectual, pues ello solo ofusca la inteligencia del lector.

Se ha establecido que la complejidad del Derecho es una parte esencial que no puede ser soslayada, pues nada más erróneo que considerar que se trata de una disciplina austera o sencilla; contrario a ello, tiene un carácter especial que la convierte en un punto crítico dentro de la evolución del ser humano como parte de una colectividad. Sin embargo, los encargados de emitir una decisión judicial deben tener la capacidad de trasladar esa complejidad a un plano que sea inteligible a cualquier persona carente de conocimientos especiales; de esa forma, se cumplirá con la expresión que dice "el que puede lo más, puede lo menos".

A la fecha, el Estado mexicano ha propugnado por la esquematización y consolidación de reformas en el ámbito del sistema de justicia penal, y como ejemplo, basta recordar la reforma del 18 de junio de 2008, en que se reforman y adicionan diversos artículos de la CPEUM, la cual se complementa con la expedición del CNPP, en marzo del 2014, cuya finalidad es la unificación del procedimiento penal tendente a homologar las reglas en la administración de justicia en los Estados y la Federación, bajo un esquema de carácter acusatorio y oral, se constituye en eje central de este sistema de justicia.

Las reformas constitucionales y legales que han sido redactadas con la finalidad de mejorar el sistema de justicia penal en México, tiene como punto de partida la esquematización de una actividad de interpretación que haga dúctil y efectivo la comprensión de las sentencias, y por tanto, es necesario establecer estándares de calidad para que la sentencia sea clara y completa, con lo cual se logrará convencer a las partes y a la sociedad de que el sentido de la resolución, no solamente es legal, sino también es justo, y generar de esta forma confianza en la colectividad; lo cual, sin lugar a dudas, impacta de forma directa en la legitimidad de las decisiones judiciales, pues debe considerarse que los jueces que integran el Poder Judicial no son electos de manera democrática, por tanto, su única fuente de legitimidad se encuentra en la fundamentación y motivación de sus resoluciones.

6. Conclusiones

El 18 de junio de 2008, se modificaron diversas disposiciones jurídicas vinculadas al ámbito penal (artículos 16, 17, 19, 20, 21 y 22 de la CPEUM), su finalidad es la adecuación de la legislación adjetiva penal en el Estado de México, donde se establecieron reglas de interpretación específicas de las leyes penales.

A pesar de los esfuerzos legislativos y jurisdiccionales, en la actualidad siguen vigentes constructos ortodoxos que sustentan la función jurisdiccional de los jueces penales del Estado de México, al interpretar las leyes, la jurisprudencia y los

casos concretos, lo que genera inseguridad jurídica a los involucrados en el litigio (víctima u ofendido e imputado), así como a los intereses de la colectividad que son representados por el Ministerio Público.

Así las cosas, sería viable un cambio sustantivo en el ejercicio de la función jurisdiccional que realizan los jueces penales del Estado México, sustentado en la interpretación de la leyes, la jurisprudencia y los casos concretos con base en la hermenéutica jurídica de contenido filosófico, con la finalidad de lograr sentencias justas, coherentes y consistentes a la realidad jurídica, evitando la impunidad; razón por la cual, la hermenéutica jurídica puede ser un punto de apoyo fundamental en la actividad jurisdiccional, lo que equivale a propiciar un pluralismo donde coexistan la filosofía y la ciencia.

7. Bibliohemerografía

Bibliografía

Couture, Eduardo J., *Los Mandamientos del Abogado*, México, Coyoacán, 2014.

Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, traducido por Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

Ferraris Maurizio, *Historia de la hermenéutica*, México, Siglo Veintiuno Editores, 2002.

Ferraris, Maurizio, *La hermenéutica*, traducido por José Luis Bernal, México, Taurus, 1998.

Gadamer, Hans Georg, *Verdad y método*, 10ª edición, traducida por Ana Agud Aparicio y Rafael De Agapito, España, Sígueme, 2003.

Gibu, Ricardo; Xolocotzi, Ángel y Godina Herrera, Célida (coords.), *La filosofía a contrapelo. Estudios fenomenológicos y hermenéuticos, Heidegger y la Hermenéutica*, México, Itaca, 2012.

Grondin, Jean, *Introducción a la hermenéutica filosófica*, Prólogo de Hans-George Gadamer, 2ª edición, traducida por Ángela Ackermann, Barcelona, Herder, 2002.

Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, traducido por Silvina Álvarez Medina, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.

Guerrero Guerrero, Ana Luisa, *Hacia una Hermenéutica intercultural de los Derechos Humanos,* Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe, UNAM, México, 2011.

Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría General de la Interpretación,* 3ª edición, México, Porrúa, 2009.

Hernández Díaz, Carlos Arturo y Mazabel Pinzón, Moisés Rodrigo, *Hermenéutica jurídica e interpretación constitucional*, Lima, ARA Editores-Ediciones Axel, 2010.

Kaufmann, Arthur, *La filosofía del derecho en la post-modernidad*, 3ª edición, trad. Luis Villar Borda, Colombia, Temis, 2007.

Mendoza Esquivel, Joaquín, *Los derechos humanos como sustento de una ley justa*, México, Porrúa, 2014.

Virgilio Ruiz, Rodríguez, *Ética y deontología jurídica*, 2ª edición, México, Porrúa, 2015.

Documentos de Internet

García Ortiz, Yairsinio David (coord.), *Manual para la elaboración de sentencias. Justicia Electoral cercana a la ciudadanía*, México, Tribunal Electoral de la Poder Judicial, 2015, *https://www.te.gob.mx/srm/media/files/250fbf0d26c4cce.pdf*

Legislación

Código Nacional de Procedimientos Penales, 2019.

Código Penal del Estado de México, 1999.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

Decreto 339, publicado en la Gaceta del Gobierno del Estado de México 02/09/2011.

Decreto 392, publicado en la Gaceta del Gobierno del Estado de México el 21/01/2015.

Jurisprudencia

Amparo directo 1487/87, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, vol. 217-228, Sexta Parte, p. 353.

Amparo directo 813/89, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. III, Segunda Parte-1, enero-junio de 1989, p. 420.

Jurisprudencia 2a./J. 192/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, octubre de 2007, p. 209.

Jurisprudencia I.3o.P. J/1, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. I, mayo de 1995, p. 269.

Jurisprudencia VI.1o.A. J/18, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 57, t. III, agosto de 2018, p. 2438.

Jurisprudencia, P./J. 34/2013, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 1, diciembre de 2013, p. 128.

Tesis 1a. XXVI/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro V, febrero de 2012, p. 659.

Tesis 2a./J. 176/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, diciembre de 2010, p. 646.

Tesis, I.4o.A.89 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 3003.

Capítulo II

EL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA PARA SENTENCIADOS CON DISCAPACIDAD PSICOSOCIAL EN EL ESTADO DE MÉXICO

Patricia Baños Gálvez*

"Negar a las personas sus derechos humanos,
es cuestionar su propia humanidad"

Nelson Mandela

SUMARIO

1. Preliminares. 2. Discapacidad psicosocial, inimputabilidad y medidas de seguridad. 2.1. Algunas nociones previas. 2.2. Tratamiento de inimputables. 2.3. La problemática y su impacto. 3. Contexto normativo internacional. 4. Contexto normativo nacional. 5. Estructura judicial en el Estado de México para la atención de inimputables. 6. Medidas de seguridad como forma de rehabilitación. 7. Medidas alternas para la protección de sus derechos fundamentales. 8. Aspectos atendibles en el ámbito normativo nacional. 9. Conclusiones. 10. Bibliohemerografía.

1. Preliminares

El Estado de México registra uno de los más altos índices de comisión de delitos. En los medios de comunicación observamos cifras alarmantes de delincuencia, las cuales son consecuencia de múltiples factores que no han sido objeto de políticas públicas eficientes que permitan a las personas desenvolverse con tranquilidad y seguridad en los distintos entornos en los cuales interactúan en la sociedad.

La labor del Estado es buscar mecanismos que brinden real protección a todas las personas, para así contribuir al respeto y consolidación de los derechos humanos; es obligación prioritaria del Estado que todos tengamos las mismas oportunidades para gozar y ejercer plenamente los derechos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y en los tratados internacionales.

* Licenciada en Derecho y Especialidad en Derecho Procesal por la UAEMéx. Diplomado en Juicio de Amparo y Maestra en Derecho por la UNAM. Egresada del Doctorado en Derecho Judicial por la Escuela Judicial del Estado de México. Actualmente desempeñando el cargo de Secretario de Primera Instancia en el Juzgado de Control del Distrito Judicial de Nezahualcóyotl.

Si bien, el Estado impone penas y medidas de seguridad a las personas que se encuentran involucradas en la comisión de un delito, con la finalidad de retribuir a la sociedad el daño que estos han ocasionado; la pena debe ser proporcional a ese daño, para evitar que el sentenciado vuelva a cometer delitos, pero ahí no termina la función del Estado en materia penal, este debe vigilar que las penas y medidas de seguridad sean cumplidas, para ello debe establecer mecanismos jurisdiccionales para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o reclusión.

En el Estado de México, la vigilancia de las penas y medidas seguridad corresponde al juez ejecutor de sentencias, quien debe garantizar que a los privados de libertad le sean respetados y garantizados los derechos que no le fueron restringidos con motivo de la sanción impuesta, de acuerdo con la Ley de ejecución de penas privativas y restrictivas de la libertad del Estado y actualmente con la Ley Nacional de Ejecución Penal;[1] situación que se ve mermada con la falta de personal especializado y presupuesto suficiente para poder cumplir con dicha función.

En general, la población penitenciaria tiene muchas carencias; pero en el caso de la población penitenciaria con alguna discapacidad intelectual o trastorno mental, estamos ante un grupo vulnerable, en cuanto carecen de capacidad para entender o comprender el hecho delictivo que se les imputa; se trata de personas con discapacidad psicosocial que enfrentan problemas relacionados con su salud mental, los cuales pueden ser de naturaleza transitoria o permanente (*vr.gr.,* crisis de ansiedad o depresión, esquizofrenia, trastorno bipolar, epilepsias, trastornos por uso del alcohol y drogas, entre otros).

Estas personas con discapacidad psicosocial, por lo general, sufren el abandono de sus familiares, carecen de recursos económicos para un tratamiento médico psiquiátrico y son objeto de estigmatización; todas estas circunstancias conllevan a una discriminación tanto social como legislativa, situaciones que aumentan su condición de vulnerabilidad y riesgo, incluso para que otras personas inescrupulosas los utilicen para materializar delitos.

---

[1] Ley de ejecución de penas privativas y restrictivas de la libertad del Estado de México, Decreto núm. 42, aprobado el 26/11/1985; promulgación: 23/12/1985; publicación: 26/12/1985; y vigencia: 05/01/1986. *Vid.* Art. 17. "En cada centro funcionará un Consejo Interno Interdisciplinario, que estará Integrado por los siguientes servidores públicos: Director o Subdirector, Secretario General, Jefe de Vigilancia, Administrador, Coordinadores de las Áreas Médicas, Psicológica, Psiquiátrica, Pedagógica, Trabajo Social y Laboral. Este Consejo tendrá las siguientes funciones: (*omissis*) VIII. Formular y presentar dictámenes a petición del Juez Ejecutor de Sentencias correspondiente, en relación a la aplicación de las medidas de preliberación, remisión parcial de la pena y libertad condicional…". *Vid.* nota al pie 13.

Las personas con discapacidad psicosocial son consideradas inimputables por el Derecho penal mexicano. En este sentido, es importante recordar cuáles son las causas de inimputabilidad en la doctrina penal tradicional. Jiménez de Asúa señala:

> …la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber, esto es, aquellas causas en las que, si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetro.[2]

Para que el juez pueda determinar la inimputabilidad es necesario realizar una valoración psicológica o psiquiátrica a la persona implicada en algún ilícito; esto, a través de una determinación pericial, si el sujeto presenta alguna condición específica que deba ser tomada en cuenta, para ser declarado en estado de interdicción e internado como lo regula el Código Penal del Estado de México (CPEM),[3] deber ser internado en hospitales psiquiátricos o centros para tratamientos especiales, por el término necesario para su tratamiento, para hacer efectivos sus derechos de acuerdo con el artículo 52 del CPEM.[4]

La discapacidad psicosocial, de acuerdo con el Consejo Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad: "es la limitación de las personas que presentan disfunciones temporales o permanentes de la mente para realizar una o más actividades cotidianas."[5]

Por lo anterior, estas personas resultan ser más propensas que el resto de la población a involucrarse en procesos penales; por ello, el sistema de justicia penal debe sensibilizarse y tomar medidas que puedan solventar las necesidades especiales de esta población reclusa.

Sin embargo, en la realidad las personas con discapacidad psicosocial enfrentan numerosas barreras para ejercer efectivamente su derecho humano de acceso a la justicia en el sistema de justicia penal, por lo que se requiere que el Estado implemente acciones importantes "para visibilizar la necesidad de realizar ajustes

---

2 Jiménez de Asúa, Luis, *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, 3ª edición, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1990, p. 339.

3 Código Penal del Estado de México, 03/09/1999, *http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig006.pdf*

4 Art. 52. Cuando exista alguna de las causas de inimputabilidad a que se refiere el artículo 16, el inculpado, previa determinación pericial según sea el caso, será declarado en estado de interdicción para efectos penales e internado en hospitales psiquiátricos o establecimientos especiales por el término necesario para su tratamiento bajo la vigilancia de la autoridad.

5 Consejo Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad, *https://www.gob.mx/conadis/articulos/salud-mental-y-discapacidad-psicosocial*

en el sistema de justicia penal mexicano con el fin de que se logre respetar y garantizar el acceso a la justicia para las personas con discapacidad mental".[6]

En México existen dos prisiones específicas para personas con discapacidad psicosocial, el Centro Federal de Rehabilitación Psicosocial (CEFEREPSI) con una población de 187 internos y el Centro Varonil de Readaptación Psicosocial (CEVAREPSI) con una población de cerca de 400 internos.[7] En el Estado de México se encuentra el Centro de Mediación del Penal Nezahualcóyotl-Bordo, ubicado en Ciudad Nezahualcóyotl. Se trata de un centro especializado para personas inimputables, el cual alberga un total de 113 internos, que presentan los siguientes trastornos: trastorno mental y del comportamiento psicótico secundarios a uso de etílicos; trastorno mental y del comportamiento secundario a disfunción cerebral (cistericos), probable discapacidad intelectual leve; trastorno mental y del comportamiento secundario a uso de inhalantes; esquizofrenia paranoide; sordomudo; trastorno mental y del comportamiento no psicótico y psicótico secundario a uso múltiples sustancias; retraso mental leve.

Las investigaciones sobre personas con discapacidad han dejado en evidencia "que en México no existe un sistema eficaz para identificar a personas con discapacidad mental en el sistema de justicia penal, es dable concluir que México tampoco cuenta con un buen sistema para evitar su encarcelamiento ni proporcionarles tratamiento."[8]

En estos momentos, el abordaje de esta temática no podría ser más oportuno para incidir en aquellas entidades federativas en México que tiene como tarea pendiente aprobar una normativa que garanticen el acceso a la justicia de todas aquellas personas con discapacidad psicosocial al sistema de justicia penal.

Es urgente que el Estado responda a los requerimientos de los internos con discapacidad psicosocial, con áreas especializadas para su atención con todos los actores involucrados en el sistema de justicia penal, debidamente ante la falta de personal capacitado como: policías, fiscales, defensores, jueces, custodios y funcionarios en general. Para el debido tratamiento de la inimputabilidad de estas personas los Estados deben ajustar la regulación interna a la normativa interna-

---

6 Galván Puente, Sofía, Derechos de las personas con discapacidad mental en el nuevo sistema mexicano de justicia penal, Ciudad de México, junio 2013, p. 5, *https://www.driadvocacy.org/wp-content/uploads/Informe_Sistema-Acusatorio-y-Personas-con-Discapacidad-Mental_JUNIO-2013_final.pdf*

7 Pulido, Miguel, "Los olvidados de los olvidados: personas con discapacidad psicosocial en el sistema penitenciario", Documenta: Informes sobre justicia y discapacidad psicosocial, p. 2, *http://documenta.org.mx/layout/publicaciones/informes-justicia-discapacidad-psicosocial/informe-relator-tortura-olvidados-personas-discapacidad-psicosocial-sistema-penitenciario.pdf*

8 Galván Puente, *op. cit.*, p. 7.

cional, para así establecer mecanismos idóneos y eficaces que mejoren la calidad de vida de esta población.

El sistema de justicia penal debe tomar en consideración que las personas con discapacidad psicosocial forman parte de un grupo vulnerable, por padecer de un deterioro de la salud mental. Además, suelen ser objeto de estigma y discriminación y experimentan índices extremadamente altos de victimización física y sexual. También son consideradas vulnerables porque en su entorno se encuentran con alguna restricción en el ejercicio de sus derechos políticos y civiles y en su capacidad para participar en asuntos públicos.

El Estado debe prestar especial atención en el diagnóstico de esta problemática y sus dimensiones reales en la actualidad. Se trata de determinar cómo el sistema de justicia penal puede garantizar de una manera más efectiva el acceso a la justicia de las personas con discapacidad psicosocial en cumplimiento de las obligaciones asumidas por México al ratificar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

2. Discapacidad psicosocial, inimputabilidad y medidas de seguridad

2.1. Algunas nociones previas

La discapacidad en general se refiere a aquellas personas que tienen "deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás."[9] En particular, la discapacidad psicosocial es aquélla que padecen personas con "diagnóstico de trastorno mental que han sufrido los efectos de factores sociales negativos, como el estigma, la discriminación y la exclusión."[10]

En Derecho penal la inimputabilidad, es un concepto jurídico que conlleva la ausencia de capacidad para conocer el alcance de los propios actos, "por falta de suficiente desarrollo intelectual (insuficiente para los fines de la capacidad de entender y de querer) y por graves anomalías psíquicas".[11]

---

9 Art. 1º CDPD: Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

10 Organización Mundial de la Salud, Plan de acción sobre salud mental 2013-2020, 2013, p. 43.

11 García Ramírez, Sergio, *La inimputabilidad en el derecho penal mexicano,* México, IIJ-UNAM, 1981, pp. 23-24, refiriéndose a Francesco Antolisei.

Las causas de inimputabilidad en el Código Penal del Estado de México (CPEM) se encuentran previstas en el artículo 16, según el cual:

> Es inimputable el sujeto activo cuando padezca:
>
> I. Alienación u otro trastorno similar permanente;
>
> II. Trastorno mental transitorio producido en forma accidental o involuntaria; y
>
> III. Sordomudez, careciendo totalmente de instrucción.
>
> Estos padecimientos deben tener como consecuencia la ausencia de la capacidad de comprender la antijuricidad o ilicitud de su acción y omisión, antes o durante la comisión del ilícito.

Si bien existe un cambio de paradigma en la justicia penal a partir de la reforma constitucional del 18 de junio del año 2008, en la que se establecen las bases del nuevo sistema de justicia procesal penal de corte adversarial y oral, también resulta claro que falta mucho por avanzar, entre otras, en materia de medidas de seguridad.

Se explica lo anterior con el siguiente ejemplo: un sujeto al cual que se le atribuye un hecho delictuoso, es presentado ante el juez de control, quien se percata que el probable responsable tiene problemas para entender el hecho que se le atribuye; en esas condiciones está obligado a allegarse de pruebas idóneas que acrediten que efectivamente se encuentra ante una persona con discapacidad psicosocial, por lo que deberá ser considerada inimputable, de acuerdo a la legislación penal estatal; una vez cerciorado que se encuentra en este supuesto, el juez procederá a sustanciar el proceso ordinario en un procedimiento especial, para determinar si existen o no elementos que acrediten su participación, y si esta es acreditada le decretará una medida de seguridad.

Las medidas de seguridad que actualmente contempla la legislación sustantiva penal del Estado de México, se encuentran previstas en el artículo 22, son: confinamiento; prohibición de residir o ir a lugares determinados; vigilancia de la autoridad; *tratamiento de inimputables*; amonestación; caución de no ofender; y tratamiento.

Pero en el caso de las personas con discapacidad psicosocial, las medidas de seguridad deben ser tomadas como una forma de rehabilitación y como medidas alternas para la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad psicosocial privadas de libertad.

2.2. Tratamiento de inimputables

En el tema que nos ocupa es necesario referirnos al tratamiento de inimputables, medida de seguridad que se encuentra regulada en los numerales 52 a 54 de

la legislación invocada,[12] la cual se establece previa determinación pericial. Esto es, el imputado, según sea el caso, será declarado en estado de interdicción para efectos penales e internado en un hospital psiquiátrico o establecimiento especial por el término que se considere necesario para que sea sometido a tratamiento bajo la vigilancia de la autoridad (art. 52), si la autoridad jurisdiccional lo estima prudente, si se trata de trastornados mentales o sordomudos no peligrosos, podrán ser confiados al cuidado de las personas que deban hacerse cargo de ella, previo el otorgamiento de garantías que el juez estime adecuada (art. 53).

Por su parte, en la Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP)[13] el régimen de las medidas de seguridad para personas inimputables privadas de la libertad se encuentra previsto en los artículos 190 al 197;[14] se destaca que las medidas de

---

12 Art. 52. Cuando exista alguna de las causas de inimputabilidad a que se refiere el artículo 16, el inculpado, previa determinación pericial según sea el caso, será declarado en estado de interdicción para efectos penales e internado en hospitales psiquiátricos o establecimientos especiales por el término necesario para su tratamiento bajo la vigilancia de la autoridad.
Art. 53. Si el órgano jurisdiccional lo estima prudente, los trastornados mentales o sordomudos no peligrosos, serán confiados al cuidado de las personas que deban hacerse cargo de ellos para que ejerciten la vigilancia y tratamiento necesario, previo el otorgamiento de las garantías que el juez estime adecuadas.
Art. 54. La medida de tratamiento no podrá exceder en su duración del máximo de la punibilidad privativa de la libertad que se aplicaría por ese mismo delito, a los sujetos imputables. Si concluido ese tiempo, la autoridad ejecutora considera que el internado continúa necesitando tratamiento o no tiene familiares o éstos se niegan a recibirlo, será puesto a disposición de las autoridades de salud para que procedan conforme a las leyes correspondientes.
Art. 55. La amonestación consiste en la advertencia que el órgano jurisdiccional hace al inculpado, explicándole las consecuencias del delito que cometió, excitándole a la enmienda y previniéndole de las penas que se imponen a los reincidentes. La amonestación se hará en privado o públicamente a juicio del juez, y se impondrá en toda sentencia condenatoria.

13 Ley Nacional de Ejecución Penal, publicada en el DOF el 16 de junio de 2016, *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNEP_090518.pdf*

14 Art. 190. Disposición general. Las disposiciones de la presente Ley serán aplicables, en lo conducente, a las personas inimputables privadas de la libertad con motivo de la ejecución de una medida de seguridad, impuesta de acuerdo a la legislación penal y procesal penal vigente.
Art. 191. Tratamiento de inimputables. Cuando el estado de inimputabilidad sobrevenga en la ejecución de la pena, el Juez de Ejecución dispondrá de la medida de tratamiento aplicable, ya sea en internamiento o en libertad.
Art. 192. Establecimientos. Las personas sujetas a una medida de seguridad privativa de la libertad deberán cumplirla únicamente en los establecimientos destinados para ese propósito, distintos de los centros de extinción de penas y de prisión preventiva. Los establecimientos dependerán de las autoridades administrativas en materia de salud.
Art. 193. Organización en establecimientos. Los establecimientos para personas inimputables deberán estar separados para mujeres y hombres y deberán contar con el personal especializado masculino y femenino para la atención de las personas privadas de la libertad. Estos establecimientos deberán ofrecer los programas pertinentes que apoyen a las y los pacientes privados de la libertad para su atención médica integral.

seguridad deberán cumplirla únicamente en los establecimientos destinados para ese propósito, los cuales dependen de las autoridades administrativas en materia de salud, distintos de los centros de extinción de penas y de prisión preventiva (art. 192).

En consecuencia, la labor del juez de ejecución de sentencias es verificar las condiciones en las que se cumplen esas medidas, aunado a que deberá ordenar la práctica de estudios profundos con peritos que informen sobre el estado de salud del sentenciado con discapacidad de manera periódica, para que verifique en su caso si es posible modificar la medida impuesta.

Se debe priorizar el estado de salud y poner a disposición el tratamiento médico especializado; por lo que, la propuesta se plantea en el sentido de que los lugares especializados en donde deban estar en internamiento no dependan de la Dirección General de Prevención y Reinserción Social,[15] sino que estos lugares dependan del sector salud, que tengan todo tipo de especialistas para proporcionar un tratamiento y terapias acordes a su padecimiento y no se generalice el mismo tratamiento; pues si bien dichas personas cometieron un hecho delictuoso y finalmente deben cumplir de alguna manera con una sanción, cierto es que la conducta que realizaron no fue de forma consciente, toda vez que se encuentran bajo un padecimiento, por lo cual no se les debe sancionar y etiquetar, porque forman parte de nuestra sociedad, en la que debemos encontrar soluciones que dignifiquen a estas personas.

La legislación debe regular la periodicidad con la que deben realizar el seguimiento del tratamiento, y sobre todo contener un enfoque de reintegración a la sociedad, a través de programas de actividades recreativas ocupacionales que los

---

Art. 194. Atención externa. Las instituciones que proporcionen atención externa a las personas sujetas a medidas de seguridad distintas a la privación de la libertad, deberán contar con las instalaciones y mobiliario, servicios y suministros adecuados para las necesidades de las personas usuarias.

Art. 195. Normas reglamentarias y protocolos. Las normas y protocolos correspondientes atenderán a lo dispuesto en instrumentos internacionales para la protección de las personas discapacitadas. Los protocolos previstos en esta Ley no podrán aplicarse a los establecimientos sin su previa adecuación y complementación para las circunstancias particulares de las personas con algún tipo de discapacidad.

Art. 196. Controversias. Las controversias que se presenten con motivo del trato y el tratamiento en la ejecución de las medidas de seguridad, que no sean de la competencia de las y los jueces del proceso, serán resueltas por los jueces de ejecución con apego a esta Ley, con la realización de los ajustes razonables al procedimiento.

Art. 197. Determinación de lugar de internamiento. Cuando una misma persona esté sujeta a medidas de seguridad y la pena de prisión o prisión preventiva en razón de procesos distintos, se atenderá a lo dispuesto en este Capítulo respecto al lugar y condiciones de internamiento.

15 Dirección General de Prevención y Readaptación Social, Constituyentes Pte 902, Barrio de la Merced, 50080 Toluca de Lerdo, Méx.

capacite para valerse por sí mismos, y establecer los parámetros para verificar cuando resulta viable el reincorporarlos con su familia; para ello debe también capacitarse a la familia para que pueda atender correctamente las necesidades y deficiencias de su familiar para tenerle el debido cuidado y evitar en un futuro que se vuelva a involucrar en la comisión de un nuevo delito.

Así también, la legislación debe comprender un procedimiento para apoyarse de la justicia restaurativa, con base en el *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa* creado por la Organización de las Naciones Unidas,[16] para entender y comprender el daño ocasionado y proporcionar una reparación emocional, moral, así como establecer vínculos afectivos, acordes al caso en concreto.

En el Estado de México, se precisa que en este ámbito de generar espacios especializados hay avances al respecto, en específico existe un lugar destinado para personas con discapacidad psicosocial que se encuentra en Ciudad Nezahualcóyotl, en la cual se realiza el esfuerzo por darles un tratamiento médico psiquiátrico, pero el cual todavía carece del personal suficiente y especializado para poder atender su padecimiento adecuadamente.

En atención a lo expuesto, el sistema de justicia penal mexicano tiene pendiente adoptar medidas de seguridad diversas al internamiento, con la inclusión y participación activa de la sociedad, para que estas personas puedan ser reintegradas a esta con actividades funcionales, además de vincular a las familias, emplear medios alternos de solución, encontrar soluciones en la justicia restaurativa, en el que la familia también pueda tomar terapias psicológicas, psiquiátricas, para sanar el daño ocasionado, pues el delito puede haber sido cometido en perjuicio de su propia familia, lo que genera un doble sufrimiento, por eso es necesario que también se acuda a los programas restaurativos.

Se deben realizar ajustes normativos para optimizar el nivel operativo y de infraestructura de los centros especializados para personas con discapacidad psicosocial, para que alcancen un nivel óptimo de funcionamiento que disminuyan sus limitaciones en su vida cotidiana, eviten su discriminación y vulnerabilidad. Además, se deben establecer en el marco legal medidas de seguridad diversas al internamiento en estos centros especializados, por lo cual se recomienda optar por medidas más humanitarias, dado que la medida de seguridad no se debe imponer en relación al daño ocasionado, como una pena, sino que debe ser a través de valoraciones de peritos que establezcan cuál discapacidad mental o el motivo por el cual se le declaró en estado de interdicción, y si este es reversible o si en su

---

16 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa, Viena-Nueva York, 2006, *https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf*

caso puede ser sujeto de un tratamiento médico, para establecer cuál debe ser la medida de seguridad que se debe imponer al atribuírsele el hecho delictuoso.

2.3. La problemática y su impacto

La situación de internamiento de los discapacitados psicosociales es noticia en México. En fecha cinco de agosto del año 2017, el periódico universal publicó un artículo con el título "Reos con problemas mentales, a la sombra del sistema penal",[17] en el que narra que de acuerdo a la Primera Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad, publicada por el Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI) no existe una estadística sobre la salud de los reos ni sobre los tipos de trastornos que padecen.

En la mencionada nota periodística se evidencia que el problema de la discapacidad psicosocial no se le ha dado la importancia que merece, no existen estadísticas que muestren la totalidad de personas que se encuentran en esta situación, además los números proporcionados por las instituciones no son confiables. El tema hasta ahora está pendiente de un tratamiento idóneo en función de la problemática social que genera. Una de las razones por las cuales existe una cifra negra en este tema se debe a que la discapacidad psicosocial e intelectual no es reportada debido a que se asocia con diversas formas de estigmas y prejuicios.[18]

Sin embargo, la Comisión Nacional de Seguridad de la Secretaría de Gobernación, una de las pocas instituciones que ha dado seguimiento a esta población, contabilizo para el año 2015 un total de 4 mil 476 presos con trastornos mentales, y dio a conocer las siguientes gráficas, publicadas en el *Cuaderno Mensual de Información Estadística Penitenciaria. Prevención y Readaptación Social*,[19] en las cuales se observa la distribución de los internos que componen el universo de las personas con discapacidad psicosocial e inimputables:

---

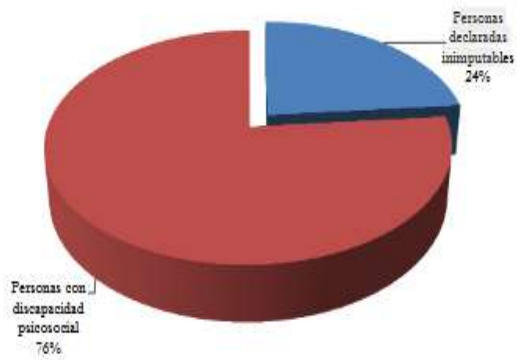
17 El Universal, "Reos con problemas mentales, a la sombra del sistema penal, 05/08/2017, *https://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/seguridad/2017/08/5/reos-con-problemas-mentales-la-sombra-del-sistema-penal*

18 Sheimbaum, Diana y Vera, Sara, *Hacia un sistema incluyente. Poroceso penal y discapacidad psicosocial*, Documenta. Análisis y acción para la justicia social. A.C., México, 2016.

19 Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), *Situación de las personas con discapacidad psicosocial e inimputables en Centros Penitenciarios de la República Mexicana. Pronunciamiento,* México, 2016, pp. 16-19, *https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento_20160210.pdf*

En la primera gráfica, se reporta el total de personas con discapacidad psicosocial e inimputables, se destaca que del universo de reos con discapacidad psicosocial solo el 24% son declarados inimputables.

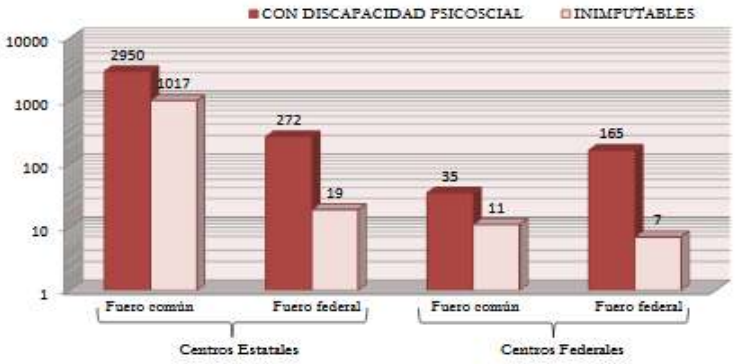
Personas con discapacidad psicosocial e ininputables



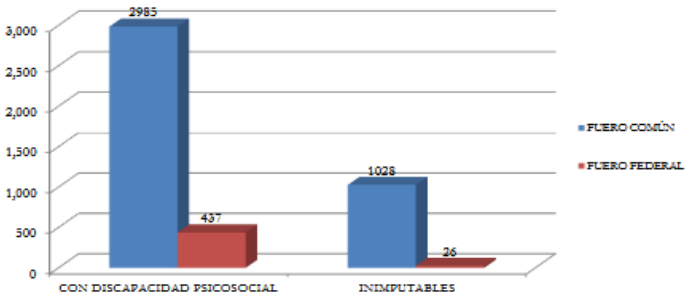
Fuente: Comisión Nacional de Seguridad de la Secretaría de Gobernación, Cuaderno mensual de información Estadística Penitenciaria. Prevención y Readaptación Social, octubre 2015.

En las siguientes gráficas se presentan las personas con discapacidad psicosocial e inimputables que se encuentran en internamiento tanto en centros estatales y en centros federales, discriminadas por delitos de fuero común y delitos de fuero federal. Se destaca que el mayor número se concentra en los centros estatales.

Personas con discapacidad psicosocial e ininputables



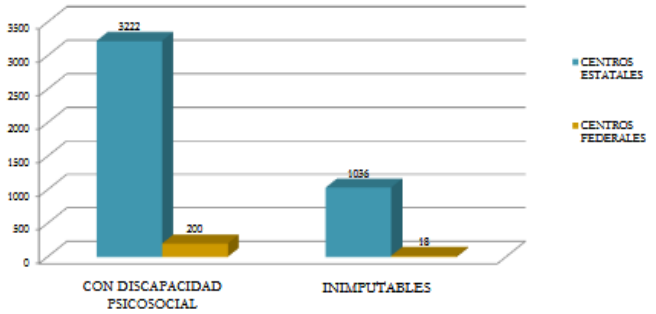
Personas con discapacidad psicosocial e ininputables por fuero



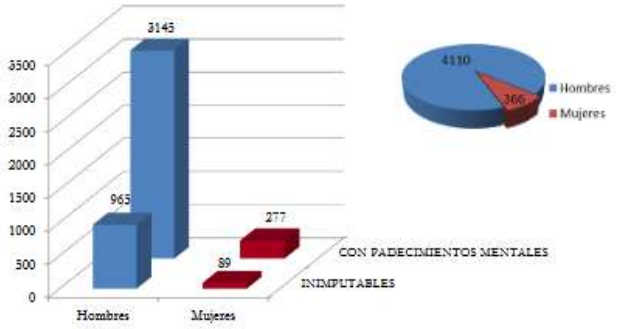
Fuente: Comisión Nacional de Seguridad de la Secretaría de Gobernación, Cuaderno mensual de información Estadística Penitenciaria. Prevención y Readaptación Social, octubre 2015.

También se registraron el total de hombres y mujeres de las personas con discapacidad psicosocial e inimputables que se encuentran en internamiento en centros estatales y en centros federales, destaca un número mayor de hombres.

Personas con discapacidad psicosocial e ininputables por tipos de centros



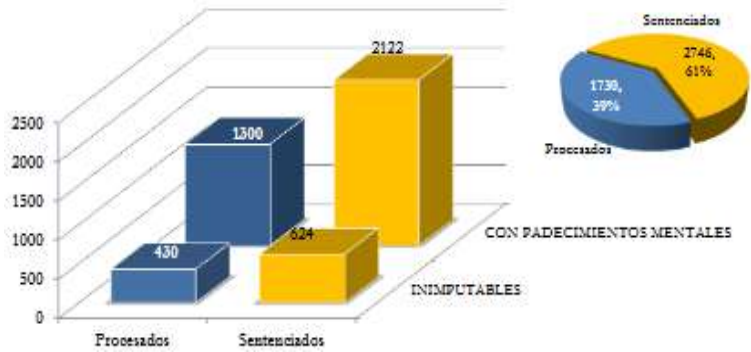
Personas con discapacidad psicosocial e ininputables por sexo



Fuente: Comisión Nacional de Seguridad de la Secretaría de Gobernación, Cuaderno mensual de información Estadística Penitenciaria. Prevención y Readaptación Social, octubre 2015.

En cuanto al número de personas con discapacidad psicosocial e inimputables que se encuentran procesadas y sentenciadas se reportan en el siguiente gráfico:

Personas con discapacidad psicosocial e ininputables procesadas y sentenciadas



Fuente: Comisión Nacional de Seguridad de la Secretaría de Gobernación, Cuaderno mensual de información Estadística Penitenciaria. Prevención y Readaptación Social, octubre 2015.

Actualmente, la legislación nacional de ejecución penal en lo relativo al tema, no aborda la problemática; pues, al imponer una medida de seguridad, no solo debe implicar una privación de la libertad en internamiento, sino que se requiere en realidad de verdaderos estudios que determinen cuál es el padecimiento del inimputable y que la medida de seguridad no se imponga sin tomar únicamente como base la peligrosidad y el tipo de delito cometido, sino en relación al padecimiento que tiene, y que los internados en pabellones psiquiátricos no sean dependientes de los centros de reclusión, sino de la Secretaria de Salud, y que se proporcione un adecuado tratamiento que garantice su estado de salud para que sean reintegrados con sus familiares o a la sociedad.

3. Contexto normativo internacional

En el marco de Naciones Unidas la CDPD, adoptada en Nueva York, el 30 de marzo de 2007 y su Protocolo Facultativo,[20] son los primeros instrumentos del siglo XXI, que promueve proteger y asegurar el goce pleno, en condiciones de

[20] Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, se abrió a la firma el 30/03/2007 y entró en vigor el 03/05/2008, *https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/crpd_SP.pdf*

igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promueve el respeto de la dignidad humana.

Esta Convención obliga al Estado mexicano a:

> …un cambio de paradigma en el trato de las personas con discapacidad: se ha pasado de una perspectiva médica o caritativa a un enfoque de derechos humanos, que vela por que las personas con discapacidad tengan acceso y puedan participar en las decisiones que influyen en su vida y solicitar reparación en caso de que se violen sus derechos.[21]

Si bien, los instrumentos internacionales de derechos humanos promueven y protegen los derechos humanos de todas las personas, incluidas las personas con discapacidad; en virtud de la estigmatización social que sufren estas personas, se consideró necesario definir ciertos aspectos, como la accesibilidad, la inclusión, la participación y la no discriminación, en la medida en que se aplican en el contexto de las personas con discapacidad, para garantizar que puedan disfrutar de sus derechos humanos.

La Convención establece que las personas con discapacidad incluyen personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

De acuerdo con los principios de la Convención se destaca el artículo tercero, que establece:

- El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- La discriminación;
- La participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad;
- El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- La igualdad de oportunidades;
- La accesibilidad
- La igualdad entre el hombre y la mujer
- El respeto a la evolución de las facultades de los niños con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

---

21 Naciones Unidas-Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Material de promoción, Serie de Capacitación Profesional núm. 15, p. 5, *https://www.ohchr.org/Documents/Publications/AdvocacyTool_sp.pdf*

Asimismo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela),[22] en sus numerales 22, 24, y 25 establecen lineamientos de aplicación general para las personas internas, señalan algunos aspectos específicos para aquéllos que por su condición requieren de una especial protección, como es el caso de las personas con discapacidad.[23]

Se recomienda que cada centro tenga un médico con conocimientos especializados, así como con servicio psiquiátrico para el diagnóstico y tratamiento de enfermos mentales "debiendo el médico examinar a cada interno tan pronto sea posible después de su ingreso y ulteriormente tan a menudo como sea necesario, en particular para determinar la existencia de una enfermedad física o mental y tomar en su caso las medidas necesarias".[24]

Este instrumento internacional establece en el apartado "B" a los reclusos alienados y enfermos mentales:[25]

> Regla 82. 1) Los alienados[26] no deberán ser recluidos en prisiones. Se tomarán disposiciones para trasladarlos lo antes posible a establecimientos para enfermos mentales. 2) Los reclusos que sufran otras enfermedades o anormalidades mentales deberán ser observados y tratados en instituciones especializadas dirigidas por médicos. 3) Durante su permanencia en la prisión, dichos reclusos estarán bajo la vigilancia especial de un médico. 4) El servicio médico o psiquiátrico de los establecimientos penitenciarios deberá asegurar el tratamiento psiquiátrico de todos los demás reclusos *que necesiten* dicho tratamiento.
>
> Regla 83. Convendrá que se tomen disposiciones, de acuerdo con los organismos competentes, para que, en caso necesario, se continúe el tratamiento psiquiátrico después de la liberación y se asegure una asistencia social post penitenciaria de carácter psiquiátrico.

Las personas procesadas por hechos ilícitos en el sistema penal que padecen alguna enfermedad mental deben ser internadas en centros penitenciarios especiales con la finalidad de recibir atención médico psiquiátrica específica; así como protección contra el maltrato de acuerdo con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad,[27] que

---

22 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela), adoptadas por el Consejo Económico y Social de la ONU, mediante Resoluciones 663C (XXIV), del 31/07/1957 y 2076 (LXII), del 13/05/1977, *http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2021.pdf*

23 CNDH, *Situación de las personas*, *op. cit.,* p. 11.

24 *Idem*.

25 *Ibidem*, pp. 11-12.

26 Con este término se ha referido a las personas con discapacidad psicosocial.

27 Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, *http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html*

contempla la obligación de los Estados de adoptar "medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, y así de esta forma eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad", y así poder prestar una mejor atención a su padecimiento en lugares especializados para propiciar su plena integración en la sociedad.[28]

La Regla 25.1 de las Reglas Mandela señala que:

> Todo establecimiento penitenciario contará con un servicio de atención sanitaria encargado de evaluar promover proteger y mejorar la salud física y mental de los reclusos, en particular de los que tengan necesidades sanitarias especiales o problemas de salud que dificulten su reeducación" y en la Regla 25.2 establece la necesidad de contar "con suficiente personal calificado que actúe con plena independencia clínica y posea suficientes conocimientos especializados en psicología y psiquiatría.

Asimismo, la Regla 109 señala que no se deben encontrar en prisión las personas que no son responsables o no se les diagnostique una discapacidad o enfermedad mental grave y ese efecto de su estado pudiera agravarse en prisión, por tanto, se debe procurar trasladarlas a centros de salud mental lo antes posible. En situaciones específicas cuando otros reclusos con discapacidades o enfermedades mentales se deben observar y ser tratados en centros especializados bajo la supervisión de profesionales de la salud competentes. El servicio de atención sanitaria que se les otorgará es un tratamiento psiquiátrico para los reclusos que lo necesiten.

Como ha quedado de manifiesto, las personas con discapacidad psicosocial sufren violación a sus derechos humanos lo que ha dado motivos para que se elaboren instrumentos internacionales como los de la Organización de Naciones Unidas (ONU); todo ello con el propósito de asegurar el goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad.

En relación con la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes[29] de la ONU, se trata de un "instrumento internacional que protege también la salud física y mental de las personas con discapacidad psicosocial que se encuentran bajo la tutela del Estado", al consagrar que "la falta de recursos financieros y profesionales no constituye una excusa para el trato inhumano y degradante del ser humano, incluye aquéllos que se encuentran privados de la libertad".[30]

---

28 CNDH, *Situación de las personas, op. cit.,* p. 12.

29 Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 1984, *https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx*

30 Torres Lagarde Mercedes, "Desarrollo de Estándares Internacionales en Materia de Salud Mental", *Defensor*, Revista de los Derechos Humanos, núm. 11. noviembre de 2010. CNDH, *Situación de las personas, op. cit.,* p. 14.

Es viable destacar que el Estado de México ha atendido los estándares internacionales, principalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad,[31] pues el Poder Judicial de la entidad da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4 Constitucional que establece que toda persona tiene derecho a la protección de la salud, comprendiéndose este, como el bienestar físico, social y mental, así como también ha tomado las medidas pertinentes para que los sentenciados tengan acceso a la salud con un tratamiento determinado por especialistas, con sus valoraciones periódicas.

El desafío se encuentra en la LNEP que debe establecer claramente un procedimiento a seguir en la medida de seguridad impuesta y que se tenga el tratamiento adecuado con especialistas que atiendan los padecimientos, con la infraestructura adecuada para personas con alto riesgo de peligrosidad, y que se establezca un lugar especializado para la población femenina, como garante de la sociedad, pues en la actualidad no ha visualizado esta problemática en toda su magnitud.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte-IDH) ha establecido que el Estado es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en observancia del derecho que se tiene a la integridad personal de todo individuo que se tenga bajo su custodia. En consecuencia, existe la presunción de considerar responsable al Estado por las *torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales,* siempre que las autoridades no hayan realizado una investigación acerca de los hechos seguida del procesamiento de los cuales aparezcan como responsables de las conductas realizadas.[32]

4. Contexto normativo nacional

En general, se considera que las normas nacionales cumplen con los parámetros de los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, a través del principio de subsidiaridad, el cual obliga a reconocer y proteger de manera general los derechos de las personas con discapacidad, deja la obligación a los Estados de las partes de una protección más específica y apropiada, de acuerdo

---

31 *Vid.* Artículo 5 párrafo 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

32 CNDH, *Situación de las personas, op. cit.,* p. 14..

con la evaluación de cada caso concreto de discapacidad, función que corresponde principalmente al juez.[33]

En los artículos 1°, párrafo quinto y 4°, párrafo cuarto de la CPEUM[34] está regulado el derecho humano a la protección de la salud, en él se protege el acceso a los servicios de prevención curación y rehabilitación; y el artículo 18, párrafo segundo, considera el derecho a la salud como un medio para lograr la reinserción social de las personas privadas de su libertad.[35]

Es importante destacar que el artículo 1° de la CPEUM establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en ellas 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 casos y bajo las condiciones que la propia constitución establece.

Esto incluye a las personas privadas de su libertad, procesadas o sentenciadas por la comisión de alguna conducta delictiva.

La readaptación social de los sentenciados se encuentra establecida en el artículo 3 de la Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados,[36] al establecer normas mínimas sobre su aplicación, respecto a esta población y se contempla la celebración de convenios entre la Federación y las entidades federativas para "la creación y manejo de instituciones penales", entre las que se señalan aquéllas destinadas al tratamiento de "alienados que hayan incurrido en conductas antisociales", término que anteriormente se utilizaba para referir a personas con "enfermedad mental".

La atención de personas con trastornos mentales y de comportamiento se establecen en los artículos 2º, 3º, 72, 73, 74, 74 bis, 75, 76 y 77 de la Ley General de Salud, se ordena a la Secretaría del Ramo "establecer normas oficiales mexicanas para la atención de este grupo de población y se prevé para ello la coordinación entre las autoridades sanitarias, judiciales y administrativas".[37]

El Reglamento de la Ley General de Salud,[38] en los artículos 126 y 127, sobre materia de prestación de servicios de atención médica, específica que todo esta-

---

33 Dalla Pria, Federica *et al., Razones para decidir*, México, Centro de Ética Judicial, 2018, p. 104.

34 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 05/02/ 1917.

35 CNDH, *Situación de las personas, op. cit.,* p. 7.

36 Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados, publicada en el DOF el 19/05/1971. Última reforma publicada DOF 23/01/2009.

37 CNDH, *Situación de las personas, op. cit.,* p. 8.

38 Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, 2018, *http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/compi/rlgsmpsam.html*

blecimiento que albergue pacientes con padecimientos mentales deberá tener los recursos físicos y humanos necesarios para la adecuada protección, seguridad y atención de los usuarios, acorde a las Normas Técnicas que emita la Secretaría; y en los artículos 121 a 125 y 128 a 134, en el citado ordenamiento, se establecen las disposiciones para la prestación de los servicios de salud mental que se debe aplicar a esta población.[39]

Para la prestación de Servicios de Salud en Unidades de Atención Integral Hospitalaria Médico-Psiquiátrica se prevén parámetros oficiales para establecer criterios de operación y organización de las actividades de los establecimientos que prestan servicios de atención integral hospitalaria, en la Norma Oficial Mexicana NOM-025-SSA2-2014[40], estos parámetros son: "proporcionada en forma continua, con calidad, calidez y con pleno respeto a los derechos humanos de las personas usuarias de estos servicios".[41]

La Norma mexicana antes mencionada es de aplicación obligatoria para todas las Unidades que presten servicios de atención integral hospitalaria, por lo cual debe ser incorporada también en los centros o unidades de atención a los efectos que determine la Secretaría de Salud tratándose de personas con discapacidad psicosocial o inimputables.[42]

En la Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012 del Expediente Clínico,[43] establecen como objetivos "los criterios científicos, éticos, tecnológicos y administrativos, obligatorios en la elaboración, integración, uso, y archivo del expediente clínico", lo que reviste especial relevancia cuando se trata de personas con discapacidad psicosocial, que son declarados por la autoridad judicial como inimputables porque del control clínico de su estado mental, depende su situación jurídica.[44]

Por otro lado, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha reiterado a las autoridades responsables de la operación del sistema penitenciario, la falta de políticas orientadas al desarrollo de la infraestructura penitenciaria que responda a las necesidades de protección de los derechos humanos, y a la aplicación de las

---

39 CNDH, *Situación de las personas, op. cit.,* p. 8.

40 Norma Oficial Mexicana NOM-025-SSA2-2014, Para la prestación de servicios de salud en unidades de atención integral hospitalaria médico-psiquiátrica, publicada en DOF el 04/09/2015, *https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/379568/DOF_-_NOM-_025-_SSA2_-2014.pdf*

41 CNDH, *Situación de las personas, op. cit.,* p. 8.

42 *Ibidem*, p. 9.

43 Norma Oficial Mexicana Nom-004-SSA3-2012, Del expediente clínico, publicada en el DOF 05/10/2010, *http://dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5272787*

44 CNDH, *Situación de las personas, op. cit.,* p. 9.

"Reglas Mandela" que deben tomarse como una directriz del respeto, garantía y protección de los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad.

En México, actualmente opera el sistema de justicia penal acusatorio. En el año 2012 se cumplió la mitad del plazo de ocho años, establecido por la CPEUM, para que las 32 entidades federativas implementaran la mencionada reforma; sin embargo, unas de las tareas pendientes en este proceso de implementación son respecto a la protección de los derechos de las personas con discapacidad mental; que no se ha tomado en consideración en el proceso de implementación de forma completa.

5. Estructura judicial en el Estado de México para la atención de inimputables

La legislación actual, correspondiente a la Ley Nacional de Ejecución Penal, se ha visto rebasada de la realidad, pues únicamente dedica un capítulo denominado "De las medidas de seguridad para personas inimputables" que consta de ocho artículos, pero no establece un procedimiento especial, de cómo llevar a cabo la vigilancia o tratamiento especial de cada una de las personas que son declaradas inimputables; ni mucho menos se establece cuál es el procedimiento a seguir que garantice como deban seguirse su tratamiento, una vez que sean entregados a sus familiares, no se tenga el riesgo de que puedan volver a incurrir o que sean influenciados para la práctica de un delito.

En el Estado de México la Ley de ejecución de penas privativas y restrictivas de la libertad es semejante a la Ley Nacional de Ejecución Penal, la primera establece lo siguiente en cuanto a los inimputables:

> Artículo 4. El tratamiento debe asegurar el respeto a los derechos humanos y debe tender a la readaptación social de los internos, con base en los siguientes lineamientos:
> I. En relación a los sentenciados, debe ser aplicado un tratamiento de readaptación de los mismos.
> II. Los procesados deben ser tratados en base al principio de inocencia y de inculpabilidad.
> III. En el caso de los inimputables, el tratamiento deberá ser aplicado según criterios de individualización específicos por medio de:
> A) Internamiento en Hospitales Psiquiátricos.
> B) Tratamiento en libertad.

El Poder Judicial del Estado de México, visualizó la importancia de realizar acciones y gestiones a las personas con discapacidad biopsicosocial, a raíz de la recomendación primera y tercera pronunciadas el veintiuno de diciembre de dos

mil dieciséis, 30/16, derivada del expediente CODEHM/SP/340/2016,[45] originado con motivo de una queja presentada por persona de identidad reservada a nombre de diversa con discapacidad psicosocial.

En la primera recomendación, se ordenó se realizarán a la brevedad las acciones pertinentes para el traslado e ingreso del inimputable al Centro de Salud Psiquiátrica que designe el órgano ejecutor de sentencias; bajo el principio de que al Juez de Ejecución le corresponde vigilar el respeto a los derechos humanos en los centros de internamiento, y que en el caso en concreto debía ejecutar en sus términos una medida de tratamiento específica impuesta por decisión judicial.

En la tercera recomendación, se ordenó girar instrucciones a quien corresponda con la finalidad de que los jueces ejecutores de sentencias verifiquen e informen, si en los Centros Penitenciarios bajo su adscripción existen personas en condición de inimputabilidad sentenciadas a cumplir una medida de tratamiento, que no obstante están privadas de su libertad; y en consecuencia provean lo necesario para su traslado a un Centro de Salud especializado.

De acuerdo con lo anterior, el Poder Judicial del Estado de México, implementó las siguientes acciones:

- Verificar que se salvaguarde la dignidad e integridad en el espacio físico donde se encuentren recluidos los sentenciados.
- Verificar que en el Centro Preventivo se garantice a dichos sentenciados el derecho de acceso a la salud con un tratamiento determinado por especialistas en psiquiatría y se les proporcionen los medicamentos adecuados.
- Analizar la valoración periódica realizada a los sentenciados en el supuesto por parte de los Centros de Prevención y acordar lo conducente. Lo anterior hasta tanto se cree un centro de salud especializado.

Actualmente existe un Centro Penitenciario a nivel estatal que se encuentra en la Ciudad de Nezahualcóyotl, como se ha mencionado; el cual alberga a personas específicamente con discapacidad y que su población únicamente son hombres y no existe un centro especializado para las mujeres.

Si bien este alberga a las personas que son consideradas inimputables, no está especializado para personas con alguna discapacidad; tampoco existe una institución de salud especializada con perspectiva de género, que atienda a las necesidades de las mujeres; por lo que el gobierno debe destinar recursos para cumplir con estos compromisos internacionales.

