JUSTICIA Y LIBERTAD
REVISTA JURÍDICA

NO. 01 / ABRIL 2021

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DEL ESTADO DE MORELOS

REVISTA JUSTICIA Y LIBERTAD

Número 1, abril de 2021

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DEL ESTADO DE MORELOS

Revista Justicia y Libertad

Escuela Judicial del Poder Judicial del Estado de Morelos

COMITÉ EDITORIAL

D. en D. Rubén Jasso Díaz
Magistrado, Presidente del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos

M. en D. Carlos Iván Arenas Ángeles,
Magistrado y Director de la Escuela Judicial del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos

M. en D. Nadia Luz María Lara Chávez
Magistrada Integrante de la Primera Sala del Primer Circuito Judicial del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos

Dra. Aura Hernández Hernández
Directora de la Casa de la Cultura Jurídica “Ministro Teódilo Olea y Leyva” del Estado de Morelos

M. en D. Antonio Pérez Ascencio
Juez del Juzgado Noveno Familiar del Primer Distrito Judicial del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos

D. en D. Eduardo Oliva Gómez
Encargado de Despacho de la Dirección de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos

Lic. Sandra Luisa Villarreal Robles
Secretaria Técnica de la Escuela Judicial del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos

COORDINADORA EDITORIAL

M. en D. Ana Marcela Muñoz Martínez

EDICIÓN

M. en D. Emmanuel López Pérez

Las opiniones plasmadas en los trabajos corresponden exclusivamente a sus autores. El hecho de su publicación en la Revista Justicia y Libertad no significa que la revista se solidarice con su contenido.

Primera edición: 7 de abril de 2021

Escuela Judicial del Poder Judicial del Estado Morelos
Escuelapoderjudicialmor@gmail.com
Dwight Morrow 17 C.P. 62000
Cuernavaca, Morelos, México

CONTENIDO

¿Por qué hablar de una prisión preventiva justificada?..... 1
Juan Daniel Porcayo González
Katery Isamara Castillo Uriostegui

Consecuencias del divorcio en los niños, niñas y adolescentes……. 17
Miguel Ángel Miranda Aquino

Los jueces laborales ante las pruebas originadas por el uso de *whatsapp.* Un análisis a partir del contexto morelense……. 33
Erick López Serrano

El sistema acusatorio penal a doce años de su instauración: ¿avance o retroceso?..... 56
Lucio Alfonso Rubio Antelis

La violación del derecho humano de protección de la familia en el marco de la pensión por viudez conforme al artículo 133 de la ley del seguro social…… 76
Eduardo Sotelo González

Mecanismos alternativos de solución de controversias: un asunto de derechos humanos……. 98
Rosa Maria Aquino Roblero

El principio de participación democrática de las niñas, niños y adolescentes en el código familiar del Estado……. 111
Benito González Moreno

La inclusión de la neuropsicología forense respecto al artículo 410 del código nacional de procedimientos penales……. 135
José Gerardo Rivera Rodríguez
Oscar Samario Hernández

El acceso a la justicia en tiempos de pandemia por Covid-19……..... 155
Daniela Estefanía Leyva Hernández

La prueba idónea, libre y lógica en el sistema penal acusatorio……. 171
Jorge Yquera Ortega

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Publicación de sentencias en formato de lectura fácil considerando el interés superior del menor……. 193
Manuel Alejandro Calcáneo Hernández
Paola Montserrat Tapia Moreno

Derecho de la unión europea principios generales y características…….. 205
Evangelina Verónica de la Tejera Hernández

Teoría del caso. Un nuevo paradigma. México. 2020…….. 232
Alfonso Beltrán Arizmendi

El derecho de menores y la contingencia sanitaria…….. 252
Verónica Isabel García Higuera

REFLEXIONES SOBRE TÓPICOS DEL DERECHO

La constitución de los estados unidos mexicanos: rígida o flexible……. 275
Manuel Enrique Arizmendi San Pedro

Las niñas, niños y adolescentes, el presente de México…….. 279
Carlos Iván Arenas Ángeles

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

PRESENTACIÓN

La Escuela Judicial comprometida con la difusión y generación de conocimientos de la ciencia del derecho, decide crear la revista jurídica “Justicia y Libertad”; la cual nace en esta gestión el día 2 de octubre de 2020, con su publicación en el Boletín Judicial teniendo como objetivo abrir las puertas a la academia, siendo el medio de difusión científico-jurídico actual y relevante, fomentando el análisis y la reflexión entre las y los miembros de la comunidad jurídica y del campo de las ciencias sociales del Estado de Morelos y México.