---

45 Recomendación 30/2016, *https://www.codhem.org.mx/LocalUser/codhem.org/recomendaciones/pdf/2016/3016.pdf*

6. Medidas de seguridad como forma de rehabilitación

Para comprender esta problemática, debemos señalar que la inimputabilidad deriva de una discapacidad, ¿pero qué tipo de discapacidad? En general, la discapacidad se vincula, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, a:

> Persona que no puede realizar ciertas actividades debido a la alteración de sus funciones intelectuales o físicas, o aquella con "deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.[46]

En el Plan de acción sobre salud mental 2013-2020 de la OMC se precisa que: "La discapacidad psicosocial es aquélla que padecen personas con diagnóstico de trastorno mental que han sufrido los efectos de factores sociales negativos, como el estigma, la discriminación y la exclusión".[47]

El Código Penal del Estado de México, en el artículo 16 establece que es inimputable el sujeto activo cuando padezca alienación u otro trastorno similar permanente; trastorno mental transitorio producido en forma accidental o involuntaria; o sordomudez, que carezca totalmente de instrucción. Estos padecimientos deben tener como consecuencia la ausencia de la capacidad de comprender la antijuridicidad o licitud de su acción y omisión, antes o durante la comisión del delito.

Luego entonces, resulta procedente establecer que la figura de la inimputabilidad surge como una respuesta del Estado para sancionar a aquellas personas con discapacidad psicosocial; que, si bien es cierto, participaron o cometieron una conducta antisocial, no fue con la debida conciencia.

De ahí, al analizar cómo tratar a estas personas adecuadamente, sin violentar sus derechos fundamentales, se debe salvaguardar la dignidad e integridad en el espacio físico donde se encuentren recluidos; se debe procurar que tengan acceso a la salud con un tratamiento determinado por especialistas en psiquiatría y se les proporcionen los medicamentos adecuados; así como analizar periódicamente la valoración realizada a los sentenciados de los centros de reclusión.

La constante situación de violación de los derechos humanos de las personas que viven con discapacidad psicosocial motivó la elaboración de instrumentos que son vinculantes a los Estados parte de la ONU; lo que ha sido uno de los alcances que se han logrado respecto a las personas con discapacidad. Esto lo po-

---

46 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 1, *cit*.

47 Plan de acción sobre salud mental 2013-2020, Organización Mundial de la Salud, 2013, p. 43. CNDH, *Situación de las personas, op. cit.,* p. 6.

demos observar en la mencionada Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU.

Primordialmente, esta Convención establece en el artículo 4, la necesidad de adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole, para evitar la discriminación, fortalecer la promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Por lo que respecta al Derecho de acceso a la justicia, la citada Convención señala, como otra necesidad, el que tengan igualdad de condiciones, incluso mediante ajustes de procedimientos y promoción de la capacitación adecuada.

Cabe destacar que, lo que en este punto interesa de dicha Convención, está en los siguientes artículos:

> Art. 12. (…) Los Estados partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de vida.
>
> Art. 13 (…) Los Estados parte asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigo, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión en la etapa de investigación y en otras etapas preliminares.
>
> Art. 14. Los Estados parte aseguraran que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho Internacional de derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la Presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.

Los mecanismos de reacción penal distintos de las penas son medidas de seguridad que se basan en la peligrosidad futura y no en la culpabilidad por los hechos cometidos en el pasado; gravitan sobre la prevención especial que parte de formulaciones de las teorías relativas[48] (o de la prevención),[49] y es donde surge la

---

48 Las teorías relativistas fueron impulsadas por los juristas de la Ilustración, entre los que destacan Beccaria, Lardizábal, Bentham, Romagnosi, Filangieri o Feuerbach, por el especial hincapié en la prevención general; y Lombroso, Ferri, Garófalo o Karl Grolman, por sus enfoques de la pena en íntima relación con la peligrosidad del delincuente y encaminada a la prevención especial. En el moderno Derecho penal, autores como Silva Sánchez, Gimbernat Ordeig o Luzón Peña, mantienen una visión relativista de la pena. *Vid.,* Balbuena Pérez, David Eleuterio, La libertad vigilada en la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal De de 1995, Universitat Jaume, Castellón, Tesis Doctoral junio de 2014, *https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/387436/2014_Tesis_BalbuenaPerezDavid.pdf?sequence=1&isAllowed=*yp. 7.

49 Roxin, C., Beloff, M., Magariños, M., Ziffer, P.S., Bertoni, E.A., Ríos, R.T., *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, p. 16. Balbuena Pérez, *op. cit.*, p.

distinción entre prevención general y prevención especial;[50] el pensamiento penal se ha centrado en teorías mixtas (de la unión o de la unidad) de igual manera las eclécticas, que conjugan retribución y prevención, establecen la finalidad de la sanción penal que no puede ser otra que el castigo retribucionista, pero que necesariamente deberá ir acompañado de las finalidades preventivas, tanto especiales como generales".[51]

La medida de seguridad tiene actualmente como finalidad restringir al sentenciado ciertas y determinadas facultades relacionadas con su libertad de locomoción o deambulatorias, a fin de evitar, en la medida de lo posible, la comisión de futuros delitos, cuando se encuentren en supuestos de inimputabilidad; claro, sin que el Estado pueda perder el control de dichas personas que cometieron una conducta antijurídica, lo cual hace distinto de aquellas personas que no han cometido delitos.

7. Medidas alternas para la protección de sus derechos fundamentales

Al no existir un procedimiento en la legislación, cuando una persona se encuentra sujeta a una medida de seguridad, para que pueda continuar con su tratamiento en externamiento, hipotéticamente pueden surgir diversos criterios entre los jueces de ejecución de sentencias, para su tratamiento, como podrían ser los siguientes:

- Requerir una valoración en sesión de consejo técnico interdisciplinario del centro penitenciario, en el cual se encuentre recluida la persona;
- Requerir el pago de una fianza y que a la persona se le asigne un tutor, que deberá proporcionar el nombre del lugar en el cual llevará a cabo su tratamiento médico especializado;
- Requerir un compromiso por parte del tutor o la persona que se haga responsable del inimputable ante el juez de ejecución de sentencias.

Asimismo, el Poder Judicial del Estado de México realiza una importante labor, pero no tienen suficientes centros especializados para dar seguimiento a las personas que se encuentran privadas de su libertad y que requieren un tratamiento psiquiátrico o psicológico o un trastorno mental, dada la gran sobrepoblación de los centros penitenciarios. Pues bien, el único centro especializado para ese tipo

---

7.

50 Landecho Velasco C.M., Molinablázquez, C., *Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid, Tecnos. 2010, p. 519. CNDH, *Situación de las personas, op. cit.,* p. 8.

51 CNDH, *Situación de las personas, op. cit.*, p. 9.

de personas se encuentra en el municipio de Nezahualcóyotl, no tiene el personal especializado necesario y capacitado para dar continuidad o vigilar adecuadamente su tratamiento, y en la mayoría de los casos, los familiares de las personas inimputables llegan a abandonarlos, quedan en el olvido, sin que el Estado pueda proporcionar una mejor calidad de vida para dichas personas.

También, surge la problemática que, al existir únicamente en el Estado de México un centro penitenciario especializado para el tratamiento de inimputables, y al no existir una verdadera coordinación entre la Dirección General de Prevención, que es la autoridad administrativa dependiente del Poder Ejecutivo, encargada de los centros penitenciarios del Estado de México, y el juez ejecutor, se realizan traslados de personas que, sin haber sido revisadas por peritos o haberse determinado su inimputabilidad, solicitan la entrega a su familiar, sin que el juez se pronuncie sobre el cambio de una pena privativa de libertad por una imposición de una medida de seguridad.

Problemática inadvertida para la sociedad, pues no se ha puesto un verdadero interés en este grupo vulnerable; que, si bien es cierto, participaron o cometieron una conducta antisocial, no fue con la debida conciencia para ser responsable de su conducta. Este es un grupo dentro de la población penitenciaria que, si bien es pequeño, no deja de ser importante para que el Estado no se olvide de garantizar y salvaguardar sus derechos.

Existe una gran necesidad de llevar a cabo un tratamiento especial para las personas que se encuentran sometidas a un procedimiento penal que puede ser durante el proceso o en ejecución de sentencias, son declarados personas inimputables; y de acuerdo a la legislación penal vigente en el Estado de México, son considerados inimputables aquellas personas que sufren alineación o trastorno mental transitorio o permanente.

De ahí, podremos analizar que, por estas circunstancias, existe un gran reto de cómo tratar a las personas inimputables adecuadamente, sin violentar sus derechos fundamentales, y para ese efecto debemos considerar:

- Salvaguardar la dignidad e integridad en el espacio físico donde se encuentren recluidos.
- Que tenga un acceso a la salud con un tratamiento determinado por especialistas en psiquiatría y se les proporcionen los medicamentos adecuados
- Analizar periódicamente la valoración realizada a los sentenciados por parte de los centros de prevención.

Son innegables los diversos problemas que tiene el Estado de México y el hecho de que día a día se acrecienta la problemática social, a pesar de los esfuerzos para dar el debido seguimiento a las personas a quienes se ha impuesto una medida de

seguridad. Es cierto que falta mucho por hacer. Todo ello debe ser debidamente analizado para ponderar cuáles son las posibles medidas que puedan garantizar a los inimputables sus derechos fundamentales.

Ahora bien, se necesita partir de estas bases o factores, y de las cuales se tomarán en consideración como referencia la entidad federativa del Estado de México, para con ello realizar un análisis de cómo se encuentra el marco legal actual, para vigilar el cumplimiento de las medidas de seguridad.

Se propone que se analicen las circunstancias personales de cada uno de los sujetos privados de su libertad que están con la problemática de un trastorno; pues, un sujeto bajo circunstancias difíciles y hostiles puede tomar varias actitudes al momento de actuar y cometer un hecho delictuoso. Debe realizarse un estudio profundo de cuáles son los problemas médicos, psicológicos y psiquiátricos que ha tenido la persona considerada inimputable, para establecer mecanismos que puedan lograr un mejor respeto y tratamiento de sus derechos, para sentar las bases que puedan quedar plasmadas en las normas para restablecer un orden y que en su momento las personas privadas de su libertad consideradas inimputables puedan ser reintegrados a la sociedad a través de la entrega a sus familiares que puedan ejercer su debido cuidado y seguimiento al tratamiento médico psiquiátrico.

Consecuentemente, es necesario establecer mecanismos que propongan una mejora para ellos, puesto que la solución del problema no radica en solo privarlos de la libertad y darles un tratamiento de internamiento, sino encontrar el factor problema que pueda evitar que personas con este tipo de discapacidad quebrante el orden social.

Una vez determinado por parte de peritos especialistas o psiquiatras, ordenar su debido traslado a un lugar en donde pueda recibir su tratamiento médico especial que establezca si el padecimiento es transitorio o permanente, para que, en su caso, no tenga que estar recluido en un centro penitenciario que únicamente tienen pabellones especiales; llamados así no por el tratamiento que se les proporciona, sino solamente porque se encuentran aislados de los demás imputados y sentenciados que compurgan una pena de prisión.

Además de ello, establecer convenios de colaboración para conocer cuáles son los hospitales o clínicas psiquiátricas en donde se les pueda dar tratamiento y valorar por medios técnicos interdisciplinarios, para determinar si su entrega a sus familiares no representa un riesgo para el propio inimputable o en su caso un riesgo para su familia.

8. Conclusiones

Se concluye que para tener un efectivo sistema de justicia en México que proteja el derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad psicosocial, resulta necesario que se adopten diversas medidas. Especialmente se necesitan modelos prácticos que puedan adaptarse a México, pues la falta de presupuesto y personal especializado no ha permitido grandes avances. Se necesita un hospital que dependa directamente del sector salud, pues se trata de dar seguimiento a una medida de seguridad que puede consistir en un internamiento acorde a las necesidades de la persona y no una privación de la libertad, y que dicho centro pueda ser vigilado, controlado, atendido, y se garantice con ello el derecho fundamental de acceso a la salud.

Además, la imposición de las medidas de seguridad debe estar basadas de acuerdo al cuadro clínico de la persona que fue declarada en estado de interdicción; es decir, si la sanción es una medida de seguridad, esta deben ser asequible al padecimiento, si este es trastorno es grave, leve o transitorio o si en su caso existen momentos de lucidez, pues no debe ser impuesta en razón al ilícito cometido, al tratarse de la aplicación de una pena privativa de libertad.

La sociedad debe estar consciente que las personas con discapacidad psicosocial no comprenden el daño que ocasionan por su estado de vulnerabilidad, y en ocasiones son abandonas por sus familiares, por tanto, no se encuentran en condiciones de hacer valer sus derechos.

La Constitución consagra el principio de igualdad de todas las personas que habitan el territorio nacional, y es fundamental que las legislaciones establezcan objetivamente normas que protejan los derechos de las personas con alguna discapacidad y si bien son colocados en una esfera distinta a las personas con discapacidad psicosocial que cometen un delito, también resulta que debe colocárseles en un plano de igualdad en lo que concierne al acceso a la salud y analizar las características específicas que lo llevaron a cometer un ilícito.

La legislación debe estar en un plano que promueva la salud mental de los inimputables, que establezca el desarrollo mediante actividades educativas y recreativas, así como planes y programas de prevención para el uso de estupefacientes que ocasionen trastornos mentales. De igual forma se debe regular la participación de la familia para el caso que se quieran hacer responsables del interno y en su caso el seguimiento de las indicaciones médicas y psiquiátricas que requieran.

También se recomienda establecer programas en los que la justicia restaurativa tenga un papel importante en el tratamiento de estas personas, para que se provea respecto una reparación de daño no solo en un aspecto cuantificable, sino también moral, personal, emocional.

El Estado debe proteger y garantizar los espacios adecuados y específicos destinados para mujeres con algún padecimiento mental, pues actualmente no se ha atendido en su totalidad la problemática de esta población que, si bien no es numerosa, tampoco deja de ser importante para la sociedad, pues su estado de vulnerabilidad provoca que se cometan abusos de carácter físico y sexual.

9. Biliohemerografía

Bibliografía

Balbuena Pérez, David Eleuterio La libertad vigilada en la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal de 1995, Universitat Jaume, Castellón, Tesis Doctoral junio de 2014, *https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/387436/2014_Tesis_BalbuenaPerezDavid.pdf?sequence=1&isAllowed=y*

Blanco Lozano, C., *Tratado de Derecho penal español.* t. I. El sistema de la parte general, vol. 1. Fundamentos del Derecho penal español. Las consecuencias jurídico-penales, Barcelona, Bosch. 2004.

Dalla Pria, Federica *et al., Razones para decidir*, México, Centro de Ética Judicial, 2018.

García Ramírez, Sergio. La inimputabilidad en el derecho penal mexicano. IIJ-UNAM, México, 1981.

Landecho Velasco C.M., Molinablázquez, C., *Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid, Tecnos. 2010.

Nash Rojas Claudio y Nuñez Donald Constanza, *La tutela Judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica, Derecho Procesal de los Derechos Humanos*. México, editorial Ubijus, 2015.

Roxin, C., Beloff, M., Magariños, M., Ziffer, P.S., Bertoni, E.A., Ríos, R.T., *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, p. 16. Balbuena Pérez, *op. cit.*, p. 7.

Sheimbaum, Diana y Vera, Sara, *Hacia un sistema incluyente. Poroceso penal y discapacidad psicosocial*, Documenta. Análisis y acción para la justicia social. A.C., México, 2016.

Tres Palacios, Jaime Gavira y Guerrero González, Pedro, El Loco y la Justicia, Ponencia oficial XVIII Congreso Nacional de Siquiatría, Medellín, octubre 1978, file:///C:/Users/Alumno/Downloads/4560-Texto%20del%20art%C3%ADculo-16630-1-10-20170125%20(1).pdf

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Sistemas Penitenciarios Y Alternativas A La Prisión En América Latina Y El Caribe, Ilanud, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo Pnud, Ediciones Depalma Buenos Aires, 1992, *http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan028733.pdf*

Hemerografía

Pulido, Miguel, "Los olvidados de los olvidados: personas con discapacidad psicosocial en el sistema penitenciario", Documenta: Informes sobre justicia y discapacidad psicosocial, *http://documenta.org.mx/layout/publicaciones/informes-justicia-discapacidad-psicosocial/informe-relator-tortura-olvidados-personas-discapacidad-psicosocial-sistema-penitenciario.pdf*

Torres Lagarde Mercedes, "Desarrollo de Estándares Internacionales en Materia de Salud Mental", *Defensor,* Revista de los Derechos Humanos-. núm 11, noviembre de 2010.

Documentos publicados en internet

Bernstein, Robert, Criminal Justice Reform: Lessons from the De institutionalization Movement 2011, *www.bazelon.org/LinkClick.aspx?fileticket=AremSqYTGyM%3D&tabid=40*

Bizchut, The Right of Persons with Intellectual, Psychosocial and Communication Disabilities to Access to Justice in the Criminal Process.

Cuaderno Mensual de Información Estadística Penitenciaria. Prevención y Readaptación Social, Comisión Nacional de Seguridad de la Secretaría de Gobernación, octubre de 2015.

Disability Rights International y Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, Abandonados y Desaparecidos, Segregación y Abuso de Niños y Adultos con Discapacidad en México, www.disabiltiyrightsintl.org

El Universal, "Reos con problemas mentales, a la sombra del sistema penal, 05/08/2017, *https://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/seguridad/2017/08/5/reos-con-problemas-mentales-la-sombra-del-sistema-penal*

Galván Puente, Sofía, Derechos de las personas con discapacidad mental en el nuevo sistema mexicano de justicia penal, Disability Rights International, Ciudad de México, junio 2013, https://www.driadvocacy.org/wp-content/uploads/Informe_Sistema-Acusatorio-y-Personas-con-Discapacidad-Mental_JUNIO-2013_final.pdf

Memorándum de fecha diez de junio de dos mil diecinueve, rendido por el Centro Penitenciario y de Reinserción Social de Nezahualcóyotl, Norte, a través de la Dirección General de Prevención y Reinserción Social del Estado de México.

Naciones Unidas-Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Material de promoción, Serie de Capacitación Profesional núm. 15, p. 5, *https://www.ohchr.org/Documents/Publications/AdvocacyTool_sp.pdf*

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa, Viena-Nueva York, 2006, *https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf*

OMS, Aspectos sanitarios de los maltratos evitables infligidos a presos y detenidos, ONU, 5 Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra (doc.75-100375).

Plan de acción sobre salud mental 2013-2020, Organización Mundial de la Salud, 2013.

Plan de acción sobre salud mental 2013-2020, Organización Mundial de la Salud, 2013.

Recomendación 30/2016, *https://www.codhem.org.mx/LocalUser/codhem.org/recomendaciones/pdf/2016/3016.pdf*

United Nations Office on Drugs and Crime, Handbook on Prisoners with special needs (2009) Vienna, *http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Prisoners-with-specialneeds.pdf*

Legislación

Código Penal del Estado de México, 3 de septiembre de 1999.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

Ley de ejecución de penas privativas y restrictivas de la libertad del Estado de México, 1985.

Ley Nacional de Ejecución Penal, 2016.

Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados, 1971.

Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, Del expediente clínico, 2010.

Norma Oficial Mexicana NOM-025-SSA2-2014, Para la prestación de servicios de salud en unidades de atención integral hospitalaria médico-psiquiátrica, 2015.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, 2018.

Tratados y Convenios Internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos, noviembre de 1969.

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, diciembre de 1984.

Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, 1999.

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2007.

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Mandela), 1977.

Web sites

Consejo Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad, *https://www.gob.mx/conadis/articulos/salud-mental-y-discapacidad-psicosocial*

Capítulo III

RECONOCIMIENTO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO POR ERROR JUDICIAL EN LA LEGISLACIÓN PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO

Paulina Piña Pérez*

SUMARIO

1. Introducción. 2. El error judicial en el Derecho comparado y en México. 2.1. En Europa. 2.2. En América Latina. 2.3. México. 3. Definición de error judicial. 4. Tipos de errores judiciales. 5. Instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por los Estados Unidos Mexicanos. 6. Teoría de las reparaciones por derechos humanos. 7. Responsabilidad patrimonial del Estado. 8. Indemnización por error judicial en el Estado de México. 9. Reflexiones finales. 10. Bibliohemerografía.

1. Introducción

El acceso a la justicia en materia penal como derecho humano y principio básico del Estado de derecho es esencial para garantizar un desarrollo sostenible y sociedades más justas y pacíficas, su proclamación lo convierte en una garantía indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos reconocidos en convenios internacionales y debe ser acompañado de mecanismos para que su tutela sea efectiva.

Por esta razón, desde la perspectiva de la agenda de las Naciones Unidas, se propone la creación de estrategias y acciones para garantizar el derecho a la indemnización por error judicial en materia penal, que ha sido omitida en México y en el Estado de México.

La responsabilidad patrimonial del Estado consiste en la obligación que tiene como ente jurídico de reparar los daños causados con motivo de su actuación a los particulares; el Estado mexicano al ratificar por el Senado de la República la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH),[1] se comprometió a

* Licenciada en Derecho, con especialidad en Derecho Procesal, Maestra en Derecho Constitucional y Amparo. Egresada del Doctorado en Derecho Judicial de la Escuela Judicial del Estado de México. Servidor Público con cargo de Secretario en materia Penal de Primera Instancia, actualmente comisionada con oficial mayor adscrita al Primer Tribunal de Alzada en materia Penal de Toluca, Estado de México.

1 Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, *http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm*

respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, a garantizar el libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, circunstancia que no ha acontecido en cuanto a la figura del error judicial, pues el artículo 10 de la citada Convención establece el derecho humano de ser indemnizado en caso de haber sido condenado en sentencia firme por error judicial.

La responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, se encuentra vigente en el Estado de México en el derecho sustantivo de manera obligatoria, pero no existe una instancia procesal o procedimental para hacer efectivo ese derecho a la indemnización por error judicial, únicamente se contempla la responsabilidad patrimonial administrativa del Estado mexicano, por tanto, la falta de disposiciones normativas trae como consecuencia la imposibilidad procesal de hacer valer el derecho a ser indemnizado por error judicial y genera incertidumbre jurídica para los jueces, quienes son los instrumentos de aplicación de la ley.

Es necesario se reconozca el error judicial a nivel constitucional, en el artículo 20 apartado B como un derecho del imputado y también en la legislación del Estado de México, pues considerar como derechos solo algunos y no tomar en consideración otros; se tiene que armonizar el marco normativo internacional con el derecho interno, a fin de garantizar una adecuada protección de valores fundamentales y evitar que nuestro país incurra en responsabilidad internacional, como consecuencia del incumplimiento de tratados internacionales. En necesario crear un marco jurídico completo y eficaz para la protección y defensa de derechos humanos y con ello alcanzar el objetivo 16 de la Agenda 2030, para lograr paz, justicia e instituciones sólidas.

2. El error judicial en el Derecho comparado y en México

La responsabilidad patrimonial del Estado derivada de errores judiciales o del funcionamiento irregular del sistema de justicia, es una figura creada en los sistemas jurídicos contemporáneos, frente al marco de disposiciones de carácter internacional que nuestro país ha suscrito y ratificado en distintas fechas en materia de derechos humanos y libertades fundamentales, en el caso específico sobre la responsabilidad del Estado derivada de la deficiente administración de justicia que trae como consecuencia el error judicial.

2.1. En Europa

En la Constitución de España en su título VI del Poder Judicial, artículo 121 se establece que los daños causados por error judicial, así como los que sean

consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley[2].

La pretensión de declaración del error se deducirá ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente. Tanto en el error judicial declarado como en daños por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el interesado dirigirá su petición al Ministerio de Justicia.

La acción Judicial para el reconocimiento del error deberá instarse en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse. El derecho a reclamar la indemnización prescribirá en un año. El Tribunal dictará sentencia definitiva en el plazo de quince días. Para cuantificar el monto el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

Si el error no fuera apreciado se impondrá las costas al peticionario. La cuantía de la indemnización se fijará en función al tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido.

Contra la resolución cabrá recurso contencioso administrativo. Lo dispuesto en los artículos anteriores no obstará a la exigencia de responsabilidad civil a los jueces y magistrados, por los particulares, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley. Cuando se trate de órganos de la jurisdicción militar, la competencia corresponderá a la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo.

El Estado responderá también de los daños que se produzcan por dolo o culpa grave de los jueces y magistrados.[3]

En Francia, la figura jurídica de la responsabilidad patrimonial del Estado en el funcionamiento de la administración de justicia entró en vigor a partir de 1972 en la Ley Orgánica sobre el Estatuto de la Magistratura (Ley de 05.07.1972), donde se consideraron tres elementos que permitieron aplicar los principios del Derecho Público a los daños causados de la siguiente manera:

– La responsabilidad civil por faltas personales en donde el Estado garantiza en forma directa el pago de los daños a las víctimas, en la forma siguiente:

> La responsabilidad de los jueces por razón de sus faltas personales está regulado por el estatuto de la magistratura en lo concerniente a los magistrados del cuerpo judicial (…)

---

2 Constitución Española, publicado en el Senado de España, 29/12/1979, *www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#t1c4*

3 González Rodríguez, José de Jesús, "Error judicial y responsabilidad patrimonial". *Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, México, documento de trabajo, núm. 79, octubre, 2009, p. 32, *http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/223608/579800/file/Error_juridico_docto79.pdf*

> El Estado garantiza a las víctimas de los daños causados por las faltas personales de los jueces y otros magistrados, sin perjuicio de su acción contra éstos últimos.[4]

– La responsabilidad en materia penal cuando se estaba frente al supuesto de detenciones preventivas que ocasionaran daños y perjuicios, previsto en el Código de Procedimientos Penales:[5]

> Puede acordarse una indemnización a favor de la persona que haya sido objeto de una detención preventiva en el curso de un procedimiento que termine con una decisión absolutoria, de rechazo o de sobreseimiento convertida en firme, cuando esta detención le haya causado un perjuicio manifiestamente anormal y de particular gravedad.[6]

La responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por el funcionamiento defectuoso y por la existencia de una falta grave, prevista en el artículo 11 del Código Francés de Procedimientos Civiles de 1972, señala que: "El Estado está obligado a reparar el daño causado por el funcionamiento defectuoso del servicio de justicia. Esta responsabilidad sólo podrá hacerse derivar por la existencia de una falta grave o una denegación de justicia".[7]

En la legislación francesa el derecho a la indemnización es accionado directamente en contra del Estado y no contra del juzgador, situación que diversos autores han denominado como "el efecto escudo" cuya ventaja es la de dar una responsabilidad exclusiva al Estado. Desde el punto de vista de su jerarquía, la regla precedente es de rango puramente legal y no constitucional. Su cobertura incluye los daños ocasionados por la administración de justicia en cualquiera de sus sedes jurisdiccionales: civil, laboral, contencioso-administrativa, y no puramente penal.[8]

En Italia el ordenamiento elevó a rango constitucional el principio de responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional, estableció en la Constitución

---

4 Castro Estrada, Álvaro, "Análisis jurídico de la responsabilidad constitucional que incorporó la responsabilidad patrimonial del estado a la constitución mexicana", *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 8, enero-junio, 2003, *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5669/7417,* citado por Paz Medina, Luis Abraham, "Estado del arte del error judicial en México. Estudio en el paradigma constitucional y convencional", *Revista Iberoamericana de Ciencias*, México, 2016, p. 128, *http://www.reibci.org/publicados/2016/dic/2000112.pdf*

5 Romero Michel, Jesica Cristina, "La responsabilidad patrimonial del estado en el funcionamiento de la administración de justicia", *Revista de Jure*, Colima, México, tercera época, año 9, núm. 4, mayo, 2010, p. 188, *http://dejure.ucol.mx/descarga.php?archivo=486*

6 Castro Estrada, Álvaro, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 2006, citado por Paz Medina, *op. cit.,* p. 128.

7 Paz Medina, *op. cit.*, p. 129.

8 *Ibidem,* p. 130.

de la República Italiana vigente de 1947,[9] lo siguiente: "La ley determina las condiciones y las formas para la reparación de los errores judiciales". En cumplimiento de ese mandato se dictó la ley de 23 de mayo de 1960, que dio una nueva redacción al artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, en los siguientes términos: Quien haya sido absuelto en sede de revisión por efecto de la sentencia de la Corte de Casación o del juez de reenvío, tiene derecho, si por dolo o culpa no ha contribuido a dar lugar al error judicial, a una reparación equitativa en relación al eventual encarcelamiento o internamiento y a las consecuencias personales y familiares derivadas de la condena.[10]

2.2. En América Latina

a) Chile

El error judicial en Chile se encuentra regulado en su Constitución Política de la República, en el artículo 19,[11] que a la letra dice:

> La Constitución asegura a todas las personas:
>
> (…)
>
> 7°. El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia:
>
> (…)
>
> i) Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia.

Este precepto reglamenta el procedimiento para obtener la declaración previa de la acción indemnizatoria que concede el pago de indemnización por error judicial, de 24 de mayo de 1996, en el que establece, es procedente la indemnización cuando por sentencias contradictorias hayan sido condenas dos o más personas por un mismo delito; cuando alguien sea condenado por el homicidio de una persona cuya existencia se compruebe después; cuando alguien condenado por sentencia fundada en documento o testimonio falso; y cuando se descubra algún

---

9 Constitución de la República italiana, 27 de diciembre de 1947, *http://www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-esp.pdf*

10 Paz Medina, *op. cit* p. 130.

11 Constitución Política de la República de Chile, 1980, *https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf*

hecho o documento desconocido que baste para establecer la inocencia del condenado.

El recurso podrá ser interpuesto, en cualquier tiempo, por el Ministerio Público o por el condenado, su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermanos legítimos o naturales. Podrán interponerlo el condenado o los parientes cuando el condenado hubiere muerto y se tratase de rehabilitar su memoria.[12]

Probada satisfactoriamente la inocencia del acusado, podrá este exigir que dicha sentencia se publique en el Diario Oficial y que se le devuelvan por quien las hubiere percibido, las sumas que haya pagado debido a costas e indemnizaciones de perjuicios en cumplimiento de la sentencia anulada. El mismo derecho corresponderá a los herederos del condenado que hubiere fallecido.[13]

Ninguno de los jueces que hubieren intervenido en el pronunciamiento de la sentencia que se declare nula, podrá tomar parte en el nuevo juicio que la Corte Suprema mandare instruir. No se prevén otras modalidades de indemnizaciones por errores judiciales en otras disciplinas.[14]

b) Ecuador

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.[15]

Cuando la Corte Suprema, acepte el recurso de revisión, revoque o reforme la sentencia recurrida, el injustamente condenado tiene derecho a una indemnización,[16]la cual puede ser reclamada por el sentenciado o por sus herederos, dentro del plazo de tres años, contados desde la fecha en que se ejecutorio el fallo que aceptó el recurso de revisión.

La indemnización será equivalente al duplo indexado de los ingresos fiscales del quejoso en proporción al tiempo que haya permanecido preso. El Estado proporcionará al injustamente condenado un trabajo acorde con sus antecedentes, formación y necesidades. Si no existe declaración de impuestos a la renta, la in-

---

12 González Rodríguez, *op. cit.*, pp. 30-31.
13 *Ibidem,* p. 31.
14 *Idem.*
15 *Ibidem* p. 30.
16 *Idem.*

demnización debe ser igual al duplo indexado del salario mínimo al momento de ingresar a prisión por el tiempo que haya estado privado de su libertad.[17]

Si en sesenta días no se paga la reclamación, se puede demandar dicho pago a quien ejerce la función ejecutiva y representa al Estado, ante el juez o tribunal que sentenció la causa. La sentencia que pronuncie el citado Juez o tribunal será susceptible del recurso de apelación.[18]

Cuando el imputado sea absuelto o sobreseído, debe ser indemnizado por los días de privación de libertad sufridos. La indemnización será pagada por el acusador particular. Si no lo hubiere, la pagará el Estado, que tendrá derecho a repetir contra quien haya inducido la acusación fiscal.[19]

c) Perú

La figura del error judicial en Perú se encuentra regulada en su Constitución[20] como principios y derechos de la función jurisdiccional, es procedente la indemnización por error judicial en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar, el Estado garantiza la indemnización por los errores judiciales.

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley por detención arbitraria al ser privado de su libertad por autoridad policial o administrativa sin causa justificada, o si existe excede los límites fijados por la Constitución. También, quien no es puesto oportunamente a disposición del juez competente dentro del término establecido por la Constitución.

El ejercicio de la acción indemnizatoria caduca a los seis meses de producida la acción arbitraria. Después de un proceso sumario, el juez debe resolver dentro de los cinco días de vencidos los términos de instrucción.[21]

En cuanto al monto, la indemnización por error judicial será fijada a prudente criterio del juez, en atención al daño material o moral causado a la víctima. Las indemnizaciones serán abonadas por el Estado a través del Fondo Nacional Indemnizatorio de Errores Judiciales y Detenciones Arbitrarias. El patrocinio de ese fondo será el 3% del presupuesto del Poder Judicial, además del monto de las multas administrativas, intereses bancarios y donativos.[22]

---

17 *Ibidem* p. 31.
18 *Idem.*
19 *Ibidem,* pp. 31-32.
20 Constitución Política de Perú, 1993, *https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf*
21 González Rodríguez, *op. cit*. p. 30.
22 *Ibidem,* p. 31.

Si el juez infractor no cumple con abonar al Fondo la multa ordenada dentro del plazo establecido, este podrá actuar coactivamente. La indemnización por detención arbitraria será fijada en proporción al tiempo de la detención y la renta de la víctima, no podrá ser inferior al salario mínimo vital vigente para los trabajadores de la provincia de Lima, ni superior a diez veces este, por cada día.[23]

2.3. México

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM),[24] no hay regulación en cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, no obstante, es una figura legal reconocida de manera sustantiva en el artículo 10 de la CADH, no se contempla como un derecho de la persona imputada en el artículo 20 apartado B, ni se han establecido mecanismos o procedimientos para hacer valer el derecho a ser indemnizado por error judicial a nivel federal ni local, sin embargo, algunos Estados de la república se han ocupado de armonizar su legislación local con el convenio en mención, entre estos Estados tenemos:

a) Durango

El Código Procesal Penal del Estado de Durango[25] establece en el artículo 75 el *deber de indemnizar*:

> El imputado o acusado, tiene derecho a ser indemnizado, cuando ilícitamente haya sido afectado en su derecho a la privacidad, integridad física, psicológica o moral, libertad personal o de trabajo.
>
> Procede cuando resulte la anulación o la sentencia sea absolutoria, se proveerá de oficio a la indemnización del sentenciado; se restituirá la pena pecuniaria y los objetos decomisados o su valor, siempre que sea posible, o bien, cuando el sentenciado sea absuelto por haberse acreditado su inocencia o haya sufrido una pena o medida de seguridad mayores a la que, en su caso, se le debió imponer.
>
> Las demandas de indemnizaciones se tramitarán conforme a la normatividad civil. Las indemnizaciones serán decretadas por el juez de control a solicitud del imputado, o por el tribunal, en la propia sentencia absolutoria. Cuando la actuación del servidor público constituya delito, la indemnización podrá reclamarse en la jurisdicción penal por medio de la acción civil resarcitoria.
>
> Si el imputado ha fallecido, sus sucesores tendrán derecho a cobrar o gestionar la indemnización prevista conforme a la legislación civil. No habrá lugar a la indemniza-

---

23 *Ibidem*, pp. 31-32.

24 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 05/02/1917 *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm*

25 Código Procesal Penal del Estado De Durango, *https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/173590/Codigo_Procesal_Penal_del_Edo_de_Durango.pdf*

> ción cuando se pronuncien leyes o jurisprudencias posteriores más benignas o en caso de amnistía o indulto.

b) Aguascalientes

El Código de Procedimientos Penales del Estado de Aguascalientes,[26] prevé en su libro tercero, título primero, capítulo único, la procedencia de la Indemnización por privación de la libertad o condena injusta. El artículo 330 prevé el Derecho de indemnización, en los siguientes términos:

> Si el procesado fuere liberado por haber sido privado de su libertad injustamente, fuere absuelto, o en su favor se dictare el sobreseimiento, o se declare procedente su reconocimiento de inocencia, por decisión de la propia autoridad judicial o por cumplimiento de ejecutoria de amparo, será indemnizado en razón del tiempo de privación de libertad, salvo que él haya provocado su propia persecución u ocultado o alterado dolosamente la prueba que condujo al error judicial.
>
> Este precepto también regirá en los procedimientos que tengan por objeto la aplicación de una medida de seguridad. En caso de fallecimiento del titular del derecho a recibir indemnización, este pasará a su cónyuge, concubina, concubinario, hijos, o demás dependientes económicos.

La persona que tenga derecho a la indemnización podrá solicitarla válida, mediante escrito presentado ante el Pleno del Supremo Tribunal de Justicia dentro del término de dos meses contados a partir de que cause estado la sentencia o la resolución que declare el sobreseimiento.[27] El artículo 331 prevé las bases de cálculo:

> El Pleno del Supremo Tribunal de Justicia requerirá al juez para que remita el expediente, y fijará el importe de la indemnización tomando en cuenta si la persona estaba desempleada o tenía empleo al momento de dar inicio la prisión preventiva, al concluirla aún lo conserva, o se le rescindiera su relación laboral, si desarrollaba alguna actividad económica por cuenta propia y si el afectado lo solicite, se deberá ordenar la publicación en el Periódico Oficial del Estado, de un extracto de la sentencia o de la resolución que declare el sobreseimiento.
>
> En cuanto al monto, si la persona estaba desempleada, se le deberá indemnizar a razón de un día de salario mínimo, si tenía empleo deberá recibir indemnización a razón del salario real que dejó de percibir; si se le rescindiera su relación laboral, deberá recibir indemnizaciones equivalentes a las prestaciones que con motivo de un despido injustificado ordena la legislación laboral.

---

[26] El Código de Procedimientos Penales del Estado de Aguascalientes, publicado en el Periódico Oficial del Estado de Aguascalientes, 20/05/2013, *http://www.ags.gob.mx/transparencia/art.9/secc1/estatal/C%C3%93DIGO%20DE%20PROCEDIMIENTOS%20PENALES.pdf*

[27] González Rodríguez, *op. cit.* p. 33.

Una vez pagada la indemnización, el Poder Ejecutivo, a través de la vía civil correspondiente, podrá exigir la cantidad erogada a los particulares que hayan contribuido al error judicial. El artículo 331 prevé la obligación indemnizatoria: "El Estado pagará la indemnización haciendo uso del Fondo para la Indemnización de Sentenciados Absueltos".

c) Coahuila

En el Estado de Coahuila, a partir de marzo de 2001, la Constitución local establece, en el párrafo cuarto del artículo 154,[28] que toda persona tiene derecho al acceso a la justicia de manera pública, gratuita, pronta, expedita y completa para tutelar de manera efectiva sus derechos fundamentales.

Esta garantía de la tutela judicial efectiva se regirá por los principios siguientes:

> I. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. El servicio de justicia será gratuito. Quedan prohibidas las costas judiciales.
>
> II. El acceso a la justicia se sujetará a lo siguiente:
>
> 1. La garantía de la transparencia judicial que significa la publicidad de la función de los jueces, desde su organización y funcionamiento hasta el acceso libre al expediente y actuaciones judiciales, salvo los casos reservados por razones válidas de orden público o privado conforme a la ley.
>
> 2. La dirección e impulso del proceso por parte de los jueces, sin perjuicio de la disponibilidad de las partes.
>
> 3. La garantía del breve juicio bajo principios de celeridad, concentración, inmediación, oralidad, contradicción, continuidad, publicidad, oportunidad y expedites. Los jueces tienen el deber de procurar que la justicia se imparta en condiciones de eficiencia, calidad, accesibilidad y transparencia, con respeto a la dignidad de la persona que acude en demanda del servicio judicial.
>
> 4. El derecho a la igualdad, salvo la prevalencia del trato judicial más favorable a las personas más débiles o vulnerables.
>
> 5. El derecho a la audiencia previa y a una defensa adecuada de las partes. El Estado proporcionará el servicio de defensoría pública de calidad para la población, en las diversas materias del conocimiento de autoridades que tengan a su cargo funciones jurisdiccionales y asegurará las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.
>
> 6. La defensoría pública, independientemente de su adscripción, contará con autonomía técnica, de gestión y operativa, y su objeto es coordinar, dirigir y controlar el servicio de la defensa pública, de acuerdo con las disposiciones de esta Constitución y

---

28 Constitución Política del Estado de Coahuila, publicada en el Periódico Oficial, el 19/02/1918, *http://congresocoahuila.gob.mx/transparencia/03/Leyes_Coahuila/coa01.pdf*

demás ordenamientos legales aplicables. La defensoría pública desempeñará sus funciones jurídicas, técnicas y de gestión con independencia de su adscripción orgánica.

7. El derecho a obtener una resolución fundada y motivada que ponga fin al proceso. Toda resolución deberá ser clara, precisa y accesible. Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública, previa citación de las partes.

8. La interpretación más extensiva de la acción para permitir el más amplio acceso a la jurisdicción; la interpretación restrictiva de las causas de improcedencia que sólo serán las estrictamente necesarias.

9. El debido procedimiento con formalidades esenciales, a partir de los principios de antiformalismo, subsanabilidad, razonabilidad, proporcionalidad y estabilidad o conservación de los actos válidos.

10. Los principios generales del proceso, de oralidad, publicidad, inmediación, concentración, continuidad y contradicción.

11. El procedimiento judicial se podrá tramitar a través de un sistema de justicia digital confiable.

12. La plena y efectiva ejecución de las resoluciones judiciales. La ley establecerá los medios necesarios para que se garantice la plena ejecución de las resoluciones judiciales.

13. El derecho a un recurso sencillo que, en su caso, repare de manera rápida y eficaz las violaciones durante el proceso en los términos que establezca esta Constitución y la ley. Se considera que un recurso no es efectivo cuando es ilusorio, gravoso, desproporcional o cuando el legislador no ha regulado su debida aplicación en las leyes secundarias.

III. La ley establecerá los casos en que procederá la indemnización a cargo del Estado, por los daños causados por error grave o funcionamiento anormal de la procuración o impartición de justicia.

No obstante, el procedimiento se encuentra regulado en el Código de Procedimientos Civiles de ese Estado en el apartado de responsabilidad civil de los funcionarios judiciales (magistrados y jueces) cuando en el desempeño de su función infrinjan las leyes, por dolo, negligencia, ignorancia o error inexcusable, arbitrariedad, demora injustificada al proveer o mala fe; solo podrá exigirse a instancia de parte perjudicada o de sus causahabientes, en juicio ordinario, ante el órgano inmediato superior del que se alega haber incurrido en ella.

Podrá promoverse demanda de responsabilidad judicial civil hasta que quede determinado por sentencia o auto firme el juicio en que se suponga causado el agravio; deberá promoverse dentro del año siguiente al día en que hubiere causado estado la resolución que hubiere provocado el agravio aducido. Transcurrido este plazo quedará prescrita la acción. Solo se podrá entablar juicio de responsabilidad civil en contra de un funcionario judicial, cuando se hayan utilizado en tiempo los recursos legales ordinarios contra las resoluciones a que se alude en el párrafo anterior, no se hubieren abandonado o desistido de ellos, o se hubiere declarado la caducidad de la instancia.

Respecto a los alcances de la responsabilidad patrimonial del Estado, así como la hipótesis en las que sería procedente una indemnización derivada de error judicial, los Tribunales Colegiados de Circuito, han emitido el siguiente criterio:

> Indemnización por error judicial grave o funcionamiento anormal de la administración de justicia. Caso en que no procede su pago (legislación del estado de coahuila). La acción de pago de daños contra el Estado prevista en el artículo 154, fracción III, de la Constitución Política, en relación con los numerales 83 y 84 del Código Procesal Civil, ambos del Estado de Coahuila, por error judicial grave o funcionamiento anormal de la administración de justicia, únicamente debe prosperar cuando se cause de manera directa e indiscutible un daño objetivo, grave y trascendente a la esfera de derechos de alguna persona, pero no cuando en uso de su arbitrio judicial las autoridades jurisdiccionales resuelvan de manera contraria a sus intereses algún litigio y, por ello, se vea orillada a interponer los medios de defensa correspondientes a fin de corregir la actuación judicial que considera equivocada pues, de admitir lo contrario, se llegaría al extremo de que cada vez que se declara fundado un recurso y, por ende, se revoca, modifica o nulifica una determinación o resolución de primera instancia, habría responsabilidad de indemnizar con cargo al órgano recurrido que volvería caótica la prestación del servicio público de administración de justicia.[29]

Del análisis de la tesis de jurisprudencia, se advierte, que en el Estado de Coahuila, la acción de pago de daños por error judicial se encuentra regulado en su Constitución local, así como en el Código Procesal Civil,[30] el cual procede cuando se cause de manera directa e indiscutible un daño objetivo, grave y trascendente a los derechos humanos, pero no cuando en uso de su arbitrio las autoridades jurisdiccionales resuelvan de manera contraria a sus intereses, pues para ello existen los medios de impugnación.

d) Ciudad de México

En sesión del 4 de enero de 2017, fue aprobada por el Pleno de la Asamblea Constituyente, el artículo 5 de la Constitución Política de la Ciudad de México, denominada *Ciudad Garantista*, que prevé la protección de derechos humanos y el derecho a indemnización por error judicial de la siguiente manera:

> **A. Progresividad de los derechos**
>
> 1. Las autoridades adoptarán medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas y las que sean necesarias hasta el máximo de recursos públicos de que dispongan, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en esa

---

29 Tesis VIII.5o.1C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. t. XXV, marzo de 2007, p. 1691.

30 Código Procesal Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza, publicado en la Gaceta de Gobierno del Estado de Coahuila de Zaragoza, el 29/06/1999. Última reforma publicada el 27/11/2018, *http://congresocoahuila.gob.mx/transparencia/03/Leyes_Coahuila/coa03.pdf*

Constitución. . El logro progresivo requiere de una utilización eficaz de los recursos de que dispongan y tomando en cuenta el grado de desarrollo de la ciudad.

(...)

B. Exigibilidad y justiciabilidad de los derechos

Toda persona, grupo o comunidad podrá denunciar la violación a los derechos individuales y colectivos reconocidos por esta Constitución, mediante las vías judiciales y administrativas para su exigibilidad y justiciabilidad. Para tales efectos, contarán con la acción de protección efectiva de derechos, el juicio de restitución obligatoria de derechos humanos y las demás que prevea esta Constitución.

C. El Derecho a la reparación integral

1. La reparación integral por la violación de los derechos humanos incluirá las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica, conforme a lo previsto por la ley.

2. Toda persona tiene derecho a la memoria, a conocer y preservar su historia, a la verdad y a la justicia por hechos del pasado.

3. La ley establecerá los supuestos de indemnización por error judicial, detención arbitraria, retraso injustificado o inadecuada administración de justicia en los procesos penales.[31]

De la revisión del error judicial en España, Chile, Ecuador, Perú, así como en los estados de la República Mexicana (Durango, Aguascalientes, Coahuila y Cuidad de México), se advierte ha sido motivo de regulación Constitucional y en sus leyes internas, con la finalidad de garantizar y proteger el acceso a la justicia de las personas que han sido injustamente condenadas en materia penal y posteriormente sean absueltos y se declare que existió error judicial y se le indemnice por reparación del daño; sin embargo, en el Estado de México, no existe disposición alguna sobre este tema.

3. Definición de error judicial

El tema de error judicial es complejo, pocos doctrinarios o investigadores han escrito al respecto; no obstante, el Español Jorge F. Malem Seña, considera que no es fácil establecer un concepto de error judicial, en un sentido amplio, se podría aducir que para que haya un error judicial es necesario que exista una respuesta, o varias respuestas, correcta(s) para un determinado problema jurídico. Además, es

---

31 Constitución Política de la Ciudad de México, 2017, *http://gaceta.diputados.gob.mx/ACCM/GP/20170130-AA.pdf*

necesario que un caso resuelto por un juez o tribunal, en ejercicio de su potestad jurisdiccional, no sea subsumido en alguna de esas respuestas correctas.[32]

El error judicial puede ser tanto de hecho como de derecho y ser cometido tanto por un juez de primera instancia como por un tribunal de apelaciones, un tribunal supremo o un tribunal constitucional. El error solo cabe en el ejercicio de la potestad de juzgar y no en la realización de aquellas tareas no jurisdiccionales que, en virtud de su cargo, se pueden llevar a cabo en el juzgado y cuya inadecuación puede producir un funcionamiento anormal de la administración de justicia.[33] En un sentido estricto, la idea de error judicial dependerá de consideraciones legales impuestas por los sistemas jurídicos concretos, de las aportaciones jurisdiccionales y de algunas precisiones doctrinales que contemplan ambos aspectos.[34]

En Conferencia magistral dictada por Jaime Manuel Marroquín Zaleta, dice que el error judicial es una realidad, puede ser causa de que el justiciable pierda injustamente su libertad, su patrimonio, su honra; puede destruir a su familia o destruirlo a él; puede producir la impunidad del autor de un hecho ilícito; y provocar que el juzgador descuidado o inepto otorgue en una resolución al autor de aquél algo que no le corresponda. El error judicial, por su propia naturaleza es siempre imputable al juzgador.[35] Por lo tanto, define el error judicial inexcusable materialmente jurisdiccional: es una equivocación crasa, cometida culposamente por un juez, magistrado o grupo de magistrados, que cause un daño significativo.[36]

Para que el error judicial sea inexcusable, requiere de tres notas distintivas: debe ser craso, culposo y dañino.[37]

a) El carácter craso del error judicial. No es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de un error judicial inexcusable. Lo que se pretende corregir y prevenir, es la desatención a datos de carácter indiscutible, que genera una resolución absurda, que rompa con la armonía del orden jurídico. La equivocación debe ser tan palmaria y elemental que sea tan perceptible socialmente por el efecto de injusticia que produzca. Es decir, el error judicial inexcusable debe estar situado fuera del área de las opciones o decisiones asumibles racionalmente. Por ese motivo nunca se podrá considerar como error judicial inexcusable, ni la adopción

---

32 Malem Seña Jorge F. *El error judicial y la formación de los jueces*, España, Gedisa, 2008, p. 101
33 *Ibidem,* p. 102.
34 *Idem.*
35 Marroquin Zaleta, Jaime Manuel, "El error judicial inexcusable como causa de responsabilidad administrativa", México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2001, p. 2, *http://www.corteidh.or.cr/tablas/20518.pdf*
36 *Ibidem,* p. 26.
37 *Idem.*

de un criterio distinto a los generalmente admitidos, ni la discrepancia de criterio con el órgano judicial superior, siempre que no se contravenga una jurisprudencia obligatoria.[38]

b) El carácter culposo del error judicial. Debe tratarse de una conducta ejecutada sin intención, pero con voluntad. El error judicial inexcusable puede ser producto de la notoria ineptitud o del notorio descuido del aplicador, el elemento volitivo se actualiza en el momento en que el juzgador, sin tener los conocimientos suficientes, acepta asumir la función, o bien, en un tiempo posterior a su nombramiento, al no actualizar sus conocimientos.[39]

c) El error judicial debe causar un daño significativo. No siempre es de carácter económico o patrimonial, pueden ser de carácter moral e incluso eventuales.[40]

Jorge Malem Seña parte de la noción de error judicial de Valeriano Hernández Martín, la cual es del siguiente tenor:

> Es un error judicial la equivocación crasa y palmaria cometida por un juez, Magistrado o sala de Magistrados en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, siempre que dicha equivocación haya alcanzado firmeza y no sea debido a culpa del perjudicado y haya causado daños efectivos, evaluables e individualizables.[41]

La anterior definición va encaminada para los efectos de la responsabilidad civil del Estado, por los daños causados a uno o varios justiciables en una resolución judicial. Solo se considera responsable al Estado cuando la resolución cause firmeza; así mismo, si el reclamante de los daños tuvo culpa en la comisión del error, la acción tendente a resarcir aquéllos resulta improcedente, pues ninguna persona puede aprovecharse de su propia culpa.

En el sistema jurídico mexicano, no existe una definición del error judicial en sentido amplio o en sentido estricto, no obstante, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció un concepto de error judicial inexcusable, en los siguientes términos:

> Notoria ineptitud o descuido como causa de responsabilidad prevista en la fracción III, del artículo 131 de la ley orgánica del poder judicial de la federación. El referido precepto, en la fracción aludida, dispone que será causa de responsabilidad para los servidores públicos de dicho Poder, actuar con notoria ineptitud o descuido en el desempeño de las funciones o labores que deban realizar. El sustento de la notoria ineptitud es el error inexcusable, el que deberá valorarse tomando en cuenta los antecedentes personales, profesionales y laborales del agente, tales como su preparación, honorabilidad, experiencia

---

38 *Ibidem*, pp. 27-28.
39 *Ibidem*, pp. 28-29.
40 *Ibidem*. p. 32.
41 Malem Seña, *op. cit.*, p. 104.

> y antigüedad tanto en el ejercicio profesional en el Poder Judicial de la Federación y, específicamente, en el órgano jurisdiccional en que labore; asimismo, resulta relevante para llegar a la calificación del error inexcusable, apreciar otros factores, como lo son, la carga de trabajo con que cuente el juzgado o tribunal; la premura con que deban resolverse los asuntos, dados los términos que para ese fin marca la ley; la complejidad de los mismos, sea por el volumen, por la dificultad del problema jurídico a resolver o por ambas cosas; y en general, todas aquellas circunstancias que tengan relación con los elementos materiales y humanos con que cuente el juzgador para apoyarse en su actividad como tal; pues sólo así se podrá llegar a una conclusión que revele precisamente la ineptitud o descuido del funcionario en virtud de la comisión de errores inexcusables. Es preciso señalar que la notoria ineptitud o descuido inexcusable puede manifestarse en cualquier etapa o faceta de la actividad judicial, bien sea en la meramente administrativa o de organización del órgano jurisdiccional, al sustanciar los procedimientos a su cargo, o al dictar las resoluciones con que culminan dichos procedimientos. [42]

En ese sentido, se advierte que será causa de responsabilidad para los servidores públicos del Poder Judicial Federal, actuar con notoria ineptitud o descuido en el desempeño de las funciones o labores que deben realizar. El sustento de la notoria ineptitud es el error inexcusable, el que deberá valorarse, en consideración a los antecedentes personales, profesionales y laborales del agente, como su preparación, honorabilidad, experiencia y antigüedad tanto en el ejercicio profesional del Poder Judicial de la Federación y, específicamente, en el órgano jurisdiccional en que laboró.[43]

Asimismo, resulta relevante para llegar a la calificación del error inexcusable, apreciar otros factores, como la carga de trabajo con que cuente el juzgado o tribunal; la premura con que deban resolverse los asuntos, dados los términos que para ese fin marca la ley; su complejidad por el volumen, de los casos, sea por la dificultad del problema jurídico a resolver o por ambas cosas; y en general, todas aquellas circunstancias que tengan relación con los elementos materiales y humanos. La notoria ineptitud o descuido inexcusable puede manifestarse en cualquier etapa o faceta de la actividad judicial, sea administrativa o de organización del órgano jurisdiccional, al sustanciar los procedimientos a su cargo, o al dictar las resoluciones con que culmina dichos procedimientos.[44]

De igual forma, el juzgador puede incurrir en error judicial cuando deja de aplicar una norma penal derogada, cuyo contenido se traslada a otra ley, que está obligado a aplicar, esto acontece en la práctica, cuando entra en vigor una ley, que agrave la pena en algún delito, y el juzgador al momento de emitir sentencia

---

42 Tesis P. CXLVII/97, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. VI, octubre de 1997, p. 188.

43 *Idem*.

44 *Idem*.

aplica la pena establecida en el Código Penal[45] vigente y no el de la época de los hechos; pues de acuerdo al contenido del artículo 2 del Código Penal, establece que la ley penal aplicable es la vigente en el tiempo de realización del delito; salvo que la nueva ley disminuya la pena o la substituya por una menos grave, se aplicará la nueva ley, como se advierte de la siguiente tesis:

> Notoria ineptitud o descuido en el ejercicio de la función jurisdiccional. Constituye un error inexcusable dejar de aplicar una ley desacatando una disposición que establece expresamente su aplicación. No existe confusión u oscuridad alguna que justifique dejar de aplicar, al resolver sobre la situación jurídica del inculpado, una norma penal derogada, cuyo contenido se traslada a otra ley, si el precepto transitorio del decreto derogatorio relativo dispone expresamente la aplicación de la primera a los hechos ocurridos durante su vigencia, pues el objetivo de la disposición transitoria, al producirse la traslación del tipo penal, consiste únicamente en delimitar el ámbito temporal de aplicación de las normas penales vigente y derogada, debiendo el juzgador atender a la fecha de comisión del ilícito de que se trate para ubicar la conducta en alguna de las dos leyes, o en ambas, de ser el caso, sin que proceda el principio de aplicación más favorable de la ley penal en favor del inculpado para no aplicar la norma derogada, porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 del Código Penal Federal, ese beneficio sólo se presenta tratándose de la imposición de la pena en la condena y no al resolver sobre la formal prisión del inculpado, donde debe observarse lo dispuesto por el artículo 14, segundo párrafo, de la Constitución, que consagra la obligación de juzgar conforme a la ley vigente en el momento de realización del delito. En tales condiciones, constituye un error inexcusable del juzgador no aplicar la ley derogada a los hechos delictivos ocurridos durante su vigencia, lo que evidencia su notoria ineptitud o descuido en el ejercicio de la función jurisdiccional, en términos de lo dispuesto por el artículo 131, fracción III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación".[46]

De las tesis de jurisprudencia antes señaladas, se puede establecer una definición de error judicial, así como los casos en que un juzgador puede incurrir en ello, ahora bien, en cuanto a los elementos para que se configure el error judicial, los Tribunales Colegiados han establecido la tesis de jurisprudencia de rubro: Error judicial. Elementos de su configuración y su corrección por los órganos de control constitucional.[47]

Se advierten, de la tesis citada, los siguientes elementos del error judicial:

– El error surge de una decisión jurisdiccional, no exclusivamente de las sentencias;

---

45 Código Penal del Estado de México, publicado en Gaceta de Gobierno, el 03/10/1999, *http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig006.pdf*

46 Tesis XLIII/2000, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, t. XI, marzo de 2000, p. 100.

47 Tesis: I. 3º. C. 24 k, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVIII, t III, marzo de 2013, p. 2001.

- Los sujetos activos son jueces y magistrados o las personas que ejerzan sus funciones;
- Los errores han de ser crasos, patentes y manifiestos;
- Los errores deben ser patentes, al grado de que puedan asociarse con la idea de arbitrariedad;
- El error judicial adquiere relevancia constitucional cuando es producto de un razonamiento equivocado que no corresponde con la realidad, de manera que el error sea inmediatamente verificable.

Una vez analizados los elementos enunciados, se advierte en primer término, que el error judicial deriva de una decisión jurisdiccional y los sujetos activos son jueces y magistrados; por tanto, el Ministerio Público no puede ser sujeto activo ni pasivo, como lo ha establecido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

> Error judicial. El ministerio público no es sujeto pasivo de la acción indemnizatoria correspondiente. La interpretación jurídica del artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos lleva al conocimiento de que el derecho de las personas a recibir una indemnización cuando son condenadas en sentencia firme por error judicial, tiene lugar en el ámbito del ejercicio de la función jurisdiccional, concretamente, en lo concerniente al poder de decisión que se manifiesta en el acto de juzgar, por lo cual se entiende que quienes pueden incurrir en ese tipo de responsabilidad estatal son los órganos o autoridades que ejercen la función jurisdiccional del Estado, que representa el poder para resolver los litigios o conflictos jurídicos con el fin de realizar el Derecho, mediante sentencias obligatorias y ejecutables. Esto es, quedan comprendidos los titulares de los órganos jurisdiccionales que integran el poder judicial, tanto el federal como el correspondiente a cada una de las entidades federativas, así como otros tribunales autónomos, entre los que se encuentran los tribunales de justicia fiscal y administrativa, los tribunales agrarios, las Juntas de Conciliación y Arbitraje o los tribunales militares. Por tanto, en esa categoría de autoridades no cabe incluir al Ministerio Público, que por disposición de los artículos 21 y 102, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene a su cargo la persecución e investigación de los delitos, así como el ejercicio de la acción penal, a través de lo cual, si bien participa en el proceso penal del que puede derivar una sentencia condenatoria, no es él quien la dicta.[48]

Otro aspecto que debemos tomar en cuenta son las garantías que tiene el juzgador, como órgano técnico representante del Estado al momento de aplicar la ley, como son la independencia, imparcialidad, libertad (en la valoración de las pruebas, fundamentación y motivación) que no deben confundirse con error judicial, al no favorecer los intereses de quien lo reclame, aun y cuando su resolución sea modificada o revocada en segunda instancia o en amparo, como se advierte de

---

48 Tesis: 1ª. CXI/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, marzo de 2015, p. 1098.

la siguiente tesis: "Diferencia razonable de interpretaciones jurídicas" y "error judicial inexcusable". su distinción", en el que precisa que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que la motivación del acto jurisdiccional debe operar como una garantía que permita distinguir entre una "diferencia razonable de interpretaciones jurídicas" y un "error judicial inexcusable" que compromete la idoneidad del Juez —y, por extensión, del Poder Judicial— para ejercer su función, de forma que no se le sancione por adoptar posiciones jurídicas debidamente fundamentadas, aunque divergentes frente a aquellas sustentadas por las instancias de revisión, así la diferencia razonable de interpretaciones jurídicas se presenta cuando no cabe una única solución interpretativa posible, o en la determinación de la denotación significativa de los casos marginales que aparecen dentro de la zona de penumbra.

En consecuencia, para que exista un error en la interpretación del texto jurídico propuesta por el Juez, es necesario que ésta no pueda reconocerse por ningún criterio interpretativo aplicable razonablemente; de ahí que las interpretaciones novedosas, pero avaladas con razones, no caben dentro de esta categoría. Por tanto, no constituye un error judicial la interpretación del derecho que puede argumentarse dentro de la hermenéutica jurídica, si en el caso no es irrazonable, aunque el criterio no se comparta. En este sentido, no puede ni debe confundirse la mera revocación de una decisión judicial, con un error judicial.[49]

4. Tipos de errores judiciales

En párrafos precedentes ha quedado establecido, que para que se exista error judicial es necesario que derive de una sentencia firme emitida por un juez, por lo tanto, es importante advertir los errores más frecuentes en que pueden incurrir los juzgadores, Malem Seña, aduce que los errores pueden ser:[50]

a) Errores en la justificación interna de una decisión judicial. Surgen cuando se advierten determinadas incongruencias en el contenido de la resolución al no seguir las premisas fácticas y normativas y de las definiciones utilizadas;[51]

b) Errores en el encabezamiento de la decisión. Se refieren al encabezamiento número de causa, el órgano de procedencia y su referencia e individualización de las partes.[52]

---

49 Tesis: XI. 1. A.T.30 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. IV, junio de 2016, p. 2903.

50 Malem Seña, Jorge F., *op. cit.,* 111.

51 *Idem*.

52 *Ibidem,* p. 112.

c) Errores en el fundamento de Derecho de una sentencia. Pueden afectar, tanto a la interpretación como a la aplicación del Derecho, y se puede dar respecto a disposiciones, tanto procesales como sustanciales.[53]

d) Errores en la interpretación del Derecho. Interpretar también incluye la tarea de sistematización del Derecho, y hasta que esta no haya concluido, no se puede saber qué está permitido y que está prohibido o resulta obligatorio. Y dado que sistematización supone cuestiones lógicas, se pueden producir errores, tanto en el procedimiento de sistematización, como en el resultado obtenido por su intermedio.[54]

La segunda forma de error en la interpretación del Derecho es aceptar una teoría intermedia de la interpretación en el sentido de que existen disposiciones con núcleo de significado que es univoco y claro y, además, zonas de penumbras donde pueden existir discrepancias acerca de lo que esa disposición denota efectivamente.[55]

e) Errores en la aplicación del Derecho. Cuando se aplican normas que no son aplicables o no se aplican normas que son aplicables.

f) Errores en el fundamento de hecho.[56] Los errores de carácter fáctico que pueden cometer los jueces son, de dos tipos. El primero refleja una discordancia entre lo afirmado y la realidad (los enunciados fácticos que se formulan son falsos). El segundo está vinculado a la prueba y se produce al margen de si lo afirmado en la sentencia es verdadero. Se comete este tipo de error cuando las decisiones judiciales infringen los límites intrínsecos o extrínsecos de la prueba.

g) Error en la construcción de las hipótesis fácticas y en la valoración de las pruebas. Una vez fijados, aunque sea de un modo provisional, los límites del litigio y ofrecidas y producidas las pruebas, el juez tiene que formular una o varias hipótesis que pueda (n) ser contrastada (s) a través de la apreciación de las pruebas existentes. En esta etapa, los errores judiciales admiten una serie de causas que ahora están vinculados directamente con los aspectos epistémicos de la construcción y corroboración (o refutación) de las hipótesis que aparecerán en los fundamentos de hecho de las sentencias.[57]

h) Errores en la calificación. Suceden cuando no se ha subsumido correctamente la situación fáctica que se considera probada en el proceso, en el supuesto de

---

53 *Ibidem,* p. 114.
54 *Ibidem,* p. 115.
55 *Ibidem,* p. 117.
56 *Ibidem,* p. 137.
57 *Ibidem,* pp. 144-145.

hecho de una norma. Para quienes sostienen que la calificación jurídica involucra una operación conceptual, los fallos cometidos han de ser puramente lógicos.[58]

i) Errores en el fallo. Se producen cuando el juzgador decide con defecto o por exceso, de lo solicitado por las partes o del objeto del juicio. En ese sentido, según el Tribunal Supremo estimo que es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (*ultra petita*), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplido por las partes (*extra petita*) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las precisiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita.[59]

También puede apreciarse vicio de incongruencia en aquellas sentencias que prescinden de la causa de pedir y fallan conforme a otra distinta, al causar indefensión, que no ampara el principio *iura novit curia*. Estos principios de incongruencia se traducen en una vulneración del principio de contradicción y en una infracción al derecho de defensa para no incurrir en esos defectos, el juez no debe modificar, salvo que esté legalmente autorizado, los términos del debate, y se debe ajustar al objeto del proceso.

j) Errores por ausencia de motivación. Todas las resoluciones deben estar motivadas, si el juez no motiva sus decisiones judiciales, lo hace de un modo insuficiente o de una manera contradictoria o ilógica, comete un error. No indica lo mismo la ausencia de motivación que una motivación ilógica, aunque no se sepa discernir con claridad que significa ausencia de motivación por contraste con motivación insuficiente, o dónde están los límites entre una motivación contradictoria y una motivación ilógica.[60]

Juan Igartua Salaverría hace una distinción entre motivación en sentido formal y motivación en sentido material. La primera está conformada por las expresiones lingüísticas que aparecen en los fundamentos de hecho y de derecho de las sentencias. La segunda expresa las razones que justifican el fallo. La primera es condición necesaria pero no suficiente para la segunda.[61]

---

58 *Ibidem,* p. 176.
59 *Ibidem,* p. 177.
60 *Ibidem,* p. 178.
61 *Idem.*

5. Instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por los Estados Unidos Mexicanos

El Derecho internacional contemporáneo, ha establecido por medio de convenciones y tratados, la salvaguarda de los derechos humanos, y de forma específica las garantías en los procesos jurídicos y el funcionamiento de la estructura administrativa y procesal del sistema de justicia de las naciones. En relación con la protección de los Derechos Fundamentales del Hombre, México ha suscrito una serie de acuerdos de naturaleza internacional que de acuerdo con los artículos 1 y 133 de nuestra Carta Magna, son considerados de aplicación obligatoria.[62]

La Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que en caso de suscitarse algún conflicto entre los contenidos de las normas constitucionales y de las interamericanas, no se va a resolver da preeminencia al Sistema Interamericano, sino que, se debe aplicar el principio *pro persona* —hay que escoger la norma más protectora—.[63]

Nuestro país ha celebrado y ratificado por el Senado de la República, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes;[64] y el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional. No obstante las disposiciones contenidas en ellos, no han tenido como consecuencia la expedición de una normatividad que señale la responsabilidad patrimonial del Estado en los casos de errores judiciales frente a un eventual funcionamiento inadecuado de la administración de justicia, de lo que se desprende que nuestro país incumple de manera sistemática el artículo 10 del Pacto de San José, que regula el derecho a indemnización, por lo que, dicha omisión constituye una franca violación a los derechos humanos.

Los tratados internacionales son instrumentos de acatamiento obligatorio para los Estados que los han suscrito, forman parte del ordenamiento jurídico, en este caso de nuestro país. Al respecto el artículo 2º de la CADH dispone la obligación de adoptar "disposiciones legislativas o de otro carácter" necesarias para efectivizar las garantías en ellos contenidos. Esto significa que el Estado mexicano tiene la obligación de respetar, pero también la de garantizar los derechos previs-

---

62 Paz Medina, *op. cit.,* p. 121.

63 Tesis: 1ª./J. 107/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época t. II, octubre de 2012, p. 799.

64 González Rodríguez, *op. cit*. p. 13.

tos en los ordenamientos internacionales de los que es parte, como lo establece el artículo 1º constitucional[65], entre los que se encuentran los siguientes:[66]

a) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales[67] (firmado en Roma, el 4 de noviembre de 1950 y revisado el 1 de noviembre de 1998). En su artículo 5 establece el derecho a la libertad y a la seguridad. Toda persona víctima de una privación de libertad o detección en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo, tendrá derecho a una reparación.

b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[68] (adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 2200A, firmado el 16 de diciembre de 1966, entrado en vigor el 23 de marzo de 1976). En su artículo 9, numeral 5, establece que toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación. Y el artículo 14, numeral 6 cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de la sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente de hecho desconocido.

c) La Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José (firmado en San José Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, entró en vigor en México el 18 de julio de 1978). En el artículo 10 establece que toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

d) Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes[69] (adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU en su resolución 39/45, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor el 26 de junio de 1987. En el artículo 14 dispone:

---

65 Paz Medina, *op. cit.,* p. 121.

66 *Ibidem,* pp. 126-127.

67 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950, *http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Documents/Convenio%20Europeo%20para%20la%20Protecci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20Humanos%20y%20de%20las%20libertades%20fundamentales.pdf*

68 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23/03/1976, *https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx*

69 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984, *https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx*

> 1. Todo Estado parte velará porque su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización.
>
> 2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales.

e) Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional,[70] el cual reformó el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en su párrafo octavo establece que en determinados casos México podrá aprobar o no la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Respecto al tópico del error judicial, este Estatuto lo contempla en el artículo 85:

> 1. El que haya sido ilegalmente detenido o recluido tendrá el derecho efectivo a ser indemnizado.
>
> 2. El que por decisión final hubiera sido condenado por un crimen y hubiere cumplido la pena correspondiente, será indemnizado conforme a la ley, de ser anulada posteriormente su condena en razón de hechos nuevos que demuestren concluyentemente que hubo un error judicial, salvo que la falta de conocimiento oportuno de esos hechos le fuera total o parcialmente imputable.
>
> 3. En circunstancias excepcionales, la Corte, si determina la existencia de hechos concluyentes que muestran que hubo un error judicial grave y manifiesto, tendrá la facultad discrecional de otorgar una indemnización, de conformidad con los criterios establecidos en las reglas de procedimiento y prueba, a quien hubiere sido puesto en libertad en virtud de una sentencia definitiva absolutoria o de un sobreseimiento de la causa por esa razón.

De los convenios, pactos y estatutos antes señalados, se advierte la protección del derecho humano a la libertad y seguridad que, en materia penal, es afectado cuando se le atribuye al inculpado un delito grave que amerite prisión preventiva oficiosa.

También sanciona la forma de detención o de privación de libertad en condiciones contrarias a la ley; o bien cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un error judicial.

---

70 Estatuto de Roma, 2000, *https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Estatuto_Roma.pdf*. Firmado por el Estado mexicano el 07/09/2000, ratificado por el Senado de la República el 21/06/2005 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 07/09/2005.

En atención a los criterios jurisprudenciales y de tesis emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por los Tribunales Colegiados de Circuito o por las Salas de la Suprema Corte en México, el presente trabajo se concreta al artículo 10 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en razón de que se considera es la más apegada a la naturaleza jurídica de la reparación del daño por error judicial, pues si atendemos a los sujetos activos, la resolución tiene que ser emitida por un juez o magistrado, tiene que haber una sentencia definitiva, que haya causado daño o perjuicios al sentenciado por error judicial.

6. Teoría de las reparaciones por derechos humanos

En la sentencia Kawas Fernández vs. Honduras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se estableció que es un principio de Derecho internacional que "toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente".[71] Por lo tanto, las violaciones de derechos humanos conllevan el incumplimiento de obligaciones internacionales que cuando hayan provocado un daño, generan para los Estados responsabilidad internacional y, en consecuencia, la obligación de reparar.

La palabra "responsabilidad" implica la sustitución de la obligación primaria por la obligación secundaria o subsidiaria, es decir, la de reparar las consecuencias de la infracción. En ese sentido, reparación es un término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido.[72]

En el Derecho internacional de los derechos humanos, la reparación no solo es una obligación que el Estado debe satisfacer, sino que, a su vez, configura un derecho humano en favor de las personas. En esa virtud, el derecho a la reparación del daño tiene dos dimensiones: una procesal y una sustantiva. Conforme a la primera, los Estados tienen el deber de proveer o garantizar recursos efectivos en el ámbito doméstico. Esto se traduce, básicamente, en el derecho de acceso a la justicia, mediante el cual toda demanda o reclamo por la violación de derechos humanos debe ser atendida y decidida por las instancias estatales pertinentes.[73] Aspecto que se encuentra previsto en el artículo 25 de la Convención Americana.

---

71 Saavedra Álvarez Yuria, "Teoría de las reparaciones a la luz de los derechos humanos", 2013, *https://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/7-Teor%c3%ada-reparaciones.pdf*

72 Corte IDH, *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27/08/1998, serie C, núm. 39, párr. 41.

73 Saavedra Álvarez, *op. cit*.

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, es el ámbito en el cual la teoría de las reparaciones y su puesta en práctica se ha desarrollado considerablemente, mediante las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cabe señalar que la relación entre reparación e indemnización, conceptos comúnmente asimilados, es de género a especie, toda vez que las reparaciones pueden tomar diversas formas, y la indemnización es solo una de ellas.[74]

El artículo 63.1 de la Convención Americana establece:

> Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte Interamericana dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.[75]

Esto implica que para el caso de que un particular solicite indemnización por haber sido condenada en sentencia firme por error judicial, el Estado de México, tiene la obligación de indemnizar por deficiente impartición de justicia, al formar parte de esa Convención, en caso de que no lo haga incurrirá en responsabilidad internacional.

La Corte no solo declara la violación de determinados derechos humanos, sino que, además, por medio de sus sentencias puede ordenar al Estado la adopción de medidas reparativas que van más allá del pago de una indemnización y/o la adopción de otras medidas no pecuniarias.[76]

El daño material se refiere a la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso;[77] y el daño inmaterial, comprende "los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativo para las personas", así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia".[78]

De lo expuesto surge la necesidad de regular en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la indemnización por error judicial, y al ser un derecho que tiene toda persona que haya sido condenada en sentencia firme por error judicial, habrá que agregar la fracción X al artículo 20 apartado B, para que dé

---

74 Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law,* Estados Unidos, Oxford University Press, 2006, p. 7, citado por Saavedra Álvarez, *op. cit*., p. 19.
75 Saavedra Álvarez, *op. cit*., pp. 19-20
76 *Ibidem*, pp. 20-21.
77 *Ibidem,* p. 44.
78 Saavedra Álvarez, *op. cit*., p. 44.

como resultado un verdadero acceso a la justicia en materia penal a los particulares que se encuentren en ese supuesto, para quedar de la siguiente manera:

> B. (…)
>
> X. Tendrá derecho a indemnización por error judicial toda persona, que haya sido condenada en sentencia firme por error judicial.
>
> Como consecuencia, tendrá que reconocerse también como un derecho del imputado en el Código Nacional de Procedimientos Penales, y tendrá que agregarse la fracción XX al artículo 113, que establezca:
>
> 113. (…)
>
> XX. A que se le indemnice conforme a la ley, en caso de haber sido condenado en sentencia firme por error judicial.

7. Responsabilidad patrimonial del Estado

Antes de abordar este tema es importante saber que es Estado y responsabilidad para comprender que es la responsabilidad patrimonial del Estado. El concepto de Estado se forja por los juristas medievales. Es Maquiavelo, en su obra *El Príncipe,* quien utiliza por primera vez la palabra *stato* (Estado), para referirse a una política: "la mejor para ordenar la convivencia social, que se caracteriza por la estabilidad y continuidad en el ejercicio del poder"[79].

Tamayo y Salmorán expresan que se concibe al Estado como una corporación, como una persona jurídica. Esta corporación es territorial, actúa y se manifiesta en un espacio una determinada circunscripción territorial. Otra característica del Estado es que actúa, se conduce de forma autónoma e independiente. Este último dato se describe como poder originario, autoridad soberana o, simplemente, como la soberanía.[80]

La Suprema Corte de Justicia de la Nación define al Estado como "el ente político integrado por un conjunto jurídicamente ordenado de personas, asentado en un territorio políticamente dividido y sometido a un poder soberano depositado en tres órganos, cuyas atribuciones se fundamentan en una Constitución"[81].

La responsabilidad desde el punto de vista gramatical, entre sus acepciones las de "cualidad de responsable" y "deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa

---

79 Martínez Rodríguez, José Ignacio, *Responsabilidad política de los servidores públicos*, Universidad Autónoma de Baja California Sur, *https://docplayer.es/95662917-Universidad-autonoma-de-baja-california-sur.html*

80 *Ibidem*, p. 7.

81 *Idem*.

legal".[82] Así, la responsabilidad patrimonial del Estado es definida por Castro Estrada "como una institución jurídica que, mediante criterios objetivos de Derecho Público, establece la obligación directa del Estado de indemnizar a los particulares que hayan sido lesionados antijurídicamente en sus bienes o derechos, con motivo de la actividad del propio Estado". [83]

Los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación conceptualizan a la Responsabilidad patrimonial del Estado como el deber jurídico del Estado de reparar los daños que, con motivo de su actuación administrativa irregular, causan a los particulares, quienes, al no tener la obligación jurídica de soportarlos, tienen derecho a ser indemnizados.[84] Ello implica un deber jurídico para el Estado cuando se actualizan sus supuestos de procedencia, surge la obligación del Estado de responder por los daños y perjuicios causados por su actuación, obligación que puede ser exigible por el particular lesionado; se trata de una institución que busca "desplazar los efectos negativos del evento dañoso desde la esfera jurídica del daño hacia la administración titular del servicio o de la actividad del causante del daño".[85]

Para que nazca la obligación del Estado de reparar el daño, es necesario que este surja como consecuencia de la conducta de un servidor público que contraríe las disposiciones legales y administrativas; lo que implica que es necesario que exista un nexo causal entre el daño sufrido por el particular y la actividad del Estado, desplegada a través de sus servidores públicos.

En atención al principio de legalidad, si el Estado afecta los derechos o bienes de una persona sin fundamento jurídico para ello, debe responder por su conducta, razón por la cual la institución materia de análisis ha sido vista "como un proyecto, del derecho a la seguridad jurídica de que todas las personas deben gozar". La responsabilidad patrimonial del Estado constituye un medio para salvaguardar la integridad patrimonial de los individuos, si esta es transgredida, sin causa legal, debe ser resarcida.

En México la responsabilidad patrimonial del Estado se encontraba prevista en el artículo 113 párrafo segundo de la CPEUM, se estableció la responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, causara en los bienes o derechos de los particulares, la cual será objetiva y directa,

---

82 *Ibidem*, p. 10.

83 Castro Estrada, Álvaro, *La responsabilidad patrimonial del Estado en México. Fundamento Constitucional y Legislativo.,* México, IIJ-UNAM, 2002, pp. 546-647, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2499/28.pdf*

84 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La responsabilidad patrimonial del Estado*. Coordinación y Compilación y Sistematización de Tesis, México, 2011, p. 23.

85 Castro Estrada, *op. cit.,* 540.

los particulares tienen el derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.[86]

Posteriormente se expidió la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado[87], reglamentaria del segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que tuvo por objeto fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de sopórtalo sufrieran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado.[88]

Empero, a efecto de concretar el Sistema Nacional Anticorrupción establecido en el artículo 113 de la Constitución Federal, el 27 de mayo de 2015 se reformó, el artículo 109 del ordenamiento legal en cita, para incluir en el último párrafo de dicho precepto la responsabilidad objetiva y directa del Estado para responder por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, los que tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.[89] Del análisis del precepto invocado, se advierte que el Estado tiene la responsabilidad objetiva y directa para responder por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, sin embargo, no se obliga en cuanto a la actividad jurisdiccional.

Esto es, el marco legal y de interpretación no contribuye a exigirle al Estado una responsabilidad directa y objetiva cuando los órganos encargados de impartir justicia llegan a causar daños por error judicial, con lo cual el Estado mexicano y el Estado de México incumplen en el respeto de las garantías judiciales y el derecho de indemnización, además de la falta de implementación de acciones derivadas del 16 de los objetivos del desarrollo sostenible.[90] Razón por la cual, se considera necesario que el Estado amplié esa responsabilidad directa y objetiva, para indemnizar al particular cuando los órganos jurisdiccionales causen daños por error judicial, en virtud de que el Estado imparte justicia a través de sus servi-

---

86 Castrejón García, Gabino Eduardo, Requisitos de procedibilidad en la responsabilidad patrimonial del Estado, octubre de 2011, *http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmda/ponencias/GabinoCastrejon.pdf*

87 Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31/12/2004, h*ttp://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRPE.pdf*

88 Castrejón García, *op. cit.*

89 Exposición de Motivos de la Ley de Responsabilidad Patrimonial para el Estado de México y Municipios, publicada en el Diario Oficial de la Federación, 14/06/2002, *https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/ley/vig/leyvig243.pdf*

90 Chiara Marullo, María, y Cristina Romero, Jessica, "El derecho a la indemnización por error judicial y la responsabilidad patrimonial del Estado para hacer efectivo el acceso a la justicia: El caso de México", *Anuario de Derechos Humanos,* núm. 14, 2018, *https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/49317/54189*.

dores público jueces o magistrados, si estos emiten una sentencia de condena, que haya quedado firme por judicial, la responsabilidad debe atribuirse a la persona jurídica y no al servidor público en lo individual.

Los afectados pueden entonces demandar de manera inmediata al Estado; esto es, sin tener que iniciar un juicio previo en contra del servidor público que haya llevado a cabo la actividad que motivo el daño. Para que proceda la obligación del Estado de indemnizar al particular que resiente el daño en sus bienes o derechos, no es necesario que se demuestre que hubo culpa por parte del servidor público, sino solo que a causa de su actividad ocasionó un daño a un particular que no tenía la obligación jurídica de soportarlo. Así la responsabilidad del Estado se califica como objetiva, en virtud de que se separa de los principios subjetivos de índoles civilistas de la culpa.

La responsabilidad patrimonial del Estado prevista en el último párrafo del artículo 109 Constitucional por los daños que cause en los bienes o derechos de los particulares será objetiva y directa, se concreta en cuanto a su actividad administrativa irregular y deja fuera la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional, en este caso, el derecho que tiene toda persona a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condena en sentencia firme por error judicial, como se advierte de la siguiente tesis publicada el 11 de noviembre de 2016 que a la literalidad dice:

> Responsabilidad patrimonial del estado. El daño reclamado por el particular derivado de la privación de su libertad está fuera del ámbito de aquel sistema, al relacionarse con funciones estatales materialmente jurisdiccionales. La privación de la libertad no es un acto que competa a la autoridad administrativa, sino a la jurisdiccional, quien cuenta con las facultades de emitir, precisamente, las resoluciones que incidan en la libertad de los indiciados, ya sea mediante la orden de aprehensión, el auto de formal prisión o por sentencia definitiva que los condene a la privación de su libertad por la comisión de delitos. En efecto, el artículo 195 del Código Federal de Procedimientos Penales señala que cuando estén reunidos los requisitos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el tribunal librará orden de aprehensión, reaprehensión o comparecencia, según el caso, contra el inculpado, a pedimento del Ministerio Público, la cual deberá contener una relación sucinta de los hechos que la motiven, sus fundamentos legales y la clasificación provisional que se haga de los hechos delictuosos. Por otra parte, el artículo 163 del ordenamiento referido faculta a la autoridad judicial a dictar el auto de formal prisión por el delito que realmente aparezca comprobado, siempre que tome en cuenta sólo los hechos materia de la consignación. Es decir, es al juzgador a quien compete, atendiendo a las actuaciones de la averiguación previa y a los hechos que de ellas se deriven, determinar la situación jurídica del inculpado. Finalmente, por lo que hace a la sentencia condenatoria que tenga como pena la privación de la libertad, el juzgador tiene la obligación de plasmar mediante una sólida argumentación las razones por las cuales se corrobora fehacientemente que en los hechos existió una conducta típica, antijurídica y culpable imputada al sentenciado; determinación jurisdiccional que sólo puede ser producto de un proceso donde la vigencia del derecho a la defensa adecuada permita refutar las pruebas aportadas por las partes. En esa tesitura, resulta inconcuso que el daño reclamado por el particular consistente en la privación de su libertad es una

> resolución estrictamente jurisdiccional y, por ende, la lesividad que en todo caso derivó de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión dictados dentro de la causa penal son determinaciones que se encuentran fuera del ámbito del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, al relacionarse con funciones materialmente jurisdiccionales.[91]

Del análisis de la tesis citada, es claro que la Responsabilidad Patrimonial del Estado es únicamente por su actividad administrativa y no responde por actos jurisdiccionales, como la privación de la libertad por orden de aprehensión, dictado de un auto de formal prisión o vinculación a proceso o por sentencia definitiva al ser un acto que compete a la autoridad jurisdiccional de acuerdo a las facultades que le confiere la ley; en esa tesitura, resulta inconcuso que el daño reclamado por el particular consistente en la privación de su libertad es una resolución estrictamente jurisdiccional y, por ende, la lesividad que en todo caso derivó de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión dictados dentro de la causa penal son determinaciones que se encuentran fuera del ámbito del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, al relacionarse con funciones materialmente jurisdiccionales.

8. Indemnización por error judicial en el Estado de México

El Estado de México, al ser parte integrante de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos, se encuentra obligado a garantizar, respetar y proteger los derechos, libertades y garantías de todos los individuos, que consagran la Constitución Federal, y los Tratados Internacionales en materia de derechos fundamentales. Esta obligación la prevé el artículo 5 de la Constitución Política del Estado de México; el cual, también dispone, que 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.

Imperativo que reitera el numeral 137 del ordenamiento legal en cita, al prever que las autoridades del Estado y municipios, en las esferas de sus competencias, acatarán sin reservas los mandatos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y cumplirán con las disposiciones de las leyes federales y de los tratados internacionales.

---

91 Tesis 2a. CIX/2016, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 1556.

La regulación de la responsabilidad patrimonial en el Estado de México es limitada, pues el tercer párrafo del artículo 130 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México la acotó a la actividad administrativa de los servidores públicos, y omitió prever respecto a la actividad jurisdiccional o legislativa, pues los juzgadores y legisladores no son sujetos de responsabilidad patrimonial por los daños que generen a la sociedad.

Los legisladores se mantienen al margen de la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado por el anormal funcionamiento de la administración de justicia. Sin duda, en la impartición de justicia se puede causar lesiones patrimoniales, emocionales, psicológicos y familiares; razón por la cual el Estado de México debe reconocer y reparar errores judiciales, para respetar el derecho de acceso a la justicia de los particulares.

Razón por la que es necesario crear o implementar en el Estado de México, un mecanismo o procedimiento mediante el cual, el particular pueda acceder a la justicia efectiva en materia penal, para ejercer el derecho a ser indemnizado conforme a la ley, en caso de haber sido condenado en sentencia firme por error judicial; y de esta manera se podrá cumplir con el decimosexto de los objetivos de desarrollo sustentable, que extiende el acceso a la justicia en materia penal a todos los niveles, desde la persecución de delitos hasta la reparación del daño, y hace responsable a las instituciones por crear sociedades más pacíficas e inclusivas, con el fin de reducir la pobreza y otras formas de discriminación y desigualdades.

Con motivo de la reforma al artículo 109 párrafo último de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el Estado de México se adicionó el párrafo tercero del artículo 130 de la Constitución del Estado de México,[92] que a la letra dice:

> La responsabilidad del Estado y de los municipios por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, causen en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezca la ley.

Para poder acceder al cumplimiento de ese derecho, se creó la ley reglamentaria del artículo 130 párrafo de tercero mencionado y se creó la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de México y municipios,[93] la cual, en su exposición

---

92 Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, publicada en la Gaceta de Gobierno el 27/02/1995, *http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/ley/vig/leyvig001.pdf*

93 Ley de Responsabilidad Patrimonial para El Estado de México y Municipios, publicada en la Gaceta de Gobierno el 28/04/2017, *http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/ley/vig/leyvig243.pdf*

de motivos, establece que fue creada a efecto de complementar y dar vigencia a la normatividad constitucional estatal, establece el procedimiento para hacer efectivo el derecho a una indemnización por la actividad administrativa irregular del Estado, y armonizar la normatividad del Estado de México a las directrices establecidas tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como en la Constitución local, en aras de brindar una mayor protección al gobernado al imponer al Estado la obligación de responder a través de una indemnización por los daños causados ante su actividad irregular, contribuye con ello no solo al orden legal estatal y federal, sino también al internacional.

Se puede observar que la citada ley establece un procedimiento para hacer efectivo el derecho a una indemnización, sin embargo, se limita a la actividad administrativa irregular del Estado, y no es aplicable para los actos jurisdiccionales, como el hacer efectivo el derecho que tiene toda persona a solicitar la indemnización por haber sido condenado en sentencia firme por error judicial.

Por lo cual, se concluye que tanto a nivel Federal y local, el Estado no es responsable por actos jurisdiccionales únicamente se limita a la actividad administrativa irregular, por lo cual, es necesario se amplié la responsabilidad objetiva directa del Estado a actividades jurisdiccionales, esto es incluirlo en el último párrafo del artículo 109 de la Carta magna, y párrafo *in fine* del numeral 130 de la Constitución Política del Estado de México; en consecuencia, no pueden ser aplicados la Ley de Responsabilidades Administrativas del Estado de México y municipios, el Código de Procedimientos Administrativos del Estado de México ni la Ley de Responsabilidad Patrimonial para el Estado de México y municipios para hacer efectivo el derecho a una indemnización por error judicial pues estos únicamente se aplican en actos administrativos.

La falta de reconocimiento jurídico de la Responsabilidad Patrimonial objetiva y directa del Estado, por el anormal funcionamiento de la administración de justicia, trae como consecuencia, la imposibilidad legal del particular de obtener una indemnización por los daños causados por la actividad estatal a través de procedimientos ágiles y sencillos, y que la ausencia de regulación genera incertidumbre entre los usuarios de este servicio.

Surge esta inquietud y preocupación, porque en la práctica los juzgadores dictan sentencias condenatorias, absolutorias o mixtas, después un largo proceso en el cual, el procesado estuvo privado de su libertad por varios años; se han presentado escritos ante el Juzgado Penal en donde laboro, en el que, el sentenciado absuelto solicita se le indemnice por error judicial, argumentar la violación del derecho humano por la privación de libertad, falta de convivencia familiar y pérdida de su trabajo, incluso lo fundamenta en el artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sin embargo, en el Estado de México, no existe una ley que establezca el procedimiento, la autoridad competente para conocer del procedimiento de indemnización del daño por error judicial, el plazo que tienen los sentenciados absueltos para solicitar esa reparación del daño, ¿cómo? y ¿quién? determinará el monto o la cuantía y no ha sido posible dar cumplimiento al derecho humano de indemnizar al particular víctima de error judicial.

No se soslaya que, en el Código Nacional de Procedimientos Penales, del comentario que realiza la Jueza Juana Zepeda Ortiz, al artículo 490 párrafo último, se señala:

> que el Juez o tribunal impone la obligación solidaria, total o parcial, a quienes hayan contribuido dolosamente o por culpa grave al error judicial. En caso de medidas cautelares sufridas injustamente, el juez o tribunal puede imponer la obligación, total o parcialmente, al denunciante, al querellante o al acusador privado que haya falseado los hechos o litigado con temeridad y malicia.

Si bien, el artículo en mención prevé la indemnización, pero no es por error judicial, sino para el caso de que se dicte reconocimiento de inocencia.

9. Reflexiones finales

Se debe reconocer el derecho de indemnización por error judicial en materia penal y se agregue la fracción X al artículo 20 apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar:

> X. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

Como consecuencia, tendrá que reconocerse también como un derecho del imputado en el Código Nacional de Procedimientos Penales, y tendrá que agregarse la fracción XX al artículo 113, que establezca:

> Art. 113. (…) XX. A que se le indemnice conforme a la ley, en caso de haber sido condenado en sentencia firme por error judicial.

Es primordial que en la Constitución Política del Estado de México, se reconozca este derecho en el artículo 5 que actualmente en su párrafo tercero, establece:

> Art. 5 (…) Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar 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.

Se debe agregar enseguida un párrafo cuarto que establezca:

> La reparación integral por violación de los derechos humanos incluirá las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en su dimensión individual, colectiva, material, moral y simbólica, conforme a lo previsto por la ley. La ley establecerá los supuestos de indemnización por error judicial o inadecuada impartición de justicia en los procesos penales.

Es necesario una expansión normativa del artículo 130 párrafo tercero de la Constitución Política del Estado de México, en cuanto a la responsabilidad objetiva directa del Estado en la actividad jurisdiccional y con ello se indemnice al sentenciado que haya sido víctima de error judicial y en conocimiento de los presupuestos de su naturaleza jurídica, permitirá al Estado-Juez que conozca esta causa el tener que adoptar mejores criterios para llenar los vacíos legales de índole constitucional en cuanto a la satisfacción real del resarcimiento por errores judiciales, en aras del respeto de la dignidad de la persona que tutela la misma Constitución, los tratados internacionales de la materia y el derecho al acceso de la justicia en materia penal y con ello evitar se incurra en responsabilidad internacional, como consecuencia del incumplimiento de tratados internacionales.

Se sugiere ampliar la competencia de la Sala Constitucional establecida en el artículo 44 bis-1, quien conoce y resuelve de las controversias y acciones de inconstitucionalidad, previstas en el artículo 88 Bis de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México; de los recursos ordinarios en contra de resoluciones judiciales en donde se inapliquen normas en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad o de la convencionalidad y se le encomiende resolver si es procedente o no declarar, si en una sentencia se incurrió en error judicial, cuantificar el monto de la indemnización al sentenciado absuelto por error judicial.

La Sala Constitucional declarará si en la sentencia se incurrió en error judicial y fijará el importe de la indemnización en base a las reglas que establezca por ejemplo, si la persona estaba desempleada al momento de dar inicio la prisión preventiva, si la persona tenía empleo al momento de dar inicio la prisión preventiva, si la persona contaba con empleo al momento de dar inicio la prisión preventiva, y que en el transcurso del periodo que fue privada de su libertad se le rescindiera su relación laboral. Esto en razón que la obligación indemnizatoria le corresponde al Estado y puede hacer uso, preferentemente, del Fondo Auxiliar para la Administración de Justicia, por lo cual se propone agregar en la fracción VII al artículo 151 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México[94], para quedar:

---

94 Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México, *http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/ley/vig/leyvig020.pdf*

> Artículo 151. Los productos y los rendimientos del fondo auxiliar, se aplicarán a los siguientes conceptos:
>
> (…) VII. Pago de Indemnización de Sentenciados Absueltos por error judicial.

De esta manera se adecuaría y armonizaría el marco constitucional del Estado de México con el convencional, pues es necesario regular la indemnización patrimonial por error judicial para la debida aplicación del paradigma convencional y se daría cumplimiento con lo establecido en el artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues se adoptarían las disposiciones de derecho interno con arreglo a los procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención. Los errores judiciales no solo ocasionan perjuicio a la parte agraviada, sino también a su familia, originan el reproche y desconfianza social. Pero mayor reproche existe cuando el derecho a ser indemnizado de forma satisfactoria no es reconocido por el Estado.

Consideramos que el derecho a obtener una justa reparación al menos monetaria por parte del Estado en casos de error judicial, constituye un derivado del derecho humano a la dignidad, por cuanto es totalmente digno el percibir una indemnización por dicho daño, pues si bien el Estado no puede retroceder al pasado, al menos el responder con una justa indemnización económica apacigua en algo el perjuicio irrogado y con ello se cumplirá con el decimosexto de los objetivos de desarrollo sustentable que extiende el acceso a la justicia a todos los niveles, desde la persecución de delitos hasta la reparación de daños, y hace responsable a las instituciones por crear sociedades más pacíficas e inclusivas, con el fin de reducir la pobreza y otras formas de discriminación y desigualdades.

10. Bibliohemerografía

Bibliografía

Castro Estrada, Álvaro, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 2006.

Malem Seña, Jorge F, *El error judicial y la formación de los jueces*, España, Gedisa, 2008.

Marroquin Zaleta, Jaime Manuel, *El error judicial inexcusable como causa de responsabilidad administrativa*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2001, *http://www.corteidh.or.cr/tablas/20518.pdf*

Saavedra Álvarez Yuria, *Teoría de las reparaciones a la luz de los derechos humanos*, 2013, *https://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/7-Teor%c3%ada-reparaciones.pdf*

Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Estados Unidos, Oxford University Press, 2006.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La responsabilidad patrimonial del Estado*. Coordinación y Compilación y Sistematización de Tesis, México, 2011.

Hemerografía

Castrejón García, Gabino Eduardo, Requisitos de procedibilidad en la responsabilidad patrimonial del Estado, octubre, 2011, *http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmda/ponencias/GabinoCastrejon.pdf*

Castro Estrada, Álvaro, "Análisis jurídico de la responsabilidad constitucional que incorporó la responsabilidad patrimonial del estado a la constitución mexicana. Cuestiones Constitucionales", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 8, enero-junio, 2003, *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5669/7417*

Castro Estrada, Álvaro, "La responsabilidad patrimonial del Estado en México, Fundamento Constitucional y Legislativo", México, IIJ- de la UNAM, México, 2002, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2499/28.pdf*

Chiara Marullo, María, y Cristina Romero, Jessica, "El derecho a la indemnización por error judicial y la responsabilidad patrimonial del Estado para hacer efectivo el acceso a la justicia: El caso de México", *Anuario de Derechos Humanos,* núm. 14, 2018, *https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/49317/54189*

González Rodríguez, José de Jesús, "Error judicial y responsabilidad patrimonial", *Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, México, núm. 79, octubre, 2009.

Paz Medina, Luis Abraham, "Estado del arte del error judicial en México. Estudio en el paradigma constitucional y convencional", *Revista Iberoamericana de Ciencias*, México, 2016, *http://www.reibci.org/publicados/2016/dic/2000112.pdf*

Romero Michel, Jesica Cristina, "La responsabilidad patrimonial del estado en el funcionamiento de la administración de justicia", *Revista de Jure*, Colima, México, tercera época, año 9, núm. 4, mayo, 2010, *http://dejure.ucol.mx/descarga.php?archivo=486*

Documentos publicados en Internet

Exposición de Motivos de la Ley de Responsabilidad Patrimonial para el Estado de México y Municipios, publicada en el Diario Oficial de la Federación, 14/06/2002.

Martínez Rodríguez, José Ignacio, Responsabilidad Política de los Servidores Públicos, Universidad Autónoma de Baja California Sur, *https://docplayer.es/95662917-Universidad-autonoma-de-baja-california-sur.*html

Pérez Dayán, Alberto, La Responsabilidad Patrimonial del Estado, *http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Ministros/Dayan/responsabilidad_patrimonial.pdf*

Legislación

Código de Procedimientos Penales del Estado de Aguascalientes, 2013.

Código Penal del Estado de México, 1999.

Código Procesal Penal del Estado de Durango, 2009.

Constitución de la República italiana, 1947.

Constitución Española, 1979.

Constitución Política de la Ciudad de México, 2017.

Constitución Política de la República de Chile, 1980.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

Constitución Política de Perú, 1993.

Constitución Política del Estado de Coahuila, 1918.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, 1995,

Ley de Responsabilidad Patrimonial para El Estado de México y Municipios, 2017.

Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, 2004.

Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México, 1995.

Tratados y convenios internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969,

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969. *https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-*

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950,

Estatuto de Roma, 2000.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976.

Jurisprudencia

Corte IDH, Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27/08/1998, serie C, núm. 39.

Tesis P. CXLVII/97, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. VI, octubre de 1997, p. 188.

Tesis XLIII/2000Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, t. XI, marzo de 2000, p. 100.

Tesis: 1ª. CXI/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, marzo de 2015, p. 1098.

Tesis: 1ª./J. 107/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época t. II, octubre de 2012, p. 799.

Tesis: I. 3º. C. 24 k, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVIII, t III, marzo de 2013, p. 2001

Tesis VIII.5o.1C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. t. XXV, marzo de 2007, p. 1691.

Tesis: XI. 1. A.T.30 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. IV, junio de 2016, p. 2903.

Tesis 2a. CIX/2016, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 1556.

Parte V
SISTEMA DE JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES

Capítulo I

SITUACIÓN JURÍDICA DEL ADOLESCENTE EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL

Arturo Heiner Garduño Roldán*

SUMARIO

1. Introducción. 2. *Corpus iuris* internacional. 2.1. Declaración de los Derechos del Niño. 2.2. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing). 2.3. Convención sobre los Derechos del Niño. 2.4. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio). 2.5. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad). 2.6. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de la Habana). 2.7. Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos. 3. *Corpus iuris* nacional. 4. Criterios adoptados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 5. Conclusiones y Reflexiones. 6. Bibliohemerografía.

1. Introducción

El cambio de paradigma en la justicia penal para adolescentes, transitó desde la llamada justicia tutelar, de corte administrativo, en que los menores eran considerados infractores e inimputables, es decir, no eran sujetos del Derecho penal, y en donde el Estado adoptaba un rol paternalista, al tratar de convertirse en el sustituto familiar, por haberle fallado al adolescente al intentar conducirlo en su desarrollo y a la sana convivencia; hasta la perspectiva garantista, la cual ubica a los adolescentes como titulares de derechos y obligaciones, quienes ahora deben asumir, vislumbrar y responder a la ilicitud de sus conductas, no obstante que está alineado al Sistema de Justicia Penal Oral y Acusatorio, de acuerdo a la reforma constitucional de 2008, en concordancia con la reforma de los derechos humanos en México, que data del año 2011, la cual se cristaliza con la denominada Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes,[1] que incluye a

* Abogado Postulante (certificado por la SETEC). Con estudios de Maestría en Derechos Humanos y diversas especializaciones en Derecho de Amparo, Derecho Penal, Proceso Penal Acusatorio, Derecho Político y Derecho Electoral. Ha impartido diversos cursos en instituciones educativas, así como en la Secretaria de la Defensa Nacional. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.

1 Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16-07-2016, *http://www.secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/normateca/Leyes/Ley%20Nacional%20del%20Sistema%20Integral%20de%20Justicia%20para%20Adolescentes.pdf*

los llamados principios del modelo acusatorio, al dotar dicho sistema de derechos para los adolescentes, y pondera la figura del "interés superior de adolescente".

Es importante señalar los modelos que existen a nivel mundial en cuanto al sistema de justicia penal para los adolescentes, dado que usualmente se habla de dos modelos conocidos dentro del sistema jurídico mexicano que son: el tutelar y el de justicia o garantista, este último actualmente vigente en México.

Para el autor Carlos Tiffer,[2] la justicia para adolescentes se ha englobado en tres grandes modelos: comunal, tutelar y garantista.

En el *modelo comunal*, su principal característica busca una solución a un conflicto social, a través de los llamados Comités o Consejos de la Infancia, que se integran de miembros de dicha comunidad, sin que necesariamente tengan conocimientos de índole legal. Su principal función es la de erigirse como titulares de la patria potestad en sustitución a los padres que fallaron, busca en todo momento prevenir, juzgar y ejecutar la medida impuesta.[3] En este modelo, el menor es considerado inimputable; es decir, no es sujeto de conminación penal. Aunque existe la privación de la libertad, esta solo se aplica cuando el menor se ha sometido a un tratamiento de tipo educativo; modelo que ha sido utilizado principalmente en África y Asia, y se puede afirmar que tiene características muy similares al modelo tutelar.

En el *modelo tutelar*, Juan Carlos Ramírez Salazar[4] menciona que el tratamiento de justicia para adolescentes ha pasado por diversas tendencias, entre ellas, que tiene sus orígenes desde principios del siglo XX, y su naturaleza es de tipo administrativo, en virtud de que el propio Estado, por conducto del Poder Ejecutivo, se hacía cargo de los menores, quienes se consideraban infractores e inimputables; por tanto, no eran sujetos del Derecho penal y el Estado adoptaba un rol paternalista, al tratar de convertirse en el sustituto familiar, por haberle fallado al adolescente al intentar conducirlo en su desarrollo a la sana convivencia.

Por último, el *modelo garantista* se orienta a una protección para las personas menores de edad, y existe una clara separación entre las llamadas funciones asistenciales por parte del Estado y los conflictos sociales y familiares;[5] es decir, se elimina el rol paternalista del Estado, se establece que los menores son sujetos de derechos y deberes y como consecuencia son responsables de sus actos, quienes,

---

2 Tiffer, Carlos, *Justicia Juvenil, Instrumentos Internacionales de Naciones Unidas y la Experiencia en Costa Rica*, Unicef, México, 2001, pp. 3-4, *http://www.ucipfg.com/Repositorio/MCSH/MCSH-04/BLOQUE-ACADEMICO/Unidad-3/3.pdf*.

3 *Ibidem,* p. 3.

4 Ramírez Salazar, Juan Carlos, *Introducción a la Justicia Penal para Adolescentes*, México, Flores, 2016, pp. 118-122.

5 Tiffer, *op. cit.,* p. 4.

en caso de la comisión de algún hecho considerado como ilícito, serán juzgados en sede jurisdiccional, en atención a los principios del interés superior del menor, presunción de inocencia, principio de legalidad y debido proceso. Esos antecedentes, devienen de diversos instrumentos internacionales que serán motivo de estudio y que más adelante se mencionan.

Esta investigación pretende determinar cuál es la institución jurídica del adolescente en el ámbito del Derecho penal determinada en la legislación nacional e internacional. Para ello, establecimos algunas interrogantes tentativas a dicho problema, consistentes en cómo se encuentra circunscrita la institución jurídica del adolescente como menor de edad dentro del ámbito penal en la legislación nacional e internacional; o definitivamente, si no cuenta con tipologías específicas y está indeterminada, dentro de la esfera penal, tanto en el sistema jurídico mexicano como en el sistema internacional.

Este estudio pretende generar certidumbre en cuanto a las particularidades de estas nociones, las cuales puedan servir como una herramienta para los operadores jurídicos del Sistema Penal para Adolescente. Por esa razón, se establece como objeto de estudio el *corpus iuris* internacional, así como el *corpus iuris* nacional, relativos al tema en el ámbito penal; por ello, se realiza un estudio de dichos documentos en el devenir histórico de la humanidad, pues indudablemente constituyen referentes indiscutibles del positivismo internacional, toda vez que han generado una apertura cultural en el fortalecimiento de diversas instituciones jurídicas.

2. *Corpus iuris* internacional

Es a principios del siglo XX cuando comenzaron a darse las primeras pinceladas sobre las instituciones acerca de los niños, y los primeros antecedentes se remontan a la organización no gubernamental (ONG) conocida como *Save the Children Fund*, *Save the Children o Save the Children International,* denominada indistintamente, fundada en Londres, Inglaterra, en 1919.[6] Para la historiadora y activista Eglantyne Jebb, la finalidad primordial era la de reunir principalmente una base económica para enviar leche a los niños de Viena, y posteriormente procurar otras ayudas a diferentes naciones; ello, con motivo del inicio de la Primera Guerra Mundial. En ese sentido, dicha ONG se organizó y estructuró en torno a la Unión Internationale de Secours aux Enfants (UISE), la cual era apoyada por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR),[7] ganó reconocimiento y tras-

---

6 Save the Children, 19/05/1919, *https://www.savethechildren.es/*

7 Comité Internacional de la Cruz Roja, fundado en 1863, *https://www.icrc.org/es*

cendencia, y sirvió como antesala a la Convención de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño.[8]

En ese orden de ideas, debido al activismo de Eglantyne Jebb, el apoyo incondicional del CICR y la Unión Internacional de Infantes, comenzó a gestarse con más fuerza la necesidad de reconocer los derechos de los niños por parte de los adultos. Se cristaliza dicha intención por medio de un documento que fue reconocido por varios países a través de la Sociedad de las Naciones Unidas, en la Convención de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño. Su objetivo principal fue la generación de compromisos hacia la infancia, de manera que resultó ser un texto histórico. Por vez primera, se reconoce y afirma la existencia de derechos específicos para los niños y las niñas; pero, sobre todo, la responsabilidad de los adultos hacia ellos. Es decir, se trataba de más obligaciones por parte de los adultos para con los niños.