Cabe mencionar que desde hace 4 años no se habían hecho publicaciones académicas-jurídicas dentro de nuestra institución, por ello se pretende que sea una revista no exclusiva del personal que integran la comunidad del Poder Judicial, si no extender la invitación para que abogadas, abogados, investigadoras, investigadores, alumnas, alumnos, y toda aquella persona que desee participar, puedan publicar sus ideas a través de las diversas secciones como lo son: trabajos de investigación, reseñas bibliográficas, comentarios jurisprudenciales, reflexiones sobre tópicos del derecho, estudio y análisis de sentencias del orden estatal y federal, crónicas de actividades académicas, entre otras.

Derivado de ello, se emitió la primera convocatoria en el mes de octubre del 2020 para participar en la primera edición, de los cuales en este primer número se presentan 14 artículos y 2 reflexiones sobre tópicos del derecho, entre los cuales encontramos temas relevantes para el mundo de la abogacía, como lo son: justicia laboral, derechos humanos, mecanismos alternativos de solución de controversias, derechos de las niñas, niños y adolescentes, derecho comparado, aspectos en materia penal, solo por mencionar algunos.

Por último, queremos reconocer la labor de cada uno de las y los integrantes que conforman este Comité Editorial por su compromiso de difundir la ciencia del derecho en beneficio de la sociedad, asimismo a cada una y uno de los participantes por mostrar su interés en la difusión del conocimiento jurídico.

Hasta aquí “Justicia y Libertad”.

M. en D. Carlos Iván Arenas Ángeles,
Magistrado y Director de la Escuela Judicial del
H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos

PALABRAS DEL COMITÉ

Gracias a la ardua labor de los integrantes de la Escuela Judicial, de los miembros del Comité Editorial y de los autores, me congratulo en presentar la primera edición de la revista jurídica “JUSTICIA Y LIBERTAD”, que servirá como medio de difusión de ideas, comentarios y reflexiones jurídicas, así como para profundizar y fomentar entre la comunidad la investigación en las distintas áreas del derecho.

Con esta revista, el Poder Judicial del Estado de Morelos pretende coadyuvar con la divulgación del conocimiento jurídico, con un órgano de difusión propio que permita dar a conocer los trabajos de los servidores públicos que lo conforman, de abogados, académicos y demás interesados.

D. en D. Rubén Jasso Díaz
Magistrado Presidente del H. Tribunal Superior
de Justicia del Estado de Morelos

La comunicación es indispensable, más en tiempos de pandemia; los medios a través de los cuales podemos generarla han de ser el canal idóneo para que, quienes deseen compartir sus conocimientos en beneficio de la población logren su objetivo. La revista “Justicia y Libertad “ está a tu disposición.

M. en D. Antonio Pérez Ascencio
Juez del Juzgado Noveno Familiar del Primer Distrito
Judicial del H. Tribunal Superior de Justicia
del Estado de Morelos

La difusión de las ideas científicas, filosóficas e interpretativas, constituyen una base fundamental para el para el desarrollo y la transformación del conocimiento, de la ciencia y del progreso humano. El mundo global en el que hoy se transita transforma rápidamente el pensamiento humano, por ello, la difusión del conocimiento se convierte en una piedra angular en esta misión.

La Escuela Judicial del Poder Judicial del Estado de Morelos, mediante la creación y publicación de la Revista Jurídica “Justicia y Libertad” cumple cabalmente con esta misión en beneficio de la ciencia jurídica y de los estudiosos del derecho; esta es la importancia de su obra.