A partir de este primer reconocimiento a los derechos del niño, es que se abrió la brecha para dar surgimiento a nuevos instrumentos legales, tanto a nivel nacional como internacional; claro, sin tener fuerza vinculante hasta ese momento, pero innegablemente resultó ser un avance significativo en la materia, al asentar los primeros precedentes acerca del menor de edad. Se comenzó a hablar sobre los niños menores y jóvenes; y diversas legislaciones los contemplaron en diversos rubros, como el laboral, penal, en la salud, discapacitados, administración de justicia, entre otros. Así, tenemos a la Declaración de los Derechos del Niño de 1959,[9] documento posterior a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948,[10] que consideraba el tema desde un aspecto más especializado.

En ese sentido, diversos autores que han incursionado en la materia, reconocen al menor de edad con un tratamiento diferente al de un adulto; como ocurre en México, donde la autora Sofía M. Cobo Téllez, en su libro denominado *Justicia Penal para Adolescentes,*[11] expresa que para el estudio de la materia especializada del adolescente se debe tomar en consideración el *corpus iuris* internacional, que está integrado básicamente por 4 tratados: (i) Convención Internacional de los Derechos del Niño; (ii) Reglas Mínimas de la Organización de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing); (ii) Reglas Mínimas de la Organización de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de la Libertad; y (iv) Directrices de la Organización de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (directrices de Riad).

---

8 Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924, *https://www.ciprodeni.org/wp-content/uploads/2018/08/Declaracion-de-Ginebra-1924.pdf*

9 Declaración de los Derechos del Niño, 1959, *https://www.humanium.org/es/declaracion-1959/*

10 Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10/12/1948.

11 Cobo Téllez, Sofía M. *Justicia penal para adolescentes,* México, Inacipe, 2017, p. 7.

Asimismo, además de lo que considera esa autora, deben ser analizados otros instrumentos internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte: Declaración de los Derechos del Niño; Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio); y Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos.

2.1. Declaración de los Derechos del Niño

Este instrumento internacional fue proclamado por la Asamblea General Organización de las Naciones Unidas (ONU) en la resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959, el objetivo de la presente Declaración es que el niño:

> …pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente…".

Este ordenamiento legal considera que la propia humanidad debe proporcionar al niño lo mejor; por esa consideración, la presente Declaración está integrada por 10 principios, que básicamente consisten en que el niño tiene derecho: a la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad; a una protección especial para su desarrollo físico, mental y social, en consideración al interés superior del menor; a un nombre y nacionalidad desde su nacimiento; a la seguridad social, a una alimentación, vivienda y atención médicos adecuados; a la educación y a un tratamiento especial en caso de alguna discapacidad mental o física; a un desarrollo adecuado; a la comprensión y al amor de los padres, así como de la sociedad; a una educación gratuita y obligatoria, así como a actividades recreativas; a que se le privilegie para recibir ayuda en cualquier circunstancia; a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación; a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.

Estos derechos son reconocidos para todos los niños, sin excepción alguna, ni distinción o discriminación, originados por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, nacional o social, posición económica, de nacimiento u otra condición, del propio niño o de su familia.

2.2. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing)

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, fueron aprobadas por la Asamblea General de la ONU, mediante

la resolución 40/33, el 29 de noviembre de 1985, y tienen por objeto procurar y promover el bienestar del menor, así como el de su familia, que le garantice un contexto familiar, escolar, social, estable y adecuado; y la justificación radica en que durante este tiempo, debido a su edad, son más vulnerables a manifestar comportamientos contradictorios ante la ley y la sociedad.

Este instrumento internacional también es conocido como *Reglas de Beijing*. Su finalidad es la de reducir la necesidad de que intervenga la aplicación de la ley y se opte por un tratamiento que procure la integración del menor al vínculo familiar y escolar, así como otros grupos de carácter social; por esa razón, encontramos dentro del articulado, precisamente en el punto 2.2, inciso a), que se define al menor como "todo niño o joven que con el arreglo al sistema jurídico respectivo puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto".[12]

De lo vertido en las líneas anteriores, se observa que no se establece en dicho ordenamiento un rango de edad mínima y máxima u otras particularidades para considerar a un niño o adolescente; y si bien el numeral 4.1 es relativo a la mayoría de edad penal respecto de los menores, solo menciona que los sistemas jurídicos no deben fijar una edad muy temprana debido a la madurez emocional, mental e intelectual, para ser acreedores a una responsabilidad penal; es decir, significa que tienen que analizar si el menor tiene la capacidad de cometer un comportamiento delictivo o no, sin llegar a convenir una unidad mínima razonable.

Las directrices están contempladas en 30 artículos, que a su vez se encuentran divididos en seis partes:

- La primera parte, contiene los principios generales, así como el alcance de las reglas, la mayoría de la edad penal (indeterminada), objetivos de la justicia de menores, los derechos de los menores, la protección a la intimidad, entre otros.
- La segunda parte, hace mención a la investigación y procesamiento del menor relacionado al primer contacto que tiene con la autoridad; se establece la especialización policial para mejorar la prevención y represión de la delincuencia efectuada por los menores, así como la forma en la que se tiene que aplicar la prisión preventiva.
- La tercera parte, versa sobre la sentencia y resolución; aborda temas como la competencia, asesoramiento jurídico y derechos de los padres o tutores, informes sobre investigaciones sociales, principios rectores de la sentencia

---

12 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), 1985, *http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2018.pdf*

y resolución, pluralidad de medidas resolutorias, excepcionalidad del confinamiento, necesidad de personal especializado y capacitado.

- La cuarta parte, tiene por objeto expresar el tratamiento que puede llevar fuera de los establecimientos penitenciarios, prestación de asistencia, movilización de voluntarios y otros servicios de carácter comunitario.
- La quinta parte, contiene lo relativo al tratamiento en los establecimientos penitenciarios, aplicación de reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, como la de libertad condicional; implanta un régimen de libertad vigilada y sistemas intermedios para facilitar la reintegración a la sociedad.
- Y, por último, la sexta parte es respecto a la planificación e implantación de políticas de justicia de menores, que se adecúen a la esfera de delincuencia de los menores y permitan que evolucionen y mejoren con base en lo que se requiera.

Se concluye que esta reglamentación procura, en todo momento, prevenir que los menores se desarrollen en un ambiente conflictivo, y evitar que realicen conductas contradictorias a la ley y, en caso de realizarlas, se les respeten sus garantías procesales. Deja un marco de incertidumbre con respecto a la edad, y a discreción de los Estados su cumplimiento para el establecimiento de reglas concretas.

2.3. Convención sobre los Derechos del Niño

Fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución número 44/25, en fecha 20 de noviembre de 1989; fue la primera en reconocer los derechos de las niñas, niños y adolescentes de todo el mundo. México ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, el 21 de septiembre de 1990; por lo que, al igual que los países miembros, está obligado a garantizar los derechos reconocidos a favor de ellos, al tener fuerza vinculante.

Esta Convención, en el artículo 1°, entiende por niño: "A todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".[13] Puntualiza que la edad considerada puede variar conforme al país y la ley (penal) que se aplique al menor, toda vez que cada país tiene diversas políticas criminales, costumbres y ordenamientos jurídicos.

Estructuralmente, la Convención se integrada por 54 artículos, dividida en tres partes:

---

13 Convención sobre los Derechos del Niño, 20-11-1989, *https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx*

– En la primera parte (del artículo 1 al 41), se encuentran las disposiciones generales de las medidas que tienen que efectuar los Estados parte para facilitar los medios administrativos y legislativos de su ámbito de aplicación, en beneficio y protección del menor, al igual que los derechos esenciales como el de la vida y desarrollo del niño antes y después de su nacimiento, salud física y mental, educación, protección de cualquier forma de explotación, abuso sexual, venta y trata, otras formas de explotación, tortura y privación de la libertad, conflictos armados, recuperación y reintegración social, y administración de la justicia de los menores respeto de normas vigentes.
– En la segunda parte (del artículo 42 al 45), se reconoce la creación del Comité de Derechos del Niño, órgano que se encarga de vigilar y verificar que se le dé cumplimiento, dentro de los países que son parte, a los derechos de la niñez, así como de registrar el avance que tengan conforme a la creación de mecanismos que ayuden a mejorar su situación en los Estados miembros, así como cooperación internacional en materia de los derechos del niño.
– Y finalmente, la tercera parte (arts. 46 al 54), es relativa a los mecanismos mediante los cuales puede ser ratificada la convención por los Estados parte; de igual manera, menciona los criterios de entrada en vigor y los procedimientos para poder presentar enmiendas, reservas y denuncias.

Esta Convención reconoce internacionalmente a la niñez, por el simple hecho de ser una población vulnerable e indefensa con necesidades particulares, que lógicamente requieren atención diferente y protección legal especializada; de igual manera, al tratarse de la primera Ley Internacional sobre los Derechos de los Niños y Niñas, es de carácter obligatorio para todos los Estados firmantes, quienes informarán al Comité de los Derechos del Niño los mecanismos que han adoptado para su aplicación las medidas necesarias para dar cumplimiento a dicho instrumento legal.

2.4. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio)[14]

Se creó mediante la Asamblea General de la ONU, por medio de la resolución 45/110, el 14 de diciembre de 1990. Sus objetivos fundamentales son fomentar la aplicación e introducción de otras medidas para evitar privarles de la libertad. Se habla de manera genérica de los adultos y no establece de manera literal el concepto de menor de edad; sin embargo, y de acuerdo con lo preceptuado en el

[14] Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), 23/06/2019, *https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TokyoRules.aspx*

artículo 4 de dicho ordenamiento, se consideran diversos tratados internacionales en los que se extiende su aplicación, entre ellos, las Reglas de Beijing, en donde sí se hace una clara definición acerca de dicha figura de menores.

Razón por la cual, resulta procedente hacer una adecuación de dichas reglas a los menores de edad cuando hayan cometido algún delito, mediante un tratamiento al delincuente, y fomentar la responsabilidad que tienen como integrantes de la sociedad; toda vez que, de esta manera, se reducirán las penas privativas de la libertad, de acuerdo al principio de mínima intervención; además, se optará por la rehabilitación y reintegración a la sociedad, medidas que serán determinadas conforme a la gravedad y tipo del delito, el grado de peligrosidad, los antecedentes, entre otros.

Asimismo, determina que la prisión preventiva será impuesta como último recurso, sin dejar de considerar que, después de haber sido propuesta la medida no privativa de la libertad, tendrá que ser revisada y ratificada por una autoridad judicial, y aplicarse por el menor tiempo posible; opta por regímenes de vigilancia, con la intención de disminuir la reincidencia y ayudar al delincuente a la reinserción social y evitar la probabilidad de que vuelva a caer en la delincuencia.

Ese instrumento internacional consta de 23 artículos divididos en ocho capítulos:

- El primero, contempla los principios generales, objetivos fundamentales, alcances de las medidas no privativas de la libertad, y salvaguardias legales, que tiene el principal objetivo de promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad que serán aplicadas sin distinción alguna.
- El segundo capítulo, considera la fase anterior al juicio o disposiciones previas al juicio, y tiene como idea central utilizar a la prisión preventiva como último recurso de aplicación; opta en primera instancia por algún otro medio que fuera equivalente a este.
- El capítulo tercero, denominado Fase de juicio y sentencia, habla de la investigación social del entorno del delincuente, realizada por la autoridad; esto, previo a emitir condenas y recomendaciones, con el fin de que puedan ser pertinentes y adecuadas a la situación social, económica, así como política.
- En el capítulo cuarto, se abarca la fase posterior a la sentencia, donde se busca que el delincuente, a través de los círculos sociales que integran a la comunidad, pueda ser reintegrado con posterioridad.
- El quinto capítulo, es respecto a la aplicación de las medidas no privativas de la libertad, que son precisamente la finalidad de estas directrices; régimen

de vigilancia, duración, obligaciones, proceso de tratamiento, así como la disciplina e incumplimiento de las obligaciones.

– En el capítulo sexto, se encuentran los requisitos del personal y la capacitación que se les brindará para tratar con menores que han cometido algún delito y los mecanismos que pueden efectuar, para prevenir que incurran en situaciones antijurídicas o reincidan en alguna.
– El capítulo séptimo, señala que, para lograr la reinserción social de los delincuentes, es necesario que la sociedad participe a través de grupos voluntarios y recursos comunitarios, que además externen la comprensión que se tiene hacia estos grupos vulnerables, con la finalidad de que exista apoyo entre la población y no rechazo.
– El capítulo octavo, concluye con la realización, planificación y evaluación de las políticas públicas que el Estado crea en favor de los delincuentes, así como las medidas no privativas de la libertad que se pueden aplicar e integrar a los ordenamientos jurídicos del país.

Es importante enfatizar que a pesar de que fueron creadas estas directrices para que se aplicaran las medidas no privativas de la libertad de manera genérica (a los delincuentes), no se hace especial pronunciamiento a favor de los niños o adolescentes, pues dicho ordenamiento nos remite a otros tratados internacionales; en ese sentido, debe interpretarse a los delincuentes menores de edad.

2.5. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)[15]

Surgen con la Asamblea General de la ONU, mediante la resolución 45/112, el 14 de diciembre de 1990, y tienen por objeto prevenir que la población juvenil realice actos delictivos; alude a que, si los jóvenes se ocupan de actividades lícitas o permitidas y, como sociedad, procuramos que tengan un desarrollo armónico, podríamos asegurar que cuando lleguen a una edad madura, no cometerán actos contrarios a la ley.

Trata de velar por el desarrollo personal del niño, a través de programas preventivos que le ayuden a fomentar una buena formación; pretende que los jóvenes tengan una participación dentro de la sociedad, mediante la creación de oportunidades educativas, equidad y justicia de una intervención oficial y la protección de

---

15 Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), 14/12/1990, *https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/PreventionOfJuvenileDelinquency.aspx*

los derechos e intereses de los jóvenes. Es uno de los propósitos más importantes o relevantes, el evitar que se les califique como delincuentes, lo que contribuye a que se desarrollen comportamientos indeseables.

Da relevancia a ejes centrales e indispensables, como la integridad de la familia en la sociedad, educación, medios de comunicación y política social para prevenir la delincuencia.

Se integra por 66 artículos ordenados en siete capítulos: el primero, relativo a los principios fundamentales; el segundo, sobre el alcance de las directrices; el tercero, con base en la prevención general; el cuarto, respecto a los procesos de socialización e integración de los niños y adolescentes en la familia; el quinto, sobre el papel importante que tiene la política social para la participación activa y la creación de programas dedicados a los jóvenes; el sexto, sobre la creación y aplicación de las leyes por parte del gobierno y procedimientos para proteger los derechos para procurar el bienestar de todos los jóvenes; y el séptimo, alude a la investigación, formulación de normas y coordinación de los organismos y servicios económicos, sociales, educativos, culturales y de salud dedicados a los jóvenes.

Las presentes directrices son importantes para la prevención de la delincuencia juvenil y la justicia de menores; pero, si bien es cierto, en dicho instrumento legal se habla de la palabra niño en diversas ocasiones, no se establece un rango de edad y tampoco hace distinción alguna con la institución jurídica del adolescente o menor de edad.

2.6. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de la Habana)[16]

Estas reglas fueron adoptadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/113, el 14 de diciembre de 1990. Su principal objetivo es establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas, para la debida protección de menores privados de la libertad en todas sus formas, que sean compatibles con los derechos humanos y libertades fundamentales, con el propósito de contrarrestar efectos perjudiciales de todo tipo en la detención, para de esta forma integrarlo en la sociedad.

Establece que, en el sistema de justicia para menores, se deberán respetar los derechos y la seguridad de los menores; se fomentará su bienestar, tanto físico

---

16 Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, 14/12/1990, *https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/JuvenilesDeprivedOfLiberty.aspx*

como mental; y el encarcelamiento se usará como último recurso. Dichas reglas constan de 87 artículos, que se integran en cinco apartados: el primero, trata sobre perspectivas fundamentales; el segundo, habla sobre el alcance y aplicación de las reglas; el tercero, versa sobre menores detenidos o en prisión preventiva; el cuarto apartado, respecto a la administración de los centros de menores; y el quinto apartado, menciona todo lo relativo al personal que trata con los menores privados de su libertad.

En el apartado segundo, relativo al alcance y aplicación de las reglas, en el numeral 11, define al menor en los siguientes términos:

> 11. A los efectos de las presentes Reglas, deben aplicarse las definiciones siguientes:
>
> a) Se entiende por menor toda persona de menos de 18 años de edad. La edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley…

De lo anterior, se desprende que en dicho instrumento legal los integrantes de las Naciones Unidas se preocuparon por tratar de definir al menor, al establecer un rango de edad, pero no se señalan características o criterios a ser considerados para definir al niño y tampoco al adolescente.

2.7. Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos[17]

Las directrices fueron aprobadas por el Consejo Económico y Social[18] en la resolución 2005/20, el 22 de julio de 2005. Su objetivo primordial es brindar asistencia en la revisión de leyes, procedimientos y prácticas para garantizar el respeto de los derechos, a través de procedimientos adecuados de capacitación, lo que ayudara a proteger las necesidades especiales que tienen con los niños víctimas y testigos de delitos; en especial, cuando se trata de delitos por agresión sexual.

---

17 Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños, Víctimas y Testigos de Delitos, 22/07/2005, *https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Universales/Directrices_JACNVTD.pdf*

18 El Consejo Económico y Social es el encargado de tratar los asuntos económicos, sociales y medioambientales, mediante la revisión de las políticas que se adaptan, su coordinación y la creación de recomendaciones. También vela por el cumplimiento de los objetivos de desarrollo acordados de manera internacional. Además, sirve como mecanismo central para las actividades del sistema de la ONU y sus agencias especializadas en campos económicos, sociales y medioambientales, ya que supervisa los cuerpos subsidiarios y de expertos. La Asamblea General elige a los 54 Miembros del Consejo para períodos superpuestos de tres años. Es la plataforma central de las Naciones Unidas para la reflexión, el debate y el pensamiento innovador acerca del desarrollo sostenible. Órganos principales, Naciones Unidas, *https://www.un.org/ecosoc/es/home*

Fueron creadas debido a que los niños son sujetos vulnerables y requieren una protección diferente, por razones de edad y nivel de madurez. Se pretende unificar la protección en todos los países, así como el derecho a ser protegido en cuanto a sus necesidades, mediante el acceso a un proceso de justicia que los proteja, independientemente de su sexo, origen, posición económica, impedimentos físicos o cualquier otra condición propia del niño, los padres o tutores.

Consta de 46 artículos, divididos en XV capítulos En el artículo 9°, inciso a), capítulo IV, "Definiciones", establece que se entenderán por niños y adolescentes a los: "Menores de 18 años que sean víctimas o testigos de delitos, independientemente de su papel en el delito o en el enjuiciamiento del presunto delincuente o grupo de delincuentes".

Este ordenamiento es de los únicos que mencionan al término "niños y adolescentes", y deja al conocimiento de la población a quienes protegen estas directrices; toda vez que, establece que la edad en ningún momento tiene que ser considerada como obstáculo para que el niño ejerza su derecho a ser partícipe del proceso de la justicia; procura que sea protegido de cualquier sufrimiento durante el proceso que enfrenta, y que en todo momento se protejan los derechos humanos, inclusive los derechos del niño. Incluye reglas, normas y principios con la parte personal y humana para que se trate a los niños con efectividad y sensibilidad.

3. *Corpus iuris* nacional

En lo concerniente al menor, y en particular al adolescente, se abordarán de manera muy sucinta los antecedentes legislativos en el México independiente. Ello, obedece a que solamente nos avocaremos en el presente trabajo al concepto de adolescente o menor de edad, por ser el eje central de análisis. Para ese efecto, se destaca que en el Código Penal de 1871,[19] se observa absoluta irresponsabilidad de los menores, desde nueve años de edad hasta los catorce, periodo en que el acusador tenía la carga procesal de acreditar si el niño había procedido con conocimiento de su conducta, y en caso de no probarse quedaba en libertad; un criterio protector de esa época.

En el año de 1907, el entonces llamado Departamento Central del Distrito Federal remitió un documento a la Secretaria de Justicia, para que se reflexionara en la creación de cárceles para menores, en consideración a que en la ciudad de Nueva York se habían creado las figuras de los llamados *jueces paternalistas*, quienes eran competentes en todos los actos ilícitos cometidos por menores de edad. Sin

[19] Código Penal de 1871, *http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1020013096/1020013096.PDF*

embargo, en México se gestaba un cúmulo de ideales revolucionarios en busca de la alternancia presidencial y el descontento de la población, circunstancia que generó un retraso en la materia; ello, sin dejar de considerar otros proyectos de reforma al Código Penal de 1871, que fueron propuestos en 1912, y posteriormente a la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común del Distrito Federal, en 1920, que proponían la creación de jueces paternales, que únicamente conocieran de actos ilegales realizados por los menores de edad, así como su exclusión del citado Código Penal a quienes tuvieran menos de 18 años. Adicionalmente, la creación de un Tribunal Protector del Hogar y la Infancia.

Pero, es hasta el año de 1923 cuando se crea el primer tribunal para menores a nivel de la República Mexicana, en el Estado de San Luis Potosí, como menciona Solís Quiroga en su narrativa: "En 1923 en el Congreso Criminológico, se aprobó el proyecto del abogado Antonio Ramos Pedrueza que insistía en crear los tribunales para menores y en el mismo año fue creado por primera vez en la República Mexicana el referido tribunal".[20]

Antes a dicha creación del Tribunal, se expide, mediante decreto número 87, por la XXVII Legislatura del Congreso del Estado de San Luis Potosí, la Ley de Tribunales Infantiles.[21] Ramírez Salazar,[22] señala que dicha ley contiene 38 artículos, y en los cinco primeros se advierte lo siguiente:

> a) Se establecía en la capital del Estado un Tribunal para juzgar a los delincuentes menores de 14 años.
>
> b) La jurisdicción del Tribunal se extendía al territorio del Estado, pero en los distritos Foráneos las primeras diligencias hasta que concluyera la averiguación previa de los hechos, serían practicadas por un Delegado.
>
> c) Se consideraba a todos los menores de esa edad de irresponsables de los delitos y faltas que cometían, pero quedaban sujetos a las medidas que establecía el Código Penal y la propia ley para su educación correccional.
>
> d) Los menores de 14 años, serían consignados a dicho tribunal, y en consecuencia, estaban exentos de la jurisdicción represiva de la autoridad judicial.
>
> e) El tribunal estaba constituido por un juez, un médico y un asesor benévolo.

Este órgano era competente para intervenir y modificar el ejercicio de la patria potestad o de la tutela, en el caso de que quienes la ejercieran trataran a los niños con severidad excesiva, no los educaran, les impusieran preceptos inmorales o les dieran consejos o ejemplos corruptores. Asimismo, dictar las medidas preventivas y correctivas que, conforme al Código Penal del Estado, procedieran respecto a

---

20 Solís Quiroga, Héctor, *Justicia de Menores*, México, Porrúa, 1986, p. 31.

21 Leyes de Tribunales Infantiles, XXVII Legislatura del Congreso del Estado de San Luis Potosí, 9 de noviembre de 1922, Talleres Gráficos de la E. Industrial Benito Juárez

22 Ramírez Salazar, *op. cit.*, pp. 17-18.

los menores. Igualmente, podía dictar las medidas que estimara necesarias para la regeneración del niño que hubiere cometido delito o falta.

De lo anterior, surgen varios puntos de reflexión:

– En primer lugar, se señala un rango de edad máximo de catorce años para ser juzgados en los Tribunales Infantiles.

– En segundo lugar, quedaba a cargo de un "Delegado" la investigación de los hechos, pero de manera particular y diferenciada.

– En tercer lugar, es de destacarse que se considera a los menores de catorce años como "delincuentes"; es decir, se utilizaba el mismo término que para un adulto.

– En cuarto lugar, se consideraba a los menores de catorce años como "irresponsables de delitos"; con un trato diferenciado respecto a los adultos. Sin embargo, sí eran sujetos a las medidas que establecía el Código Penal local, así como otra legislación para una educación correccional.

– En quinto lugar, la consignación de los hechos se hacía ante un Tribunal especializado, que era integrado por tres figuras, como la de un juez, un médico y un asesor benévolo; lo cual indicaba que, al tratarse de menores de edad, requerían de un tratamiento especial y diferenciado.

Ahora bien, a nivel federal se dan avances en la materia, como lo señala Ramírez Salazar; toda vez que, para 1924 se creó la primera Junta Federal de Protección a la Infancia, posteriormente, en 1926, se instala el Tribunal para Menores en el Distrito Federal, institución que coloca bajo su autoridad las faltas administrativas y de policía, así como las enunciadas en el Código Penal que no fueran delitos, cometidos por menores de 16 años.

El 30 de marzo de 1928 se expide la Ley sobre la Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal y Territorios,[23] también conocida como *Primo Villa Michelle*; la cual, elimina del Código Penal a aquellas personas que fueran menores de 15 años.[24]

---

23 Ley sobre la Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal y Territorios, 1928.

24 Blanco Escandón, Celia, Estudio Histórico y comparado de la legislación de menores infractores, IIJ de la UNAM, p. 105, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1968/7.pdf*

El 15 de noviembre de 1928, se expidió el primer Reglamento de los Tribunales para Menores del Distrito Federal.[25] En 1929, se expide un nuevo Código Penal del Distrito Federal y Territorios, instrumento que establecía que a los menores de 16 años se les impondrían sanciones de igual duración que a los adultos.[26]

El 14 de agosto del año 1931, se publicó el Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal,[27] que señala: "los menores de 18 años que cometen infracciones a las leyes penales eran internados por el tiempo que sea necesario para su corrección educativa."[28]

En el año 1931, entró en vigor el Código Penal que estable como minoría de edad 18 años;[29] contiene el mismo error que las legislaciones anteriores, al fijar procedimientos en el que sujeta a los menores de edad a la legislación penal vigente para adultos. Es por lo que, los tribunales para menores se supeditaron al gobierno local del Distrito Federal hasta el año 1931, y al siguiente año, al Gobierno Federal y particularmente a la Secretaría de Gobernación.

En 1934, en el nuevo Código Federal de Procedimientos Penales, el artículo 500 estable que para los delitos de este fuero formalmente se constituye un Tribunal para Menores Colegiado en cada Estado; y de manera excepcional, cuando existiere un Tribunal Local para Menores, gozaría de las facultades para resolver los casos del fuero federal. Dicho precepto a la letra reza: "En los lugares donde existen tribunales locales para menores éstos serán competentes para conocer de las infracciones a las leyes penales federales cometidos por menores de 18 años, aplica las disposiciones de las leyes federales respectivas."[30]

El artículo 500 del Código Federal de Procedimientos Penales,[31] da pauta a la existencia de Tribunales Locales para Menores en cada entidad federativa de manera colegiada; es decir, de manera incipiente los legisladores vislumbran una diferenciación entre menores y adultos, y al considerar juzgados colegiados, sa-

---

25 Juárez, Gonzáles, Ciro, *La nueva ley de menores infractores y delitos graves*, Tesis, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, Hidalgo, 2005, p. 70, *https://www.uaeh.edu.mx/docencia/Tesis/icshu/doctorado/documentos/La%20nueva%20ley.pdf*

26 Blanco Escandón, *op. cit.,* p. 106

27 Código Publicado en la Sección Tercera del *Diario Oficial de la Federación*, 14/08/1931.

28 Guerrero, Ana Luisa, Adolescentes en conflicto con la ley, ciencia mx noticias *http://www.cienciamx.com/index.php/reportajes-especiales/18701-adolescentes-conflicto-ley*

29 Cruz y Cruz, Elba, Los Menores de Edad Infractores de la Ley Penal, Tesis doctoral, Universidad Complutense De Madrid, p. 52, *https://eprints.ucm.es/11218/1/T32137.pdf*

30 Código Publicado en la Sección Segunda del *Diario Oficial de la Federación*, 30/08/1934.

31 Código Federal de Procedimientos Penales, 1934, *https://legislacion.vlex.com.mx/vid/codigo-federal-procedimientos-penales-42578679*

bían que resultaba necesario su análisis desde otra óptica; así, en el numeral 503 contemplaba la existencia de un Consejo de Vigilancia.[32]

En el año 1934, se expide el Nuevo Reglamento de los Tribunales para los Menores y sus Instituciones Auxiliares, que también regula la actividad de los internos. En el año 1936, se fundó la Comisión Instaladora de los Tribunales para Menores, que tuvo funciones en toda la República Mexicana.[33] El 22 de abril de 1941, se expidió la Ley Orgánica y Normas de Procedimientos de los Tribunales para Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito y Territorios Federales, que derogó a la Ley Orgánica de los Tribunales del fuero común, así como al Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y Territorios.

A nivel constitucional, resultó de especial importancia la creación de este régimen para menores, el cual comenzó a plasmarse como lo describe Sergio García Ramírez, al señalar que:

> Recibida en la Cámara de Diputados la iniciativa del 1º de octubre de 1964, se turnó para dictamen de las Comisiones Primeras de Puntos Constitucionales, Segunda de Gobernación y Primera de Justicia. Al Primer dictamen rendido, que modificó el proyecto en algunos puntos, se acompañó un voto particular. En éste se proponía, entre otras adicciones, la incorporación de un régimen especial para menores, enfermos mentales, toxicómanos, ciegos y sordos mudos.[34]

Como señala Ramírez Salazar, en su libro *Introducción a la Justicia Penal para Adolescentes*, a partir de este voto particular, se adicionó al artículo 18, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,[35] para quedar de la siguiente manera: "La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores."[36]

El 02 de agosto de 1974, se publica en el Diario Oficial de la Federación, la Ley que crea al Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal,[37] legislación que sustituye a la Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares de 1941. En esa Ley se hace la

---

32 Garza Guerra, María Taide, *Consideraciones en materia de Justicia Penal Juvenil*, Universidad Autónoma de Tamaulipas, Tirant, p. 156, *http://riuat.uat.edu.mx/bitstream/123456789/1569/1/1569.pdf*

33 Blanco Escandón, *op. cit.,* pp. 106-107

34 García Ramírez, Sergio, *et al, Derechos de la Niñez,* México, UNAM, 1990, p. 111.

35 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 05/02/1917. Última reforma publicada DOF 09/08/2019,

36 Decreto Publicado en el Diario Oficial de la Federación, que reforma y adiciona el artículo 18 Constitucional, *23*-02-1965, p. 2, *file:///C:/Users/Alumno/Downloads/23021965-MAT.pdf*

37 Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito y Territorios Federales, 02/08/1974, *https://docs.mexico.justia.com/estatales/distrito-federal/ley-que-crea-los-consejos-tutelares-para-menores-infractores-del-distrito-y-territorios-federales.pdf*

exclusión del Código Penal de la materia de menores en el área del fuero común, para quedar de la siguiente forma: "…quedarán derogados los artículos 119 a 122 del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal de 13 de agosto de 1931, sólo por lo que se refiere al Distrito Federal…".[38]

El 29 de diciembre de 1976, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal,[39] en el artículo 27, fracción XXVI, establece como función de la Secretaría de Gobernación lo siguiente: "Organizar la defensa y prevención social contra la delincuencia estable en el Distrito Federal un Consejo Tutelar para menores infractores de más de seis años instituciones auxiliares…".

Entre las atribuciones de la Secretaria de Gobernación, estaba el Consejo Tutelar para Menores Infractores, que señalaba como mínimo una edad de seis años; es decir, se puede inferir que el tratamiento para esta materia de menores de edad comenzaba a partir de los seis años hasta antes de los dieciocho años. Lo que resulta de especial relevancia, puesto que en las entidades federativas en donde se abordara el tema de menores infractores, muy seguramente se había legislado con dicho rango de edad; lo cual, resultaba por demás represivo y nugatorio de derechos humanos mínimos para los menores de edad, pues basta recordar que, hasta este momento, en el plano internacional no se localizó una edad mínima de seis años.

Posteriormente, mediante reforma de 27 diciembre de 1983, se ordenaba que los Tribunales Federales para Menores se ajustarán a las disposiciones de la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, de la siguiente manera: que todo lo relativo al procedimiento, medidas y ejecución de sanciones, los Tribunales Federales para Menores, así como las demás autoridades que van intervenir, se ajustarán a lo previsto en dicha Ley.

El 5 de enero de 1988 se publica en el Diario Oficial de la Federación la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación,[40] en los artículos 73, 74 y 75 reconoce la existencia de Tribunales para Menores, en el capítulo séptimo incluye un

---

38 De González Mariscal, Olga I., *et al, Derechos de la Niñez,* México, UNAM, 1990, pp. 139-140.

39 Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29/12/1976, Última reforma publicada DOF 13/05/2015, *http://www.hacienda.gob.mx/LASHCP/MarcoJuridico/MarcoJuridicoGlobal/Leyes/262_loapf.pdf*

40 Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, publica en el Diario Oficial de la Federación el 05/01/1988, *http://www.internet2.scjn.gob.mx/red/marco/PDF/M.%201969-1988/c)%20Ley%20Org%C3%A1nica%20del%20PJF%20de%201988.pdf*

apartado dedicado a las "Atribuciones de los Juzgados de Distrito respecto a los Menores Infractores", que, de acuerdo con el numeral 73, establece:

> Corresponde a los juzgados de Distrito prevenir y reprimir, en materia federal, las conductas de los menores de 18 años, que infrinjan las leyes penales, dentro de la jurisdicción de cada uno de aquellos:
>
> I. Tribunales para menores, y
>
> II. Consejo de vigilancia.

El precepto legal subsecuente (art. 74) de dicho ordenamiento, señala: "Habrá tribunal para menores en cada una de las capitales de los Estados y, además en los lugares en que, sin ser capital de Estado, reside un Juez de Distrito."

De lo anterior, tenemos incluso que actualmente, a pesar de que se considera la creación de Juzgados para menores a nivel federal, el propio Poder Judicial de la Federación no se ha involucrado en la materia.

El 24 de diciembre de 1991, se publica en el Diario Oficial de la Federación la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.[41] El 29 de mayo de 2000 se publica en el Diario Oficial de la Federación la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.[42] El 12 de diciembre de 2005 se publica en el Diario Oficial de la Federación la Reforma al artículo 18 Constitucional, que establece un Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, y da pauta así a un sistema garantista.[43] Establece dicho ordenamiento legal que, aquellas personas que se les atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre 12 y menos de 18 años cumplidos, serán sujetos a dicho sistema.

En el año 2012, la Suprema Corte Justicia de la Nación elaboró el Protocolo de Actuación para quienes Imparten Justicia en casos que afecten a Niñas, Niños y Adolescentes;[44] y en ese mismo año, pero el 27 diciembre, se publica en la Pri-

---

41 Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, publica en el Diario Oficial de la Federación el 24/12/1991, *http://www.aldf.gob.mx/archivo-1e69478d662dbf11346270f06ad0929f.pdf*

42 Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29/05/2000, *https://www.oas.org/dil/esp/Ley%20para%20la%20Protecci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20de%20Ni%C3%B1as,%20Ni%C3%B1os%20y%20Adolescentes%20Mexico.pdf*

43 Decreto, por el que se reforman el 18 y el artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publica en el Diario Oficial de la Federación el 12/12/2005, *http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5399103&fecha=02/07/2015*

44 Protocolo de actuación para quienes Imparten Justicia en casos que afecten a Niñas, Niños y Adolescentes, Suprema Corte Justicia de la Nación, publica en el Diario Oficial de la Federa-

mera Sección del Diario Oficial de la Federación, la Ley Federal de Justicia para Adolescentes.[45]

El 04 de diciembre de 2014, se publica en el Diario Oficial de la Federación, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes,[46] que abroga a la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

El 29 de enero de 2016, se pública en el Diario Oficial de la Federación la última modificación al artículo 18, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar en los siguientes términos:

> La Federación y las entidades federativas establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia para los adolescentes, que será aplicable a quienes se atribuya la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Este sistema garantizará los derechos humanos que reconoce la Constitución para toda persona, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos a los adolescentes. Las personas menores de doce años a quienes se atribuya que han cometido o participado en un hecho que la ley señale como delito, sólo podrán ser sujetos de asistencia social.[47]

De esta manera, queda establecido a nivel constitucional, la obligación que tiene, tanto la Federación como las entidades federativas, de legislar en la materia para la creación de normas relativas al sistema integral de justicia para los adolescentes; se establece el rango de edad que debe observarse para la implementación de este sistema, y queda estatuida una edad mínima de doce años hasta antes de los dieciocho años de edad, por encontrarse los adolescentes en una etapa de personas en desarrollo; y se instaura que todas las personas menores de doce años de edad implicadas en un delito, serán sujetas únicamente a la asistencia social.

El 16 de julio de 2016, se publica en el Diario Oficial de la Federación la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, que se basa en muchos aspectos en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del año 2014. Dicha legislación, en su artículo 3, fracción I, establece lo relativo al adolescente de la siguiente manera:

---

ción en marzo, 2012, *http://www.pjetam.gob.mx/Publicaciones/publicaciones/Protocolo2012_v3.pdf*

45 Ley Federal de Justicia para Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27/12/2012. Última reforma publicada DOF 24/12/2014, *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lfja/LFJA_abro.pdf*

46 Decreto por el que se expide la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 0412-2014, *http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5374143&fecha=04/12/2014*

47 Reforma del artículo 18 constitucional, *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_060619.pdf*

> Artículo 3. Glosario
>
> Para los efectos de esta Ley, se entiende por:
>
> I. Adolescente: Persona cuya edad está entre los doce años cumplidos y menos de dieciocho;[48]

Este ordenamiento legal sí establece un rango de edad mínimo y máximo para considerar al adolescente, a pesar de que no describe más características acerca de dicho concepto, más que una clasificación etaria (por rangos de edad).

Esta ley hace una acotación entre niñas y niños, respecto a la responsabilidad penal; la cual, a la letra dice:

> Artículo 4. Niñas y Niños
>
> Las niñas y niños, en términos de la Ley General, a quienes se les atribuya la comisión de un hecho que la ley señale como delito estarán exentos de responsabilidad penal, sin perjuicio de las responsabilidades civiles a las que haya lugar.
>
> En caso de que la autoridad advierta que los derechos de estas niñas y niños están siendo amenazados o violados, deberá dar aviso a la Procuraduría de Protección competente.

En la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, en dicho articulado, en las fracciones subsecuentes como la IX, X, y XI, se hace una clasificación al grupo de adolescentes de la siguiente manera:

> IX. Grupo etario I: Grupo de personas adolescentes que por su edad se encuentren comprendidas en el rango de edad de doce años cumplidos a menos de catorce años;
>
> X. Grupo etario II: Grupo de personas adolescentes que por su edad se encuentren comprendidas en el rango de edad de catorce años cumplidos a menos de dieciséis años;
>
> XI. Grupo etario III: Grupo de personas adolescentes que por su edad se encuentren comprendidas en el rango de edad de dieciséis años cumplidos a menos de dieciocho años;

De dicha transcripción, se aprecia una clara distinción de las niñas y niños, así como del adolescente, respecto a sus edades; en qué supuestos se trata de un adolescente, así como de una niña o niño. Sin embargo, únicamente se basa en la edad para hacer esa clasificación, sin hacer un análisis más profundo, respecto a otros elementos como el desarrollo mental, biopsicosocial, así como de factores endógenos y exógenos de aquellas personas que están en crecimiento a la vida adulta.

Al analizar la legislación local, respecto a los menores de edad (específicamente los adolescentes) se observa que se enfrenta en todo momento a una barrera de desigualdad y discriminación para el acceso a la justicia, al no haber una unifica-

---

48 http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNSIJPA.pdf, julio 27, 2019.

ción por parte de los órganos jurisdiccionales e instituciones, y ante esta indeterminación requieren de un tratamiento especial y diferenciado al de los adultos, a través de un sistema integral de justicia adecuado que proteja sus derechos humanos.

4. Criterios adoptados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Se analizarán algunos criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto al adolescente desde el ámbito penal, a efecto de conocer cómo se hace la distinción entre adolescentes y niños, qué características han de observarse, entre otros aspectos relacionados con dicho tema.

En dicho tema, los Tribunales Colegiados de Circuito han dictado jurisprudencia en el sentido de que:

> Si el inculpado, al rendir sus declaraciones ministerial y preparatoria, manifestó tener menos de dieciocho años de edad al momento de la comisión de los hechos delictivos por los que se le juzgó, y de autos se advierte que no existe prueba alguna que corrobore su dicho o que la autoridad judicial haya recabado las probanzas idóneas para determinar la edad del activo, resulta inconcuso que el dictado de la sentencia bajo tal circunstancia de incertidumbre es violatoria de garantías en perjuicio del sentenciado, toda vez que antes del dictado de dicha resolución, el Juez de la causa está obligado a determinar su imputabilidad o inimputabilidad, además, en los casos como el antes descrito, la carga de la prueba corresponde al juzgador.[49]

En esta jurisprudencia se establece la obligación que tiene el juzgador de que antes del dictado de su sentencia, debe determinar la edad mínima penal del imputado o adolescente, de acuerdo al caso, para poder establecer la imputabilidad o inimputabilidad, que, en caso de no hacerlo, sería violatorio a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En otra tesis de la SCJN, podemos percatarnos de que si bien no habla acerca de los conceptos o características que debe tener el adolescente o niño, sí se consideró importante insertarla; toda vez que, como se observa, el Poder Judicial tiene claro que el sistema penal para adolescentes, previsto en Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, efectivamente se rige bajo diversos principios similares al sistema acusatorio para adultos; sin embargo, destaca el interés superior del menor, el cual regula una protección integral de la infancia, de proporcionalidad y de idoneidad, pues pretende generar una adecuada educación para las

---

[49] Tesis XI.2º. J/32, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, Julio De 2007, p. 2292.

personas en desarrollo, para la reinserción social y familiar, y busca medidas más benéficas y menos lesivas al menor. En efecto, se señala:

> El sistema judicial penal para adolescentes, previsto en los párrafos cuarto, quinto y sexto del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se rige bajo diversos principios, entre los que destacan el de interés superior del menor, de protección integral de la infancia, de proporcionalidad y de idoneidad; distintos en comparación con el sistema judicial penal para adultos, con los cuales se pretende la adecuada educación de las personas en desarrollo, para lograr su reintegración social y familiar, en aplicación de medidas más benéficas y de menor intensidad. Ahora bien, el precepto 33 de la Ley de Justicia Integral para Adolescentes del Estado de Jalisco señala únicamente dos plazos prescriptivos de la acción penal, a saber: cuando las conductas tipificadas como delitos sean perseguibles de oficio (6 años); y para los de querella de parte ofendida (6 meses). Por su parte, de los numerales 82 y 85 del Código Penal de la entidad deriva que el plazo de prescripción de la acción penal no podrá ser inferior a 3 años y 3 meses. De esa guisa, el mencionado dispositivo 33 transgrede los referidos principios de justicia penal de menores, en virtud de que los plazos citados resultan de mayor duración a los previstos en el sistema penal para adultos, como ocurre en delitos perseguibles de oficio, a los que les es aplicable el plazo mínimo prescriptivo, pues ello implica que esa medida es de mayor intensidad y desproporcionada, por lo que sólo en ese caso deberá aplicarse el plazo menor que prevea el sistema penal para adultos, por ser de mayor beneficio.[50]

Ahora bien, resulta importante mencionar que, hasta este momento, no se localizó en la página oficial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencias o tesis al respecto, que nos puedan dar una clara definición o características mínimas que deben contener las instituciones jurídicas, tanto del adolescente como del niño, en el ámbito penal, lo que deja por demás en el vacío el motivo de estudio.

5. Conclusiones y reflexiones

En relación con la situación jurídica del adolescente, lo único que sí se puede establecer en el ámbito del Derecho penal, porque es aceptado por la comunidad internacional, es el concepto de minoría de edad, la cual, por regla general, son aquellas personas que tengan menos de 18 años, excepto para aquellos países suscribientes que contemplen otra edad como mayoría. De igual manera, podemos afirmar que no existe una diferencia entre los conceptos de joven, adolescente, niña o niño, y únicamente se determina que todos son menores de edad, por ende, todos los que cumplan con esta característica específica (únicamente edad).

---

50 Tesis: III.3o.P.2 P (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 16, Marzo de 2015, t. III, p. 2450.

Por ello, y ante la incertidumbre de poder determinar lo relativo a los menores de edad, queda de manifiesto que se enfrentan en todo momento a una barrera de desigualdad y discriminación para el acceso a la justicia, al no haber una unificación por parte de los órganos jurisdiccionales e instituciones, tanto a nivel internacional como nacional, para ejercer ese derecho fundamental; que en su calidad de grupo vulnerable, por tratarse de menores de edad (niño, o adolescente), para recurrir a los órganos jurisdiccionales, para obtener de ellos la tutela de sus derechos y no quedar desprotegidos se debe considerar no solamente el acceso a la justicia, sino también un acceso a las condiciones, sociales, culturales, políticas, económicas y jurídicas, a través de un tratamiento especial, diferenciado y proteccionista al de los adultos, por medio de Sistema Integral de Justicia adecuado que proteja sus derechos humanos.

Ahora bien, de acuerdo con el estudio realizado en el presente trabajo, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 18, párrafo cuarto, se puede afirmar que se encuentra parcialmente definido al adolescente, y que solamente se establece una diferencia respecto a la edad entre los adolescentes y (mayores de doce y menores de dieciocho) los niños (menores de doce años).

Para ese efecto, la legislación secundaria, de igual manera, reconoce estos rangos de edad, pero a pesar de ese pequeño avance, tenemos la disyuntiva de diferenciar otro tipo de elementos que la componen y que están presentes a nivel constitucional, como el concepto de "personas en desarrollo". El constituyente decidió dejar abierto ese concepto; ante esas consideraciones, podemos asegurar que quedaron pendientes características mínimas, que deben ser tomadas en consideración por cualquier operador jurídico dentro de este Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes; puesto que no se tomaron en cuenta tipologías biológicas, psicológicas, biopsicosociales o incluso algún tipo de trastorno.

La aplicación del Derecho no puede plantearse de manera genérica, y eso lo sabemos todos en la praxis; es necesario realizar un estudio individualizado, por ende, más personalizado de acuerdo con su naturaleza. Lo que se debe analizar es el derecho humano específico de este grupo vulnerable. Por esa razón, el modelo de justicia integral requiere dos objetivos: la reinserción social, entendida como que la sociedad admita aquellos menores que hayan comprometido su conducta con algún ilícito, y una rehabilitación social, esto es la aportación de estos individuos para la sociedad.

La Justicia Penal para Adolescentes ha transitado desde la llamada justicia tutelar, que era de corte administrativo, en donde los menores eran considerados infractores e inimputables; es decir, no eran sujetos del Derecho penal y el Estado adoptaba un rol paternalista, al tratar de convertirse en el sustituto familiar, por haberle fallado al adolescente al intentar conducirlo en su desarrollo y a la sana

convivencia. Por otro lado, desde la perspectiva garantista, la cual ubica a los adolescentes como titulares de derechos y obligaciones, quienes ahora deben asumir, vislumbrar y responder a la ilicitud de sus conductas; y se ha alineado el sistema Integral de Justicia para adolescentes al Sistema de Justicia Penal Oral y Acusatorio, de acuerdo a la Reforma Constitucional de 2008, en concordancia con la Reforma en materia de Derechos Humanos en México, de 2011, que se cristaliza con la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, que dota de derechos a los adolescentes y pondera la figura del "Interés Superior de Adolescente".

6. Bibliohemerografía

Bibliografía

Cobo Téllez, Sofía M., *Justicia penal para adolescentes*, México, Inacipe, 2017.

De Gonzáles Mariscal, Olga I., *et al, Derechos de la niñez*, México, UNAM, 1990.

García Ramírez, Sergio, *et al*, *Derechos de la niñez*, México, UNAM, 1990.

Ramírez Salazar, Juan Carlos, *Introducción a la justicia penal para adolescentes*, México, Flores, 2016.

Solís Quiroga, Héctor, *Justicia de Menores*, México, Porrúa, 1986.

Documentos publicados en internet

Blanco Escandón, Celia, "Estudio Histórico y comparado de la legislación de menores infractores", IIJ-UNAM, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1968/7.pdf*

Cruz y Cruz, Elba, Los menores de edad infractores de la ley penal (Tesis doctoral), Universidad Complutense de Madrid, *https://eprints.ucm.es/11218/1/T32137.pdf*

Garza Guerra, María Taide, *Consideraciones en materia de Justicia Penal Juvenil*, México, Tirant, *http://riuat.uat.edu.mx/bitstream/123456789/1569/1/1569.pdf*

Guerrero, Ana Luisa, "Adolescentes en conflicto con la ley, ciencia mx noticias", *http://www.ciencia-mx.com/index.php/reportajes-especiales/18701-adolescentes-conflicto-ley*

Juárez, Gonzáles, Ciro, "La nueva ley de menores infractores y delitos graves" (Tesis de Doctorado), Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, Hidalgo, 2005, *https://www.uaeh.edu.mx/docencia/Tesis/icshu/doctorado/documentos/La%20nueva%20ley.pdf*

Tiffer, Carlos, "Justicia juvenil. Instrumentos internacionales de naciones unidas y la experiencia en Costa Rica", México, UNICEF, 2000, *http://www.ucipfg.com/Repositorio/MCSH/MCSH-04/BLOQUE-ACADEMICO/Unidad-3/3.pdf*

Legislación

Código Federal de Procedimientos Penales, 1934.

Código Penal del Distrito Federal y Territorios, 1929.

Código Penal, 1871.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

Decreto por el que se reforman el 18 y el artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 12/12/2005.

Decreto que reforma y adiciona el artículo 18 Constitucional, 23/02/1965.

Ley de Tribunales Infantiles, XXVII Legislatura del Congreso del Estado de San Luis Potosí, 9/11/1922.

Ley Federal de Justicia para Adolescentes, 2012.

Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes, 2014.

Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, 2016.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, 2015.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, 1988.

Ley para el tratamiento de menores infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal, 1999.

Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, 2000.

Ley que crea los consejos tutelares para menores infractores del distrito y territorios federales, 1974.

Ley sobre la previsión social de la delincuencia infantil en el Distrito Federal y Territorios, 1928.

Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes, Suprema Corte Justicia de la Nación, 2012.

Tratados, convenios, declaraciones y reglas internacionales

Convención sobre los derechos del niño, 1989.

Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño, 1924.

Declaración de los derechos del niño, 1959.

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), 14/12/1990.

Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños, víctimas y testigos de Delitos, 22/07/2005.

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad1990.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), 1985.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), 1990.

Jurisprudencia

Tesis III.30. P.2P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, marzo de 2015, p. 2450.

Tesis XI.2º. J/32, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, julio de 2007, p. 2292.

Otros

Comité Internacional de la Cruz Roja, *https://www.icrc.org/es*

Naciones Unidas, Órganos principales, *https://www.un.org/ecosoc/es/home*

Save the Children, *https://www.savethechildren.es/*

Capítulo II

LA REPARACIÓN DEL DAÑO MEDIANTE JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES

Luis Alberto Piña Flores*

SUMARIO

1. Introducción. 2. Acceso a la justicia. 3. Justicia restaurativa. 4. La víctima y el acceso a la justicia para obtener una reparación del daño. 5. Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes. 6. Concepto de adolescente y la justicia penal en México. 7. Principios rectores del Sistema de Justicia Penal para Adolescentes. 8. Marco jurídico internacional y nacional. 8.1. Ámbito internacional. 8.2. Ámbito Nacional. 9. Modelos de justicia restaurativa. 9.1. La mediación entre la víctima y el delincuente. 9.2. La comunidad y las conferencias de grupos familiares. 9.3. Sentencias en círculos. 10. Caso práctico. 11. Conclusiones. 12. Bibliohemerografía.

1. Introducción

El presente trabajo gira en torno al derecho de acceso a la justicia para la víctima, específicamente en el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes. En ese contexto, se realizará un análisis de lo que es el acceso a la justicia, sus aristas y características esenciales, así como su aplicación en pro de la víctima; en el que se tratará de vislumbrar los límites y alcances en el pasaje de la víctima, dentro del proceso penal especializado en adolescentes, hasta la imposición de una medida de sanción al responsable y el pago de reparación del daño a la víctima.

Asimismo, se abordará la justicia restaurativa, y se expondrán sus características principales, su objetivo de creación y cuál es el papel que juega en el acceso a la justicia de la víctima. Posteriormente, se analizará el enfoque de la víctima como sujeto procesal, con una mayor participación en el procedimiento y en las soluciones de los conflictos surgidos por la comisión de un delito.

* Licenciado en Derecho por la Universidad Mexicana de Educación a Distancia. Maestro en Derecho Procesal Penal "Procedimiento Penal Acusatorio Juicios Orales", por el Instituto de Estudios Superiores en Derecho Penal. Pasante en la Licenciatura en Historia, en la Facultad de Humanidades, Universidad Autónoma del Estado de México. Actualmente Notificador de Primera Instancia, adscrito al Tribunal de Alzada Especializado en el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes del Estado de México.

Con la finalidad de entender el proceso de la justicia restaurativa en la solución de conflictos, propiamente en el Sistema Integral Especializado para Adolescentes, así como el acceso a la justicia por parte de la víctima, se describirá de manera general cómo se estableció este sistema especializado con la aparición de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, que contempla este tipo de soluciones que se pueden realizar desde que inicia un proceso en contra de un adolescente por la existencia de un hecho antijurídico, hasta la imposición de una medida de sanción, tanto en internamiento como en externamiento.

Para el caso en estudio, se retoma la justicia restaurativa en la etapa de ejecución de medidas, que está contemplada en el Libro Cuarto sobre ejecución de medidas, del Título I, dedicado a las disposiciones generales, en el Capítulo II, de la justicia restaurativa en la ejecución de las medidas de sanción, para delimitar cuál ha sido el concepto de adolescente y su relación con la justicia penal en México. Asimismo, se abordan los principios rectores del Sistema de Justicia Penal para Adolescentes, el marco jurídico internacional y nacional, el modelo de justicia restaurativa en la etapa de ejecución de las medidas de sanción en el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, y el papel y los límites que tienen para lograr un verdadero acceso a la justicia por parte de la víctima, en cuanto a una real reparación del daño, lo que se ilustrará con un caso práctico.

2. Acceso a la justicia

Al no responder de manera adecuada a las nuevas exigencias de los individuos, es necesario que los sistemas se transformen. La aplicación del Derecho está encaminada a solucionar las necesidades de la sociedad; por lo que, debe evolucionar debido a los cambios que han surgido con el devenir del tiempo.

En el ámbito del Derecho, estos cambios van a impactar en su aplicación al impartir justicia; esta transformación también incide cuando un adolescente se encuentra en conflicto con la ley penal.

Ahora bien, el reconocimiento real y efectivo del derecho al acceso a la justicia se hace prioritario día a día, debido a la posibilidad de que cualquier persona, independientemente de su condición y sin discriminación alguna, tenga la facilidad de acudir a los sistemas de justicia, así como a los mecanismos e instancias para la determinación de derechos y resolución de conflictos, que se tornan esenciales en la protección de los derechos humanos de toda persona en general, y en particular de la víctima.

Se puede decir que se tiene acceso a la justicia por parte de la víctima, al momento de acudir a los tribunales e intervenir en las diligencias, ofrecer prueba a su

favor, alegar e impugnar; con lo que se le permitiría tener una impartición de justicia más igualitaria. Empero, no solamente esto es tener acceso a la justicia; toda vez que la finalidad es que se resarza el tejido social y se le repare el daño físico, psicológico y patrimonial a la víctima, de manera directa o indirecta, de un delito.

Desde el punto de vista jurídico, el acceso a la justicia se observa en el ámbito del Derecho constitucional, del Derecho procesal y del Derecho administrativo. El primero, va encaminado a clarificar el alcance del acceso a la justicia, vista como una garantía individual, que debe ir en relación con obligaciones del Estado; esto es, que se establezcan y entren en funcionamiento los tribunales establecidos para ello, e implementar los requisitos que deben cumplir las resoluciones judiciales, con la finalidad de considerar que, con ello, se tendrá por satisfecho el interés ciudadano, circunstancia que no siempre se realiza, como se especificará más adelante en el presente trabajo.

En cuanto al acceso a la justicia en el rubro del Derecho procesal, se ve relacionado con las cuestiones operativas del proceso jurisdiccional, que van desde las reglas de composición y competencia de los órganos judiciales y el procedimiento, hasta el ejercicio profesional de los abogados litigantes.

En el rubro del Derecho administrativo, se observa la organización y funcionamiento de la justicia como servicio público; esto es, determinar el régimen de disciplina y responsabilidades que les son aplicables a los servidores públicos judiciales.

Se observa que en el acceso a la justicia existe un doble significado. El primero, va encaminado en un sentido amplio a la garantía de igualdad de oportunidades para acceder a las instituciones y a los órganos o los Poderes del Estado, a una igualdad en el acceso sin discriminación por razones económicas; en este sentido, se relacionan los derechos humanos con los derechos económicos, sociales y culturales. El segundo, es aquel conjunto de medidas que se adoptan para que las personas resuelvan sus conflictos y protejan sus derechos ante los tribunales de justicia.

Una vez puntualizado lo anterior, es importante resaltar que para que se tenga un verdadero acceso a la justicia, es necesario un análisis para entender el contexto social, con el fin de vislumbrar los verdaderos conflictos y consecuencias que se originan, especialmente, cuando en la comisión de un delito se le ha causado un daño a una persona, sea de manera directa o indirectamente (víctima u ofendido); por lo que, se requiere implementar significativamente la investigación, en particular la de carácter empírico y multidisciplinario, para obtener la información indispensable para que realmente se administre un verdadero acceso a la justicia a las partes intervinientes de un proceso. De lo anterior, se entiende que el acceso a la justicia abarca mucho más que el tener acceso a los tribunales.

3. Justicia restaurativa

Estudios han revelado que el recurso a los tribunales no es la única manera en que se resuelven los conflictos sociales, sino que se acude a otro tipo de instituciones para resolverlos. Esto, debido a diversos factores que se generan ante la insuficiencia de tribunales para atender la cantidad de casos, el abandono o la dilación como estrategia por parte de los abogados y una inadecuada representación, lo que ocasiona que no se imparta justicia de manera adecuada y eficaz. Como señala Buenrostro *et. al:*

> …se genera que las resoluciones emitidas suelan dilatarse, y su prolongación ocasiona desconfianza, además de la percepción de denegación de justicia, ya que se pierde una de las características esenciales asignadas al sistema, como es la prontitud; claro está, con frecuencia, debido a factores ajenos a los responsables de impartir justicia.[1]

Por ello, solamente un porcentaje de los conflictos existentes en la vida social se tratan de dirimir por la vía jurisdiccional, de los cuales, solo una parte culmina en una sentencia formal.[2]

De ahí que, se comenzó a promover una *justicia restaurativa*; para lo que cual, se destacó las ventajas frente a una solución jurisdiccional. Este tipo de soluciones son creadas con la finalidad de que su incorporación pudiese permitir que los involucrados comprendan el daño provocado, con el objetivo de que asuman la responsabilidad de sus actos, así como las consecuencias que se provocaron, y con su participación activa las partes lleguen a una solución de los conflictos, en el cual se genere un ambiente de igualdad.

De lo anterior se advierte que, un proceso en el que se dé una justicia restaurativa es:

> cualquier proceso en el que la víctima y el ofensor, y cuando sea adecuado, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un delito, participan en conjun-

---

1 Buenrostro Báez, Rosalía; Pesqueira Leal, Jorge y Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Justicia Alternativa y el Sistema Acusatorio,* Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, SEGOB, Gobierno Federal, *http://148.202.89.14/laboratoriojuiciosorales/sites/default/files/bibliografia/DGEPN-16JusticiaAlternativaySistemaAcusatorio.pdf*

2 *Vid.* México Evalúa, *Hallazgos 2018,* Seguimiento y Evaluación del Sistema de Justicia Penal en México, Centro de Análisis de Políticas Públicas, México, 2019, *https://www.mexicoevalua.org/2019/08/07/hallazgos-2018-seguimiento-evaluacion-del-sistema-justicia-penal-en-mexico-*; INEGI, Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2017, Resultados Generales, actualización 22 de marzo 2019, *https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2017/*; Báez, Verónica, *La otra Justicia. Reporte sobre la Operación de Justicia Alternativa en México,* CIDAC (Centro de Investigación para el Desarrollo), México, TFI (Tinker Foundation Incorporated), 2016, *https://cidac.org/wp-content/uploads/2016/03/tinker.pdf*

> to de manera activa para la solución de los asuntos derivados del delito, generalmente con la ayuda de un facilitador.[3]

Los conceptos de justicia y prácticas restaurativas han sido introducidos en varios países; se espera que la incorporación de los procesos restaurativos pudiese permitir que los involucrados comprendan el daño provocado, con el fin de asumir la responsabilidad de sus actos y sus consecuencias.[4]

En el sistema acusatorio penal se consideran elementos de carácter sociológico que contribuyen a la reparación del daño antes que la prisión del probable responsable;[5] con lo que se da privilegio a la mediación penal y a la justicia restaurativa, para "la solución de conflictos, lo que permite que la confrontación de intereses pueda tener una salida distinta a la jurisdiccional clásica, es decir, que un juzgador determine la inclinación de la balanza en el proceso jurisdiccional."[6]

En ese contexto, la justicia restaurativa procura asegurar la reparación del daño y, como objetivo, lograr que la víctima de un delito acceda de manera inmediata a la reparación del daño y que el inculpado se responsabilice de sus acciones; con lo que se lograría resarcir el tejido social.

Ahora bien, la justicia restaurativa tiene un enfoque resocializador, que procura que el responsable enfrente las consecuencias de su conducta y los efectos negativos causados a la víctima y a la sociedad, tiene como objetivo primordial la reparación del daño causado por el delincuente y valorar su interés por resarcir el daño causado a la víctima.[7]

Asimismo, la justicia restaurativa procura restablecer la justicia, desde el seno de las familias, las escuelas, en las sociedades y en general en el Estado, porque por medio de ella se asegura la resolución de manera pacífica de los conflictos, con lo que se logra obtener una sociedad pacífica; por lo que, este tipo de justicia pretende la rehabilitación e integración en la comunidad de los niños infractores;

---

3 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, New York, 2006, *https://www.unodc.org/documents/justice-and-prisonreform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf*

4 Reyes-Quilodrán, Claudia; Labrenz, Catherine; y Donoso-Morales, Gabriela, "Justicia Restaurativa en Sistemas de Justicia Penal Juvenil Comparado: Suecia, Inglaterra, Italia y Chile", *Política Criminal*, vol. 13, núm. 25, 2018, pp. 627–628, *http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_25/Vol13N25D2.pdf*

5 Reyes Negrete, Jorge y Rodríguez Ríos, Alberto, "Justicia restaurativa en el contexto de la mediación penal y su impacto cultural", *Letras Jurídicas*, CEDEGS-Universidad de Veracruzana, núm. 39, 2019, p. 19, *http://www.letrasjuridicas.com.mx/wp-content/uploads/2019/02/R39-Art01.pdf*

6 *Ibidem,* p. 20.

7 *Ibidem,* 22.

lo que necesariamente implica que el infractor entienda el daño causado a la víctima y a su entorno, reconozca su responsabilidad y asuma las consecuencias de su conducta.[8] Para ello, puede tomar diferentes formas, incluidas la mediación, la conciliación, las conferencias grupales, entre otras.

En este modelo se trata de responder a las necesidades actuales, en la que es importante la participación de todos los actores; en él, se establece un sistema garantista, en el que se respetan los derechos humanos establecidos en la reforma constitucional en derechos humanos del 10 de junio del 2011.

Con esta nueva forma de solución de conflictos, se hace patente que:

> La víctima necesita saber que se le reconoce su derecho a exigir la reparación del daño de una manera ágil y completa, en donde el Estado sea garante de la debida realización de está, ordenando al ofensor restituir o reparar a la víctima el daño causado, y no sólo investigando e imponiéndole penas corporales, de esta manera se alcanzará una verdadera justicia restaurativa.[9]

En ese tenor, se aprecia que una justicia restaurativa es una solución complementaria de la administración de justicia, que tiene un papel preponderante para restaurar el tejido social; misma que debe cumplir con requisitos establecidos para la reparación del daño a la víctima como derecho humano,[10] en la que, con la actuación de las instituciones y los servidores que son establecidos para ello, se busca lograr infundir la confianza a las personas de acudir a estos medios, en lugar de litigar un asunto.

La justicia restaurativa como práctica surge hace siglos en comunidades indígenas, como las esquimales y maoríes, pero ha tenido un nuevo auge en los últimos 30 años con su implementación en el mundo occidental, especialmente en la justicia de carácter juvenil, impulsada por los movimientos sociales de los años 70, que tuvieron importante influencia en el sistema penal, con sus cuestionamien-

---

8 ONU, *Promover la Justicia Restaurativa para Niñas, Niños y Adolescentes*, Oficina del representante especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños en 2013, 2016, p. 3, *https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/documents/publications/restorative_justice_spanish.pdf*

9 Espinoza, Carlos Alejandro, "Justicia restaurativa y alcances de las reformas constitucionales mexicanas en materia penal del 2008 y de Derechos Humanos de 2011", *Revista de Justicia Restaurativa*, España, núm. 2, 2012, p. 45, *https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/297353*

10 Entre los parámetros que deben observarse para que se cumpla el derecho de reparación del daño a favor de la víctima, se encuentra el que "la reparación debe ser oportuna, plena, integral y efectiva, en relación con el daño ocasionado como consecuencia del delito, lo cual comprende el establecimiento de medidas de restitución, rehabilitación, compensación y satisfacción". *Vid.,* Reyes Negrete, y Rodríguez Ríos, *op. cit.,* p. 23.

tos al tradicional abordaje punitivo de los delitos y al tratamiento otorgado a los infractores.[11]

De lo anterior, se observa que se ha logrado de manera paulatina, y en razón a que:

> Es importante hacer hincapié en los medios de solución de controversias, dado que estos permiten tener una justicia más pronta, más económica y más expedita, esto es dejar atrás la idea de castigar a través de lo establecido en normas y buscar solución a través de valoraciones sociológicas, dejando atrás ideas reduccionistas en la impartición de justicia.
>
> La condición de la reparación del daño va más allá de una mera reparación material o moral, es decir que se consiga una verdadera resiliencia respecto al daño ocasionado. Lo cual tiene implícito dejar atrás la idea inquisitiva y de castigo para llevar a cabo justicia restaurativa.[12]

En la actualidad, este enfoque de justicia está inspirado en una serie de medidas y programas con valores de justicia restaurativa, que son flexibles para su adaptación a los sistemas del Derecho penal, que sirven como complemento al mismo. En ella se toma en cuenta, no solamente lo jurídico de un sistema, sino que, además, lo social y lo cultural. El sistema restaurativo que puede ser utilizado, tanto por los funcionarios que imparten justicia, como por los organismos no gubernamentales y los grupos comunitarios, con la finalidad de dar respuesta a los problemas actuales causados por hechos antijurídicos.

Su utilización conlleva el abandono de la perspectiva de los derechos a favor de una idea de armonía y comunidad, que en ocasiones es más bien ficticia, en la que no se protegen de manera real los derechos de los intervinientes de un proceso, en particular de la víctima, como más adelante se hará constar; toda vez que, para resolver los conflictos que se generan cuando se comete un delito y se causa un daño, se pondera más hacía lo económico, o a la solución más conveniente, que en la mayoría de los casos son benéficos para los activos del delito, sin tomar en cuenta una verdadera reparación del daño a la víctima u ofendido.

Ahora bien, en específico, en la justicia para adolescentes, la que se abordará de manera más amplia en el desarrollo del presente trabajo, se ha incluido la justicia restaurativa, como una respuesta a las conductas que se señalan como delitos, en la que se respete la dignidad de cada persona, constituya comprensión y promueva armonía social a través de la restauración de la víctima u ofendido, la persona adolescente y la comunidad.

---

11 Reyes Quilodran, *op. cit.,* p. 627.

12 Reyes Negrete y Rodríguez Ríos, *op. cit.,* p. 29.

La justicia restaurativa, en justicia para adolescentes se desarrolla de manera individual y activa; esto es, la víctima u ofendido, la persona adolescente y la comunidad en sus respectivos entornos y, en la medida de lo posible, entre ellos, cuya finalidad es la de reparar el daño, comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias.

Los estudios de Naciones Unidas han determinado que los programas de justicia restaurativa deben partir de la creencia de que las partes de un conflicto deben involucrarse activamente para resolver y mitigar las consecuencias negativas.[13]

En la etapa de ejecución que comprende la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, se tiene como uno de los objetivos la realización de procesos restaurativos, en los que la víctima u ofendido, la persona adolescente y, en su caso, la comunidad afectada, en libre ejercicio de su autonomía, participan, de forma individual o conjuntamente y de forma activa, en la resolución de cuestiones derivadas de los hechos que la ley señala como delitos, con el objetivo de identificar las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas; para con ello, coadyuvar en la reintegración de la víctima u ofendido y de la persona adolescente, a quien se le haya dictado una medida de sanción, a la comunidad y la recomposición del tejido social, lo que se logra enfocándose en la compensación del daño a las víctimas, así como hacer responsables de los daños causados a los activos e involucrar a la comunidad para la solución del problema.

Naciones Unidas ha sistematizado los objetivos de los programas de justicia restaurativa, los cuales, si bien han sido expresados de diferentes maneras, en esencia contienen los siguientes elementos:

- Apoyar a las víctimas, darles una voz, motivarlas a expresar sus necesidades, permitirles participar en el proceso de resolución y ofrecerles ayuda.
- Reparar las relaciones dañadas por el crimen, en parte para llegar a un consenso sobre cómo responder mejor al mismo.
- Denunciar el comportamiento criminal como inaceptable y reafirmar los valores de la comunidad.
- Motivar la responsabilidad de todas las partes relacionadas, especialmente de los delincuentes.
- Identificar resultados restaurativos y directos.
- Reducir la reincidencia motivando el cambio en los delincuentes particulares y facilitando su reintegración a la comunidad.

---

13 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual sobre Programas…op. cit.*, p. 5.

– Identificar los factores que causan el delito e informar a las autoridades responsables para que implementen estrategias de reducción del delito.[14]

4. La víctima y el acceso a la justicia para obtener una reparación del daño

La víctima, a través de la historia, es la persona que ha sufrido un daño físico o psicológico, después de cometerse un delito en su contra. Para la ONU, se entiende a la víctima como aquella persona que ha sufrido un perjuicio, que puede ser una lesión física o mental, sufrimiento emocional, pérdida por daño material, o un menoscabo importante en sus derechos, como consecuencia de una acción u omisión que constituya un delito según el Derecho nacional o internacional.[15]

Otra visión de lo que es la víctima, la ofrece el Consejo de la Unión Europea, que la define como toda persona que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal;[16] igualmente, la regla número 10, contenida en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, define a la víctima como toda persona que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico.[17]

La víctima es el sujeto abstracto que ha sufrido un detrimento físico, psicológico y patrimonial, por la comisión de un delito en su perjuicio, lo que pone de manifiesto que el impacto del delito no es uniforme ni susceptible de generalizar, sino que existe una gran cantidad de factores a contemplar a la hora de precisar el daño; esto es, la resocialización, la asistencia, reparación y el tratamiento de las víctimas. Por eso, es importante que para que exista un verdadero acceso a la justicia por parte de este actor del proceso, además de tener todas las posibilidades de participar activamente en el procedimiento, debe tener un verdadero resarcimiento del daño que le fue originado.

En los procesos, y en el particular en los penales, la víctima u ofendido, en muchas de las ocasiones lo que "le interesa más ser resarcido en su menoscabo per-

---

14 *Ibidem*, pp. 9-11.

15 Del Río Ayala, Alejandra C., "El rol de la Víctima en el Acceso a la Justicia", *Papeles del Centro de Investigaciones*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Año 5, núm. 16, 2015, p. 143, *https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/papeles/article/view/4837/7367*

16 *Idem.*

17 *Idem.*

sonal, y evitar 'tortuosos' procedimientos que propicia la intervención de algunos de ellos actores del proceso penal que lo alargan y entorpecen."[18]

En ese contexto, corresponde al Estado proveer, a los ciudadanos bajo su tutela, una debida protección judicial, en el momento en que sus derechos hayan sido violados, y esta protección corresponderá a cualquier persona; lo que se traduce en que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo (adecuado y eficaz), sencillo y rápido ante los jueces o tribunales competentes, que debe sustanciarse de acuerdo a las normas del debido proceso, porque de lo contrario el Estado habrá incumplido con su objetivo.

Por lo anterior, el Estado ha generado un medio más para solucionar los conflictos que surgen entre los individuos de la comunidad, lo que se conoce como los métodos de solución de controversias, en los que el "énfasis se pone en la restauración de la relación entre la víctima y el ofensor, y también restauración de ambos dentro de la comunidad. Por lo que además de los intervinientes se tiene que pensar en los beneficios que se logran para la sociedad, como el restablecimiento de la armonía hasta el ahorro de recursos en sentido amplio."[19]

Sistema establecido en el que la víctima del delito sea participe y se balanceen las necesidades de las partes involucradas, en donde se escuche su sentir y necesidades en relación con el conflicto que se originó por la comisión de un delito, en la que se tome en cuenta la idea que tiene cada uno de ellos para resolver el problema, y así obtener una reparación para la víctima u ofendido y se alcance una resocialización para el ofensor.

En este sentido, no se trata solo de una reparación económica, sino de considerar la integralidad de las personas involucradas en un conflicto penal y tomar en cuenta los elementos subyacentes del conflicto, con la ayuda de un facilitador, en donde interactúen la víctima, el delincuente y las personas que han resultado afectadas, respetar la decisión de las partes de llegar o no a un acuerdo y explicar los

---

18 Hernández Aguirre, Christian Norberto; Mendivil Torres, Jessica y Hernández Aguirre, Cynthia Vedelí, "Importancia de los métodos alternativos de solución de controversias en el sistema penal acusatorio mexicano", *Ciencia Jurídica,* Universidad de Guanajuato, vol. 4, núm. 7, enero-junio 2015, p. 77, *https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5144762.pdf.* Citando a Zaragoza Huerta, José "Los mecanismos de solución de conflictos penales: un recuento de su implementación en Panamá y México", en Prado Maillard, José Luis y Gorjón Gómez, Francisco Javier (coord.), *Modernización de la justicia desde la perspectiva panameña y mexicana*, Panamá, Carpal, 2013, pp.105-106.

19 Hernández Aguirre, Christian Norberto; Mendivil Torres, Jessica y Hernández Aguirre, Cynthia Vedelí, "Los métodos alternativos de solución de controversias y sus facilitadores en el sistema penal acusatorio mexicano: hacia una justicia restaurativa, reparación del daño integral y reinserción social", Ciencia Jurídica, Universidad de Guanajuato, vol. 7, núm. 14, julio-diciembre 2018, p. 16, *http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/237/328*

alcances de su aprobación, para obtener resultados más efectivos.[20] Por lo que se observa que el sistema "restaurativo permite construir relaciones interpersonales basadas en la confianza, los valores, la comprensión y la cooperación."[21]

En ese tenor, en los procesos de justicia restaurativa uno de los objetivos con mayor importancia va encaminado a la protección de los intereses de la víctima, para evitar una doble victimización; por ello, debe usarse solamente cuando la misma otorga su consentimiento de forma voluntaria y libre, así como la posibilidad de retirar ese consentimiento, cuando considere que no es lo que deseaba con ese proceso. En atención a lo anterior, ni la víctima ni el responsable, deberán ser forzados o inducidos con medios injustos a participar en estos procesos o aceptar sus resultados, porque de lo contrario se violentarían de manera flagrante sus derechos humanos.

5. Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes

Los cambios sociales y las transformaciones institucionales dieron origen al Sistema Integral de Justicia para Adolescentes en el ámbito penal. En razón a ello, en México se han firmado instrumentos internacionales en materia de adolescentes; entre ellos, la Convención sobre Derechos del Niño, base fundamental para el reconocimiento de niñas, niños y adolescentes como sujetos de Derecho, que "constituye un antes y después en la visión jurídica y el tratamiento de los derechos de la infancia."[22]

Ahora bien, la creación de este sistema tuvo su origen en la reforma al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la que se desprende que se tienen que observar los principios para fomentar la dignidad personal de los adolescentes, hacer efectiva su responsabilidad y propiciar su integración social, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades.

---

20 *Ibidem,* p. 24.

21 González Torres, Mónica, "Justicia Restaurativa: una mirada a las necesidades de la víctima la parte ofensora y la comunidad", *Ciencia Jurídica,* Universidad de Guanajuato, División de Derecho, Política y Gobierno. Departamento de Derecho, núm. 15, Año 8, p. 97, *http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/300/341*. Citando a Wachtel y McCold, ("From restorative justice to restorative practices: expanding the paradigm", Paper from "Building a Global Alliance for Restorative Practices and Family Empowerment, Part 2," the IIRP's Fifth International Conference on Conferencing, Circles and other Restorative Practices, August 5-7, 2004, Vancouver, British Columbia, Canada, *https://goo. gl/9WnjnP*, p. 6.

22 Cervantes Facundo, Nereida, "La justicia restaurativa y los mecanismos alternativos de solución de controversias en el Sistema de Justicia para Adolescentes: una alternativa de política pública y de reintegración social", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 46, Julio-diciembre, 2018, p. 145.

Derivado de ello, se observa que en la ley que estableció el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes a nivel nacional, se dio preponderancia al acceso a la justicia por parte de los actores de este sistema, y previó una protección especial de tipo garantista, con el objetivo de resguardar los derechos de los menores, desde el momento mismo en que se encuentren en conflicto con la ley penal.

De ahí, se aprecia que cuando un menor es detenido en flagrancia y puesto a disposición de la representación social, sea o no especializada en justicia para adolescentes, el Ministerio Público, al igual que el órgano jurisdiccional, deben observar que se permita al detenido participar en las diversas etapas que se encuentran establecidas en el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (etapa de investigación, etapa intermedia, de juicio y de ejecución de sentencias), con la obligación de que se respeten sus derechos, lo que también debe observarse en la protección de la víctima.

Empero, existen diversos factores que obstaculizan el acceso a la justicia y la protección jurídica de los derechos humanos; por lo que, son insuficientes los recursos legales adecuados que permitan garantizar la eficacia del sistema de procuración y administración de justicia, así como la implementación del nuevo sistema acusatorio de justicia penal, en el caso en particular en el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

Por otra parte, es necesario hacer mención que por derechos humanos se entiende los que posee la persona por el solo hecho de serlo, que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 17, segundo párrafo, contempla el derecho fundamental de acceso a la justicia, como un derecho público subjetivo que toda persona tiene para que se le imparta justicia por tribunales expeditos, dentro de los plazos y términos previstos por las leyes, bajo principios de prontitud, justicia completa e imparcial. En el mismo artículo 17, en el cuarto párrafo, reconoce como un derecho humano para acceder a la justicia los mecanismos alternativos de solución de controversias, que consisten en la negociación, mediación, conciliación y el arbitraje.[23]

---

[23] Cornelio Landero, Eglia, "Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano", *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 17, Universidad de Juárez Autónoma de Tabasco, 2014, p. 81, *https://www.redalyc.org/pdf/3221/322132552006.pdf*

6. Concepto de adolescente y la justicia penal en México

Es importante establecer que se entiende por adolescencia la etapa que cursan los menores entre la pubertad y la edad adulta, y se tiene como menor de edad a una persona que no ha cumplido todavía los dieciocho años.

Ahora bien, las Naciones Unidas considera que para la Administración de la Justicia de Menores, llamada también Reglas de Beijing, adoptadas por la Asamblea General en su resolución (40/33, de 28/11/1985), establece las definiciones de menor y menor delincuente, como: a) menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto; b) menor delincuente es todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito. También, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad adoptadas por la Asamblea General en su resolución (45/113 de 14 de diciembre de 1990) nos brinda una definición de menor: "Se entiende por menor toda persona de menos de 18 años. La edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley"[24].

Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño señala un concepto de niño en su artículo 1º, en el que se refiere que, para los efectos de dicha Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

En la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, también existe una definición en su artículo 3, apartado I: "Persona cuya edad está entre los doce años cumplidos y menos de dieciocho."[25]

En ese contexto, en un primer momento se considera a los menores de edad infractores pero inimputables ante la ley penal; por cuanto se considera que no tiene la capacidad de querer y entender lo negativo del delito. En su condición de inimputable, faltaría un elemento en la teoría del delito, que se forma por la acción, tipo, antijuridicidad y culpabilidad, es la imputabilidad el presupuesto de la culpabilidad.

A lo largo de la historia en la ciencia de la criminología, este criterio se ha modificado; en los enfoques actuales, se destruyen los conceptos de patología y enfocan la problemática desde un punto de vista dialéctico y no longitudinal, en el cual se toman en cuenta aspectos políticos y económicos de un país o de una

---

[24] Ramírez Mercado, Daniel, *Los Adolescentes y la Justicia Penal en México: Antecedentes y Situación Actual,* Nota metodológica, Año 2016, p. XXIV, *https://movimientociudadano.mx/sites/default/archivos/investigaciones/i2016/2-Los-Adolescentes-y-la-justicia-penal.pdf*

[25] Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, Poder Ejecutivo, Secretaria de Gobernación, Diario Oficial de la Federación, Jueves 16/06/2016, edición vespertina.

sociedad determinada. De ahí que, se ha considerado que, para poder dar una explicación de la conducta delictiva en adolescentes, se hace indispensable que se tome en cuenta, tanto al individuo como a su medio ambiente.

> Sin embargo, para el estudio de la justicia penal en los adolescentes, no sólo se puede admitir la existencia de una socialización defectuosa en el adolescente o una equivocada internacionalización de normas o una psicología especifica en el individuo que necesariamente lo lleven a la desviación. Ello nos llevaría a una conceptualización parcializada del fenómeno delictivo del mismo.
>
> Con este pensamiento se crean instituciones especiales para el encasillamiento, tratamiento o vigilancia de los jóvenes antisociales, en donde se trata a los adolescentes como si fueran naturalmente dependientes.[26]

7. Principios rectores del Sistema de Justicia Penal para Adolescentes

En cuanto a los principios rectores del sistema especializado para adolescentes, los encontramos en la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, en el que se establece el principal en su artículo 12, relativo al interés superior de la niñez, que establece:

> Para efectos de esta Ley el interés superior de la niñez debe entenderse como derecho, principio y norma de procedimiento dirigido a asegurar el disfrute pleno y efectivo de todos sus derechos, en concordancia con la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Asimismo, hace mención de otros principios, entre los que encuentran su reconocimiento como titulares de derechos, la opinión de la persona adolescente; las condiciones sociales, familiares e individuales de la persona adolescente; los derechos y garantías de la persona adolescente y su responsabilidad; el interés público, los derechos de las personas y de la persona adolescente; los efectos o consecuencias que la decisión que se adopte pueda tener en el futuro de la persona adolescente; y la colaboración de las partes intervinientes para garantizar su desarrollo integral e integridad personal. Principios que, en todo proceso que se lleve a un adolescente, se deben ponderar y observar.

8. Marco jurídico internacional y nacional

En cuanto a la normatividad que se ha generado para el Sistema Especializado para Adolescentes, la misma se observa en el ámbito nacional como internacional.

---

[26] Ramírez Mercado, *op. cit.*, p. XXVIII.

8.1. Ámbito internacional

En cuanto a la legislación internacional que contempla el Sistema Especializado para Adolescentes, al ser un tema que se ha abordado de manera amplia, solamente se mencionará algunos y de sus características esenciales. En ese contexto, se tiene a la Declaración Universal de los Derechos del Niño, de la que se destaca el reconocimiento que se hizo a los menores como sujetos de derechos especiales, derechos que el Estado debe tutelar como intereses superiores; y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing); en ella se establecieron los estándares mínimos en materia de administración de justicia para menores de edad, en la que, además, se comprende una sanción diferenciada a la del adulto, con respeto y en observancia al ordenamiento jurídico interno de cada Estado.

De igual manera, se cuenta con las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Niños Privados de Libertad (Conjunto de Reglas), en la que se observa que la privación de la libertad de un menor deberá decidirse como último recurso, por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales; y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), en la que se establece que se debe hacer una prevención de la delincuencia juvenil, desde una visión humanista.

Como se puede observar, es una amplitud importante de normatividad a nivel internacional, que da fundamento para establecer a nivel local un sistema especializado hacia los menores en general y en particular a los que se encuentran en conflicto con las leyes penales, por la comisión de algún hecho ilícito.

8.2. Ámbito Nacional

En México, los cambios normativos en materia de justicia para adolescentes, tanto a nivel estatal como federal, se han generado en forma importante, por influencia de los tratados internacionales y por las experiencias locales; derivado de ello, existen avances en la creación de normatividad dirigida a regular un sistema de menores.

En el devenir histórico de nuestra nación se observa que una de las primeras acciones que se realizaron en favor del sistema especializado, lo fue la creación de tribunales para menores a nivel local, entre los años 1920 y 1940; sin embargo, fue hasta 1990 cuando el Estado mexicano ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a adoptar una doctrina de protección integral para atender a los menores infractores.

Es hasta diciembre de 2005, con la reforma al artículo 18 constitucional, que se estableció un sistema de justicia para adolescentes basado en la doctrina de la

protección integral, en la que se tenía que observar el debido proceso, así como el reconocimiento de los derechos fundamentales que los menores tenían, tanto en la Constitución, como en los tratados internacionales; de igual forma, se homologaron las edades mínima y máxima, las que se establecieron entre los 14 y 18 años respectivamente.

Ahora bien, en nuestro país con este nuevo sistema y en aras de evolucionar con los cambios sociales, en especial en la aplicación especializada en justicia para adolescentes, se ha incluido la justicia restaurativa, como parte de su política criminal; pues, se ha demostrado que la detención, el juzgamiento, e incluso la condena del imputado, no traen necesariamente la paz social. Esto, en razón a que con frecuencia la víctima tiene la idea o el sentimiento de que no se le ha hecho justicia, al no tener por resarcido el daño que se le causó en la comisión del delito, finalidad que se persigue con la implementación de la justicia restaurativa; toda vez que:

> no se limita simplemente a procesos de encuentro entre las partes, sino que promueve el trabajo en armonía con otros fines del derecho como la justicia. Implica pues identificar y abordar daños, necesidades y obligaciones con el fin de restaurar el daño causado.[27]

Se observa que la ideología de las sociedades actuales está encaminada a lo económico y a una aparente restructuración de la sociedad; porque, muchas de las veces, se llega a este tipo de soluciones con el objetivo de no sufrir o ser victimizadas de nueva cuenta, y no se considera lo que es más benéfico a la víctima (en el caso práctico de una víctima menor de edad) y solamente se observa lo que se supone es lo mejor para él en lo económico, cultural y socialmente establecido.

Es claro que la justicia restaurativa no siempre va a tener un efecto revictimizador, en repercusión de la víctima. Es por eso por lo que, la justicia restaurativa merece una seria consideración para ciertas áreas de la política criminal, como en todos los delitos, y no solo los clasificados como menores.

En ese contexto y con la implementación de la justicia restaurativa en el sistema penal y de manera especial en el Sistema de Justicia Penal para Adolescentes, se trata de garantizar de manera amplia los derechos de los menores; pero, se le ha dejado poca importancia a los derechos de las víctimas en la aplicación, toda vez que, en muchas ocasiones, no se les toma en cuenta o solamente se trata de solucionar el conflicto, sin realmente resarcir el daño que se le cause como víctima. Máxime, que también deben ponderarse, observase, protegerse y aplicarse sus derechos, por parte de las autoridades, para que se origine un equilibrio entre las dos partes.

---

27 Cervantes Facundo, *op. cit.*, p. 156.

Derivado de lo anterior, es necesario que se tome en cuenta una igualdad de las partes en el proceso penal de justicia para adolescentes, y de manera especial, en cuanto a la aplicación de la justicia restaurativa. En esa temática, existen diversos estándares de igualdad, como expresa Robert Alexy, que se debe distinguir entre un derecho general y derechos especiales de igualdad.

El derecho de igualdad general se entiende como aquel en el que "todas las personas son iguales ante la ley" (alude a la Constitución de Weimar, en el artículo 3 párrafo 1).[28] De esta noción, se puede observar que para la aplicación de la igualdad solamente se toma en cuenta a la ley, sin atender a las personas; postulado que no se comparte, toda vez que la aplicación de la justicia restaurativa implica la observancia de los derechos de la víctima u ofendidos, y no solamente la aplicación de la norma.

Al respecto, Alexy hace mención que se "debe tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual, interpretada no como exigencia dirigida a la forma lógica de las normas, sino como exigencia a su contenido, no en el sentido de un mandato formal sino material".[29] Esto es, si tenemos la existencia de un fenómeno, debe tener una consecuencia (formal); pero, en el sentido material, se atiende al caso práctico, toda vez que cada ser humano o fenómeno social es particular, con igualdades pero también con diferencias. Por ello, en la aplicación de la justicia restaurativa, es indispensable tomar en cuenta las características de cada caso, para poder ponderar y respetar los derechos humanos de cada parte y, en mayor medida, los de las víctimas y ofendidos.

Robert Alexy hace referencia a que existen algunas características que son propias y comunes en algunos casos y que implica darles tratamiento diferenciado o igualitario; es decir, "la igualdad fáctica parcial es concebible con un tratamiento desigual y la desigualdad fáctica parcial como un tratamiento igual".[30]

Se debe agregar que, en cada caso se tiene que respetar los derechos inmersos a cada una de las partes, en igualdad de condiciones; esto es que, si en la aplicación de la justicia restaurativa o los medios alternos de solución de conflictos, se observan los derechos del imputado como persona en desarrollo, de igual manera se tiene que tener presente los de la víctima, con la finalidad de lograr la reparación del daño y de fondo la solución al problema que se le ha causado con la ejecución de un delito, porque en la mayoría de los casos solamente se observa la problemática desde uno de los puntos de vista, la salvaguarda de los derechos de los menores en conflicto con la ley penal, y no se consideran los de la víctima.

---

28 Robert, Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 381.

29 *Ibidem,* p. 386.

30 *Ibidem*, p. 387.

Derivado de ello, en la actualidad, en el ámbito del Derecho y particularmente en la aplicación de la justicia restaurativa y mecanismos de solución de controversias, para dar solución a los problemas que se han generado en el ámbito de los adolescentes en conflicto con la ley penal, para realizar la reparación del daño a la víctima, se observa que no son suficientes las acciones que se han realizado; toda vez que, aún no se ha cumplido con el objetivo de estos medios de solución, que se traduce en el resarcimiento del daño ocasionado a la víctima del delito.

En ese contexto, se debe observar que los cambios vertiginosos del desarrollo de la sociedad y de las instituciones, exigen al gobierno la prioridad de atender los legítimos reclamos de la ciudadanía en general, y en especial de los grupos vulnerables, a través de la generación de instrumentos jurídicos y mecanismos adecuados a las características predominantes a cada problemática; como lo es la que nos ocupa, el acceso a la justicia de las víctimas en el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

Como se ha dicho, es importante el impulso y protección de los derechos humanos para solucionar los conflictos y resarcir el tejido social; sin embargo, cuando se trata de observar estos en el caso de la víctima de un delito, en particular realizado por un menor de edad, con la aplicación de la justicia restaurativa, no se considera este rubro, principalmente en el tema de reparación del daño, en atención a que la ideología de las sociedades actuales está encaminada a lo económico, y a una aparente restructuración de la sociedad.

Afirmación que se realiza porque, muchas de las veces, se llega a este tipo de soluciones por parte de la víctima, con el objetivo de no sufrir o ser victimizadas de nueva cuenta, lo que se ve reflejado de manera más amplia, incluso, cuando se trata de menores víctimas; en este contexto, no se toma en consideración a lo que es más benéfico al menor y solamente se observa lo que se supone es lo mejor para él en lo económico, cultural y socialmente establecido.

Por lo cual, no siempre se atiende de manera equilibrada los derechos de cada una de las partes al abordar diversas maneras de solucionar problemas en el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, propiamente los derivados de la justicia restaurativa; puesto que, como se dijo, solamente se atienden cuestiones meramente económicas y sociales, e incluso del orden de conveniencia, en la que en la mayoría de las ocasiones se sacrifican los derechos de las víctimas.

En razón a lo anterior, es importante mencionar que, para que se apliquen de manera equilibrada y en igualdad de circunstancias la justicia alternativa, con respeto a los derechos de la víctima u ofendido, se deben ponderar, en cada caso, las circunstancias del asunto en cuestión y observar lo que se ha establecido como derecho de igualdad subjetivo, en el que se observan tres conceptos: "los derechos de igualdad definitivos abstractos, los derechos de igualdad concretos y

los derechos de igualdad prima facie abstractos",[31] y de manera especial, los que se establecen en primer orden, los derechos a la igualdad de tratamiento, "cuando no existe ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual y el derecho a ser tratado desigualmente cuando existe una razón suficiente, para que éste ordenado un tratamiento desigual."[32]

En el siguiente caso práctico, se observa que el cambio de un nuevo sistema y la creación de instituciones, que tienen como finalidad dar una mayor participación de la víctima en el proceso, que se le respeten sus derechos y se le resarzan los daños ocasionados en la comisión de un delito en su contra, no se cumple a cabalidad, como se ha analizado; toda vez que, no han logrado una de sus finalidades, particularmente en el caso de la víctima, no se atiende de manera integral la problemática real que se genera, o que se le causa a consecuencia de sufrir un daño por la comisión de un delito, lo que está más marcado cuando la víctima del delito es un menor de edad.

En razón a ello, se considera que la justicia restaurativa en el caso en particular, solamente observa la problemática desde un punto de vista, esto es, salvaguardar los derechos de los menores en conflicto con la ley penal, no considera los de la víctima; por lo que se concluye que, no siempre se atiende de manera equilibrada los derechos de cada una de las partes, al abordar diversas maneras de solucionar problemas en el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, propiamente los derivados de la justicia restaurativa, puesto que, como dijimos, solamente se atienden cuestiones meramente económicas y sociales e incluso del orden de conveniencia, en la que en la mayoría de las ocasiones se sacrifican los de las víctimas.

Para tener un mejor panorama sobre la problemática en la aplicación de la justicia restaurativa, con el objetivo de la reparación del daño a la víctima, se aborda, más adelante, un caso práctico sobre el tema.

9. Modelos de justicia restaurativa

La justicia restaurativa se puede realizar en diversas formas, en atención a la interpretación y abordaje de los conflictos a resolver. En el presente, al no ser motivo de análisis más especializado, solamente se mencionarán sus características fundamentales. Entre las más utilizadas se tienen:

---

31 *Ibidem,* p. 415.
32 *Ibidem,* pp. 415-416.

9.1. La mediación entre la víctima y el delincuente

Este programa está inclinado a observar las necesidades de la víctima, con el objetivo de que los infractores se responsabilicen de sus actos. Este tipo de solución está dirigido a delitos no graves y se realizan en la presentencia y postsentencia y pueden ser dirigidos por instituciones de gobierno o por organizaciones sin fines de lucro; en este se involucra de manera activa a la víctima y al delincuente.

Para este tipo de modelo se debe cumplir con tres requisitos: el delincuente debe aceptar o no negar su responsabilidad por el delito, la víctima y el delincuente deben estar dispuestos a participar, y tanto la víctima como el delincuente deben considerar si es seguro participar en el proceso.

9.2. La comunidad y las conferencias de grupos familiares

Sus orígenes provienen de Nueva Zelanda; se aplicó en justicia juvenil en 1989, posteriormente se convirtió en la metodología de justicia restaurativa sistemáticamente institucionalizada de ese momento. Su enfoque es más amplio que los programas de mediación normales, toda vez que se reúne a la familia, amigos de la víctima y del delincuente, incluso a miembros de la comunidad, para que participen en el proceso. En él se abordan las consecuencias del delito y explorar maneras adecuadas de prevenir el comportamiento delictivo; se desarrolla un plan reparador e incluso se determina la necesidad de supervisión más restrictiva y/o custodia. Estos procesos tienen eficacia en asegurar que el delincuente cumpla con lo acordado. Las conferencias comunitarias, a menudo, se usan también como un programa de medidas alternativas a las que el delincuente puede ser remitido desde el sistema de justicia penal.

9.3. Sentencias en círculos

La característica principal de este modelo es que todos los participantes se reúnen en un círculo, y solo está dirigido para los delincuentes que se declaran culpables. Se toma en cuenta la necesidad de la víctima, proteger a la comunidad y la rehabilitación y castigo al delincuente. Sus sentencias están realizadas con justicia participativa y se tiene como objetivo el encontrar las mejores respuestas a los conflictos de la comunidad. En este modelo hay cuatro etapas: determinar si el caso específico es adecuado para un proceso circular; preparar a las partes que participan en el círculo; buscar un acuerdo consensual en el círculo; y proporcionar seguimiento y asegurarse de que el delincuente se apegue al acuerdo.

Aquí, los delincuentes que participan en un círculo de sentencia pueden aun así ser remitidos a purgar un periodo de cárcel; empero, hay una amplia gama de

sanciones disponibles, incluye la indemnización y la compensación, la libertad condicional, el arresto domiciliario y el servicio comunitario.

Ahora bien, para poder establecer los modelos que más se ajusten a las necesidades de cada uno de los casos que se pretenden aplicar, es crucial realizar consultas adecuadas y extensivas sobre estos tópicos, lo que puede ayudar a que los participantes tengan el sentido de propiedad y aceptar los nuevos programas. Para poder diseñar estos modelos se tienen que realizar elecciones entre ellas:[33]

- El tipo de programa y modelo (incluye decisiones sobre la configuración adecuada, los tipos y niveles de intervención, la relación entre el programa y el sistema de justicia penal, entre otros). En muchas instancias, esto puede requerir una evaluación de las necesidades de la comunidad, sus fortalezas y sus áreas de oportunidad.
- La organización y ubicación del programa.
- Definir el resultado/acuerdo que se buscará a través del proceso y cómo se monitorizará el cumplimiento de ese acuerdo.
- Establecer prioridades.
- Asegurar el compromiso de los participantes para remitir casos al programa y determinar el criterio de elegibilidad para los casos.
- Determinar el método de evaluación o proceso que será usado para determinar la elegibilidad de casos para el programa.
- Proporcionar el programa con una estructura gubernamental sólida y un liderazgo adecuado.
- Planeación para la administración efectiva del programa.
- Planeación de costos y presupuestos y abordar los problemas de sostenibilidad del programa. Esto incluye anticiparse a las cuestiones de rentabilidad.
- El reclutamiento, capacitación y papel de los voluntarios.
- Reclutamiento y entrenamiento de facilitadores y demás personal.

Como se hizo mención, cada uno de los programas de justicia restaurativa tienen sus propias formas para abordar el problema y solucionarlo, empero, hay atributos que son generales, en los cuales se atiende tanto a las oportunidades de la víctima como de los delincuentes. Entre ellos se encuentran, el participar por los actores de manera directa en la solución de la situación y de las consecuencias

---

33 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Manual sobre Programas…*op. cit.*, p. 42.

del delito; por el infractor reconocer su responsabilidad; expresar el impacto que sufrió la víctima en la comisión del delito; el activo del delito recibir apoyo para reparar el daño causado; para la víctima restituir o recibir una reparación y una disculpa; cuando sea procedente restaurar la relación víctima y delincuente.

En el caso en particular, los programas restaurativos se aplican en la justicia juvenil de manera formal y estigmática, debido a que este tipo de justicia tiene un especial valor educativo, las cuales son útiles para promover alternativas, para que los menores en conflicto con la ley penal no estén privadas de su libertad, y que la comunidad dé oportunidades a los adolescentes de resarcir sus acciones contrarias a Derecho e integrarse a la sociedad.

10. Caso práctico

Hecho delictuoso, en el que se impuso pago de reparación del daño moral a persona adolescente en conflicto con la ley penal;

ADOLESCENTE: Pedro

EDAD: 13 años

En fecha *** de junio del año ***, se emitió resolución en la que se acreditó la responsabilidad social del adolescente; por lo que se le impuso una medida de sanción no privativa de libertad, en razón a que se encontraba en el grupo etario tres, y en atención a la ley especializada, que determina que no se puede imponer alguna medida de sanción de internamiento a los menores de catorce años; por ello, se integró en programas especializados en teoría de género, por el término de un año, al tratarse de un hecho tipificado como violación por equiparación (a persona menor de quince años de edad).

En la misma resolución, se impuso al menor el pago de la reparación del daño a favor de la víctima, por la cantidad doscientos días multa, la que resultó en $14,608.00 (catorce mil seiscientos ocho pesos 00/100 M. N.). Para cubrir dicha cantidad, se realizó una propuesta de parte, tanto de la defensa, como de la madre del sentenciado, que consistió en un plan de siete pagos mensuales, cada uno sería de $2,000 pesos (dos mil pesos 00/100 M. N.) y uno de $608.00 (seiscientos ocho pesos 00/100 M. N.) y se fijó la fecha de inicio de los pagos.

Dicho acuerdo se justificó con base en lo establecido en los artículos 20, Apartado C), fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 59 y 60 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes; y 12 de la Ley de Víctimas del Estado de México. De lo que se observó que se cumplió con los requerimientos que la norma establece.

Dicha propuesta se le hizo saber a la fiscal especializada y a la tutora del menor víctima, quienes expresaron estar de acuerdo con las condiciones establecidas para el mismo; derivado de ello, el órgano jurisdiccional, con la finalidad de continuar con el procedimiento, señaló audiencia oral para escuchar a las partes procesales, en cuanto a estar de acuerdo con el convenio y saber si no habían sido coaccionadas, intimidadas o amenazadas; una vez realizado lo anterior, intervino para regular el mecanismo alternativo propuesto, el que resultó en un acuerdo reparatorio, en el que se incluían las bases para resolver sobre el cumplimiento del pago de la reparación del daño, derivado del plan de reparación propuesto.

En el desarrollo de dicha audiencia se escucharon las diversas manifestaciones de las partes procesales y se hizo patente, de nueva cuenta, la propuesta por parte de la defensa, así como la postura de la madre del adolescente, quien manifestó que en ese momento haría entrega de la cantidad de $8,000.00 (ocho mil pesos 00/100 M.N.), en efectivo, y el dinero faltante para cubrir la reparación del daño se otorgaría en tres pagos de dos mil pesos, y un cuarto por la cantidad de seiscientos ochenta pesos, mediante deposito en una cuenta bancaria que proporcionó la mamá del menor víctima.

En dicha audiencia el órgano jurisdiccional escuchó a la fiscal y a la madre de la víctima menor de edad, quienes manifestaron que estaban de acuerdo con la propuesta de reparación del daño, por lo que una vez expresada su aprobación, y haber verificado la natural, que las obligaciones no eran notoriamente desproporcionadas; así como, que las partes estaban en igualdad de negociar, y que las mismas no habían actuado bajo intimidación, amenaza o coacción; se aprobó el convenio, que se había establecido como **acuerdo reparatorio**, para el pago de la reparación del daño moral.

Asimismo, se hizo patente dentro de dicho acuerdo que, si bien los pagos serían realizados por la madre del adolescente responsable, esto se debía a que el adolescente no contaba con la edad legal para realizar actividad laboral de acuerdo con lo que establece la Ley Federal del Trabajo, en razón a que el mismo, cursaba la edad de 14 años, y se dedicaba a estudiar, por lo que no contaba con ingreso alguno.

Del caso en mención, se destaca que se ha utilizado la justicia restaurativa, de lo que resultó un acuerdo reparatorio, mismo que se encuentra establecido en la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes y que para su procedencia, se tomó en cuenta:

– Que se aplica en casos en que se atribuyan hechos previstos como delitos, en los que no procede la sanción de internamiento; y,

– En la aplicación de esta, no implica ni requiere el reconocimiento en el proceso por parte de la persona adolescente de haber realizado el hecho que se le imputa.

Del caso antes descrito, se observa que para resarcir el tejido social y dar solución a un conflicto generado por la comisión de un delito de violación por equiparación, en el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes se utilizó al justicia restaurativa, traducida en un acuerdo reparatorio, el que cumplió con lo establecido en la normatividad, en el que además, se protegieron de manera amplia los derechos del menor en conflicto con la ley penal, el interés superior del niño y el derecho de acceso a la justicia; pues, tuvo la oportunidad de acceder a los tribunales, de exhibir pruebas en su favor, realizar sus manifestaciones pertinentes y hacer valer su derecho de impugnar; así como, que se emitiera una sentencia.

Sin embargo, como se ha reiterado en el desarrollo del presente trabajo, se observa que en relación con la víctima, a pesar de que la misma tuvo la oportunidad de acceder a los tribunales, de probar, de realizar alegaciones a su favor, de impugnar y que se emitiera una sentencia en la que se condenó a una reparación del daño, no se dio un auténtico acceso a la justicia, en razón a que no se cumplió con la finalidad de la misma; esto es, para que se dé una verdadera reparación del daño que fue causado por el delito, el mismo debe contemplar todos los aspectos inmersos en esa lesión, de esa manera, que se cumpla de forma integral con el resarcimiento del mismo.

En ese tenor, en el caso en particular el daño causado a la víctima fue por el hecho delictuoso de violación por equiparación, en el que se debe tomar en cuenta que el mismo fue en contra de un menor de edad; por ello, se considera que para poder precisar el daño que se le causó, debería de contemplarse, además de los factores de resocialización, la asistencia especializada, el tratamiento integral para eliminar los factores negativos que se provocaron en su persona, tanto psicológicamente como físicamente, lo que se lograría, a través de un análisis de especialistas, tanto en problemas de este tipo de delitos, como de sensibilización y conocimiento en cuanto a que la víctima es un menor de edad.

Lo anterior, indica que no existe un equilibrio procesal entre los involucrados en el mismo y que los medios de solución alternos de los conflictos generados por la comisión de un delito, realmente no cumplen con la función de resarcir los lazos sociales, en el particular; tan es así, que la cantidad que se impuso como medida de reparación del daño no se considera adecuada para poder eliminar los factores negativos que se han generado en la psique del menor que fue víctima en el hecho delictuoso.

Por otra parte, es importante destacar que se llegó a esta solución sin tomar en cuenta la opinión del pasivo, y que solamente se realizó bajo los parámetros que terceras personas (ascendiente) estimaron adecuados. De ahí que se considera que

aún falta implementar estudios multidiciplinarios para valorar, caso por caso, la lesión que se le originó a la víctima y con ello establecer la reparación del daño más adecuada, y así cumplir con la finalidad del derecho de acceso a la justicia.

11. Conclusiones

Para que se tenga un verdadero acceso a la justicia en el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, se debe incrementar la investigación en cada caso concreto, en particular las de carácter empírico y multidiciplinario, mejorar la calidad de los servicios jurídicos de los operadores del sistema, con una especialización integral en estos temas, con sensibilidad en los problemas reales causados a la víctima del delito.

Realizar las adecuaciones pertinentes a la legislación, con la finalidad de que se realice de manera más amplia y a fondo, por un grupo multidiciplinario, las investigaciones pertinentes, para que los resultados estén más apegados a la realidad de cada caso, y así proteger los derechos, tanto de las víctimas como de los menores en conflicto con la ley penal.

Con lo que se considera que, sería adecuado y equilibrado para la víctima, la aplicación de la justicia restaurativa, porque se observarían en el procedimiento sus derechos, y se daría una solución adecuada a su problema y se observaría de manera más acertada la finalidad de aplicación de estos procedimientos para resarcir el daño causado a la víctima del delito.

12. Bibliohemerografía

Bibliografía

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Hemerografía

Carlos Espinoza, Alejandro. "Justicia restaurativa y alcances de las reformas constitucionales mexicanas en materia penal del 2008 y de derechos humanos del 2011", *Revista de Justicia Restaurativa,* España, núm. 2, marzo 2012, pp. 37-46, *https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/297353*

Cervantes Facundo, Nereida, "La justicia restaurativa y los mecanismos alternativos de solución de controversias en el Sistema de Justicia para Adolescentes: una alternativa de política pública y de reintegración social", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Núm. 46, Julio-diciembre, 2018, *https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/view/35646/32571*

Cornelio Landero, Eglia, "Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano", *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*. Núm. 17, junio, 2014, *https://www.redalyc.org/pdf/3221/322132552006.pdf*

Del Río Ayala, Alejandra C., "El rol de la víctima en el acceso a la justicia", *Papeles del Centro de Investigaciones*, Universidad Nacional del Litoral, vol. 5, núm. 16, 2015, pp. 140-161, *https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/papeles/article/view/4837/7367*

González Torres, "Mónica, Justicia Restaurativa: una mirada a las necesidades de la víctima la parte ofensora y la comunidad", *Revista Ciencia Jurídica*, núm. 15, Año 8, 2019, *http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/300*

Hernández Aguirre, Christian Norberto; Mendivil Torres, Jessicay Hernández Aguirre, Cynthia Vedelí, "Importancia de los métodos alternativos de solución de controversias en el sistema penal acusatorio mexicano", *Ciencia Jurídica*, Universidad de Guanajuato, vol. 4, núm. 7, enero-junio 2015, pp. 71-90, *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5144762*

Hernández Aguirre, Christian Norberto; Mendivil Torres, Jessicay Hernández Aguirre, Cynthia Vedelí, "Los métodos alternativos de solución de controversias y sus facilitadores en el sistema penal acusatorio mexicano: hacia una justicia restaurativa, reparación del daño integral y reinserción social", *Ciencia Jurídica*, Universidad de Guanajuato, vol. 7, núm. 14, julio-diciembre 2018, pp. 13-30, *http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/237/328*

Reyes Negrete, Jorge y Rodríguez Ríos, Alberto, "Justicia restaurativa en el contexto de la mediación penal y su impacto cultural", *Letras Jurídicas*, CEDEGS-Universidad Veracruzana, núm. 39, enero-junio 2019, pp. 15-30, *http://www.letrasjuridicas.com.mx/wp-content/uploads/2019/02/R39-Art01.pdf*

Reyes Quilodrán, Claudia; A. Labrenz, Catherine y Donoso Morales, Gabriela, "Justicia Restaurativa en el Sistema de Justicia Penal Juvenil Comparado: Suecia, Inglaterra, Italia y Chile", *Política Criminal,* Talca, vol. 13, núm. 25, 2018, pp. 626-649, *http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol13N25D2.pdf*

Documentos publicados en Internet

Buenrostro Báez, Rosalía; Pesqueira Leal, Jorge y Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Justicia Alternativa y el Sistema Acusatorio*, México, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, SEGOB, S/A *http://148.202.89.14/laboratoriojuiciosorales/sites/default/files/bibliografia/DGEPN-16JusticiaAlternativaySistemaAcusatorio.pdf*

Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, Poder Ejecutivo, Secretaria de Gobernación, Diario Oficial de la Federación, jueves 16/06/2018.