Encargado de Despacho de la Dirección
de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos

ARTÍCULOS

¿POR QUÉ HABLAR DE UNA PRISIÓN PREVENTIVA JUSTIFICADA?

¿WHY TALK ABOUT A JUSTIFIED PREVENTIVE PRISON?

Juan Daniel Porcayo González[1]
Katery Isamara Castillo Uriostegui[2]

RESUMEN: La prisión preventiva constituye una de las medidas cautelares más restrictivas dentro de cualquier modelo de justicia penal, pues implica que un individuo señalado por la comisión de un hecho delictivo enfrente su proceso privado de su libertad, sin que, en su persona, haya recibido una sentencia de condena, lo cual, obvio es, vulnera la presunción de inocencia.

Nuestra ley suprema establece que la prisión preventiva puede imponerse de manera oficiosa o justificada; sin embargo, en el primer supuesto su proceder se da de manera automática por así estar previsto en ley, mientras que, una prisión preventiva justificada debe necesariamente entrar al análisis de todos y cada uno de los riesgos procesales para estar en posibilidad de justificar su imposición, lo cual consideramos, obedece a la máxima de una tutela judicial efectiva.

Por tanto, la presente investigación tiene como objetivo, demostrar las razones por las cuales debemos dejar en al abandono la concepción de una prisión preventiva oficiosa y transitar hacia su imposición de manera justificada; empleando para ello, una metodología analítica que permita desentrañar los elementos diferenciales entre una y otra, confirmando así la hipótesis de que, una prisión preventiva justificada debe imponerse

[1] Maestrando en Derecho en el Programa de Posgrados de Calidad PNPC CONACYT por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.
[2] Maestranda en Derecho en el Programa de Posgrados de Calidad PNPC CONACYT por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

tomando en cuenta los riesgos procesales y no propiamente la naturaleza del hecho delictivo.

***Palabras clave**:* Prisión preventiva, imputado, libertad, contradicción, presunción de inocencia, tutela judicial efectiva, debido proceso, media cautelar.

ABSTRACT: Preventive detention constitutes one of the most restrictive precautionary measures within any criminal justice model, as it implies that an individual accused of committing a criminal act faces his process deprived of his liberty, without, in his person, having received a sentence of conviction, which, obviously, violates the presumption of innocence.
Our supreme law establishes that preventive detention can be imposed in an informal or justified manner; However, in the first case, its procedure is given automatically as it is provided for by law, while a justified preventive detention must necessarily enter into the analysis of each and every one of the procedural risks to be able to justify its imposition, which we consider, obeys the maxim of an effective judicial protection.
Therefore, the present investigation aims to demonstrate the reasons why we should abandon the conception of an informal preventive detention and move towards its imposition in a justified manner; using for this, an analytical methodology that allows to unravel the differential elements between one and the other, thus confirming the hypothesis that a justified preventive detention should be imposed taking into account the procedural risks and not the nature of the criminal act.

Keywords: Preventive detention, accused, freedom, contradiction, presumption of innocence, effective judicial protection, due process, precautionary measure.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Sumario: I. *La prisión preventiva oficiosa en un sistema penal mixto o tradicional.* II. *La figura de prisión preventiva en el sistema penal acusatorio.* III. *La contradicción y presunción de inocencia como garantes de un debido proceso.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

I. LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA EN UN SISTEMA PENAL MIXTO O TRADICIONAL

Para empezar, debemos decir que la prisión preventiva no es una figura nueva en un sistema de corte acusatorio y adversarial, de hecho, fue el uso tan generalizado y desmedido que se le dio en un sistema penal mixto o tradicional el que hizo que, en este nuevo paradigma de justicia penal, la prisión preventiva oficiosa constituyera una medida de carácter excepcional y a la par, se abriera la posibilidad de imponerla de manera justificada, pues los errores del pasado no podían seguir permeando en el presente.