México Evalúa, Centro de Análisis de Políticas Públicas, Hallazgos 2018, Seguimiento y Evaluación del Sistema de Justicia Penal en México, México, 2019, *https://www.mexicoevalua.org/2019/08/07/hallazgos-2018-seguimiento-evaluacion-del-sistema-justicia-penal-en-mexico-*

Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, *Manual sobre programas de justicia restaurativa,* Serie de manuales sobre justicia penal, ONU, Nueva York, 2006, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf

ONU, *Promover la Justicia Restaurativa para Niñas, Niños y Adolescentes,* Oficina del Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños, 2016, *https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/documents/publications/restorative_justice_spanish.pdf*

Poder Judicial del Estado de México, Archivo del Tribunal de Alzada Especializado en el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

Ramírez Mercado, Daniel, "Los Adolescentes y la Justicia Penal en México: Antecedentes y Situación Actual", Nota metodológica, Movimiento Ciudadano, Año 2016,

https://movimientociudadano.mx/sites/default/archivos/investigaciones/i2016/2-Los-Adolescentes-y-la-justicia-penal.pdf

Parte VI
GRUPOS VULNERABLES FRENTE A LA JUSTICIA

Capítulo I

COMPETENCIA DEL JUZGADO FAMILIAR EN LÍNEA DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO PARA CONOCER DE REASIGNACIÓN SEXO-GENÉRICA

Hilda Viridina Colín Arreola*

SUMARIO

1. Introducción 2. ¿Qué es la reasignación sexo-genérica? 3. Beneficios de la Reasignación sexo-genérica 4. Procedimiento de rectificación de acta en el Estado de México 5. Pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la reasignación sexo-genérica 6. Criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación 7. Perspectiva de Género 8. La tecnología en el Poder Judicial del Estado de México 9. Conclusiones y propuesta. 10. Bibliohemerografía.

1. Introducción

Las personas transexuales y transgénero han sufrido a lo largo de la historia discriminación y vulneración a sus derechos humanos, porque no encajan con los sexos y géneros culturalmente aceptados; hombre y mujer, femenino y masculino, toda vez que al no ser congruente el sexo que les fue asignado al nacer, con el que se perciben a sí mismos, se ven en la necesidad de cambiar el nombre y el sexo que obra en sus documentos de identidad como el acta de nacimiento, lo cual es de gran importancia para estas personas, quienes a través de la modificación de sus documentos pueden lograr la congruencia entre cómo se perciben internamente, cómo los ve el resto del mundo y su situación legal, aspecto que va intrínsecamente ligado a su dignidad, libertad y facilita muchos aspectos de su vida cotidiana como el acceso a la educación y al ámbito laboral, solo por mencionar algunos.

Sin embargo, la reasignación sexo-genérica no es un proceso fácil, si bien instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos[1] afirma que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y

* Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. Estudios en materia de Perspectiva de Género y Derechos Humanos. Ingresó al Poder Judicial del Estado de México en el año 2015 y ha desempeñado los cargos de archivista judicial, técnico judicial. Actualmente se desempeña como secretaria de Magistrado adscrita a la Sala Unitaria Civil de Tlalnepantla.

1 Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10/12/1948, *https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/*

derechos, y que a cada persona le es dado ejercer todos los derechos y libertades existentes, sin distinción de cualquier naturaleza como de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Lo cierto es que, cuando se habla de perspectiva de género y equidad de género, tenemos que, en el más de los casos, las acciones de los Estados se limitan a buscar la igualdad entre el hombre y la mujer, lo cual es una necesidad apremiante, pero ¿en dónde se ubican las personas transgénero y transexuales en esa búsqueda de la igualdad y no discriminación por motivo de género? Este constituye otro problema que se invisibiliza, de manera que son pocos los Estados de la República, como la Ciudad de México, que modifican sus legislaciones o implementan programas y políticas públicas para promover y garantizar sus derechos con un fin de inclusión social.

En ese contexto, en el presente ensayo se aborda la problemática relativa a que, en el Estado de México, no existe un procedimiento de naturaleza administrativa por medio del cual las personas transexuales y transgénero puedan solicitar el levantamiento de una nueva acta de nacimiento para el reconocimiento de su identidad de género, directamente ante el Registro Civil; esto, a pesar de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-24/17[2], expuso las razones por las cuales es necesario que los Estados implementen este tipo de procedimientos de naturaleza administrativa. Por tanto, tenemos que las personas trans ven coartado su derecho humano a la identidad, dignidad y el ejercicio de sus derechos, por no contar con un procedimiento efectivo, rápido y gratuito a fin de ajustar el contenido de su acta de nacimiento y demás documentos de identificación al sexo y género con el cual se identifican.

El aspecto económico adquiere gran relevancia por cuanto hace a los procedimientos de reconocimiento de identidad de género, debido a que la condición de transexual o transgénero se presenta usualmente en etapas tempranas de la vida del ser humano, como la niñez y la adolescencia, etapas en las cuales los interesados, al no estar inmersos en el ámbito laboral ni tener autosuficiencia económica, ven en este rubro un impedimento considerable para realizar la modificación de sus documentos, además de que en ocasiones no tienen el respaldo y apoyo de su familia.

Son estas razones por las que la propuesta del presente ensayo es ampliar la competencia del Juzgado Familiar en Línea del Poder Judicial del Estado de Méxi-

---

[2] Corte-IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo", solicitada por la República de Costa Rica, de 24-11-2017, *http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf*.

co, para conocer de la reasignación sexo-genérica, para que las personas accedan de forma más rápida, económica y ágil a la solución de las diversas problemáticas que viven, lo cual genera una justicia más humana y cercana a la población mexiquense.

2. ¿Qué es la reasignación sexo-genérica?

En principio, es de vital importancia comprender los conceptos relacionados con el sexo, género, la orientación sexual, identidad de género y expresión de género, para estar en posibilidad de conocer y adquirir sensibilidad sobre las problemáticas que viven las personas que integran la comunidad LGBTTTIQA (lesbiana, gay, bisexual, travesti, transexual, transgénero, intersexual, queer y asexual), en específico de las personas transexuales y transgénero; pues, ante la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género que contempla la comunidad LGBTTTIQA, el presente artículo se concreta en exponer la necesidad de adoptar medidas a fin de garantizar el derecho a la identidad de la comunidad trans, y la importancia que tiene el procedimiento para el cambio de sus documentos de identificación, lo cual se traduce en un beneficio individual para estas personas y también para la sociedad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el estudio titulado *Orientación Sexual Identidad de Género y Expresión de Género: algunos términos y estándares relevantes*, ha señalado que en los conceptos orientación sexual, identidad de género y expresión de género o al hacer referencia a una persona bajo la sigla LGBTTTIQA, se evocan perspectivas sociales, legales y médicas que involucran corrientes, movimientos o eventos de reivindicación, solidaridad, movilización comunitaria o de protesta.[3]

Con base en las consideraciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es menester acotar las siguientes definiciones: sexo y género.

> El término "sexo" se refiere "a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer", a sus características fisiológicas, a "la suma de las características biológicas que define el espectro de los humanos personas como mujeres y hombres" o a "la construcción bioló-

[3] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: Algunos términos y estándares relevantes. Estudio elaborado en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, del 23 abril 2012, p. 1, *https://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/docs/CIDH.%20Estudio%20sobre%20OS,%20IG%20y%20EG.%20T%C3%A9rminos%20y%20est%C3%A1ndares.doc*

> gica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer".[4]

Por otro lado, el término género es una construcción social que se refiere a las funciones y atributos asignados socialmente a la mujer y al hombre; es decir, es el significado social y cultural que se atribuye a las diferencias biológicas.

> El concepto "género", es un constructo sociocultural, y se refiere a las relaciones sociales entre varones y mujeres, las cuales se definen y estructuran a partir de la asignación sexual. Este constructo alude a la clasificación social en dos categorías: lo masculino y lo femenino; es una construcción de significados, donde se agrupan los aspectos psicológicos, sociales y culturales de la dicotomía femenino-masculino.[5]

Por tanto, es dable concluir que la diferencia entre sexo y género radica en que el primero tiene que ver con las características físicas con que nace una persona, específicamente por lo que hace a sus genitales; y el segundo, es una construcción social.

La identidad de género es la vivencia interna e individual del género, la cual, podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento; incluye la vivencia personal del cuerpo que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida y otras expresiones de género, incluye la vestimenta, el modo de hablar y los modales.[6]

Dentro de identidad de género se incluye a las personas transexuales y transgénero, quienes tienen en común el no estar conformes con el sexo biológico con el cual nacieron. Una persona transgénero puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas, administración de hormonas o tratamientos médicos y psicológicos; en cambio, las personas transexuales se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto de su sexo biológico, y a fin de lograr una armonía entre su apariencia y como se conciben, acuden a intervenciones médicas, hormonales, quirúrgicas, y demás tratamientos para modificar su cuerpo, y así adecuar su apariencia física a su realidad psicológica interna.

La expresión de género es la manifestación externa de rasgos culturales que permiten observar a una persona como del género masculino o femenino; esto, conforme a los patrones de conducta y aspectos físicos que son socialmente aceptados en una época y lugar determinados.

---

4 *Ibidem,* p. 3

5 Zaragoza Contreras, Laura G., "Juzgar con Perspectiva de Género. ¿cuál género?", *Temiminós Revista Científica,* vol. 6, núm. 2, 2016, p. 156.

6 CIDH, Orientación sexual…*op. cit.,* párr. 32, literal f.

La orientación sexual, por otro lado, es independiente al sexo biológico o a la identidad de género de una persona, es la capacidad de sentir atracción sexual y emocional hacia otra, con independencia de que esta otra persona sea del mismo sexo, género o del opuesto; es decir, la orientación sexual tiene que ver con la heterosexualidad, homosexualidad y la bisexualidad.

Antes de precisar en qué consiste la reasignación sexo-genérica, es necesario acotar que las personas transgéneros y transexuales, en términos generales, son aquellas que consideran nacieron en un cuerpo equivocado, una mujer con cuerpo de hombre, o un hombre con cuerpo de mujer. La comunidad transgénero tiene el anhelo común de vivir de conformidad con el género con el cual se sienten identificados, de forma libre y sin discriminación; esto es, se visten, actúan, hablan, y se proyectan de forma permanente con el género opuesto a su sexo. Por otro lado, los transexuales se realizan modificaciones corporales para tener la apariencia física del sexo con el que se identifican, dado que sienten una gran necesidad de cambiar su cuerpo para que esté de acuerdo con su manera psicológica de ser y sentir.

Harry Benjamín, endocrinólogo y sexólogo, en una conferencia pronunciada en junio de 1976 en Nueva York, afirmó: "Sexo es lo que se ve, género es lo que se siente. La armonía entre ambos es esencial para la felicidad del ser humano[7]".

Una realidad pocas veces dicha, es que la comunidad trans sufre un desgaste psicológico, físico y emocional, por su condición, esto les genera sufrimiento, y sentimientos de soledad, dada la experiencia de nacer biológicamente con el sexo opuesto al que sienten como propio, y los convierte en un blanco fácil de discriminación, dado que la sociedad reproduce "estereotipos de género que establecen las características, atributos, habilidades, tareas, espacios y actividades que se consideran como apropiados para los hombres y para las mujeres",[8] y excluye lo que es diferente de lo socialmente aceptable.

La complejidad de las vivencias de la comunidad trans, la discriminación de la cual son objeto, así como la falta de apoyo muchas veces de su familia, escuela, compañeros, amigos y en el ámbito laboral, concluye en algunos casos en auto agresiones, depresión, intentos de suicidio, suicidios y crímenes de odio, por lo que, además del sufrimiento personal que viven, este se ve agravado por la incomprensión y rechazo de la sociedad y la exclusión de los gobiernos.

---

7 Pérez Santoz, Nira, "Disforia de género, sentirse del otro sexo", en ISEP Clínic, 19-09-2014, *https://isepclinic.es/blog/disforia-de-genero-sentirse-del-otro-sexo*

8 Sordo Ruz, Tania, "Los estereotipos de género como obstáculos para el acceso de las mujeres a la justicia", *https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/igualdad-genero/2017-02/1erlugarEnsayo_2011.pdf*

Ahora bien, la reasignación sexo-genérica consiste en adecuar la situación jurídica y documentos de identidad de una persona, para que estos tengan congruencia con su estado psicológico y físico, y pueda vivir de forma plena en el sexo y género con el que se identifica; y, por tanto, ser reconocida de ese modo en la sociedad, y en su situación jurídica, lo que implica el cambio del nombre, así como del sexo apuntado en los documentos de identidad.

La reasignación sexo-genérica es importante porque garantiza el libre desarrollo de la personalidad, facilita la expresión de la individualidad de una persona, respecto de su percepción sexual y de género; además, es una manera en que se protege a estas personas del morbo, discriminación y violencia. El objetivo es que su condición de transexuales o transgénero pase desapercibida por la sociedad y sean tratados con normalidad.

La reasignación sexo-genérica influye de manera decisiva para que las personas que se sometan a este procedimiento realicen de manera plena su proyecto de vida, y facilita la armonía de sus relaciones dentro de la sociedad.

Por estas circunstancias, es necesaria la implementación de un procedimiento ágil, efectivo y económico que haga más fácil y accesible el proceso de reasignación sexo-genérica, con el fin de erradicar la discriminación, combatir los prejuicios y los estereotipos sociales en contra de la comunidad trans.

Un ejemplo de lo que implica el proyecto de vida y el libre desarrollo de la personalidad, lo encontramos en Ángela María Ponce Camacho, quien es conocida por haber sido la primera mujer transexual en ser Miss Universo España, y en competir en el certamen de belleza Miss Universo en el año 2018. Esto, aunque causó polémica a nivel mundial, no hubiese sido posible si Ángela no hubiese tenido la posibilidad de realizar el ajuste de sus documentos y situación jurídica, para que fuera legalmente reconocida como mujer.

3. Beneficios de la reasignación sexo-genérica

El derecho a la identidad es un derecho fundamental, derivado del respeto a la dignidad humana, y ha sido definido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como el derecho de la persona a tener sus propios caracteres, físicos e internos y sus acciones, que lo individualizan ante la sociedad.

En ese tenor, las personas transgénero y transexuales desean reconocerse a sí mismas, que la sociedad y entorno acepte su verdadera identidad de género. Estas personas tienen un deseo compartido de visibilizar su verdadera identidad, el de superar la condición trans y desarrollar una vida plena como hombre o como mujer, como se conciban a sí mismos; lo cual se convierte en una necesidad apre-

miante para este grupo, pues de ello depende su integración armónica al grupo social y el generar el sentimiento de pertenencia y seguridad.

Los beneficios que se generan con el cambio físico y adecuación de la situación jurídica en las personas trans, consisten en incrementar el acceso a la educación, mejorar su acceso al ámbito laboral, involucra el desarrollo pleno y libre de su personalidad, disminuyen las auto agresiones, e implica el respeto a su dignidad humana.

4. Procedimiento de rectificación de acta en el Estado de México

En el Estado de México, el artículo 3.41 del Código Civil[9] prevé que la aclaración o complementación de las actas del estado civil procede administrativamente ante el Registro Civil en donde fue realizado el acto, únicamente cuando al asentarse se hubieren cometido errores mecanográficos, ortográficos o de otra índole y que exista documento público probatorio. De ahí que son limitados los supuestos en los que proceden las aclaraciones y rectificaciones de acta de nacimiento mediante un proceso administrativo, que desde luego no incluye la reasignación sexo-genérica, por lo que las personas tienen que promover su solicitud ante la autoridad jurisdiccional.

Por otro lado, las actas de nacimiento contienen como datos el lugar y fecha de registro, fecha, hora y lugar del nacimiento, el sexo del presentado, el nombre del registrado, la razón de si es presentado vivo o muerto, la impresión de la huella digital si está vivo, la Clave Única de Registro de Población, así como el nombre de los padres. La modificación o rectificación de actas solo procede mediante resolución judicial, con excepción del reconocimiento voluntario que un padre haga de su hijo. Asimismo, el artículo 3.38 y 3.38 bis del Código Civil del Estado de México,[10] establece como causas de rectificación o modificación de actas las siguientes:

---

9 Artículo 3.41. La aclaración o complementación de las actas de los hechos o actos del estado civil procede administrativamente ante el Registro Civil, en donde fue realizado el acto, cuando al asentar aquéllas se hubieren cometido errores mecanográficos, ortográficos o de otra índole y que exista documento público probatorio. El procedimiento se hará de conformidad con lo establecido en el Reglamento de la materia.
Podrán solicitar la aclaración o complementación las mismas personas facultadas para la rectificación de un dato, modificación o la nulidad de un acta de un hecho o acto del estado civil.

10 Código Civil del Estado de México, publicado en el Periódico Oficial de la Federación del 29/12/1956. Última Reforma 12/07/2018.

Causas de rectificación o modificación de actas

Artículo 3.38. Ha lugar a pedir la rectificación o modificación:

I. Derogado.

II. Derogado.

III. En caso de homonimia del sustantivo propio y apellidos, si le causa perjuicio moral o económico.

IV. Para corregir algún dato esencial.

Modificación del sustantivo propio

Artículo 3.38 bis. La modificación, cambio, ampliación o reducción del sustantivo propio registrado, por la afectación a su dignidad humana como consecuencia de la exposición al ridículo, o por el uso invariable y constante de otro diverso en su vida social y jurídica, sin que se afecten los apellidos, podrá solicitarse ante el o la Oficial del Registro Civil donde está asentada el acta de nacimiento por:

I. La persona interesada, si es mayor de edad;

II. Los padres, el padre, la madre o quien ejerza la patria potestad del menor de doce años de edad o del incapaz;

III. La persona menor de dieciocho pero mayor de doce años de edad, con el consentimiento de sus padres, de su padre, de su madre, de su representante legal, o en su caso, de la persona o institución que lo tuviere a su cargo.

En caso de que la registrada o el registrado tengan dos o más nombres en el sustantivo propio, sólo surtirá efecto en el sustantivo propio expuesto al ridículo.

Sobre esa base normativa, la legislación civil en el Estado de México no contempla la rectificación o modificación de acta de nacimiento por reasignación sexo-genérica, sino únicamente por homonimia si causa perjuicio moral o económico, la modificación, cambio, ampliación o reducción del sustantivo propio registrado, por afectación a la dignidad humana como consecuencia de la exposición al ridículo, o por el uso constante de otro diverso en la vida social y jurídica. Además, no se contempla el cambio en el apartado de sexo, para lograr la concordancia genérica de las personas.

El hecho de que la legislación civil vigente en la Entidad no contemple un procedimiento específico para el levantamiento de una nueva acta de nacimiento por reasignación sexo-genérica, o su modificación, constituye discriminación normativa indirecta para las personas transexuales y transgénero, que, como se ha hecho énfasis, tienen la necesidad de cambiar sus documentos, específicamente su acta de nacimiento, para que sea congruente el sexo que obra en ellos con el que se auto perciben.

De ahí la importancia de la existencia de un procedimiento especial, toda vez que la reasignación sexo-genérica no implica simplemente una corrección de errores o un cambio de nombre, sino la variación del sexo y género con el que se identifica la persona; además, este procedimiento no debe exigir que el solicitante demuestre haberse sometido previamente a intervenciones quirúrgicas, administración de hormonas o terapias psicológicas, esto implicaría imponer cargas exce-

sivas, en atención a que el sometimiento a estos procedimientos queda al arbitrio y libertad de decisión de cada ser humano.

5. Pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la reasignación sexo-genérica

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al emitir la opinión consultiva OC-24/17, el 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica, refirió que el reconocimiento de la identidad de las personas es un medio que facilita el ejercicio de sus derechos, y la falta de reconocimiento de la identidad implica que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, lo que vulnera su identidad y dignidad.[11] Asimismo, sostuvo que los Estados tienen el deber de adoptar las medidas legislativas, administrativas y las que sean necesarias para respetar y reconocer el derecho de las personas a la identidad de género en que se auto perciban, e incluso esta obligación de generar procedimientos para modificar los documentos de identidad, no se limita al acta de nacimiento, sino que incluye pasaportes, registros electorales, y todos los documentos de identificación de las personas.[12]

Sobre el tema de la reasignación sexo-genérica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que es preferible se lleve a cabo un procedimiento en la vía administrativa, por tratarse de un asunto relativo al reconocimiento de la identidad de género autopercibida que cada ser humano debe realizar de forma autónoma, y el Estado debe limitarse a reconocer y respetar esa decisión de forma plena y no estar sujeta al escrutinio; es decir, es preferible que se realice este procedimiento en la vía administrativa porque implica menos formalidades y es más rápido que uno tramitado ante la autoridad jurisdiccional. Además, la Corte Interamericana manifestó:

> El artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, en su redacción actual, sería conforme a las disposiciones de la Convención Americana, únicamente si el mismo es interpretado, bien sea en sede judicial o reglamentado administrativamente, en el sentido que el procedimiento que esa norma establece pueda garantizar que las personas que deseen cambiar sus datos de identidad para que sean conformes a su identidad de género autopercibida, sea un trámite materialmente administrativo, que cumpla con los siguientes aspectos:
>
> a) debe estar enfocado a la adecuación integral de la identidad de género autopercibida, b) debe estar basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas

11 Corte-IDH, Opinión Consultiva OC-24/17…*op. cit.*, párr. 98.
12 *Ibidem*, párr. 112.

> u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes, c) debe ser confidencial. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género, d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad, y e) no debe exigir la acreditación de intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales.
>
> En consecuencia, en virtud del control de convencionalidad, el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica debe ser interpretado de conformidad con los estándares previamente establecidos para que las personas que desean adecuar integralmente los registros y/o los documentos de identidad a su identidad de género autopercibida puedan gozar efectivamente de ese derecho humano reconocido en los artículos 3, 7, 11.2, 13 y 18 de la Convención Americana.
>
> El Estado de Costa Rica, con el propósito de garantizar de la manera más efectiva la protección de los derechos humanos, podrá expedir un reglamento mediante el cual incorpore los estándares antes mencionados al procedimiento de naturaleza materialmente administrativa, que puede proveer de forma paralela, de conformidad a lo señalado en los párrafos anteriores de la presente opinión.[13]

De ahí que, con independencia de que la reasignación sexo-genérica se lleva a cabo en sede administrativa o jurisdiccional, debe cumplir con las cinco directrices descritas en el párrafo precedente.

6. Criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado a favor de la igualdad jurídica de las personas transgénero y transexuales, por medio de la protección de la autodeterminación, del derecho a la intimidad, de la imagen, de la identidad personal y sexual, como un conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona.

Asimismo, en las tesis P. LXXII/2009 y P.LXV/2009, ha referido que la dignidad humana está intrínsecamente ligada a los derechos a la vida, integridad física, psíquica, al honor, privacidad, al nombre, a la imagen, el estado civil y el libre desarrollo de la personalidad. Consideraciones que fueron abordadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Amparo Directo 6/2008, resolución en la cual se destacó que las personas trans son objeto de rechazo y discriminación y que, por ende, la legislatura debe implementar los mecanismos necesarios para el reconocimiento, tutela y garantía de sus derechos; es de vital importancia que puedan adecuar su sexo psicológico al legal, y esto sólo se logra a través de la rectificación del nombre y el sexo, pues de lo contrario se les negaría el derecho

---

13 *Ibidem,* párrafo 171.

a la identidad personal, lo que constituye una vulneración a su intimidad y a su vida privada[14].

Nuestro Máximo Tribunal, en concordancia con lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también se ha pronunciado en el sentido de que se deben expedir nuevos documentos de identidad a las personas trans, a fin de que no sean expuestos a situaciones tortuosas ante distintas dependencias, donde tengan que exponer su condición de forma constante, lo que va en detrimento de su salud integral emocional y mental, como ha sido establecido en la jurisprudencia P. LXX/2009 de rubro: Derecho a la salud. Tratándose de la reasignación del sexo de una persona transexual, es necesaria la expedición de nuevos documentos de identidad, a fin de lograr el estado de bienestar general pleno que aquel derecho implica.

7. Perspectiva de género

La perspectiva de género según la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, se refiere a la metodología y los mecanismos que permite identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres, que se pretende justificar con base en las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, así como las acciones que deben emprenderse para actuar sobre los factores de género y crear las condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la igualdad de género.[15]

Sin embargo, ¿podemos llegar al extremo de afirmar que la igualdad entre el hombre y la mujer es la única igualdad que busca la perspectiva de género, y así excluir a las personas que tienen una identidad y expresión de género diversa a la socialmente aceptada? La respuesta es no, pues el espíritu y razón de ser de la perspectiva de género es generar las condiciones para lograr un plano de igualdad, cuando existan relaciones de poder en las que se discrimine y minimice a las personas por motivo de género, cualquiera que este sea.

La sociedad es compleja en su composición y los seres humanos que la conforman, no encajan siempre en el binomio hombre mujer; existe multiplicidad de expresiones de género, que deben ser tomados en cuenta y que también reclaman igualdad. Según José Guadalupe de la O Soto, la igualdad de género parte del postulado de que todos los seres humanos tienen la libertad de desarrollar sus

---

14 Tesis P.LXIX/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 17.

15 Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 02/08/2006. Última reforma publicada el 14/06/2018.

habilidades personales y hacer elecciones sin estar limitados por estereotipos, roles de género rígidos o prejuicios[16]. Por lo que, la perspectiva de género debe ser aplicada para que el derecho humano a la identidad de las personas transexuales y transgénero se materialice a través de adecuar y flexibilizar las legislaciones y prácticas por parte de las autoridades jurisdiccionales, a fin de que sea más sencillo realizar la reasignación sexo-genérica, y este grupo de la población no se encuentre más en desventaja por razones de género.

8. La tecnología en el Poder Judicial del Estado de México

El Poder Judicial del Estado de México, a diferencia de los poderes legislativo y ejecutivo, está en contacto diario con la cotidianeidad de los conflictos que enfrenta la sociedad mexiquense, sus necesidades y exigencias de justicia; por lo que, de conformidad con el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,[17] tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, sin discriminación alguna por origen étnico, género, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana, al establecer de manera literal:

> 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.

---

16 De la O Soto, José Guadalupe, "La incorporación de la perspectiva de género de modo transversal en las decisiones judiciales", *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, mayo 2018, p. 3, *https://www.eumed.net/rev/caribe/2018/05/index.html*.

17 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 05/02/1917. Última reforma publicada el 09/08/2019.

> 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.

Es por ello por lo que, ante la relevancia que tienen los derechos humanos en la administración de justicia, el Poder Judicial del Estado, a través del uso de la tecnología, ha generado una justicia más humana, accesible, ágil y cercana a las personas.[18]

La innovación es un eje rector para lograr una justicia pronta y expedita, por lo que el adicionar a la competencia del Juzgado Familiar en línea, la reasignación sexo-genérica, implicaría un procedimiento, ágil, rápido y efectivo para la tutela de derechos humanos.

9. Conclusiones y propuesta

El Juzgado Familiar en Línea, fue creado por acuerdo general del pleno del Consejo de la Judicatura del Estado de México el 02 de julio de 2018, con efectos a partir de 01 de agosto de ese año, el cual tiene su inspiración en el Plan de Desarrollo Estratégico 2015-2020, que establece la consolidación del sistema de justicia sobre el principio de oralidad, así como el objetivo de eficientar los procesos judiciales, e incorporar las tecnologías de la información que permitan dar mayor prontitud, eficacia y calidad a la impartición de justicia en beneficio de las personas.

De acuerdo con el artículo 8 de los Lineamientos para la Operatividad del Juzgado Familiar en línea,[19] su competencia es la siguiente:

> Artículo 8. El Juzgado, conocerá:
>
> a. Divorcio por Mutuo Consentimiento
>
> I. Separación de bienes, sin hijos menores o mayores sujetos a tutela.
>
> II. Sociedad conyugal sin hijos menores o mayores sujetos a tutela presenten convenio para liquidación de forma clara o manifiesten que no hay bienes.

---

18 Yo por la justicia, Órgano de difusión del Poder Judicial del Estado de México, "Recibimos Premio UGob por segunda ocasión", *https://yoporlajusticia.gob.mx/2018/08/13/recibimos-premio-ugob-por-segunda-ocasion/*

19 Lineamientos para la Operatividad del Juzgado Familiar en línea publicado en la Gaceta de Gobierno del Esdado de México, de 04/07/2018, *http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/gct/2018/jul042.pdf*

III. Separación de bienes con hijos menores o mayores sujetos a tutela, que los alimentos se descuentes *(sic)* a través de una fuente laboral, exhiban póliza u otorguen hipoteca o billete de depósito.

IV. Sociedad Conyugal con hijos menores o mayores sujetos a tutela, que los alimentos se descuente *(sic)* a través de fuente laboral, exhiban póliza u otorguen hipoteca o billete de depósito, manifiesten no tener bienes o presenten liquidación en forma clara con documentos.

b. Identidad de Persona, Dependencia Económica, Acreditación de Concubinato. Que se trate del solicitante, no se deba citar a otras personas.

c. Autorización para salir del País. Siempre que no se deba citar a persona alguna.

d. Cambio de Régimen Patrimonial. Cuando se presenten todos los documentos que acrediten la propiedad de los bienes, se presente el proyecto de partición de bienes.

e. Ratificación de Convenio. Cuando comparezcan en forma personal los solicitantes.

f. Declaración de Ausencia. Siempre que se acredite con documental el interés de promover la declaración de ausencia en términos de lo dispuesto por el artículo4.353 del Código Civil.

g. Presunción de Muerte. Se presenten las copias certificadas de la declaración de presunción de ausencia.

A este precepto, se propone agregar el inciso h) Reasignación sexo-genérica; se trata de un procedimiento no contencioso, y las ventajas son muchas, debido a que todas las etapas procesales pueden ser realizadas de forma virtual y la recepción de solicitudes y promociones se pueden realizar las 24 horas del día. Esto se propone así, toda vez que en la administración de justicia en línea se propugnan procedimientos expeditos —más que en un juzgado tradicional—, puesto que, por la carga de trabajo, procedimientos como los divorcios por mutuo consentimiento puede tardar de 30 días a 2 meses en un proceso tradicional, y por el contrario en el Juzgado Familiar en línea, en 6 días se resuelve, lo que agiliza la impartición de justicia.

Asimismo, se considera necesaria la creación de un nuevo formato digital para la solicitud de una reasignación sexo-genérica, como los que existen en Materia Familiar en la página oficial del Poder Judicial del Estado de México de rubros: Formato de Demanda de Alimentos, Formato de Consignación de Alimentos Formato de Demanda de Violencia Familiar para el Procedimiento de Conciliación y Formato de Demanda para el Procedimiento de Controversia de Violencia Familiar, para que las personas transexuales y transgénero accedan de forma más fácil a este procedimiento. Además, es menester que se realice la difusión de este nuevo procedimiento en redes sociales, y medios de comunicación para que la población interesada en llevar a cabo este tipo de trámite conozca las ventajas del mismo.

En consecuencia, el procedimiento en línea planteado tendrá como finalidad cumplir con los cinco lineamientos acotados por la Corte Interamericana de De-

rechos Humanos en la opinión consultiva OC-24/17, en el sentido de que los procedimientos implementados para la reasignación sexo-genérica deben:

a) Estar enfocado a la adecuación integral de la identidad de género autopercibida

En este punto, la sentencia que se emita, además de ordenar la expedición de una nueva acta de nacimiento, con la identidad de género autopercibida, tendrá el alcance de ordenar la expedición de nuevos documentos de identidad que requiera el solicitante, en el sentido de que serán precisados en la solicitud inicial, los cuales pueden ser de manera enunciativa y no limitativa al pasaporte, INE, licencia de conducir, cédula profesional, credenciales, entre otros, con el objeto de que el justiciable no deba emprender varios trámites ante distintas autoridades. No basta cambiar el nombre, sexo y género, sino que es también necesario adecuar la imagen fotográfica de las identificaciones.

b) Estar basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes

Debemos partir de que la identidad de género, al ser una autodeterminación personal que se siente y escoge de forma libre, no debe probarse, sino que el Estado debe limitarse a respetarla y reconocerla sin exigir requisitos abusivos, más que la propia convicción del solicitante.

c) Ser confidencial. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género

Este postulado se cumple en el sentido de que el Juzgado en Línea ordenará la expedición de nuevos documentos de identidad, acta de nacimiento y los que sean solicitados; las personas trans, al ser expuesta su condición, son blanco de violaciones a sus derechos humanos, maltratos en centros de salud o de detención, discriminación, bullying en los centros educativos y discriminación al acceder al mercado laboral.

d) Ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad

Como se ha precisado en acápites que anteceden, un procedimiento ante el Juzgado Familiar en Línea del Poder Judicial del Estado de México es más rápido que en un Juzgado tradicional, además beneficia en el aspecto económico al solicitante, en atención a que los abogados cobran sus honorarios en relación al tipo de promociones presentadas, su complejidad, el asistir a audiencias e interponer recursos; y, en el caso de este procedimiento, el ahorro en dinero sería considerable por ser un procedimiento expedito, para el cual es suficiente una sola solicitud y no se requiere el desahogo de medios de convicción.

e) No debe exigir la acreditación de intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales

Este lineamiento, también sería colmado con el procedimiento en línea que se propone, es indispensable reiterar que la identidad de género no debe probarse.

Es por todo lo señalado con antelación que concluyo la labor del Poder Judicial, debe de garantizar el respeto a los Derechos Humanos de las personas transexuales y transgénero, aún en contra de las limitantes que existen en el ámbito legislativo, los juzgadores deben ser garantes de derecho y de justicia, y no ser simples observadores de la falta de actividad legislativa en adecuar las normas de la entidad, a las exigencias de la Constitución Federal, así como de los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte en materia de derechos humanos.

10. Bibliohemerografía

Hemerografía

De la O Soto, José Guadalupe, "La incorporación de la perspectiva de género de modo transversal en las decisiones judiciales", *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, mayo 2018, *https://www.eumed.net/rev/caribe/2018/05/index.html.*

Zaragoza Contreras, Laura G., "Juzgar con Perspectiva de Género ¿Cuál género?", *Temiminós Revista Científica*, vol. 6, núm. 2, 2016, *https://studylib.es/doc/7376309/juzgar-con-perspectiva-de-g%C3%A9nero.%C2%BF-cu%C3%A1l-g%C3%A9nero%3F*

Documentos publicados por Internet

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Identidad de Género, e Igualdad y No Discriminación a parejas del mismo sexo (Opinión Consultiva OC-24/17), 24/11/2017, *http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf*

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: Algunos términos y estándares relevantes, Estudio elaborado en cumplimiento de la resolución AG/RES, *https://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/docs/CIDH.%20Estudio%20sobre%20OS,%20IG%20y%20EG.%20T%C3%A9rminos%20y%20est%C3%A1ndares.doc*

Pérez Santoz, Nira, Disforia de género, sentirse del otro sexo, 09/19/ 2014, Isep clinic, *https://isepclinic.es/blog/disforia-de-genero-sentirse-del-otro-sexo*

Yo por la Justicia, Recibimos Premio UGob por segunda ocasión, 13/08/2018, Órgano de difusión del Poder Judicial del Estado de México, *https://yoporlajusticia.gob.mx/2018/08/13/recibimos-premio-ugob-por-segunda-ocasion/*

Sordo Ruz, Tania, Los estereotipos de género como obstáculos para el acceso de las mujeres a la justicia, *https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/igualdad-genero/2017-02/1erlugarEnsayo_2011.pdf*

Legislación

Código Civil del Estado de México, 1956.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, 2006.

Lineamientos para la Operatividad del Juzgado Familiar en línea, 2018.

Tratados y convenios internacionales

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

Jurisprudencia

Tesis P.LXIX/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 17.

Capítulo II

DERECHOS HUMANOS DE LOS ADULTOS MAYORES EN CIRCUNSTANCIAS DE VULNERABILIDAD

Eduardo Hernández Rojas*

SUMARIO

1. Introducción. 2. Adultos mayores, su conceptualización. 2.1. Persona adulta mayor en México. 2.2. Vulnerabilidd del adulto mayor. 2.3. El cuidado familiar del adulto mayor. 3. Dignidad humana. 4. El lanzamiento forzoso en materia civil. 5. Control de convencionalidad. 5.1. Obligación de ejercer un control de convencionalidad. 5.2. Personas adultas mayores y su derecho a una vida digna, deben recibir un trato especial por parte de los jueces civiles en lanzamientos. 6. Conclusiones. 7. Bibliohemerografía.

1. Introducción

Con el presente ensayo, el lector podrá advertir que las personas adultas mayores alojadas en asilos para ancianos deben considerarse como un grupo vulnerable; pues, no obstante que existan personas de esta categoría que gocen de buena salud física y mental, además del cuidado y responsabilidad familiar, que les permita valerse por sí mismos, es de suma importancia destacar que, al estar alojados en este tipo de estancias o albergues, se traslucen factores negativos, como abandono y desinterés familiar, así como dependencia parcial o total para el desempeño de sus actividades cotidianas.

De ahí que, se aborden algunas de las situaciones de riesgo o peligro que deben ser enfrentadas y superadas por este grupo social al residir en asilos para ancianos; si el Estado mexicano, por conducto de tribunales civiles, particularmente del Estado de México, dictan resoluciones o mandamientos de desocupación y entrega en contra de este tipo de instituciones asistenciales, que, por su naturaleza, afectan de manera directa e indirecta los derechos humanos del grupo vulnerable en estudio.

* Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. Certificado por el CONOCER para la ejecución y notificación de resoluciones judiciales. Ingresó al Poder Judicial del Estado de México en 2012 como archivista judicial; aprobó el curso de formación para Ejecutor Judicial. Actualmente está adscrito al Juzgado Cuarto Civil de Primera Instancia de Tlalnepantla, con sede en Naucalpan de Juárez, con la categoría de Ejecutor Judicial.

Es necesario destacar que la legislación procesal civil del Estado de México, específicamente los artículos 2.178 y 2.324 del Código de Procedimientos Civiles, no están acorde con nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ni mucho menos con los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, como por ejemplo la Convención Americana Sobre los Derechos Humanos o el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); pues, la disposición normativa citada en primer término, no contempla garantías para salvaguardar los derechos fundamentales de grupos en notoria desventaja, cuando se trate de sujetos pasivos en una diligencia de desalojo forzoso, sino únicamente se limita a establecer que en la entrega de inmuebles, se pondrá en posesión al actor de forma inmediata.

En ese contexto, la metodología empleada en el presente artículo se realiza bajo los principios del nuevo sistema neoconstitucionalista de los que el Estado mexicano, a través de sus autoridades, se encuentra obligado a observar; pues, los juzgadores del Estado de México en materia civil, no tan solo tienen la oportunidad, sino también el deber de convertirse en jueces interamericanos. Es decir, que sus resoluciones y mandamientos no se sujeten únicamente a las leyes o actúen en el marco de la legalidad, sino que la interpretación y aplicación de ese sistema jurídico sea conforme a nuestra Carta Magna y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, cuando se encuentren en riesgo los derechos humanos de las personas, en este caso, de las personas adultas mayores alojadas en asilos para ancianos.

También, la presente investigación se basa en el método cuantitativo con apoyo en cifras emitidas por instituciones como el INEGI, en el campo nacional, o la CEPAL, en el ámbito regional; o sea que, a partir de estudios oficiales que, a su vez, cuentan con parámetros eficaces e idóneos, podemos deducir o llegar a la conclusión de que, en el caso objeto de la presente problemática, las personas adultas mayores alojadas en asilos para ancianos representan una *categoría sospechosa*. Ello es así, dado que el sistema de producción y reproducción jurídica utiliza parámetros basados indefectiblemente en el paradigma de la persona joven, lo que coloca a los adultos mayores en un estado de predisposición natural de marginación social y eventual pobreza.

Así, al colocarse por virtud de su avanzada edad, en situaciones de dependencia, discriminación e, incluso, abandono familiar, se muestra indefectible que las obligaciones estatales de protección y defensa de sus derechos fundamentales devengan permanentes por parte del Estado.

Por lo anterior, cuando se trata de órdenes de lanzamiento de asilos para ancianos, el juez civil mexiquense tiene la obligación de realizar un ejercicio de ponderación entre los derechos de quien o quienes deban ser restituidos del bien

inmueble materia de conflicto y de aquellas personas que deben desocuparlo, en este caso, las personas adultas mayores; mejor dicho, al existir una colisión o tención entre derechos, como lo son la propiedad y dignidad humana de las personas adultas mayores, debe propugnarse en definitiva por el segundo de los mencionados, toda vez que representa un derecho de mayor rango que, de vulnerarse, traería consecuencias jurídicas y materiales que difícilmente pueden ser restituidas.

Para lo cual, debe realizarse un control difuso de convencionalidad, tendente a salvaguardar los derechos humanos de este grupo vulnerable. Situación que no quiere decir que no se restituya la propiedad del inmueble a su legítimo propietario, sino que se analicen los pormenores de ese acto de imposible reparación, y se logren ambos objetivos.

2. Adultos mayores, su conceptualización

En el contexto de nuestra sociedad, no es difícil detectar o distinguir a una persona adulta mayor de las demás personas que interactúan activa o pasivamente en las diversas áreas de nuestro entorno; debido a que esa situación o apreciación la obtenemos de la simple observación a través de nuestros sentidos físicos, como la vista, tacto u oído. Es decir, dichos sujetos se caracterizan principalmente por sus rasgos físicos de los que se observa la disminución o deterioro en su estado físico y biológico.

De igual manera, es importante destacar que otra de las características de las personas de la tercera edad es el cúmulo de conocimientos obtenidos a lo largo de su vida, dan cuenta de su experiencia, por ende, logran un cierto grado de sabiduría; forjada con base en aciertos y errores, con ideales y formas de pensar cimentadas y bien delineadas, a veces herméticas y en algunas ocasiones renuentes a las nuevas concepciones o tendencias de la vida, lo que permite deducir que su formación tuvo lugar en una sociedad rígida, conservadora, responsable y respetuosa.

Bajo esa óptica, debe decirse que el conglomerado de conocimientos de las personas adultas mayores es resultado fundamentalmente de su experiencia, y que debe ser aprovechado y reconocido principalmente por sus familiares, quienes se encuentran obligados a asistirlos en sus necesidades a lo largo de su vida; pues, la gran mayoría se ven afectados en la disminución de la capacidad de reaccionar por sí mismos ante riesgos y peligros externos.

Para una mejor comprensión del concepto del sujeto de esta investigación en los ámbitos nacional e internacional, se transcriben algunas definiciones emitidas por instituciones encargadas de velar por sus derechos fundamentales.

En el aspecto internacional, según la Organización Mundial de la Salud, las personas de 60 a 74 años son consideradas de edad avanzada, de 75 a 90 años viejas o ancianas, y los que sobrepasan los 90 años, se les denomina grandes, viejos o longevos; de igual manera, a todo individuo mayor a 60 años se le llama de forma indistinta persona de la tercera edad.

Naciones Unidas, por su parte, considera que anciano es, para los países desarrollados, toda persona mayor a los 65 años; en tanto que, para aquellas naciones en vías de desarrollo, como el nuestro, son aquellas mayores a los 60 años.[1]

En cuanto a la definición de adulto mayor en el plano nacional, conforme a lo dispuesto en el artículo 3, fracción I, de la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, se entenderá por personas adultas mayores "aquellas que cuenten con sesenta años o más de edad y que se encuentren domiciliadas o en tránsito en el territorio nacional".[2] En tanto que, en el artículo 3, de la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores del Distrito Federal (actualmente Ciudad de México),[3] establece:

> Para los efectos de esta ley, se considerará por:
>
> I. Personas Adultas Mayores. Aquellas que cuentan con sesenta años o más de edad y que se encuentren domiciliadas o de paso en el Distrito Federal; contemplándose en diferentes condiciones:
>
> a) Independiente, aquella persona apta para desarrollar sus actividades físicas y mentales sin ayuda permanente parcial;
>
> b) Semidependientes, aquella a la que sus condiciones físicas y mentales, aún le permiten valerse por sí mismo, aunque con ayuda permanente parcial;
>
> c) Dependiente absoluto, aquella con una enfermedad crónica o degenerativa por la que requiera ayuda permanente total o canalización a alguna Institución de asistencia;
>
> d) En situación de riesgo o desamparo, aquellas que por problemas de salud, abandono, carencia de apoyo económico, familiares, contingencias ambientales o desastres naturales, requieren asistencia y protección del Gobierno del Distrito Federal [actualmente Ciudad de México] y de la Sociedad Organizada.

En términos generales, la persona adulta mayor es aquella mayor de 60 años, cuyo ámbito de subsistencia se encuentra sujeto a la calidad de su vida en el aspec-

---

1 Martínez García, Jorge Sebastián, *et. al.* "Adultos Mayores. Para preservar sus derechos humanos deben recibir consideraciones especiales de las autoridades que procuran y administran justicia", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 40, 2015, p. 109, *https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/view/31483/28469*

2 Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21/06/2002. Última Reforma publicada el 24/06/2009.

3 Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores en el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 07/03/2000. Última Reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 18/12/2014.

to de su salud —física y mental—, económico y emocional; por lo que, necesitará de asistencia en la medida en que esos factores se vean disminuidos.

Veamos algunas consideraciones de las personas adultas mayores en México, su condición de vulnerabilidad y su entorno familiar

2.1. Persona adulta mayor en México

En México, en el último Censo Poblacional del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), la población total para el año 2015 asciende a la cantidad de 119,938,473 (ciento diecinueve millones, novecientos treinta y ocho mil, cuatrocientos setenta y tres personas). Ahora, por cada cien niños y jóvenes, el 30.0% son personas adultas mayores; y, por su parte, las personas en edad de dependencia, por cada cien en edad productiva, corresponde a un 52.8%.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), señala que la población de 60 años en adelante está en aumento sostenido en todos los países. Se trata de un proceso generalizado de envejecimiento de las estructuras demográficas que lleva a un aumento, tanto en el número de personas adultas mayores, como en el peso de esta población en la población total. Entre los años 2000 y 2025, 57 millones de adultos mayores se incorporarán a los 41 millones existentes.

Entre 2025 y 2050 este incremento será de 86 millones de personas. Los países de mayor población de la región (Brasil y México, junto a Colombia, Argentina, Venezuela y Perú) concentrarán la mayor parte de este aumento; pero, en los países más pequeños este aumento también será significativo, especialmente a partir de 2025. Entre el 2025 y el 2050, entre un quinto y un cuarto del incremento de la población adulta mayor se producirá en estos países.

En la actualidad, el envejecimiento se presenta a una velocidad mayor que la experimentada históricamente por los países desarrollados. La población adulta mayor crecerá a un ritmo de 3,5 % en el período 2020-2025, tres veces más rápidamente que el índice de crecimiento de la población total.

Los mayores incrementos se darán en países que no muestran en la actualidad los más altos porcentajes de personas mayores de 60 años, como es el caso de Brasil, México y República Dominicana; pero, en países como Honduras y Paraguay, esta población crecerá incluso a tasas superiores a 4% entre 2000 y 2025.

El proceso generalizado de envejecimiento de las estructuras demográficas de los países responde a tendencias demográficas históricas. La substancial disminución de la mortalidad —especialmente infantil— ocurrida en América Latina y el Caribe en la década de 1950, hizo que la esperanza de vida se extendiera, en promedio, en 18 años entre 1950 y 1990. Un segundo gran cambio demográfico,

observado desde mediados de los años sesenta y comienzos de los setenta, fue la drástica reducción de la fecundidad en la mayoría de los países.

Estos hechos tuvieron un significativo impacto en la estructura por edades de la población, cuya clara expresión constituye el paulatino aumento de los adultos mayores. Como estos procesos se dieron de manera diferenciada en cada país de la región, sus efectos sobre la composición por edades reflejan situaciones bastante heterogéneas. El proceso de envejecimiento demográfico implica un cambio en la estructura por edades y, consecuentemente, en las relaciones cuantitativas entre los diversos grupos de población (niños, jóvenes, adultos y adultos mayores).

Por ese motivo, y en relación con nuestro reformado sistema jurídico mexicano en el campo de los derechos humanos y fundamentales, que tuviera lugar el diez de junio del año dos mil once, debe existir, no solo instrumentos jurídicos nacionales o convencionales que permitan garantizar de manera efectiva dichas prerrogativas constitucionales, sino una adecuada aplicación del marco legal aludido, acorde a la interpretación que más favorezca a las personas; en este caso, a las personas adultas mayores en circunstancias de vulnerabilidad.

En otro orden, las personas adultas mayores, en general, todas aquellas alojadas en asilos para ancianos son un grupo vulnerable, pues no cabe duda de que la disminución y deterioro de sus capacidades físicas y mentales los coloca en estado de desventaja y desigualdad para afrontar de manera independiente las situaciones exigidas para su sobrevivencia, en el aspecto social, económico, político, cultural, familiar o de género. De igual manera, están expuestas a otras situaciones, como son conductas riesgosas y situaciones sociales contingentes. Es importante señalar que, tanto en el caso de las situaciones riesgosas, como de las segundas, las personas adultas mayores no siempre son responsables o no siempre tienen las capacidades o habilidades para influir o modificar tales circunstancias o condiciones.[4]

2.2. Vulnerabilidad del adulto mayor

En este sentido, es pertinente hacer mención del significado de la palabra vulnerabilidad. Al respecto, Diego Sánchez González y Carmen Egea Jiménez, señalan:

---

[4] Caro, Elizabeth, "La vulnerabilidad social como enfoque de análisis de la política de asistencia social para la población adulta mayor en México", Ponencia presentada en el Simposio Viejos y Viejas Participación, Ciudadanía e Inclusión Social, 51 Congreso Internacional de Americanistas, CEPAL, Santiago de Chile, 14 a 18 de julio de 2003, p. 1, *https://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/9/12939/EPS9_ecaro.pdf*

> Desde una perspectiva general, el término de "vulnerabilidad" se identifica con fragilidad y/o escasa capacidad de defensa ante riesgos inminentes. Así, se puede decir que una persona "está muy vulnerable" o que ante una situación complicada e inesperada alguien con reducida capacidad de respuesta "es vulnerable". De esta manera, la vulnerabilidad está relacionada con la capacidad que una persona, grupo o comunidad tenga para advertir, resistir y recuperarse de un riesgo próximo. En sentido etimológico, el término "vulnerable" expresa la susceptibilidad o probabilidad de ser herido, recibir daño o ser afectado por alguna circunstancia adversa.[5]

Para la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), la vulnerabilidad es el resultado de la exposición a riesgos, aunado a la incapacidad para enfrentarlos y la inhabilidad para adaptarse activamente.

De estas definiciones, podemos sustraer diversos elementos característicos de la vulnerabilidad, como lo son: 1) existencia de riesgos externos a la persona, grupo o comunidad; 2) proximidad entre ellos; 3) posibilidad de evitarlos; 4) capacidad y mecanismos para superar los efectos de esos riesgos; 5) situación final resultante, una vez enfrentadas las consecuencias de la actuación de dichos riesgos.[6]

De igual manera, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en Tesis Aislada, en interpretación de las Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables, adoptadas en la Declaración de Brasilia, en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de marzo del año 2008, en cuanto al estado de vulnerabilidad de los adultos mayores, consideró lo siguiente:

> …si bien la edad de las personas puede constituir una causa para estimar que se encuentran en estado de vulnerabilidad, lo cierto es que la edad juega un doble papel al momento de considerar quiénes son las personas que deben considerase vulnerables, pues así como se considera que la mínima edad es determinante para actualizar la vulnerabilidad de las personas, también se considera que el envejecimiento, propio de una edad avanzada, puede colocar a las personas en ese estado; no obstante, se debe tener en consideración que en el caso de los niños, niñas y adolescentes, la edad por sí sola es suficiente para estimar que están en un estado de vulnerabilidad que debe tenerse en consideración cuando éstos acceden a la justicia, pues por su falta de madurez física y mental requieren una protección legal reforzada; sin embargo, cuando la edad opera a la inversa y provoca un envejecimiento en las personas, ello por sí solo no es suficiente para estimar que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, pues esto sólo acontece cuando la persona adulta mayor encuentra especiales dificultades en razón de sus capacidades funcionales para ejercitar sus derechos; de ahí que la simple circunstancia

---

5 Sánchez González, Diego y Carmen Egea Jiménez. "Enfoque de vulnerabilidad social para investigar las desventajas socioambientales. Su aplicación en el estudio de los adultos mayores", *Papeles de Población.* vol. 17, núm. 69, 2011, pp. 156-157, *http://www.scielo.org.mx/pdf/pp/v17n69/v17n69a6.pdf*

6 *Ibidem,* p. 158.

> de ser un adulto mayor, no necesariamente implica que la persona se encuentre en un estado de vulnerabilidad.[7]

En cambio, debe tomarse en consideración que en el caso de los niños, niñas y adolescentes, la edad, por sí sola, se considera suficiente para estimar que están en un estado de vulnerabilidad que debe tenerse en consideración cuando estos acceden a la justicia. Situación que resulta lógica; en tanto que, como se reconoce en la Convención sobre los Derechos del Niño, estos, por su falta de madurez física y mental, requieren una protección legal reforzada.

Ahora bien, cuando la edad opera a la inversa y provoca un envejecimiento en las personas, por sí sola no es suficiente para estimar que esas personas se encuentran en una situación de vulnerabilidad; pues, ello solo acontece cuando la persona adulta mayor encuentra especiales dificultades en razón de sus capacidades funcionales para ejercitar sus derechos o actividades cotidianas.

De ahí que sea válido señalar que la simple circunstancia de ser un adulto mayor no necesariamente implica que la persona se encuentre en un estado de vulnerabilidad; pues, en nuestra sociedad existen personas mayores de sesenta años que aún gozan de buena salud física y mental, y que, por tanto, tienen la posibilidad de realizar sus actividades de forma independiente.

Cabe mencionar que, si bien el envejecimiento de las personas en algunos casos puede conducir a considerar que se trata de un grupo vulnerable, debe dejarse en claro que el envejecimiento no necesariamente conduce a un estado de vulnerabilidad, y que, cuando ello acontece, es necesario advertir que la vulnerabilidad puede obedecer a diversos aspectos, como la disminución de la capacidad motora y la disminución de la capacidad intelectual, que a su vez puede conducir a una discriminación social, familiar, laboral y económica.

Ello acontece, generalmente, cuando las personas adultas mayores están alojadas en asilos para ancianos; pues, dichos establecimientos enmarcan un ambiente totalmente dependiente, puesto que la mayoría enfrenta problemas económicos, de trabajo, de seguridad social y de maltrato, que los coloca en desventaja respecto del resto de la población.

2.3. El cuidado familiar del adulto mayor

La familia, integrada por un grupo de personas cuyo parentesco deriva de lasos consanguíneos y de afinidad, debe considerarse como el núcleo de toda sociedad,

---

[7] Tesis: 1a. CXXXIII/2016, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 29, abril de 2016, t. II, p. 1103.

en la que se gestan valores éticos y morales de cada uno de sus miembros; por tanto, si aquel grupo no cumple con una debida formación en cuanto a valores y principios, es obvio que, al tratase de obligaciones legales y morales de dichos miembros, las personas en desventaja, como lo son las personas adultas mayores, se verán afectados en cuanto al apoyo para satisfacer sus necesidades.

En ese esquema, y de acuerdo con el INEGI, para el año 2016, el 20% de las personas de 60 años o más ha sido víctima de algún delito; y la prevalencia de la violencia contra las mujeres mayores es de 56.6%. La Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (CEAV) evidenció que, entre 2010 y 2015, 2 millones 549 mil personas fueron víctimas de violencia sexual; de las cuales, 7.1% eran personas mayores. En tanto que, la Encuesta Nacional de Envejecimiento de la UNAM (2015) subraya que la violencia contra ese grupo poblacional ocurre con mayor frecuencia en el hogar y es ejercida por la pareja, hijos e hijas, nietos y nietas u otros familiares del entorno cercano.

Cifras que reflejan que el adulto mayor en circunstancias de vulnerabilidad necesita de la tutela del derecho humano a una vida digna por parte del Estado mexicano; pues, la esperanza de dichos sujetos es ser asistidos y protegidos por sus propios hijos durante su vejez, y dicha expectativa se encuentra enmarcada en la fuerza social y cultural de la obligación filial para el caso del cuidado a los ancianos, como una obligación de los hijos, el cuidar a sus padres durante su vejez. Esto convierte el cuidado en una realidad para muchos ancianos, quienes no solo son cuidados por sus hijos, sino también reciben dicho cuidado en sus propios hogares.[8]

Al respecto, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en el trabajo denominado Derechos Humanos de las Personas Adultas Mayores,[9] afirma que las familias de las personas adultas mayores deberán proporcionar los satisfactores necesarios para su atención y desarrollo integral, para lo cual tendrán las siguientes obligaciones:

- Otorgar alimentos de conformidad con lo establecido en la legislación civil o familiar.
- Fomentar la convivencia familiar cotidiana, donde la persona mayor participe activamente, y promover, al mismo tiempo, los valores que incidan en sus necesidades afectivas, de protección y de apoyo.

---

8 Robles Silva, Leticia y Vázquez-Garnica, Elba Karina, "El cuidado a los ancianos: las valoraciones en torno al cuidado no familiar", *Texto & Contexto Enfermagem,* México, vol. 17, núm. 2, abril-junio, 2008, p. 226, *http://www.redalyc.org/pdf/714/71417202.pdf*

9 Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), *Los Derechos Humanos de las Personas Mayores, México*, 2018, *http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/27-DH-Adultos-Mayores.pdf*

– Evitar que alguno de sus integrantes cometa cualquier acto de discriminación, abuso, explotación, aislamiento, violencia y actos jurídicos que pongan en riesgo su persona, bienes y derechos.

Ahora bien, en contraposición, existen personas de la tercera edad que no son cuidados por sus hijos o cualquier otro familiar. En ese sentido, tienen dos opciones, vivir y resignarse en la soledad o recurrir principalmente a asilos, los cuales han representado, en nuestro país, la institución de cuidado de largo plazo con mayor presencia y arraigo cultural.

El asilo es un espacio destinado a los ancianos que generalmente no tienen hogar o son víctimas del abandono de su propia familia. Es un ámbito donde se les suele despojar de actividad, al ofrecer pocas o ninguna posibilidad de involucramiento en los diversos ámbitos de interacción, por ser espacios habitualmente estructurados por reglas estrictas.

Para Zolia Edith Hernández Zamora, la finalidad del asilo consiste esencialmente en agrupar y recluir a las personas adultas mayores, acompañado de una supervisión médica elemental. Insiste que la mayoría de dichas personas recluidas en los asilos mexicanos viven este encierro debido a que sus familiares los consideraron un estorbo en el marco de la vida familiar, a lo que se agregan, a veces, razones de tipo económico.[10]

Para muchas familias e incluso para el Estado mismo, es la opción ideal para albergar a personas de la tercera edad que, por su condición de dependencia total o parcial, requieren de atención especializada para la satisfacción de sus necesidades físicas primordiales, e incluso afectivas o emocionales; sin embargo, dichos centros asistenciales no siempre cuentan con las condiciones óptimas deseables, pues en muchas ocasiones el personal no cuenta con la debida instrucción o vocación para desempeñar su función; de igual manera, los recursos económicos o en especie aportados por el Estado o de particulares suelen ser insuficientes, sin perder de vista las condiciones físicas de las instalaciones de los inmuebles destinados para ello.

En ese contexto, el anciano es más vulnerable a la soledad y, al menos en el campo psicológico, puede producirle amargura, tristeza y susceptibilidad.

Por su parte, María Pía Barenys señala que las causas del incremento de las residencias de ancianos se deben estudiar en los cambios producidos en la transformación de las instituciones en la sociedad moderna, la nuclearización de la familia y la conversión de esta en unidad de consumo e intercambio con el exterior,

---

10 Hernández Zamora, Zoila Edith, "Cuidadores del adulto mayor residente en asilos", *Index de Enfermería,* Granada, vol. 15, núm. 52-53, 2006, p. 40, *http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-12962006000100009&lang=e*

la paulatina pérdida del poder adquisitivo de los pensionistas, el alargamiento de la esperanza de vida, la aparición de enfermedades que acarrean graves dependencias y que requieren atenciones y cuidados especializados, el incremento relativo y absoluto de la población anciana y los movimientos migratorios y el desarraigamiento que ello lleva consigo.[11]

En ese contexto, el Estado mexicano, de conformidad con la Constitución Política y tratados internacionales, se encuentra obligado a tutelar el derecho a una vida digna de las personas de la tercera edad, e interpretar la norma jurídica en lo que más les favorezca; pues, al ser vulnerables por habitar en un asilo para ancianos, se debe considerar que se trata de un grupo que merece ser tratado de una manera humanitaria y garantizarles su derecho a una vida digna, de acuerdo con su situación de dependencia.

En general, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos considera que:

> ninguna persona mayor podrá ser socialmente marginada o discriminada en ningún espacio público o privado por razón de su origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, 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 sus derechos o libertades.[12]

3. Dignidad humana

Cuando hablamos de dignidad humana, se alude a las situaciones o expectativas mínimas que debe tener todo ser humano como base para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, cuya obligación de respetarlos, protegerlos, promoverlos y garantizarlos no solo corresponde al Estado mexicano, sino es tarea de cada uno de nosotros, en la medida de nuestras posibilidades.

En relación con dicha proposición, Walter Arellano Hombelsberg, menciona que:

> …la dignidad humana es un valor universal que le confiere a los seres humanos una valía suprema en la naturaleza, y se establece igualmente como un límite de actuación de otros, entiéndase las demás personas o la autoridad; estos es, se trata de un espacio de valía excepcional e infranqueable que de ninguna manera debe ser invalidado o excedido.
>
> En ese mismo orden de ideas, la dignidad humana, como necesaria concepción teórica y práctica, es un valor intrínseco superior común a todos los seres humanos, que se

---

11 Pía Barenys, María, "Las residencias de ancianos y su significado sociológico", *Revista de Sociología,* Barcelona, núm. 40, 1992, p. 125, *https://papers.uab.cat/article/view/v40-barenys*

12 CNDH, *op cit.*, p. 13.

> descubre reflexivamente con base en su especial naturaleza que le corresponde como ente biológico, físico, psíquico y social; cuya materialización requiere además ser actualizada en cada circunstancia o situación de la vida con el objeto de identificarla, destacarla, preservarla y protegerla, en un plano de igualdad y sin condicionamientos o graduaciones de ninguna especie.[13]

De acuerdo con la anterior conceptualización de la dignidad humana, es evidente que la reforma constitucional gestada en junio del año 2011 tiene como finalidad primordial reconocer que toda persona cuenta con ese valor universal y que a nadie le es permitido sobrepasar esa aptitud, en beneficio de intereses particulares; pues, es algo innato al ser humano y se debe respetar esa libertad.

De igual forma, nuestro Máximo Tribunal de la Federación se ha pronunciado al respecto, al emitir diversas tesis jurisprudenciales de las cuales destaca la siguiente:

> Dignidad humana. Constituye un derecho fundamental que es la base de los demás derechos humanos reconocidos constitucional y convencionalmente**.** El principio de la dignidad humana, previsto por el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe considerarse como un derecho humano a partir del cual se reconocen: la superioridad de la persona frente a las cosas, la paridad entre las personas, la individualidad del ser humano, su libertad y autodeterminación, la garantía de su existencia material mínima, la posibilidad real y efectiva del derecho de participación en la toma de decisiones, entre otros aspectos, lo cual constituye el fundamento conceptual de la dignidad. Así, la superioridad del derecho fundamental a la dignidad humana se reconoce también en diversos instrumentos internacionales de los que México es Parte, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como la Declaración y Programa de Acción de Viena; de ahí que deba considerarse que aquél es la base de los demás derechos humanos reconocidos constitucional y convencionalmente.[14]

Dicho criterio federal, da cuenta de que el Estado mexicano, a través de órganos jurisdiccionales como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha preocupado por emitir resoluciones con fuerza obligatoria en pro de la salvaguarda de la dignidad humana; situación mínima con la que debe contar toda persona para garantizar el ejercicio de los demás derechos fundamentales. Cuando se trata de grupos vulnerables, debe atenderse con mayor énfasis, sin que de ninguna manera implique alguna contradicción al principio de universalidad, sino por el contrario se debe tomar en cuenta su situación de desventaja y vulnerabilidad.

---

13 Pardo Rebolledo, Jorge Mario y Osmar Armando CRUZ QUIROZ, *La opinión de los jueces reflexiones sobre los derechos humanos*. México, Ubijus, 2017 p. 55.

14 Tesis: I.10o.A.1 CS, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 54, mayo de 2018, t. III, p. 2548.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en la obra citada con antelación, en cuanto a la dignidad de las personas adultas mayores ha establecido que:

> En México todas las personas gozan de los mismos derechos humanos, los cuales se encuentran reconocidos tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como en los tratados internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano.
>
> Además de los derechos universales contenidos en esos ordenamientos, las personas mayores de 60 años gozan de la protección establecida en la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Los DH personas mayores FSC 2018.indd 3 7/13/18 11:29 AM 4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Recomendación 162 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los trabajadores de edad; el Protocolo de San Salvador; la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, y la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores.[15]

Es evidente que la presión internacional ha propiciado la promulgación de leyes en materia de protección de los derechos fundamentales de las personas adultas mayores por parte del Estado mexicano; sin embargo, no basta con la sola creación del orden normativo, sino que es necesario aplicar de manera efectiva y eficaz las políticas que sean necesarias para el cumplimiento de los objetivos en ellas contenidos y garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos de los adultos mayores.

4. El lanzamiento forzoso en materia civil

Se aborda el aspecto jurisdiccional, su interpretación y aplicación en torno a la ejecución de actos tendentes al lanzamiento de asilos para ancianos, como fuente externa de riesgo de este grupo vulnerable y de su derecho fundamental de dignidad humana.

Las doctrinas que tratan de este tipo de actuaciones judiciales se limitan a exponer que la condena al demandado de entregar y desocupar un bien inmueble sometido a un litigio, será de forma uniforme e indistinta, sin atender las condiciones de vulnerabilidad de una persona o grupo de personas. En ese tenor, José Ovalle Fabela, respeto al Código Federal de Procedimientos Civiles, menciona que:

> En relación con la sentencia que ordena entregar una cosa, hay que distinguir si esta es inmueble o mueble. Si el bien es inmueble, se debe proceder a poner en posesión del

---

15 Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), *op cit*. p. 3

> mismo a la parte que corresponda, practicando con este fin todas las diligencias conducentes (medios de apremio), que solicite el interesado (art. 525, párrafo primero)".[16]

Dicha concepción tradicionalista de la ejecución de las sentencias que deban restituir un bien inmueble, no contemplan o garantizan los derechos fundamentales de grupos en notoria desventaja, los que representan el sujeto pasivo, o sea, aquellas que deben desocupar el bien inmueble, sino que favorecen en absoluto el derecho de propiedad y la eficacia de la decisión judicial; circunstancia que, desde luego, debe ser superada a la luz de la interpretación amplia y extensiva de la dignidad humana de las personas adultas mayores, para lo cual deberá realizarse un ejercicio de ponderación entre los derechos en colisión.

Eduardo Pallares, dice que: "La diligencia de lanzamiento se entenderá con el ejecutado o en su defecto con cualquier persona de la familia, doméstico, portero o portera, agente de la policía o vecinos, pudiéndose romper la cerradura de la puerta si fuere necesario."[17]

Nuevamente, se presenta una concepción puramente normativista, la cual legitima el actuar del juez y del responsable de practicar la diligencia del lanzamiento, sin que exista el reproche jurídico o social de las repercusiones o consecuencias negativas que, en todo caso, pudieran afectar a las personas adultas mayores albergadas en un asilo para ancianos; en otras palabras, no existe la obligación de dichos funcionarios judiciales de adoptar medidas humanitarias y garantistas que garanticen esos derechos fundamentales.

Finalmente, Castrillón y Luna, al citar la doctrina italiana representa por Calamandrei, señala:

> …la declaración jurisdiccional de certeza individualiza la ley y elimina para siempre toda posibilidad legal de falta de certeza, o de discusión respecto de aquello que es el derecho del caso concreto; pero, una vez declarado cierto el mandato, es todavía posible que el mismo permanezca prácticamente sin ejecutar. Resuelto a través de la fase de jurisdicción (cognición) el problema de la certeza del derecho, queda abierto el problema de la ejecución práctica del derecho declarado cierto. Una vez que se ha llegado a la declaración oficial de certeza, puede ocurrir que la conducta del obligado se ajuste sin más a tal precepto, pero puede también ocurrir que la ejecución voluntaria no sea posible o que el obligado deliberadamente se niegue a obedecer el mandato ya indiscutible. En este caso el Estado asegura la observancia del derecho mediante la fase ulterior de la función jurisdiccional que se llama ejecución forzada.[18]

---

16 Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal Civil*, México, 10ª edición, Oxford, 2013, p. 322.
17 Pallares, Eduardo, *Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 1968, p. 570.
18 Castrillón y Luna, Víctor M., *Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 2014, p. 413.

Este último criterio enfatiza la efectividad de la certeza jurídica consignada en una decisión judicial; la cual, por incumplimiento del sentenciado u obligado, se implementan los mecanismos previstos en la ley, para que, de una manera forzosa se haga cumplir la entrega material del bien inmueble que es objeto de determinado proceso judicial, lo que significa que, al igual que los dos criterios anteriores, el legislador se ha preocupado por garantizar el derecho de propiedad por encima de cualquier otro, en el caso el derecho a un trato digno y garantizar los derechos fundamentales de los adultos mayores en circunstancias de vulnerabilidad.

De las anteriores posturas doctrinarias, se concluye que el procedimiento de ejecución en materia civil que condena a la entrega de un bien inmueble, se condiciona únicamente al incumplimiento por parte del sentenciado de entregar la cosa debida, conforme a las normas procesales civiles del Estado de México, específicamente la prevista en los artículos 2.178 y 2.324 del Código Procesal de la materia vigente en nuestra entidad; el cual, no considera el aspecto de vulnerabilidad de aquellos, sino es taxativo en cuanto a este tipo de condenas, debe entregarse al ejecutante de forma inmediata el inmueble que fue materia de litigio.

Situación que, por su naturaleza y las actuaciones que deben llevarse a cabo para su debido cumplimiento, sugieren actos de autoridad, cuyos efectos son de imposible reparación; es decir, al consumarse la ejecución de la condena, la situación jurídica y material en que se encontraba el demandado difícilmente puede ser restituida o resarcida.

En otras palabras, nuestra legislación procesal civil, vigente en el Estado de México, establece que los jueces están obligados a aplicar dicho ordenamiento jurídico, específicamente el párrafo tercero del artículo primero constitucional, así como el artículo 2.178 del Código Procesal, y que si la sentencia condena a la entrega de un bien inmueble, se procederá de forma inmediata a poner en posesión del mismo a quien corresponda, lo que significa que el derecho tutelado siempre será el de propiedad o posesión a favor de quien resulte vencedor, lo que implica, incluso, la adopción de medidas de apremio contempladas en el diverso precepto legal 1.124 del mismo cuerpo normativo, como el uso de la fuerza pública y rompimiento de cerraduras, sin soslayar que, en la práctica, participa personal extrajudicial como lo son las personas encargadas de sustraer los bienes; por ello, deben decretar lo conducente a fin de salvaguardar los derechos de las personas adultas mayores residente en asilos para ancianos.

Por ese motivo, es necesario que los juzgadores en materia civil del Estado de México interpreten la norma jurídica conforme a la Constitución y tratados internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano, y ejerzan un control difuso de convencionalidad que es una obligación que deben asumir y adoptar todas las medidas que estén a su alcance para lograr que sus sentencias se cumplan desde un enfoque humanitario.

5. Control de convencionalidad

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en diversos criterios o tesis, conforme al artículo 133 de nuestra Ley Suprema, ha sido constante en el sentido de que los tratados internacionales se encuentran jerárquicamente por debajo de la Constitución; sin embargo, de los casos emblemáticos suscitados en nuestro país y que han sido objeto de discernimiento por parte de tribunales internacionales, particularmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha establecido que nuestro sistema jurídico nacional puede ser objeto de control de regularidad convencional y se toma como parámetro el Pacto de San José, cuya disposición normativa "es el propio sustento fundamental para demandar la aplicación de los instrumentos internacionales de los derechos humanos ante todos los tribunales".[19]

Ferrer Mac-Gregor y Silva García, citados por Herrerías Cuevas,[20] nos dicen que los Tribunales Regionales cuentan con una autoridad de interpretación a la que voluntariamente se somete un Estado, frente a los tribunales constitucionales nacionales, derivado de la propia lógica de control jurisdiccional externo del Estado en ese ámbito. El condicionamiento jurídico del Estado y la creación de tribunales internacionales con las atribuciones de garantizar y proteger los derechos humanos internacionalmente reconocidos ha comenzado a gestar, en lo particular, un distinto entendimiento procesal del control de la actuación pública. Como señala Herrerías Cuevas:

> Si bien es verdad, que los tribunales constitucionales nacionales tienen cierta "primacía" sobre las sentencias regionales de derechos humanos, al ser estos quienes, en última instancia, deciden sobre los efectos concretos de los tratados internacionales y la jurisprudencia regional sobre derechos humanos en el orden jurídico interno, no puede perderse de vista que la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana, sobre la cual el Estado mexicano aceptó su competencia para resolver e interpretar, ha reconocido que el control de convencionalidad no solo lo realiza la Corte, sino que deben ser los propios operadores jurídicos, y en especial los juzgadores, los propios intérpretes de la normativa nacional, conforme a los parámetros de la jurisprudencia y el criterio Pro Persona.[21]

En ese contexto, el Estado mexicano contrajo compromisos concretos en materia de derechos fundamentales mediante la firma de diversos instrumentos internacionales. Destaca que en el año de 1981 se adhirió a la Convención Americana

---

19 Herrerías Cuevas, Ignacio Francisco, *Control de Convencionalidad y efectos de la sentencias,* México, Editorial UBIJUS, 2012, p. 49.

20 Ferrer Mac-Gregor y Silva García, Fernando, *El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* México, Porrúa, 2009, pp. 39-40. Citado por Herrerías Cuevas, *op. cit.*, p. 49.

21 Herrerías Cuevas, *op. cit.*, pp. 49-50.

de Derechos Humanos, y con fecha 16 de diciembre de 1998, este aceptó el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y se establece como obligatoria de plano derecho la interpretación o aplicación de dicha convención; compromiso que aplicó que la promoción y protección de los derechos deberían ser el eje central de un sistema democrático, así como indicador de bienestar y de gobernabilidad.

Afortunadamente, existe una postura legal que permite cumplir con dichos compromisos, en particular con las sentencias emitidas por la Corte Interamericana; que, sin lugar a dudas, deben ser adoptadas plenamente en nuestro sistema constitucional, para hacer frente a los rezagos existentes, los cuales derivan, entre otros, de la falta de armonización entre el Derecho internacional consuetudinario y el Derecho interno.[22]

Ahora bien, en el terreno práctico, cobran gran importancia los casos presentados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus respectivas sentencias, en relación con el control de convencionalidad. Para lo cual, en este espacio mencionaremos dos en particular; por un lado, el caso *Las Palmeras vs. Colombia;* y, por el otro, el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*.

El primer caso, en sus párrafos 32 y 33,[23] se estableció lo siguiente:

> 32. La Convención Americana es un tratado internacional según el cual los Estados Partes se obligan a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Convención prevé la existencia de una Corte Interamericana para "conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación" de sus disposiciones (artículo 62.3).
>
> Cuando un Estado es Parte de la Convención Americana y ha aceptado la competencia de la Corte en materia contenciosa, se da la posibilidad de que ésta analice la conducta del Estado para determinar si la misma se ha ajustado o no a las disposiciones de aquella Convención aun cuando la cuestión haya sido definitivamente resuelta en el ordenamiento jurídico interno. La Corte es asimismo competente para decidir si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad.
>
> 33. Para realizar dicho examen la Corte interpreta la norma en cuestión y la analiza a la luz de las disposiciones de la Convención. El resultado de esta operación será siempre un juicio en el que se dirá si tal norma o tal hecho es o no compatible con la Convención Americana. Esta última sólo ha atribuido competencia a la Corte para determinar la compatibilidad de los actos o de las normas de los Estados con la propia Convención, y no con los Convenios de Ginebra de 1949.

---

22 *Ibidem*, pp. 71-72.

23 Caso las Palmeras vs. Colombia, sentencia de 4 de febrero de 2000, párrs. 32 y 33, *http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=242&lang=es*

Por ello, la Corte decide admitir la tercera excepción preliminar interpuesta por el Estado.

El segundo caso, en sus párrafos 123 y 124,[24] se consignó lo siguiente:

> 123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.
>
> 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Respecto de los casos del Estado mexicano, deben destacarse los casos *Castañeda Gutman*[25] y *Radilla Pacheco*.[26] Así, el primero de ellos, en su párrafo 132, consagra lo siguiente:

> 132. La Corte ha sostenido en reiteradas ocasiones, que todo estado parte de la Convención ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. También ha afirmado que los Estados deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental. **La**

---

24 Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrs 123 y 124, *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf*

25 Caso Castañeda Gutman vs. México, Sentencia de 6 de agosto de 2008, párrs. 132, *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf*

26 Caso Radilla Pacheco vs. México, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párrs 247, 338 y 339, *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf*

> **obligación contenida en el artículo 2 de la Convención reconoce una norma consuetudinaria que prescribe que, cuando un Estado ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interior las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones internacionales asumidas…** (subrayado nuestro).

Finalmente, y, quizá, el caso más emblemático y conocido en contexto nacional, en sus artículos 247, 338 y 339, dispone:

> 247. La ley interna debe organizar el proceso respectivo de conformidad con la Convención Americana. La obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales comprende el texto constitucional y todas las disposiciones jurídicas de carácter secundario o reglamentario, de tal forma que pueda traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos.
>
> (…)
>
> 338. Para este Tribunal, no solo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a los contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.
>
> 339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a explicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del apartado del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. **En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad"** *ex oficio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (subrayado nuestro).

Es evidente que en el contexto de las disposiciones de orden internacional citadas, el Estado mexicano, al firmar y ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos y aceptar la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, se encuentra obligado a acatar su jurisprudencia, máxime si se resuelven casos suscitados en su territorio, sin soslayar que en los casos en que no sea parte, deberán ser criterios de orientación; por lo que, si alguna autoridad, en el ámbito de su competencia, advierte alguna disposición contraria a salvaguardar los derechos

humanos de las personas contenidos en disposiciones de índole internacional, deberá ejercer un control de convencionalidad.

Sumado a ello, es importante destacar que, de acuerdo a las facultades de los órganos que imparten justicia en nuestro país, esto es a nivel federal y local, debe precisarse el tipo de control de constitucional o convencional que puede ejercer cada uno de ellos, para lo cual se inserta un cuadro comparativo propuesto por Júpiter Quiñonez Domínguez:[27]

Tipo de control	Órgano y medios de control	Fundamento constitucional	Posible resultado	Forma
Concentrado	Poder Judicial de la Federación (tribunales de amparo: a) Controversias constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad. b) Amparo directo. c) Amparo indirecto.	105 fracciones I y II. 103, 107, fracción VII 103, 107 fracción IX	Declaración de inconstitucionalidad con efectos generales o interpartes. No hay declaratoria de inconstitucionalidad.	Directa
Control por determinación constitucional específica	a) Tribunal Electoral en juicio de revisión constitucional electoral de actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades electorales locales en organización y calificación de comicios o controversias en los mismos. b) Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.	Art 41, fracción VI	No hay declaración de inconstitucionalidad.	Directo o incidental

27 Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Uribe Arzate, Enrique, *Derecho Procesal Constitucional Local, Nuevas expresiones a la luz del paradigma de los derechos humanos, una guía práctica*, México, Editorial Porrúa, 2014, pp. 54-55.

Tipo de control	Órgano y medios de control	Fundamento constitucional	Posible resultado	Forma
Difuso	a) Resto de los Tribunales. b) Federales: Juzgados de Distrito y Tribunales Unitarios de Proceso Federal y Tribunales Administrativos. Locales judiciales, administrativos y electorales.	1º., 133, 104 y derechos humanos en tratados 1º., 133, 110 y derechos humanos en tratados.	No hay declaración de inconstitucionalidad, solo inaplicación.	Incidental
Interpretación más favorable	Todas las autoridades del Estado mexicano.	Artículo 1º y derechos humanos en tratados.	Solamente interpretación aplicando la norma más favorable a las personas sin inaplicación o declaración de inconstitucionalidad.	Fundamentación y motivación

Al respecto, nuestro más alto Tribunal de la Federación en la tesis de jurisprudencia P. LXIX/2011, publicada en el mes de diciembre de 2011, ha establecido los pasos a seguir por las autoridades del fuero común para ejercer el control de convencionalidad; los que a continuación se precisan: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país —al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano—, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, y favorecer en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, parte de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.[28]

[28] Tesis P. LXIX/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, t. 1, diciembre de 2012, p. 552.

5.1. Obligación de ejercer un control de convencionalidad

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo directo en revisión 1672/2014, en sesión de quince de abril de dos mil quince, determinó el contenido y alcances de la protección especial de los adultos mayores, al precisar que, si bien no existe en la actualidad un instrumento internacional o regional específico sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores de sesenta años (a diferencia de lo que ocurre con otros grupos sociales, como mujeres, niños y más recientemente, personas con discapacidad), son muchos los que incorporan disposiciones que reconocen expresa o implícitamente sus derechos.

En efecto, es importante mencionar que, a pesar de que en Washington, DC., Estados Unidos, el quince de junio de dos mil quince, se adoptó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (A-70), en el marco del sistema internacional de la Organización de los Estados Americanos (OEA), misma que entró en vigor el once de enero de dos mil diecisiete; sin embargo, el Estado mexicano no ha firmado, ni mucho menos ratificado, dicho instrumento interamericano.

Esta dispersión normativa se atribuye, en buena medida, a que el contexto en el que los tratados internacionales en cuestión fueron elaborados, no estaba marcado aún por el cambio demográfico que vivimos hoy; como se mencionó en el apartado correspondiente de este trabajo (personas adultas mayores en México), en donde el número total de personas mayores de sesenta años supera los setecientos millones a nivel mundial. De esta manera, ha sido primordialmente a través de la interpretación realizada por los órganos de control de dichos instrumentos que ha evolucionado y se ha enriquecido el consenso normativo sobre la protección de la denominada tercera edad.

La Primera Sala precisó que la primera referencia normativa a las personas mayores como un grupo que requiere una especial protección se encuentra en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Esta disposición contempla su amparo, aunque de forma indirecta y limitada a través de la seguridad social y el derecho a un nivel de vida adecuado. De manera similar, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece "el derecho de toda persona a la seguridad", en el que de forma implícita se reconoce el derecho a las prestaciones durante la ancianidad.

Ahora bien, el primer tratado internacional, en el marco de Naciones Unidas, en afirmar explícitamente a la edad como factor de discriminación fue la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés). Le siguió la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que incluyó específicamente el derecho al acceso

a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad (artículo 13) y la protección frente a cualquier forma de explotación, violencia y abuso, teniendo en cuenta la edad, el género y la discapacidad (artículo 16).

A pesar de todo, se precisó que la más alta expresión de los contenidos normativos mínimos de los derechos de los adultos mayores, a nivel internacional en el sistema universal, está en los Principios de las Naciones Unidas a favor de las Personas de Edad, aprobados por la Asamblea General el dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y uno, mediante la resolución 46/91. Concebidos como el marco de acción para la integración de un enfoque de derechos humanos en las políticas nacionales e internacionales sobre el envejecimiento. Dichos principios se agrupan en cinco categorías principales: independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad. Es precisamente en la categoría de cuidados y dignidad, en donde se establece que las personas de edad deberán tener acceso a servicios sociales y jurídicos que les aseguren mayores niveles de autonomía, protección y cuidado.

Por su parte, en el sistema Interamericano, la máxima referencia es el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en su artículo 17,[29] consigna explícitamente a los derechos de las personas mayores, en los términos siguientes:

> Artículo 17. Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal contexto, los estados Parte se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a:
>
> A) Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada, a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas.
>
> B) Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades, que respete su vocación o deseos.
>
> C) Estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.

Así, el Protocolo de San Salvador reconoce una protección genérica a los adultos mayores en el contexto de los derechos sociales, económicos y culturales. En este sentido, el instrumento enuncia y desarrolla derechos categoriales, es decir, propios de determinadas categorías que abarcan a un colectivo de personas. Ade-

---

[29] Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", 1998, *http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/PI2.pdf*

más de los derechos de los ancianos, el Protocolo se refiere a los derechos de la niñez y de las personas con discapacidad. Al respecto, los Estados se comprometen a desarrollar su legislación social sobre la base de que todos los seres humanos tienen derecho de alcanzar su bienestar material y espiritual, garantizar las condiciones que hagan posible una vida sana, productiva y digna.

De igual forma, las sentencias pronunciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos resultan vinculantes para el Estado mexicano, con independencia de que este haya sido parte o no en el litigio; pues, como lo establece el criterio jurisprudencial P./J. 21/2014, publicado en el mes de abril de 2014, la causa de dicha vinculación deriva del criterio pro persona consagrado en el artículo 1° del Pacto Federal, pues obliga a todos los jueces nacionales a decidir los conflictos de acuerdo a la interpretación que más favorezca a la persona, por ende, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente:

> (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos. [30]

Ahora, en relación con el caso de los adultos mayores en circunstancias de vulnerabilidad, resalta la dictada el día 8 de marzo de 2018, en el caso *Poblete Vilchis y Otros vs Chile;* pues, conforme al comunicado de la propia instancia internacional del día 21 de junio de 2018, "la corte se pronunció por primera ocasión respecto *el derecho a la salud* de manera autónoma, como parte integrante los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) en interpretación del artículo 26 de la Convención, así como respecto a los derechos de las personas mayores."[31]

A nivel nacional, la Ley de los Derechos de las Personas Mayores,[32] reconoce como derechos humanos de las personas de la tercera edad, los que a continuación se precisan:

> Artículo 5o. De manera enunciativa y no limitativa, esta Ley tiene por objeto garantizar a las personas adultas mayores los siguientes derechos:

---

30 Tesis P./J. 21/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. 1, abril de 2014, p. 204.

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Poblete Vilchis y Otros vs. Chile,* Comunicado, Corte IDH_CP-24/18 Español, San José, Costa Rica 2018.

32 Ley de los Derechos de las Personas Mayores, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 30/04/2002, última reforma del 24/06/2009, *http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/pdf/wo83123.pdf*

I. De la integridad, dignidad y preferencia:

a. A una vida con calidad. Es obligación de las Instituciones Públicas, de la comunidad, de la familia y la sociedad, garantizarles el acceso a los programas que tengan por objeto posibilitar el ejercicio de este derecho.

b. Al disfrute pleno, sin discriminación ni distinción alguna, de los derechos que ésta y otras leyes consagran.

c. A una vida libre sin violencia.

d. Al respeto a su integridad física, psicoemocional y sexual.

e. A la protección contra toda forma de explotación.

f. A recibir protección por parte de la comunidad, la familia y la sociedad, así como de las instituciones federales, estatales y municipales.

g. A vivir en entornos seguros dignos y decorosos, que cumplan con sus necesidades y requerimientos y en donde ejerzan libremente sus derechos.

II. De la certeza jurídica:

a. A recibir un trato digno y apropiado en cualquier procedimiento judicial que los involucre, sea en calidad de agraviados, indiciados o sentenciados.

b. A recibir el apoyo de las instituciones federales, estatales y municipales en el ejercicio y respeto de sus derechos.

c. A recibir asesoría jurídica en forma gratuita en los procedimientos administrativos o judiciales en que sea parte y contar con un representante legal cuando lo considere necesario.

d. En los procedimientos que señala el párrafo anterior, se deberá tener atención preferente en la protección de su patrimonio personal y familiar y cuando sea el caso, testar sin presiones ni violencia.

III. De la protección de la salud, la alimentación y la familia:

a. A tener acceso a los satisfactores necesarios, considerando alimentos, bienes, servicios y condiciones humanas o materiales para su atención integral.

b. A tener acceso preferente a los servicios de salud, de conformidad con el párrafo tercero del artículo 4o. Constitucional y en los términos que señala el artículo 18 de esta Ley, con el objeto de que gocen cabalmente del derecho a su sexualidad, bienestar físico, mental y psicoemocional.

c. A recibir orientación y capacitación en materia de salud, nutrición e higiene, así como a todo aquello que favorezca su cuidado personal.

d. A desarrollar y fomentar la capacidad funcional que les permita ejecutar sus tareas y desempeñar sus roles sociales.

Las familias tendrán derecho a recibir el apoyo subsidiario de las instituciones públicas para el cuidado y atención de las personas adultas mayores.

IV. De la educación:

a. A recibir de manera preferente el derecho a la educación que señala el artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de conformidad con el artículo 17 de esta Ley.

b. Las instituciones educativas, públicas y privadas, deberán incluir en sus planes y programas los conocimientos relacionados con las personas adultas mayores; asimismo los libros de texto gratuitos y todo material educativo autorizado y supervisado por la Secretaría de Educación Pública, incorporarán información actualizada sobre el tema del envejecimiento y las personas adultas mayores.

V. Del trabajo y sus capacidades económicas:

A gozar de igualdad de oportunidades en el acceso al trabajo o de otras opciones que les permitan un ingreso propio y desempeñarse en forma productiva tanto tiempo como lo deseen, así como a recibir protección de las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y de otros ordenamientos de carácter laboral.

A ser sujetos de acciones y políticas públicas de parte de las instituciones federales, estatales y municipales, a efecto de fortalecer su plena integración social.

VI. De la asistencia social:

a. A ser sujetos de programas de asistencia social en caso de desempleo, discapacidad o pérdida de sus medios de subsistencia.

b. A ser sujetos de programas para contar con una vivienda digna y adaptada a sus necesidades.

c. A ser sujetos de programas para tener acceso a una casa hogar o albergue, u otras alternativas de atención integral, si se encuentran en situación de riesgo o desamparo.

VII. De la participación:

a. A participar en la planeación integral del desarrollo social, a través de la formulación y aplicación de las decisiones que afecten directamente a su bienestar, barrio, calle, colonia, delegación o municipio.

b. De asociarse y conformar organizaciones de personas adultas mayores para promover su desarrollo e incidir en las acciones dirigidas a este sector.

c. A participar en los procesos productivos, de educación y capacitación de su comunidad.

d. A participar en la vida cultural, deportiva y recreativa de su comunidad.

e. A formar parte de los diversos órganos de representación y consulta ciudadana.

VIII. De la denuncia popular:

Toda persona, grupo social, organizaciones no gubernamentales, asociaciones o sociedades, podrán denunciar ante los órganos competentes, todo hecho, acto u omisión que produzca o pueda producir daño o afectación a los derechos y garantías que establece la presente Ley, o que contravenga cualquier otra de sus disposiciones o de los demás ordenamientos que regulen materias relacionadas con las personas adultas mayores.

IX. Del acceso a los Servicios:

a. A tener una atención preferente en los establecimientos públicos y privados que prestan servicios al público.

b. Los servicios y establecimientos de uso público deberán implementar medidas para facilitar el uso y/o acceso adecuado.

c. A contar con asientos preferentes en los establecimientos que prestan servicios al público y en los servicios de autotransporte de pasajeros.

En ese orden de ideas, los juzgadores del Estado de México, cuando estén involucrados adultos mayores, deben cumplir con los parámetros mínimos requeridos para salvaguardar los derechos fundamentales de estas personas, conforme al artículo 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), el artículo 25 párrafo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores; y deberán dictar alguna medida adicional para garantizar su derecho a una vida digna, así como a la alimentación, vivienda, salud, atención médica y al respeto

de su integridad física, mental y emocional; como por ejemplo, en caso necesario precisar alguna institución pública o privada a la que puedan ser trasladados en el supuesto de que los encargados del asilo o sus familiares no se hicieran responsables de estos.

En esas condiciones, los artículos 2.157 y 2.158, en relación con los diversos 1.124, fracciones II y III; 2.178; y 2.324, del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, se deberá realizar una interpretación conforme con apego a las disposiciones nacionales e internacionales y ejercer un control de convencionalidad, particularmente en relación con el artículo 2.178 del cuerpo normativo en mención, cuando se impone a las partes la obligación de entregar la posesión de un bien inmueble de forma inmediata a quien corresponda.

En congruencia con ello, el Juez Civil del Estado de México, para cumplir cabalmente con su obligación de respetar, promover, garantizar y proteger los derechos humanos de las personas, específicamente personas adultas mayores residentes en asilo para ancianos, debe,, en primer término, detectar o advertir la situación de vulnerabilidad de las personas adultas mayores que se encuentren en asilos para ancianos, misma que debe quedar plenamente evidenciada en las constancias del expediente; posteriormente, si dicta una sentencia condenatoria en el que el objeto sea la desocupación y entrega de dicho bien, debe realizar un control de convencionalidad, respecto de los artículo 2.178 y 2.324 de Código de Procedimientos Civiles, en relación con el artículo 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), el artículo 25 párrafo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, y observar en todo momento la metodología establecida en la tesis P. LXIX/2011, publicada en el mes de diciembre de 2011, en el Semanario Judicial de la Federación.

En esa tesitura, el juez civil mexiquense deberá realizar una interpretación conforme en sentido amplio; o sea, interpretar el artículo 2.178 a la luz de las disposiciones internacionales mencionadas, decretar las medidas que garanticen a las personas adultas mayores instalaciones adecuadas en caso de que los encargados del asilo o familiares de las personas adultas mayores no se hicieran responsables, así como alimentación y atención médica especializada. Para lo cual, en ejercicio de su potestad, podrá solicitar, a las instalaciones públicas necesarias, el apoyo para llevar a cabo la diligencia en que se haya ordenado la desocupación del inmueble sin vulnerar esas prerrogativas.

Dicha interpretación conlleva el decreto de medidas a favor de las personas adultas mayores en situaciones de vulnerabilidad, para no afectar de ninguna manera el derecho de posesión y/o propiedad de la parte a quien debe restituirse el bien inmueble en controversia; por lo que, con dicha interpretación no hay nece-

sidad de realizar una interpretación en sentido estricto, ni mucho menos inaplicar las preceptos legales invocados del código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado de México.

5.2. Personas adultas mayores y su derecho a una vida digna, deben recibir un trato especial por parte de los jueces civiles en lanzamientos

Expuesto lo anterior, es indudable que la persona de la tercera edad, por su condición de vulnerabilidad, es susceptible de riesgos latentes de cualquier índole; más aún, si ese riesgo lo constituye una orden de desocupación de los llamados asilos para ancianos.

Las instituciones del Estado, particularmente los jueces civiles del Estado de México deben desplegar su función jurisdiccional desde una visión humanitaria y garantizar a este grupo desprotegido su derecho a una vida digna; pues, se reitera que, por el solo hecho de estar alojados en un asilo, implica que ese grupo es víctima de abandono familiar, abusos por personas extrañas, carecen de amor, son vistos como una carga, son discriminados y su esperanza de vida se recorta.

La problemática de los adultos mayores es muy compleja y para resolverla existen instituciones especializadas a nivel federal, como es el caso del Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores (INAPAM); la propia Secretaria de Desarrollo Social, que es cabeza de sector del INAPAM; y otras que tienen áreas específicas de atención, como sería el caso de la Secretaría de Salud (SS), el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), Desarrollo Integral de la Familia (DIF), el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH).[33]

De reciente aprobación, el 11 de junio de 2003, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación crea el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED); el cual, es una instancia que, dada la condición de vulnerabilidad de los adultos mayores, tiene la facultad para desarrollar acciones que posibiliten la instrumentación de medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades para las personas mayores de 60 años, así como el de recibir denuncias por discriminación por motivos de edad, entre otros, sea de particulares o funcionarios federales.

En términos del artículo 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y

---

[33] Romero Ruvalcaba, José Tomás, "Discriminación y adultos mayores: un problema mayor", *El Cotidiano,* México, núm 134, noviembre-diciembre, 2005, pp. 56-63, h*ttp://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32513408*

Culturales (Protocolo de San Salvador), en relación con el artículo 1° constitucional y el 3° de la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, el Estado mexicano se obligó a proteger los derechos de las personas consideradas adultos mayores, que son aquellas que cuentan con sesenta años o más de edad, que en estadísticas del INEGI al año 2012 representaban un poco más de 10'000,000 de la población mexicana; lo que implica que sean altas las probabilidades de que figuren como parte actora, demandada, inculpada o víctima de algún delito, y eventualmente acceder a la justicia de la Unión. De ahí la importancia de conocer sus derechos internacionales y nacionales para garantizar a este grupo consideraciones especiales.

Los juzgadores y juzgadoras del Poder Judicial de la Federación, y desde luego a todas las autoridades mexicanas, deben centrar su atención en el derecho de acceso a la justicia de los adultos mayores, y señalar con especial énfasis las medidas transformativas que deben adoptarse, sean culturales, actitudinales, en la infraestructura física, o en el contenido de los procesos y decisiones de las autoridades, para que se ejerzan en igualdad de condiciones que el resto de la población, lo que dará pauta al gocen y ejercicio pleno de todos los demás derechos.[34]

6. Conclusiones

Sin lugar a duda, no toda persona adulta mayor, por el solo hecho de su edad puede considerarse como vulnerable.

Situación que debe considerar el juzgador mexiquense en materia civil al emitir sus decisiones en ejecución de sentencia; máxime, si advierte precisamente esas circunstancias de vulnerabilidad de las personas adultas mayores. Pues, aplicar la ley, particularmente el artículo 2.178 en relación con el 2.324 del Código de Procedimientos Civiles de nuestra Entidad, de manera uniforme e igualitaria, implicaría la no observancia de nuestro sistema neoconstitucionalista; mismo que es de carácter obligatorio a la luz de la reforma constitucional que tuvo lugar el diez de junio de dos mil once.

Por ello, es necesario que las autoridades del Estado mexicano, especialmente los jueces civiles en materia Civil en el Estado de México, asuman dicha obligación constitucional y ejerzan un control de convencionalidad, interpretar y aplicar

---

[34] Martínez García, Jorge Sebastián; Morales Guzmán, Anabel y Jiménez Jiménez, Juan Manuel, "Adultos mayores. Para preservar sus derechos humanos deben recibir consideraciones especiales de las autoridades que procuran y administra justicia.", *Revista del instituto de la Judicatura Federal,* México, núm 40, 2015, pp. 132-133, *https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/view/31483/28469*

el orden jurídico local a la luz de los diversos ordenamientos nacionales e internacionales en lo que favorezca a las personas, con apego a los parámetros expuestos por nuestro más alto Tribunal de la Federación, en la tesis de jurisprudencia P. LXIX/2011, publicada en el mes de diciembre de 2011, en el Semanario Judicial de la Federación, misma que tiene que ver con dicha interpretación convencional.

7. Bibliohemerografía

Bibliografía

Castrillón y Luna, Víctor M., *Derecho Procesal Civil,* México, Porrúa, 2014.

Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Uribe Arzate, Enrique, *Derecho Procesal Constitucional Local, Nuevas expresiones a la luz del paradigma de los derechos humanos, una guía práctica,* México, Porrúa, 2014.

Herrerías Cuevas, Ignacio Francisco, *Control de convencionalidad y efectos de las sentencias,* UBIJUS, México, 2012.

Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal Civil,* México, 10ª edición, Oxford, 2013.

Pallares, Eduardo, *Derecho Procesal Civil,* México, Porrúa, 1968.

Pardo Rebolledo, Jorge Mario y Cruz Quiroz, Osmar Armando, *La opinión de los jueces reflexiones sobre los derechos humanos,* México, Ubijus, 2017.

Hemerografía

Hernández Zamora, Zoila Edith, "Cuidadores del adulto mayor residente en asilos", *Index de Enfermería,* Granada, vol. 15, núm. 52-53, 2006, pp. 40-44, *http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-12962006000100009&lng=es&tlng=es*

Martínez García, Jorge Sebastián, Morales Guzmán, Anabel y Jiménez Jiménez, Juan Manuel, "Adultos Mayores. Para preservar sus derechos humanos deben recibir consideraciones especiales de las autoridades que procuran y administran justicia", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal,* México, núm. 40, 2015, pp. 107-137, *https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/view/31483/28469*

Pía Barenys, María, "Las residencias de ancianos y su significado sociológico", *PAPERS: Revista de Sociología,* Barcelona, núm. 40, 1992, pp. 121-135, *https://papers.uab.cat/article/view/v40-barenys*

Robles Silva, Leticia y Vázquez-Garnica, Elba Karina, "El cuidado a los ancianos: las valoraciones en torno al cuidado no familiar", *Texto & Contexto Enfermagem*, Brasil, vol. 17, núm. 2, 2008, pp. 225-231. *http://www.redalyc.org/html/714/71417202/*

Romero Ruvalcaba, José Tomás, "Discriminación y adultos mayores: un problema mayor", *El Cotidiano,* México, núm. 134, noviembre-diciembre, 2005, pp. 56-63, http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32513408

Sánchez González, Diego y Egea Jiménez, Carmen, "Enfoque de vulnerabilidad social para investigar las desventajas socioambientales. Su aplicación en el estudio de los adultos mayores", *Papeles de Población.* Toluca, vol. 17 núm. 69, 2011, pp. 152-185, *http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252011000300006*

Documentos publicados en Internet

Caro, Elizabeth, "La vulnerabilidad social como enfoque de análisis de la política de asistencia social para la población adulta mayor en México", *Ponencia presentada en el Simposio Viejos y Viejas Participación, Ciudadanía e Inclusión Social, 51 Congreso Internacional de Americanistas*, CEPAL, Santiago de Chile, 14 a 18 de julio de 2003, *https://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/9/12939/EPS9_ecaro.pdf*

Legislación

Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, 2002.

Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores en el Distrito Federal, 2000.

Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, 2002.

Tratados y convenios internacionales

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", 1998.

Jurisprudencia

Tesis P. LXIX/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Libro III, t. I, diciembre de 2011, p. 552.

Tesis: 1a. CXXXIII/2016, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 29, abril de 2016, t. II, p. 1103.

Tesis: 1a. CCXXIV/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima Época, t. I, junio de 2015, p. 573.

Tesis: I.3o.C.289 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima Época, Libro 47, t IV, octubre de 2017, p. 2403.

Tesis: VII.4o.P.T.11 P, *Semanario Judicial de la federación y su Gaceta,* Décima Época, Libro 6, t. III, mayo de 2014, p. 1882.

Tesis: I.10o.A.1 CS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima Época, Libro 54, t. III, mayo de 2018, p. 2548.

Sentencias de la Corte-IDH

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26/09/2006.

Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 06/08/2008.

Caso las Palmeras vs. Colombia, sentencia de 04/02/2000.

Caso Radilla Pacheco vs. México, Sentencia de 23/11/2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Poblete Vilchis y Otros vs. Chile, Comunicado, Corte IDH_CP-24/18, San José, Costa Rica 2018.

Capítulo III

JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL ESTADO DE MÉXICO: UN DEBER EN LAS CONTROVERSIAS SOBRE GUARDA Y CUSTODIA

Arturo Contreras Fidel*

SUMARIO

1. Introducción. 2. Perspectiva de derechos humanos y derechos fundamentales. 2.1. Principios constitucionales de derechos humanos, en tutela efectiva de la igualdad y no discriminación del varón y la mujer. 2.2. Obligaciones del Estado conforme al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 3. Sexo y género. 4. ¿Qué se entiende por perspectiva de género, igualdad de género y equidad de género? 5. Transversalidad de la perspectiva de género. 6. La perspectiva de género como derecho humano en la actividad jurisdiccional. 7. Equidad de género y perspectiva de género en las controversias familiares. 8. Conclusiones. 9. Bibliohemerografía.

1. Introducción

¿Cómo erradicar estereotipos de género que la misma norma civil establece en el Estado de México? La función jurisdiccional no solo atiende a la facultad de los juzgadores de dirimir controversias o resolver conflictos de intereses entre particulares en estricto apego a la literalidad de la norma jurídica, con el objeto de proteger el ordenamiento legal; es decir, los juzgadores no solamente deben considerar lo que una norma general establece, para la solución de conflictos.

El hecho de avocarse únicamente a la norma general podría dar origen a violaciones de derechos humanos, de la mujer o del hombre; en ocasiones, los ordenamientos legales secundarios, contravienen a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y también contradicen a los tratados internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano.

Para evitar violaciones de derechos fundamentales, en materia de perspectiva de género entre el varón y la mujer, debe existir una armonización de normas con

* Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México, Centro Universitario UAEM Atlacomulco. Maestro en Derecho con área terminal en Justicia Constitucional por la Universidad Autónoma del Estado de México, Facultad de Derecho. Catedrático de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Autónoma del Estado de México, Centro Universitario UAEM Atlacomulco. Actualmente Técnico Judicial Adscrito al Juzgado Primero Civil de Primera Instancia de El Oro, Estado de México.

la CPEUM. La interpretación conforme debe ser realizada por todos los juzgadores familiares en la función jurisdiccional, con el objeto de armonizar las normas secundarias con el texto constitucional y los tratados internacionales de los cuales México es parte; desde luego, con el objeto de salvaguardar en todo momento los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación entre el varón y la mujer que se encuentren en una controversia en donde la litis sea el otorgamiento de una guarda y custodia de un menor y proteger, de manera igualitaria y equitativa, los derechos fundamentales del hombre y la mujer.

En la transversalidad de perspectiva de género, se considera la obligación de los jueces en materia familiar de tutelar en todo momento los derechos fundamentales del varón y la mujer que son parte en una controversia familiar, en donde se encuentre en disputa el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor, en un plano de igualdad y equidad para ambas partes, en consideración a la norma civil, y al texto constitucional, para evitar violaciones de derechos humanos.

De igual forma, para llegar a una armonización de derechos y normas, es importante que todo juzgador familiar realice control de constitucionalidad, como lo establecen los artículos 1, 4 y 17 de la CPEUM, para procurar en todo momento la mejor protección de derechos fundamentales para las partes que intervienen en una controversia de carácter familiar sobre guarda y custodia de menor.

Cuando se analiza la perspectiva y equidad de género, se considera la obligación de los jueces en materia familiar, de tutelar en todo momento los derechos humanos de las personas, así como hacerlos del conocimiento a la sociedad; equidad de género se refiere a la igualdad entre el varón y la mujer; derecho humano consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En el desarrollo del presente artículo, se analizarán conceptos base como lo son: *sexo* y *género*, *perspectiva de género*, *igualdad de género*, *equidad de género*, *brecha*, para llegar a lo que es la *transversalidad de la perspectiva de género* en la función jurisdiccional y la armonización de las normas secundarias con el texto constitucional y, en su caso, con los tratados internacionales de los que México es parte.

2. Perspectiva de derechos humanos y derechos fundamentales

El Estado constitucional de Derecho obliga en todo momento a las autoridades, en la toma de decisiones, a resolver una problemática jurídica y social, con apego a la CPEUM y tutelar los derechos fundamentales con los que cuentan los gobernados.

En la publicación *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, se enuncia lo siguiente:

> La reforma al artículo 1° constitucional efectuada en junio de 2011, con la cual se establece que en México todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la propia carta magna y en los tratados internacionales de los que el país sea parte, significa un cambio tan positivo como profundo en el funcionamiento del Estado mexicano. De hecho, la propia reforma constitucional obliga a todas las autoridades a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad (…) Lo mismo puede decirse del ámbito de actuación del Poder Ejecutivo, así como de los órganos constitucionales autónomos y, por supuesto, del Poder Judicial, en vista de que los jueces no pueden limitar sus interpretaciones a las normas elaboradas en nuestro país, sino que deben atender expresamente las disposiciones internacionales en materia de derechos humanos.[1]

Con lo anteriormente citado, se evidencia que toda autoridad, en el ámbito de sus funciones, en específico, el Poder Judicial del Estado de México, debe salvaguardar, en todo momento, los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal; esto es, si una norma secundaria contraviene los derechos fundamentales establecidos en la CPEUM, dicha autoridad puede y debe inaplicar esa norma, en atención a los principios constitucionales de derechos humanos y a las obligaciones del Estado.