La anterior afirmación se sostiene partiendo del hecho de que en un sistema penal mixto o tradicional, el imputado era considerado culpable desde su primera intervención, luego entonces, durante el desarrollo del proceso debía probar su inocencia; pues es este último quien tenía sobre sus hombros la carga de la prueba y no obstante tal circunstancia, su inocencia debía ser probada desde el interior de un centro penitenciario, pues la medida cautelar que era impuesta en su mayoría, era la prisión preventiva oficiosa, generando severas repercusiones en su esfera jurídica.

Al respecto, Raúl Guillen López afirma que *"durante casi todo el siglo XX la doctrina mexicana, salvo contadas excepciones, se mantuvo indiferente o alejada de lo criticable de dicha situación. La sociedad, incluyendo la comunidad jurídica de aquella época, identifico a este fenómeno como algo normal, es decir, la aplicación de la prisión preventiva como un elemento natural del sistema procesal*

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

penal",[3]evidentemente fueron muchos los que perdieron la esperanza de que esta medida cautelar fuese sustituida por otra menos lesiva, pues eran conscientes de lo tortuoso de aquel sistema penal.

Así entonces, la prisión preventiva oficiosa no solo privaba de la libertad al imputado, sino que a la par, acababa con su honor y honra, extendiéndose sus efectos hacia quienes no tenían culpa del hecho; pues los familiares del hasta ese momento imputado, también experimentaban de forma indirecta, el constante desgaste de la tramitación de un proceso penal bajo las reglas de un sistema mixto.

Otros tantos autores como, por ejemplo, Antonio Salcedo Flores, sostienen acertadamente que la prisión preventiva constituye una pena anticipada, al tenor de las siguientes consideraciones *"La prisión preventiva por ser demasiado prolongada, por requerir solo datos para decretarse y por ser tan difícil de revocar, se convierte en una pena anticipada. Los fines de prevención general y especial de la pena, se trasladan al encarcelamiento preventivo vulnerando el principio de inocencia"*[4] y más adelanta cita las palabras del reconocido jurista Luigi Ferrajoli *"la prisión preventiva es, hoy en día, uno de los más graves problemas del derecho penal y constituye una pena anticipada impuesta a quien no ha sido condenado, antagónica, en esencia, a la presunción de inocencia".*[5]

Ambos autores coinciden en un punto, la prisión preventiva es contraria a la presunción de inocencia, pero este solo es un problema del aspecto formal, del cual nos encargaremos en capítulos siguientes, ya que, en el aspecto material la prisión preventiva como medida cautelar de un sistema mixto o tradicional, generaba secuelas mucho más graves.

Iniciemos por lo más notorio, el honor. Hasta el momento hemos puntualizado que un sistema penal mixto partía del principio de culpabilidad, que, por ende, criminalizaba en mayor medida a un individuo que ni siquiera había sido oído y

[3] Raúl, Guillen López, La prisión preventiva oficiosa (consideraciones sobre su evolución y regulación normativa), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2015, p. 321.
[4] Salcedo Flores, Antonio, "La prisión preventiva ¿Condenada anticipada?", Revista Alegatos, Universidad Autónoma Metropolitana, México, núm. 98, enero – abril 2018, p. 45.
[5] *Ibídem.*

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

vencido en juicio y lo peor, ante los ojos de la sociedad el presunto responsable comenzaba a ser mal visto, pues su compartimiento no un ciudadano ejemplar, sino más bien por su actuar se le etiquetaba como un delincuente, al que lamentablemente no se le daba hasta ese momento la oportunidad de contar su dicho y si así lo hiciera, debía demostrarlo a cabalidad, pero mientras tanto, su persona y nombre ya habían sido exhibidos –*quizá de manera errónea*- por distintos medios de comunicación.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el honor se traduce como el concepto que la persona tiene de sí misma o que los demás han formado de ella, en virtud de su proceder o de la expresión de su calidad ética y social, existiendo dos formas de percibir al honor: subjetiva y objetiva.

El aspecto subjetivo es la estimación interpersonal que la persona tiene por sus cualidades morales y profesionales dentro de la comunidad; el aspecto subjetivo es lesionado por todo aquello que lastimada el sentimiento de la propia dignidad. Mientras que, en el aspecto objetivo, el honor es lesionado por todo aquello que afecta a la reputación que la persona merece, es decir, el derecho a que otros no condicionen negativamente la opinión que los demás hayan de formarse de nosotros,[6] por tanto, el uso exacerbado de la prisión preventiva oficiosa en los procesos penales mixtos o tradicionales, notoriamente generaban un menoscabo al honor del individuo, pues era tratado como criminal, sin que presidiera una sentencia condenatoria que declarase su responsabilidad penal.

Por otro lado, la prisión preventiva oficiosa es una medida cautelar tendiente a privar de la libertad personal a un individuo, constituyéndose esta última uno de los bienes jurídicos más preciados por el hombre, por tanto, su imposición representa y represento un acto de imposible reparación, ya que, en aquel viejo sistema tradicionalista, -aunque *aún vigente en algunos casos*-, la autoridad se tardaba años para resolver la situación jurídica del imputado y en la etapa conclusiva, la decisión se constreñía en dictar una sentencia absolutoria, la cual por supuesto, en nada iba

[6] Tesis: 1ª. XX/2011(10ª.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, enero de 2012, p.2906.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

a retrotraer los efectos de una medida como lo fuera la prisión preventiva oficiosa, pues a la persona que por años quedo sujeta a un proceso penal, nadie le iba a devolver los años que paso privado de su libertad y en cambio, con lo único que se tenía que conformar era con las palabras "usted disculpe", pronunciadas por la autoridad, tornándose una especie de burla.

Pero, aunque pudiese parecer lamentable el hecho de estar privado de la libertad por muchos años y concluir con una sentencia absolutoria revestida de disculpas, la situación empeoraba para muchos otros, pues hay quienes, al día de hoy, siguen en espera de que la autoridad resuelva su situación jurídica y mientras eso sucede, las personas siguen privadas de su libertad por la simple razón de habérseles impuesto como medida cautelar la prisión preventiva y con una constante de incertidumbre jurídica. Ante tal situación es pertinente citar las palabras que algún día pronuncio Francesco Carnelutti en una de sus más celebres obras, "Desgraciadamente, la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables, sino también para saber si son culpables o inocentes... la tortura, en las formas más crueles, ha sido abolida, al menos en el papel; pero el proceso mismo es una tortura".[7]

II. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

La prolongada aplicación de la prisión preventiva oficiosa y la constante vulneración de derechos humanos y fundamentales, entre otras muchas causas, fueron los elementos de partida que se pretendieron revertir con la entrada en vigor de la reforma "De seguridad y justicia" publicada en el Diario Oficial de la Federación, con fecha 18 de junio de 2008.

[7] De la Barrera Solórzano, Luis, "*El veredicto del pueblo", Periódico Excélsior*, México, 14 de mayo de 2020, Fecha de consulta: noviembre de 2020 Se puede consultar en: https://www.excelsior.com.mx/opinion/luis-de-la-barreda-solorzano/el-veredicto-del-pueblo/1381851.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Esta reforma, consolido un cambio substancial en la forma de impartir justicia en los procesos penales mexicanos; modificando diez artículos a nivel constitucional y entre sus tantas distinciones con un sistema penal mixto o tradicional, contemplar a la prisión preventiva como una medida excepcional y cuya duración en ningún caso, podría exceder de los dos años contador a partir de su imposición, evitando precisamente las detenciones arbitrarias.

Sin embargo, dicho sea de paso, este sistema acusatorio adversarial no contempla únicamente la figura de prisión preventiva oficiosa en la que el factor preponderante es la naturaleza y la gravedad del hecho delictivo, sino que también establece la aplicación de la prisión preventiva justificada, que, a diferencia de una oficiosa, no toma en cuenta la gravedad del hecho sino los riesgos procesales que se invoquen para su proceder.