2.1. Principios constitucionales de derechos humanos, en tutela efectiva de la igualdad y no discriminación del varón y la mujer

En la reforma del 10 de junio de 2011, en materia de derechos humanos, los párrafos segundo y tercero del artículo 1º de la CPEUM establecen la interpretación conforme, así como la aplicación de los principios de derechos humanos que todas las autoridades de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, en los ámbitos de sus competencias y en las esferas federal, estatal y municipal, están obligados a observar y considerar en todas sus decisiones, para tutelar, en todo momento, los derechos humanos de las personas que habitan en el territorio nacional; por lo que se hace imprescindible conocer estos principios y el significado de cada uno de ellos.

---

1 Murayama Rendón, Ciro, "Nota introductoria", en Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, 2014, pp. 11-12, *http://corteidh.or.cr/tablas/r33063.pdf*

Es evidente que al hacer mención a los derechos humanos de las personas, considerando la citada reforma, se hace referencia (en particular en el presente ensayo) al hombre y la mujer, más específicamente aún, al progenitor y progenitora que se encuentran en una controversia de carácter familiar en la que se encuentre de por medio el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor; por lo que, para otorgar dicha custodia, es importante juzgar con perspectiva de género, dejar a un lado estereotipos de toda índole y atender a la igualdad y no discriminación, como garantía de esos principios constitucionales de derechos humanos.

Primero, está el *principio pro persona,* que indica que toda autoridad debe otorgar la protección más amplia de los derechos humanos a las personas que se sometan a su jurisdicción. En este caso, la protección más amplia para la progenitora y el progenitor que se encuentren en *litis* para ostentar la custodia de un menor, sería el derecho a la igualdad y no discriminación; desde luego, con base en una perspectiva de género, no se debe dar preferencia a ninguno de los dos progenitores sin antes haber realizado un estudio exhaustivo sobre las actitudes y aptitudes de cada progenitor, para saber quién es el indicado para el cuidado y protección de los menores.

No se debe prejuzgar por lo que dice la norma secundaria; es decir, el juzgador no debe atender de manera inmediata lo que establece el Código Civil del Estado de México. Es importante que observe la constitucionalidad y convencionalidad del artículo 4.228 de esta legislación, y de esta forma patentizar la igualdad entre el varón y la mujer, en términos de lo que establecen los dispositivos 1, 4 y 133 de la CPEUM.

Al efectuar la interpretación conforme, el juzgador debe analizar qué preceptos protegen mejor los derechos humanos de la persona y, más aún, cuáles son las normas que no dejan en estado de indefensión al hombre frente a la mujer, o viceversa; debe, en todo momento, analizar la norma jurídica interna, la Constitución Federal o un tratado internacional del cual México sea parte, para aplicar la que otorgue más amplia protección e igualdad a las partes. En este sentido, en las controversias de carácter familiar, en donde se encuentren en litigio un varón y una mujer, se debe considerar el derecho a la igualdad y no discriminación; pues, como confirma el artículo 4 de la Constitución Federal, el hombre y la mujer, son iguales ante la ley. De esta forma, el juzgador no debe dar preferencia a uno sobre otro y aplicar el principio procesal de imparcialidad y no discriminación.

Para llegar a un mayor entendimiento sobre lo que es el *principio pro persona,* se cita un apartado de la Guía Conceptual, publicada por el Senado de la República: "El principio *pro persona* constituye una clave de interpretación hacia la

protección más amplia de los derechos y acompaña a la interpretación conforme al exigir que se opte por las interpretaciones más favorables a los derechos".[2]

El *principio pro persona* hace referencia al deber de la autoridad de otorgar la protección más amplia de los derechos humanos a las personas sometidas a su jurisdicción. Es importante que el juez jurisdiccional, no solo sea un juzgador de legalidad, sino también de constitucionalidad y convencionalidad; debe considerar no solo lo que la norma dice, sino atender a la necesidad de la aplicación del principio que se estudia, debe realizar una interpretación conforme; es decir, interpretar la Constitución Federal y los tratados internacionales de los que México es parte, para aplicar una ley o, en todo caso, no aplicarla.

El juez no debe realizar una interpretación literal de la norma; debe proceder al estudio sistemático del caso concreto, para saber si su accionar, en función de la legislación que regula el otorgamiento de una guarda y custodia a los progenitores, en las controversias familiares en el Estado de México, cumple con lo establecido en el artículo 4 de la Carta Magna y tutelar el derecho a la igualdad y no discriminación.

También debe considerarse que el grado alcanzado por un derecho humano no debe ir en retroceso; por el contrario, debe ir en progresividad. Esto es a lo que llamamos principio de progresividad de los derechos humanos, el cual "se vincula necesariamente con dos elementos: la prohibición de regresión y el máximo uso de los recursos disponibles". En suma, estos dos elementos implican la imposibilidad del Estado para disminuir "el grado alcanzado en el disfrute de los derechos; este principio debe observarse en las leyes, políticas públicas, decisiones judiciales y, en general, en toda conducta estatal que involucre derechos".[3]

Lo que se proyecta con el presente trabajo, es proteger la igualdad entre el varón y la mujer, como lo establece el artículo 4 de la CPEUM; toda vez que, con la evolución histórica de nuestro país, la mujer siempre se ha encontrado en un plano de desventaja al lado del hombre. Es decir, al varón se le han reconocido en todos los aspectos (sociales, culturales, escolares, laborales) más derechos que a la mujer.

Lo anterior, en atención de la exposición de motivos del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, de 14 de marzo de 2016, Decreto 68, los artículos 4.95, último párrafo, y 4.228, fracción II, inciso a), la cual dice lo siguiente:

---

2 Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, 2014, p. 22, *http://corteidh.or.cr/tablas/r33063.pdf*

3 *Idem*.

> Es pertinente señalar que, el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, cuya estrategia transversal denominada Perspectiva de Género, contempla la necesidad de realizar acciones especiales orientadas a garantizar los derechos de las mujeres y evitar que las diferencias de género sean causa de desigualdad, exclusión o discriminación (…)
>
> Es imperativo conformar un sistema jurídico que asegure las condiciones necesarias, para *permitir las mismas oportunidades a hombres y mujeres para su desarrollo individual y colectivo*" (destacado nuestro).[4]

Consecuentemente, no debe confundirse equidad de género, en el sentido de beneficiar únicamente a las mujeres; debe entenderse como un plano de igualdad, con las mismas oportunidades para hombres y mujeres, en todos los aspectos. Es decir, se debe fortalecer *la igualdad de género y no discriminación.*

Por ello, el principio de progresividad y prohibición de regresión patentiza que, en este caso, la interpretación del artículo 4.228 de Código Civil para el Estado de México (como se mencionó en párrafos que anteceden), no debe ser literal, sino que debe atender al derecho a la igualdad y no dar preferencia a ninguno de los progenitores en litigio.

Para efectos de una mejor comprensión, se transcribe lo que a la literalidad dicen dicho numerales: inciso a) de la fracción II del artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México, que a la letra dice: "…El otorgamiento de la guarda y custodia de menores de dos años quedará preferentemente al cuidado de la madre y atiende al interés superior de las niñas, niños y adolescentes…"; lo que evidencia una grave violación a la equidad de género, a la igualdad entre el varón y la mujer, así como a la no discriminación.

Por otra parte, se encuentra el *principio de universalidad;* el cual, denota que toda persona tiene los derechos humanos por el simple hecho de ser humano. Es decir, los derechos humanos los deben tener todos los individuos que habiten en el territorio nacional. Progenitor y progenitora deben tener las mismas prerrogativas de ostentar la guarda y custodia de un menor; el hecho de que la madre sea quien da a luz a un bebe, no quiere decir que es la más apta para protegerlo.

Las personas que habitan en territorio nacional (en este caso en particular, progenitor y progenitora), cuentan con iguales derechos humanos consagrados en la Constitución Federal y en los tratados internacionales de los que México es parte; por ende, la universalidad, en México, hace referencia a que todas las personas cuentan con los derechos fundamentales. Pedro Salazar Ugarte, al analizar el principio de universalidad, dice lo siguiente:

---

[4] Dictamen a la Reforma del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, del 9 de marzo de 2016, reforma aprobada mediante Decreto 68 del 14/03/2016, p. 14. Publicada en Gaceta de Gobierno del 14/03/2016, *http://www.secretariadeasuntosparlamentarios.gob.mx/mainstream/Actividad/Decretos/LIX/DECRETO%2068.pdf*

> La *universalidad como principio* en asociación con la idea de igualdad permite entender que los derechos humanos deben responder y adecuarse a las demandas de las personas en su contexto. De esta manera, la garantía de los derechos humanos está fundada en una exigencia ética y, al mismo tiempo, en una exigencia práctica que coloca al sujeto de derechos en un contexto y advierte la necesidad de interpretar los derechos a partir de las necesidades locales.[5]

En este principio está la igualdad y universalidad de los derechos. Todos los derechos humanos son para las personas sin importar su condición social, raza, ideología política o religiosa, preferencias, color de piel y el punto focal que nos ocupa en este artículo es el sexo y género de la persona; pues la universalidad no permite discriminación de ningún tipo.

Los derechos humanos siempre estarán ligados entre sí, todos tienen el mismo valor y uno dependerá de otro; no se puede tener, asumir o conceder un derecho fundamental sin considerar a otro, porque no se cumpliría con las nociones y principios de esos derechos. Esto es a lo que llamamos *principio de interdependencia e indivisibilidad;* es dar el mismo peso y valor, en un plano de equidad e igualdad, a todos los derechos fundamentales.

Es importante mencionar que doctrinalmente no existe una homogeneidad respecto a los principios de derechos humanos; algunos autores se refieren a algunas características y otros pueden agregar u omitir otras tantas. Héctor Pichardo Aranza, en relación a los principios de derechos humanos, señala lo siguiente:

> Para establecer las características de los derechos humanos es indispensable mencionar que en la doctrina no hay unanimidad en cuanto a este tema, sin embargo, existen puntos de vista coincidentes en determinados aspectos, tal es el caso de Carlos Santiago Nino, quien sostiene que los rasgos distintivos de los Derechos Humanos son tres: universalidad, incondicionalidad e inalienabilidad.
>
> Por su parte, Miguel Ángel Contreras Nieto precisa que son cinco los rasgos distintivos de los Derechos Humanos: Universalidad, inalienabilidad, indivisibilidad, complementariedad e interdependencia.[6]

Los derechos humanos deben ser respetados por todas las autoridades y tutelados a favor de todos los gobernados, ello implica la obligación de todo juzgador que se encuentra consagrada en el artículo 1 de la CPEUM, así como los principios enunciados en el presente apartado. En efecto, el tercer párrafo del artículo 1º de la CPEUM establece:

---

5 Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.*, p. 23.

6 Pichardo Aranza, Héctor, "Los derechos humanos en la función jurisdiccional", en Zaragoza Contreras, Laura G. *(coord.), Derechos Humanos y Jurisdicción*, México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 53.

> 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.

Finalmente, podemos concluir en este apartado que los derechos humanos contienen una serie de principios que los caracterizan; de no contar con estos principios expuestos con anterioridad, o a falta de uno de ellos, no se estaría en presencia de *derechos humanos*, dado que:

> Los derechos humanos son una categoría más amplia y que, en la práctica, se suelen utilizar con menor rigor jurídico que la de derechos fundamentales. Muchas veces se hace referencia a los derechos humanos como expectativas que no están previstas de forma clara en una norma jurídica, con el objeto de señalar lo que a algunas personas les puede parecer una actuación indebida de las autoridades. Para algunos teóricos, que esgrimen muy buenas razones en su favor, serían también derechos humanos algunos derechos no jurídicos; se trataría, por ejemplo, de los llamados "derechos morales".[7]

2.2. Obligaciones del Estado conforme al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Todo juzgador debe tener conocimiento sobre derechos humanos, constitucionalidad, convencionalidad y el alcance e importancia que tienen estos temas al respecto. Se ha visto en la práctica jurídica que algunos jueces únicamente interpretan la norma de manera literal; se trata de jueces formalistas, lo que evidencia la necesidad de conocer sobre derechos humanos, constitucionalidad y convencionalidad, lo que es una obligación establecida en el artículo 1 de la CPEUM.

Es evidente que en los derechos humanos de las personas, de acuerdo con la reforma de 10 de junio de 2011, se hace referencia a todas las personas, al varón y la mujer, que son parte en una controversia de carácter familiar en la que se encuentre de por medio el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor.

Es importante juzgar libre de estereotipos de toda índole, en atención a la igualdad y no discriminación; es por ello que, se estudian los principios constitucionales de derechos humanos, establecidos en el artículo 1 de la CPEUM.

---

7 Carbonell, Miguel, "Derechos humanos en la Constitución mexicana", en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, *et al*. (coords.), *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México y Fundación Konrad Adenahuer Stiftung, 2013, p. 22, *https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/pagina/documentos/2016-11/Dh%20en%20la%20Constitucion%20comentarios%20TOMO%201.pdf*

Es sustancial, como se mencionó en los párrafos que anteceden, que los titulares de las instituciones que representan al Estado conozcan de constitucionalidad y convencionalidad, para tutelar en todo momento los derechos humanos de las personas, en cumplimiento a las obligaciones establecidas en la CPEUM y tratados internacionales; no solo se trata de hacer una interpretación literal de la norma aplicable al caso concreto, es importante hacer una interpretación conforme, sistemática, funcional, histórica, gramatical o de cualquier otro tipo, siempre y cuando sea una interpretación adecuada, al tratarse de reconocer derechos fundamentales de las personas.

Algunos autores dividen las obligaciones del Estado en genéricas y específicas; sin embargo, las obligaciones que tiene el Estado sean específicas o genéricas, al final son obligaciones y deben cumplirse por los operadores jurídicos, con la firme intención de salvaguardar en todo momento los derechos humanos de las personas —en este caso en particular— que son parte en una controversia de carácter familiar.

En primer lugar, las obligaciones son *genéricas* por el hecho de que absolutamente todas las autoridades deben cumplirlas, independientemente de la función que realicen; y son *específicas,* en el sentido de que existen órganos que tienen obligaciones únicas y específicas por la función que realizan, sin invadir campos de otras instituciones. En este sentido, al referirnos a las obligaciones genéricas, se trata de un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad; el cual deben realizar todas las autoridades en el ámbito de sus funciones y competencias de manera oficiosa. Por su parte, las obligaciones específicas atienden a un "control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad respecto de normas generales por vía de acción está depositado exclusivamente en los órganos del Poder Judicial de la Federación".[8]

Algunos ejemplos de lo anterior pueden ser los siguientes: a) Respecto de las *obligaciones genéricas,* esta la obligación de *promover* los derechos humanos; es decir, todas las autoridades (sean investigadoras, jurisdiccionales o no jurisdiccionales, administrativas, entre otras) están obligadas a hacerles saber a las personas cuáles son sus derechos y los mecanismos que existen para defender o protegerlos; b) Respecto de las *obligaciones específicas,* la Fiscalía de Justicia es la encargada de *investigar* la conducta de un particular o un agente del Estado; por su parte, la obligación de sancionar, en su caso, será de otra autoridad, puede ser una autoridad jurisdiccional o administrativa, según se trate de quien haya cometido

---

[8] *Cfr.* Rubro: Control concentrado y difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Sus diferencias. Tesis 2010143. 1a. CCLXXXIX/2015 (10a.), Primera Sala, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 23, octubre de 2015, p. 1647.

la conducta no permitida que va en contra de las normas jurídica y socialmente establecidas.

Como se ha señalado las obligaciones establecidas en el tercer párrafo del artículo 1º de la CPEUM, son las siguientes: "promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos".

a) Obligaciones genéricas del Estado en materia de derechos humanos

En materia de derechos humanos, las autoridades deben suplir la deficiencia de la queja y, en situaciones en las que tengan conocimiento de alguna violación a los derechos fundamentales, deben actuar de manera oficiosa; es decir, sin necesidad de que exista una petición previa por parte de la persona afectada o por un tercero.

El Estado tiene la obligación de sensibilizar y dar a conocer a una sociedad lo que son los derechos humanos y de qué manera hacerlos valer ante una posible violación a estos; asimismo, las autoridades deben adoptar medidas encaminadas a una cultura de derechos humanos, a esto se le llama *obligación de promover los derechos humanos*.[9]

Hacen relación a la segunda de las obligaciones que tiene el Estado, en materia de derechos humanos (*respetar*), las autoridades, por ningún motivo, deben de realizar acciones que vulneren y obstaculicen los derechos humanos; de lo contrario, cometerían una falta grave, la cual amerita una sanción. Toda autoridad debe garantizar a las personas el goce del derecho y su cumplimiento.

Respecto de la *obligación de proteger* los derechos humanos, "impone al Estado el deber de asegurar que las personas no sufran violaciones de derechos cometidas por las autoridades o por parte de algún particular".[10]

En cuanto al principio de *proteger* a los derechos humanos, Héctor Pichardo Aranza enuncia lo siguiente:

> Es una obligación dirigida a los agentes estatales en el ámbito de sus respectivas funciones para crear el marco jurídico y la maquinaria Institucional necesarios para prevenir las violaciones a los Derechos Humanos de las personas; esto compromete al Estado para establecer políticas preventivas, pero también mecanismos de exigibilidad cuando sus Derechos Humanos sean violados.[11]

---

9 *cfr.* Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.*, p. 25.
10 *Ibídem*, p. 26.
11 Pichardo Aranza, *op. cit.*, p. 59.

Finalmente, la *obligación de garantizar* consiste en que "el Estado tiene la obligación de adoptar medidas que creen las condiciones necesarias para el goce efectivo de los derechos. No se refiere solo a las medidas que permitan mantener un determinado grado de realización de los derechos, sino también a aquellas encaminadas a mejorar dicha realización o goce".[12]

b) Obligaciones específicas del Estado en materia de derechos humanos

Como se ha mencionado en los párrafos que anteceden, las obligaciones del Estado se encuentran contenidas en el artículo 1 de la CPEUM, en la última parte de dicho precepto constitucional: prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

Prevenir se entiende, de manera genérica, como evitar que algo "malo" o indebido ocurra; o bien, es tomar las debidas precauciones o medidas necesarias para evitar un daño o peligro.

Ahora bien, la *obligación de prevenir* por parte del Estado, en materia de derechos humanos, se refiere a "las medidas de carácter jurídico, político y cultural que promuevan la salvaguarda de los Derechos Humanos y que aseguren que las eventuales violaciones sean tratadas como un hecho ilícito que es susceptible de acarrear sanciones para quien las comete…".[13]

Es mejor prevenir las violaciones a los derechos humanos, que llevar a todo un proceso para sancionar y "reparar" las violaciones a los derechos fundamentales.

Todas las obligaciones en materia de derechos humanos implican un debido actuar de las autoridades para tutelar de manera efectiva los derechos humanos; es decir, las medidas que el Estado debe adoptar para garantizar los derechos fundamentales.

La *obligación de investigar "… es un deber de medios y no de resultado, asumido por el Estado como un deber jurídico propio que no dependerá de forma única de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios".*[14]

La *obligación de sancionar* "…implica poner fin al comportamiento contrario a las obligaciones internacionales asumidas por los Estados, por lo que resulta

---

12 Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.,* p. 26.
13 Pichardo Aranza, *op. cit.,* 61.
14 *Idem.*

irrelevante que la conducta haya sido llevada a cabo por un particular o por un Agente del Estado".[15]

Reparar, por su parte, "Comprende diversas medidas o modalidades de reparación, las cuales consisten en: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción, garantías de no repetición".[16]

No se puede hablar de una irrelevancia en materia de derechos humanos y mucho menos al aludir a la violación de estos, sea por un particular o por el Estado, toda conducta en contra de la protección de los derechos humanos debe ser sancionada, haya sido llevada a cabo por un particular o por el Estado. Asimismo, es mejor prevenir violaciones a los derechos humanos, debe toda autoridad acatar lo dispuesto en los artículos 1 y 133 de la CPEUM, porque una vez causado el daño o violado un derecho humano, es imposible su reparación.

Un ejemplo de ello es la desaparición forzada. Se puede condenar al Estado a la reparación del daño; sin embargo, nada repara el dolor de los familiares de la persona desaparecida. Otro ejemplo claro, sería el otorgarle la guarda y custodia *preferentemente* a la progenitora del menor, sin antes haber agotado todos los recursos legales, procesales y de derechos humanos, para conocer si realmente la madre del menor es la más apta para ostentar dicha custodia del niño, niña o adolescente.

Es importante no prejuzgar sin elementos, y evitar la interpretación literal del artículo 4.228 del Código Civil para el Estado de México; de lo contrario, podría causarse un daño irreversible y de imposible reparación, para el menor y su progenitor, por lo que se hace referencia a la palabra preferencia.

El significado etimológico de la palabra *preferencia* podemos determinarlo de la siguiente manera*:* "La palabra 'preferencia' viene del latín *praeferentia o praeferens-entis* y significa 'ventaja, cualidad del que lleva adelante'. Sus componentes léxicos son: El prefijo pre (antes-adelante), ferre (llevar, producir, soportar), nt (sufijo que indica agente, el que hace la acción), más el sufijo ia (cualidad)".[17]

"Preferencia: **Preferencia,** un término que procede del latín *praeferens*, permite señalar a la **ventaja o primacía** que algo o alguien tiene sobre otra cosa o persona. Dicha preferencia puede surgir por distintos motivos, como el valor, el merecimiento o los intereses personales".[18]

---

15 *Ibídem,* p. 62.
16 *Ídem.*
17 <<preferencia>> http://etimologias.dechile.net/?preferencia
18 <<preferencia>> https://definicion.de/preferencia/

3. Sexo y género

En el aspecto jurisdiccional de la transversalidad de la perspectiva de género, es importante conocer algunos términos que sirven como base del presente trabajo. Sexo y género son cuestiones distintas que caracterizan al ser humano, por su condición biológica natural o por el rol que se le otorga a una persona, de manera cultural en función de una sociedad.

Por una parte, debe entenderse que sexo hace alusión al varón y a la mujer, quienes se distinguen por sus características biológicas y/o naturales. En este caso, las condiciones biológicas, la distinción entre varón y la mujer se realiza por aspectos físicos, fisiológicos y biológicos, propios de cada uno de ellos; condiciones naturales que no son iguales unas de otras, sino que son características particulares de cada uno y obedecen a la condición natural que tienen al momento de nacer.

Ejemplo de lo anterior, el hombre fecunda y la mujer concibe; es decir, el hombre a través del espermatozoide fecunda el óvulo de la mujer y esta se embaraza, lo que, por cuestiones naturales, no puede ser cambiado o alterado, porque el hombre no puede embarazarse y la mujer no puede fecundar a través del espermatozoide. Estas características son propias de la naturaleza, se nace hombre y/o se nace mujer.

Por otra parte, el género se refiere a los roles que se han otorgado a una persona, dentro de una sociedad, por cuestiones de ideología o de cultura. El género se caracteriza por los aspectos socioculturales que se asignan a una persona dentro de una sociedad y tiene que ver con las relaciones interpersonales entre los individuos que forman parte de una comunidad. El generó puede cambiar de acuerdo a las preferencias de cada persona; el género se asigna y se hace, no se nace con él, es lo masculino y femenino.

Marta Lamas se refiere al sexo y género como el "Conjunto de prácticas y representaciones colectivas sobre lo femenino y lo masculino, es la forma como cada sociedad simboliza la diferencia sexual y fabrica ideas de lo que deben ser las mujeres y los hombres, así como de los roles que tiene que desempeñar".[19]

Luego entonces, en el género, se enumeran ciertas características propias de la persona, de la cual se mencionan las particularidades asignadas dentro de una sociedad, desde el momento en el que nace la persona hasta su desarrollo social.

---

[19] Ávila Santacruz, María de Lourdes, "La transversalidad de la perspectiva de género en las políticas públicas", Primer Encuentro de Economía Social en México 2014 (30-10-2014), p. 3, *https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/115034/INMUJERES-Lourdes__vila_Santacruz.pdf*

Dichas cualidades son, por ejemplo: la asignación de un símbolo o color, una identidad de acuerdo con su orientación sexual, edad o nivel socioeconómico y los roles asignados de acuerdo con su género, sea en lo laboral, escolar o familiar; en general, los roles que se asignan dentro de una sociedad.

4. ¿Qué se entiende por perspectiva de género, igualdad de género y equidad de género?

Al hacer referencia a la equidad y perspectiva de género, lo primero que se viene a la mente es la palabra *igualdad entre el hombre y la mujer*. La noción y necesidad de *equidad y perspectiva de género* surgen de una evidente desigualdad que en el transcurso de la historia ha sido notoria entre el varón y la fémina. Sin embargo, en la actualidad, aún con los programas e instituciones que se han creado para la protección de los derechos de las mujeres (tal es el caso de la Fiscalía para la Atención a la Violencia de Género; el Consejo Estatal de la Mujer y Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género), no se ha llegado a una verdadera equidad de género, y mucho menos a una perspectiva de género; por el contrario, se ha rebasado el límite en cuanto a la *equidad de género, en favor de la mujer.*

En el caso de la normativa civil, en la cual, en controversias de carácter familiar, en que se encuentre en litigio la guarda y custodia de un menor, se da preferencia a la progenitora; ello evidencia que aún existe mucho por hacer; toda vez que, al dar preferencia a uno de los progenitores, se consideran estereotipos de género, lo que no es correcto de acuerdo con la perspectiva de género en la labor jurisdiccional.

Se entiende "rebasado el límite", en el sentido de que dichas instituciones y programas son únicamente creados para la atención de las mujeres. Esto es el caso del Consejo Estatal de Mujer en el Estado de México, en donde, si llega un varón a solicitar ayuda sobre un asunto de guarda y custodia, no le brindan dicha asesoría, toda vez que solo está en función de las mujeres. Esto es una realidad social y no una apreciación subjetiva, lo que se corrobora al asistir a dichas instituciones de manera personal y solicitar informes al respecto. Lo mismo ocurre con la Fiscalía para la Atención a la Violencia de Género.

Por otra parte, la creación de dichos programas e instituciones evidencia que la balanza se inclina más hacia la mujer. Por lo que, con el solo hecho de una *preferencia,* se deja en estado de indefensión a una de las partes, en este caso al varón; lo que se demuestra con el significado de la palabra **preferencia** y/o *preferentemente,* de la siguiente manera:

Preferencia es un término que procede del latín *praeferens*, que permite señalar a la **ventaja** o **primacía** que algo o alguien tiene sobre otra cosa o persona.[20] De acuerdo con el significado de la Real Academia Española, se define de la siguiente manera:

Del Lat. *Praeferens – entis,* part. Act. De *praeferre* "preferir".

1) f. Primacía, ventaja o mayoría que alguien o algo tiene sobre otra persona o cosa, ya en el valor, ya en el merecimiento.

2) f. Elección de alguien o algo entre varias personas o cosas.

No se ha alcanzado una paridad de género, en atención a que con la creación de programas e instituciones, como las mencionadas en párrafos que anteceden, se da una preferencia a las mujeres, en un plano de desigualdad al varón, lo que no es correcto, de acuerdo al estudio realizado sobre el vocablo preferencia.

En este sentido:

> es responsabilidad de todas y todos, impulsar, reforzar y defender acciones eficaces con *perspectiva de género*, a fin de permitir a las mujeres su plena incorporación a la vida económica, política, social y cultural del país, así como el disfrute de los beneficios que estos conlleve, desde la óptica de la justicia, la igualdad y la paridad de las oportunidades, sin dejar a un lado los derechos del varón.[21]

La equidad de género es un derecho humano que tiene como marco jurídico los artículos 1° y 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que respectivamente se refieren a la no discriminación y a la igualdad entre el hombre y la mujer. Con base en este marco jurídico, se han creado leyes y políticas públicas para la protección de los derechos de la mujer, para que exista una igualdad entre el varón y la mujer.

Un claro ejemplo de desigualdad entre hombre y mujer se enuncia en la fracción II inciso a) del artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México, en el que se da preferencia a la mujer para ostentar la guarda y custodia de un menor, se argumenta que todo es en salvaguarda del *interés superior de la niñez*. De ello, surge la pregunta: ¿cómo se sabe que el niño, niña o adolescente, se va a encontrar mejor con su madre que con su progenitor, sin antes agotar los recursos procesales para conocer las actitudes y aptitudes de cada uno de los progenitores? Con la sola lectura de dicho precepto, se evidencia una desigualdad; por ello, es importante realizar una interpretación conforme y sistemática de dicho artículo y así evitar una posible violación a los derechos fundamentales de las partes.

---

20 *Vid., https://definicion.de/preferencia/*

21 Dictamen a la Reforma del Código de Procedimientos Civiles…*op. cit.*, p. 14.

Es criterio del Poder Judicial de la Federación que la normatividad que dispone que la mujer es más apta para hacerse cargo del cuidado de los menores, no es de forma alguna una presunción absoluta, dado que en la actualidad los nuevos roles que desempeñan padres y madres, así como la igualdad del hombre frente a la mujer, obligan al orden legal a verificar qué cónyuge es el más apto para la guarda y custodia de los menores, mediante la práctica de periciales en materia de psicología familiar y trabajo social.

Javier Pineda y Andrés Hernández, hacen referencia a la equidad de género, en los siguientes términos:

> Un primer desafío de un plan de igualdad de oportunidades no tiene que ver, entonces, exclusivamente con brindarle a las mujeres mayores oportunidades para su desarrollo, sino también con hacer posible que se transforme un aspecto arraigado profundamente en la cultura de nuestras sociedades: las valoraciones que discriminan contra lo femenino en los hombres y, por esta vía, reducir los costos y efectos negativos que se producen en la sociedad por seguir asumiendo las conductas de la masculinidad tradicional. Un reto que debe asumirse en nuestras sociedades, es entonces, el de disociar la masculinidad del dominio, la agresión, la rudeza, el control, la indiferencia ante el dolor, la no expresión de los afectos.[22]

La *equidad de género* es un concepto amplio que implica una igualdad de derechos, deberes, condiciones y posibilidades para un buen desarrollo social; brindar las mismas oportunidades legal y socialmente establecidas, tanto para hombres como para mujeres, y que de esta manera sea posible su desarrollo personal y profesional, en todos los ámbitos: familiar, escolar, laboral, *impartición de justicia*, entre otros, sin estereotipos y roles de género, sin discriminación por la condición de ser hombre o mujer.

Al respecto, Lolita Camacho Brown y Hannia Watson Soto, expresan de la equidad de género lo siguiente:

> La promoción de la equidad de género debe ser incorporada en la educación inicial como un eje transversal, si se quieren deconstruir las pautas culturales que han producido estereotipos y roles de género que no han permitido crear una sociedad en donde las mujeres y los hombres tengan oportunidades para crecer como personas sujetas de los mismos derechos, deberes, condiciones y posibilidades que les permitan desarrollarse como seres integrales.[23]

---

22 Pineda, Javier y Hernández, Andrés, "Retos de la equidad para los hombres", *Nómadas*, Colombia, núm. 24, 2006, p. 154, *http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=105116598014*

23 Camacho Brown, Lolita y Watson Soto, Hannia, "Reflexiones sobre equidad de género y educación inicial", *InterSedes: Revista de las Sedes Regionales,* Costa Rica, vol. VIII, núm. 14, 2007, p. 34, *http://www.redalyc.org/pdf/666/66615071004.pdf*

La equidad de género es poner en un mismo plano de oportunidades al hombre y la mujer; por ejemplo, como lo analizamos en este caso, en las controversias de carácter familiar, en las que se encuentre en litigio la guarda y custodia de un menor. Convencional, constitucional y legalmente, el hombre y la mujer tienen la misma oportunidad de ostentar una guarda y custodia. El juez no debe prejuzgar un caso concreto; debe valorar y ponderar la situación y la equidad existente entre el progenitor y la progenitora del menor. Desde luego, en salvaguardan el interés superior del menor.

Por ejemplo, ¿qué pasa cuando no se ha llevado a cabo una valoración psicológica del menor y de las partes? ¿Qué valora el juez cuando aún no se ha practicado el estudio en trabajo social a los progenitores? En este sentido, al otorgar una guarda y custodia provisional a la madre sin haber hecho esta evaluaciones, no se vela por el interés superior del menor; toda vez que, no existen los elementos suficientes para determinar dicha situación; como se ha señalado, únicamente existe lo establecido en el inciso a) de la fracción II del artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México, que "preferentemente" otorga la guarda y custodia a la madre, lo que evidencia una grave violación a la equidad de género, a la igualdad entre el varón y la mujer, así como a la no discriminación.

Para comprender mejor el párrafo que antecede, Rosa Paredes, al referirse a la equidad de género e igualdad, señala lo siguiente:

> La estrategia de igualdad de oportunidades es aquella dirigida fundamentalmente a garantizar la incorporación de las mujeres a la participación ciudadana, mediante la eliminación de las discriminaciones en la legislación. Las medidas de acción positiva constituyen un complemento para superar las limitaciones legislativas de la estrategia de igualdad de oportunidades, se aplican en áreas donde se mantiene la discriminación, ejemplo de ellas son las leyes de cuotas de participación de las mujeres en las elecciones, así como las leyes contra la violencia dirigida a las mujeres. En América Latina se han ejecutado diversas combinaciones de estas estrategias de igualdad de oportunidades y medidas de acción positiva.[24]

De conformidad con lo que establece el artículo 1 de la CPEUM, respecto a la equidad de género, es el Estado el encargado de generar las condiciones fundamentales para satisfacer las necesidades (jurídicamente y en el ámbito jurisdiccional) de los hombres y las mujeres y tutelar en todo momento la igualdad y equidad de género; conforme al artículo en cita, en relación con el numeral 4 de la Carta Magna, en los que se patentizan, por un lado, las obligaciones del Estado de proteger a los derechos humanos y, por otro, la igualdad del varón y la mujer ante la ley.

---

[24] Paredes, Rosa, "Políticas públicas, pobreza y equidad de género", *Espacio Abierto,* Universidad del Zulia, Venezuela, vol. 15, 2006, p. 4, *http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=12215403*

Respecto a la equidad de género, Tania Ricaldí Arevalo manifiesta lo siguiente:

> …el rol del Estado como generador de condiciones de equidad y su papel en la toma de decisiones, enfrentando las diferentes concepciones acerca del tamaño y papel del Estado en la sociedad, la ardua discusión Estado vs. Mercado; sin embargo, lo que nos ayuda a inclinar la balanza hacia una de las instituciones que debe lideralizar y garantizar el proceso de sustentabilidad, es precisamente la equidad, la cual no entra dentro la lógica de mercado, ya que los elementos que hacen al concepto de equidad no pasan necesariamente por la racionalidad económica que es la que prima en la lógica del mercado (…) debe asumir la defensa de los grupos vulnerables y hacer frente a los abusos de poder de otros actores, debe equilibrar las relaciones de poder entre los diferentes actores; respetar y fortalecer los objetivos de sustentabilidad y las nuevas racionalidades (racionalidad ambiental y socio-productiva), que coadyuven al proceso; cuestionando todas aquellas actitudes que vayan en contra de estas nuevas racionalidades y estos nuevos objetivos de la sociedad, inspirados fundamentalmente en el logro de la equidad.[25]

Se examina brevemente lo que es la perspectiva de género, lo que entendemos como las miras y visión que debe tener toda autoridad de incluir a las mujeres y hombres en la toma de decisiones. Perspectiva que hace referencia a la inclusión de la fémina y el varón en todos los aspectos, con base en la igualdad de los géneros a través de la equidad.

Hecha esta precisión sobre perspectiva de género, José Daniel Hidalgo Murillo manifiesta, al respecto, lo que se cita a continuación:

> Una serie de leyes relacionadas especialmente en los derechos de la mujer y/o de las víctimas han introducido el concepto de *"perspectiva de género"* en la legislación mexicana. Se suma, con la legislación (sic), los protocolos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
>
> La Ley General de Acceso a las Mujeres a una vida Libre de Violencia define "**perspectiva de género**", en su glosario del artículo 5, fracción IX como "**una visión científica, analítica y política sobre las mujeres y los hombres.** Se propone eliminar las causas de la opresión de género como la desigualdad, la injusticia y la jerarquización de las personas basada en el género. Promueve la igualdad entre los géneros a través de la equidad, el adelanto y el bienestar de las mujeres; contribuye a construir una sociedad en donde las mujeres y los hombres tengan el mismo valor la igualdad de derechos y oportunidades para acceder a los recurso económicos y a la representación política y social en los ámbitos de toma de decisiones" … A partir de este momento, toda actividad de los funcionarios públicas (sic) deberá realizarse con "perspectiva de género" (subrayado nuestro).[26]

---

25 Ricaldí Arevalo, Tania, "La equidad de género en las políticas de desarrollo: un desafío para la sustentabilidad", *Polis, Revista de la Universidad Bolivariana,* Chile, vol. 3, núm. 9, 2004, *http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30500906*

26 Hidalgo Murillo, José Daniel, "*Perspectiva de Género y Libertad Personal*", México, Editorial Flores, Universidad Autónoma de Chiapas, 2017, p. 169.

Las facultades otorgadas a los representantes del Estado, en ejercicio de sus funciones para que, en la toma de decisiones, en materia de derechos humanos, y en específico en materia de género, deben tutelar de forma efectiva los derechos fundamentales, tanto del hombre como de la mujer.

Algunas definiciones de perspectiva de género mencionan de manera simple, que es la óptica o los anteojos con los que se mira la realidad existente entre los varones y las mujeres, dentro de una comunidad, considerando, desde luego, los roles asignados por su género, para el buen funcionamiento de una sociedad determinada.

La Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres,[27] en la fracción VI del artículo 5, define a la perspectiva de género:

> VI. Perspectiva de Género. Concepto que se refiere a la metodología y los mecanismos que permiten identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres, que se pretende justificar con base en las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, así como las acciones que deben emprenderse para actuar sobre los factores de género y crear las condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la igualdad de género;

La perspectiva de género ayuda a comprender las diferencias culturales y roles asignados entre lo masculino y lo femenino, y no incurrir en el error de lo que es sexo o características biológicas existentes entre el varón y la mujer. La perspectiva de género ayuda al juzgador a identificar las diferencias que existen entre lo masculino y lo femenino, y respetar en todo momento esas diferencias, sin estereotipos para que, en la toma de decisiones, se tutelen en todo momento los derechos fundamentales de la persona.

En el mismo tenor, la igualdad de género se refiere a la regularización de las relaciones interpersonales existentes entre las personas que forman parte de una sociedad, mismas que son reguladas por la norma jurídica.

Respecto de la equidad de género, se trata de saber identificar las diferencias existentes entre el varón y la mujer o entre lo femenino y masculino, para tutelar de forma efectiva los derechos fundamentales de la persona, en un plano de igualdad de derechos y oportunidades para el hombre y la mujer. Luego entonces, de acuerdo con D'Elia y Maingón, citadas en el Glosario de Género, la equidad de género:

> …es un principio de justicia emparentado con la idea de igualdad sustantiva y el reconocimiento de las diferencias sociales. Ambas dimensiones se conjugan para dar origen a un concepto que define la "equidad" como "una igualdad en las diferencias",

---

[27] Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres. Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 02-08-2006. Última reforma publicada el 14-06-2018.

> entrelazando la referencia a los imperativos éticos que obligan a una sociedad a ocuparse de las circunstancias y los contextos que provocan la desigualdad, con el reconocimiento de la diversidad social, de forma que las personas puedan realizarse en sus propósitos de vida según sus diferencias.[28]

Se concluye en este apartado, que tanto perspectiva de género, como igualdad de género y equidad de género, son conceptos distintos y que se distinguen por una línea que los separa; sin embargo, el fin último de estos conceptos es uno solo, proteger en todo momento los derechos fundamentales de las personas, eliminar los estereotipos y procurar la ausencia de todo tipo de discriminación entre el varón y la mujer, con respeto a las diferencias existentes entre uno y otro.

Como resultado de lo anterior, perspectiva de género, igualdad de género y equidad de género, son cuestiones muy parecidas; se encuentran estrechamente ligadas y, en lo particular, podemos decir que, mientras la equidad de género hace referencia al plano de igualdad entre el hombre y la mujer, la perspectiva de género, por su parte, alude a la visión y análisis que deben realizar los entes estatales, de manera oficiosa, para llegar a una igualdad de oportunidades y a la inclusión del varón y la mujer en todos los ámbitos sociales y jurisdiccionales, en tutela efectiva de los derechos humanos, como lo establecen los artículos 1, 4 y 133 de la CPEUM, con la prevalencia en todo momento el derecho a la igualdad y no discriminación.

5. Transversalidad de la perspectiva de género

La transversalidad de perspectiva de género se refiere, primeramente, a la obligación de acatar lo dispuesto por los artículos 1 y 4 de la CPEUM, en cuanto a la obligación de las autoridades de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, desde luego, el punto fundamental de esta investigación, únicamente se avoca al varón y la mujer, como lo establece el segundo numeral en cita.

En el mismo tenor, transversalidad de perspectiva de género alude a la responsabilidad de todos los poderes públicos en el avance de la igualdad entre mujeres y hombres.

---

28 D'Elia, Yolanda y Maingón, Thais, *La equidad en el desarrollo humano: estudio conceptual desde el enfoque de igualdad y diversidad,* Caracas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2004. Citado por INMUJERES, Glosario de Género, México, 2007, p. 59.

6. La perspectiva de género como derecho humano en la actividad jurisdiccional

Los jueces en materia familiar tienen el deber de proteger los derechos humanos en toda controversia del orden familiar al momento de dictar un auto o una sentencia, en consideración al multicitado artículo 4.228 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

> Los derechos humanos constituyen un tema demasiado relevante para la vida de las personas como para que se les pueda analizar desde una óptica exclusivamente jurídica. En buena medida, tales derechos representan hoy en día nuestro más objetivo parámetro para determinar qué es la justicia y que sociedades son justas o más o menos justas cuando menos.[29]

Los derechos humanos son el conjunto de atributos y facultades inherentes a la naturaleza de la persona humana, reconocidos o no por la ley. Es decir, los derechos humanos son esenciales a toda persona y forman parte de su naturaleza, por el simple hecho de ser humano; tanto el varón, como la mujer, cuentan con los derechos fundamentales reconocidos por México en los tratados internacionales de los cuales es parte, y las normas generales de aplicación a los casos concretos.

La interpretación conforme, en relación a la equidad y perspectiva de género en los asuntos de carácter familiar atiende a la imparcialidad entre las partes, debe observarse en todo momento que no se violente el derecho a la igualdad y no discriminación.

> La intervención de los jueces, como parte integrante de la estructura estatal… es determinante; pues en ejercicio de sus funciones deben analizar y armonizar las normas de derecho interno con las de fuente internacional, para realizar un ejercicio interpretativo acorde a los estándares internacionales desarrollados, y *aplicar en su caso la norma que brinde la mayor protección a los derechos humanos de la persona*.[30]

En consecuencia, los jueces deben analizar y armonizar las normas de Derecho interno con la Constitución, así como las de fuente internacional. En este sentido, el artículo base de este estudio, hace referencia a otorgar la guarda y custodia de un menor a la progenitora, lo que evidencia una latente violación a los derechos fundamentales del varón, independientemente de que el mismo precepto legal indique que es en atención al interés superior de la niñez. Los jueces, al evidenciar una posible violación a los derechos humanos de alguna de las partes, deben

---

29 Carbonell Miguel. "El ABC de los derechos humanos y del control de convencionalidad", México, Porrúa, 2da edición, 2015, p. 8.

30 Pichardo Aranza, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

inaplicar dicho precepto y hacer un ejercicio interpretativo acorde a la Constitución y los tratados internacionales, para evitar violentar un derecho humano.

Lo anterior se robustece con las consideraciones del Dictamen a la reforma del artículo 4.228 del Código Civil para el Estado de México, de 14 de marzo de 2016:

> Destacamos que la equidad de género es un derecho humano que tiene como marco jurídico los artículos 1° y 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que respectivamente se refieren a la no discriminación y a la igualdad entre el hombre y la mujer y con base en este marco jurídico, se han creado leyes y políticas públicas para la protección de los derechos de la mujer.
>
> (…)
>
> Es pertinente señalar que, el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, cuya estrategia transversal denominada Perspectiva de Género, contempla la necesidad de realizar acciones especiales orientadas a garantizar los derechos de las mujeres y evitar que las diferencias de género sean causa de desigualdad, exclusión o discriminación.[31]

Los términos perspectiva de género y equidad de género tienen su base en la desventaja de la mujer bajo el poder del hombre. La mujer fue considerada, o se considera aún a la fecha, como dentro de un grupo vulnerable; en ese sentido, al tomar en consideración el inciso a) fracción II del artículo 4.228 del Código Civil vigente en el Estado de México, se originaría una vulnerabilidad hacia el varón, en atención a la violación del derecho humano a la igualdad y no discriminación, por los motivos expuestos.

Por ello, se considera que el término "grupo vulnerable" aplicable al género femenino no es del todo correcto, desde una perspectiva de equidad de género; toda vez que en el presente estudio se puede considerar vulnerable tanto al varón como a la mujer, si se aplica literalmente el artículo 4.228; y para entender de manera conceptual qué es un grupo vulnerable, Enrique Uribe Arzate y María de Lourdes González Chávez, señalan como persona vulnerable a aquella que "por sus características físicas, sociales, culturales o económicas se encuentran en situación de desventaja con respecto al resto de la sociedad".[32]

No se puede considerar en ese sentido a la mujer como grupo vulnerable, toda vez que si el juzgador considera en su totalidad al artículo 4.228 en su fracción II inciso a), al momento de resolver una controversia en donde esté en litigio la

---

31 Dictamen a la Reforma del Código de Procedimientos Civiles…*op. cit.,* p. 14.

32 Uribe Arzate, Enrique y González Chávez, María de Lourdes, "La protección jurídica de las personas vulnerables", Revista de Derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, núm. 27, 2007, p. 207, *http://ri.uaemex.mx/bitstream/handle/20.500.11799/39895/La%20protecci%c3%b3n%20jur%c3%addica%20de%20las%20personas%20vulnerables.pdf?sequence=1&isAllowed=y*

guarda y custodia de un menor, se invertiría la vulnerabilidad hacia el varón, y lo deja en completo estado de indefensión, en atención a que se estaría vulnerando los derechos de igualdad y no discriminación.

En el mismo tenor, lo que se debe considerar realmente es la función jurisdiccional en ponderación a los derechos humanos; principalmente, considerar el derecho a la igualdad y no discriminación.

Como se ha manifestado en apartados anteriores, depende de todas y todos, tanto del Estado como de los particulares, impulsar, proteger y reforzar acciones encaminadas a la tutela de la igualdad y equidad de género, para que los juzgadores, en todas sus decisiones, resuelvan con perspectiva de género, con la finalidad de incorporar a las mujeres en la vida económica, política, social y cultural del país; desde luego, sin dejar a un lado la participación del varón en dichos aspectos.

7. Equidad de género y perspectiva de género en las controversias familiares

Los jueces familiares, deben considerar los puntos establecidos en el presente trabajo, para no vulnerar los derechos de las partes, en los asuntos en los que se involucren niñas, niños o adolescentes, en específico, en asuntos de guarda y custodia de menores, con base en todo momento en el derecho de igualdad y no discriminación; desde luego, sin soslayar el principio de interés superior del niño.

De igual manera, todo juzgador debe considerar el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, emitido por la Suprema Corte de la Nación, en el que se indican los elementos para la aplicación de la perspectiva de género en el juzgar. En dicho protocolo, se define lo siguiente:

> Juzgar con perspectiva de género implica hacer realidad el derecho a la igualdad. Responde a una obligación constitucional y convencional de combatir la discriminación por medio del quehacer jurisdiccional para garantizar el acceso a la justicia y remediar, en un caso concreto, situaciones asimétricas de poder. Así, el Derecho y sus instituciones constituyen herramientas emancipadoras que hacen posible que las personas diseñen y ejecuten un proyecto de vida digna en condiciones de autonomía e igualdad.[33]

---

[33] Suprema corte de Justicia de la Nación, Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Haciendo Realidad el derecho a la igualdad, 2da. Edición, México, 2015 p. 73, https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/Protocolo_perspectiva_de_genero_REVDIC2015.pdf. *Vid.,* Ramírez Medina, Lesley, "Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Haciendo Realidad el derecho a la igualdad", *Revista Ex Legibus,* Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México, núm. 5, 2016, pp. 67-97.

Por consiguiente, el texto actual del artículo base de la presente investigación, no debe ser considerado en su totalidad. Se considera más adecuado el texto publicado en la Gaceta del Gobierno del Estado de México el 18 de diciembre de 2014 (reforma del artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México), mismo que se aprecia en la parte izquierda del cuadro comparativo que a continuación se muestra:

Guarda y Custodia en la Patria Potestad	**Guarda y Custodia en la Patria Potestad**
Artículo 4.228. Cuando solo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, se aplicarán las siguientes disposiciones: II Si no llegan a algún acuerdo, el juez **atendiendo a los elementos de prueba** que obren en el sumario y con base en el resultado de las pruebas periciales en materia de trabajo social y psicología familiar que oficiosamente habrán de practicárseles, determinara: a) El otorgamiento de la guarda y custodia de un menor no estará sustentado en prejuicios de género, por lo cual deberá atenderse al interés superior del menor…	Artículo 4.228. Cuando solo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, se aplicarán las siguientes disposiciones: II Si no llegan a algún acuerdo, el juez **atendiendo a los elementos de prueba** que obren en el sumario y con base en el resultado de las pruebas periciales en materia de psicología familiar que oficiosamente habrán de practicárseles y habiendo escuchado a la niña, niño o adolescente determinara: a) El otorgamiento de la guarda y custodia de menores de dos años quedará preferentemente al cuidado de la madre y atendiendo al interés superior de las niñas, niños y adolescentes…

El término igualdad hace referencia a que todos los seres humanos (varón y mujer) tienen iguales derechos dentro de nuestro sistema jurídico, que el hombre y la mujer tienen las mismas oportunidades y que el Estado es el encargado de tutelar los derechos fundamentales reconocidos en la CPEUM; por ende, toda controversia debe dirimirse con estricto apego a los derechos humanos y específicamente atiende a la equidad y perspectiva de género.

6. Conclusiones

La igualdad de género y equidad de género son conceptos ligeramente distintos desde el punto de vista teórico, al ser estudiados, son referentes en la práctica jurisdiccional y tienen una misma finalidad: deben ser considerados por los jueces para una debida impartición de justicia, con ausencia total de discriminación entre el varón y la mujer, por lo que respecta a sus derechos fundamentales, para el ejercicio de iguales derechos y oportunidades, e implementación de mecanismos de justicia equitativa; lo que da origen a juzgar con perspectiva de género.

Para poder juzgar con perspectiva de género en las controversias de carácter familiar, en las que se encuentre en litigio la guarda y custodia de un menor, deben considerarse principalmente tres puntos fundamentales: igualdad de trato,

igualdad de oportunidades e igualdad de resultados; desde luego, velar por el interés superior del menor, sin que ello implique dar preferencia a alguno de los progenitores del infante, y se debe eliminar todos los estereotipos por cuestiones de sexo y género.

Si bien es cierto, la legislación civil del Estado de México patenta una discriminación hacia el varón, al considerar una preferencia hacia la mujer al momento de otorgar la guarda y custodia de los menores involucrados en una controversia del estado civil de las personas y del Derecho familiar, también lo es que el juzgador, puede y debe inaplicar dicha normativa, en consideración a la igualdad y equidad de género, para poder llegar al fin último: juzgar con perspectiva de género, y eliminar toda clase de estereotipos por cuestiones de sexo y género.

7. Bibliohemerografía

Bibliografía

Carbonell Miguel, *El ABC de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2ª edición, 2015.

D'Elia, Yolanda y Maingón, Thais, *La equidad en el desarrollo humano: estudio conceptual desde el enfoque de igualdad y diversidad*, Venezuela, Torino, 2004.

Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, Caballero Ochoa, José Luis y Steiner Christian, *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, SCJN, UNAM y Fundación Konrad Adenahuer Stiftung, México, 2013, *https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/pagina/documentos/2016-11/Dh%20en%20la%20Constitucion%20comentarios%20TOMO%202.pdf*

Hidalgo Murillo, José Daniel, *Perspectiva de Género y Libertad Personal,* México, Flores, 2017.

Salazar Ugarte, Pedro, et al., *La Reforma Constitucional Sobre Derechos Humanos. Una guía conceptual,* México, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, 2014.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La protección no jurisdiccional de los Derechos Humanos*, México, Dirección General de la Coordinación de Compilación y sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008.

Zaragoza Contreras, Laura G., *Derechos Humanos y Jurisdicción*, México, Tirant lo Blanch, 2017.

Hemerografía

Camacho Brown, Lolita y Watson Soto, Hannia, "Reflexiones Sobre Equidad De Género Y Educación Inicial", *Revista de las Sedes Regionales*, Costa Rica, núm. 14, 2007, *http://www.redalyc.org/pdf/666/66615071004.pdf*

Paredes, Rosa, "Políticas Públicas, Pobreza Y Equidad De Género", Venezuela, *Espacio Abierto*, 2006, *http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=12215403*

Pineda, Javier y Hernández, Andrés, "Retos De La Equidad Para Los Hombres", Nómadas, Colombia, núm. 24, 2006, *http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=105116598014*

Ramírez Medina, Lesley, "Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Haciendo Realidad el derecho a la igualdad", *Revista Ex Legibus*, Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México, núm. 5, 2016, pp. 67-97.

Ricaldi Arévalo, Tania, "La Equidad De Género En Las Políticas De Desarrollo: Un Desafío Para La Sustentabilidad", *Polis,* núm. 9, Chile, 2004, *http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30500906*

Uribe Arzate, Enrique, y González Chávez, María De Lourdes, "La protección Constitucional de los grupos vulnerables en México", *Revista de Derecho*, Colombia, 2007, *https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85102709*

Documentos publicados en Internet

Ávila Santacruz, María de Lourdes, La transversalidad de la perspectiva de género en las políticas públicas, Instituto Nacional de las Mujeres, 30/10/2014, *https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/115034/INMUJERES-Lourdes__vila_Santacruz.pdf*

Preferencia, De Chile, *http://etimologias.dechile.net/?preferencia*

Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, Haciendo Realidad el derecho a la igualdad, Suprema Corte de Justicia de la Nación, segunda edición, México, 2015, *https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/Protocolo_perspectiva_de_genero_REVDIC2015.pdf*

Legislación

Código Civil del Estado de México, 2002.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

Decreto núm. 68 por el que se reforma el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, 2014.

Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, 2018.

Jurisprudencia

Tesis 1a. CCLXXXIX/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 23, octubre de 2015, p. 1647.

Tirant Online México, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa.

www.tirantonline.com.mx

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- Biblioteca Virtual
- Tirant Derechos Humanos
- Tirant TV
- Personalización
- Foros y Consultoría
- Revistas Jurídicas
- Gestión de despachos
- Novedades
- Tirant Online España
- Petición de formularios

+52 1 55 65502317
www.tirantonline.com.mx
atencion.tolmex@tirantonline.com.mx