Por ejemplo, el artículo 19 constitucional segundo párrafo en relación con el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, señalan de manera taxativa aquellos delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, en otras palabras, basta que el Agente del Ministerio Público solicite al Juez de Control competente su imposición, para que de facto le sea impuesta tal medida cautelar, pudiendo prescindir debate alguno sobre su imposición, pues a pesar de que dicha medida cautelar es contraria a la presunción de inocencia y a otros tantos derechos contenidos en tratados internacionales, siempre se deberá estar a lo que establece nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Argumento que se robustece con lo dicho por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en una de sus más polémicas jurisprudencias –*consúltese en el rubro previsto al pie de página- ,* en la cual se acepta que el primer párrafo del artículo 1º. Constitucional reconoce un conjunto de derechos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte, pero que, dichos derechos humanos independientemente de su fuente no se relacionan en términos jerárquicos, pues es precisamente la última parte del primer párrafo del artículo aludido el que cubre de supremacía a nuestro ordenamiento como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que implica que el resto

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

de normas jurídicas deban ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material. [8]

Por esta razón en la práctica, los órganos jurisdiccionales imponen la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa de manera automática, desde el momento en que se percatan que la conducta encuadra en uno de los tipos penales señalados en el segundo párrafo del artículo 19 Constitucional o el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, aún y cuando se invoquen diversos tratados internacionales para prescindir de tal medida, lo que a nuestro parecer no es acorde con la finalidad que prevé este sistema acusatorio y adversarial, ya que puede suscitarse el caso que el imputado a través de su defensor haga valer argumentos encaminados a desacreditar diversos riesgos procesales y no obstante que el razonamiento pueda parecer lógico y justificado, seria en realidad inoperante, porque taxativamente su imposición está prevista en ley.

De forma simultánea, se prevé la existencia de una prisión preventiva justificada, que no obedece a la gravedad del hecho, sino que toma como parámetro la existencia de diversos riesgos procesales y, por tanto, puede ser aplicable a cualquier delito.

Abraham Martínez Bazán, cita en uno de sus artículos lo dicho por Rodolfo Sánchez Zepeda de la siguiente forma:

> Para lograr los fines de todo proceso jurisdiccional, este debe concluirse satisfactoriamente con el dictado de una sentencia en la que se diga el derecho y se proceda conforme a la pretensión de la parte vencedora. Empero, en todo proceso existen riesgos que ponen en peligro el derecho de todo gobernado a la tutela judicial efectiva. La finalidad de toda medida de cautela es no frustrar el derecho que se encuentra en litigio ante un tribunal.[9]

En este orden de ideas, Ricardo Matías Pinto nos enseña que *"la prisión sin condena tiene como finalidad permitir la realización del proceso, por lo cual, los*

[8] Tesis: P./J.20/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, abril de 2014, p. 202.
[9] Martínez Bazán, Abraham, "Las medidas cautelares y la prisión preventiva en el nuevo sistema acusatorio adversarial", Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, octubre 2016 – marzo 2017, p.132.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

únicos motivos que pueden justificarla, si se requiere respetar el debido proceso y el principio de inocencia, son los peligros procesales… este concepto en la doctrina anglosajona se identifica con un modelo que respeta ante todo el debido proceso".[10]

Así entonces, en materia penal nuestra legislación adjetiva prevé en sus artículos 167,168 y 169 los riesgos de sustracción, obstaculización y peligro para la víctima, ofendido y sociedad, que, en su conjunto, deberán satisfacerse para acreditar la necesidad de una prisión preventiva justificada, pues sería inconcuso pensar que dicha medida cautelar, por demás restrictiva se deje al libre arbitrio del juzgador solo porque el delito sea catalogado como grave *–por ameritar prisión preventiva oficiosa o por exceder la media aritmética de cinco años-* y que, el imputado no represente ningún riesgo procesal.

De acuerdo con el artículo 150 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se catalogan como graves aquellos delitos que excedan una media aritmética de cinco años y aquellos que ameriten prisión preventiva oficiosa, dado lo cual, una de nuestras premisas que apoya la necesidad de hablar de una prisión preventiva justificada y no oficiosa es la siguiente *"no todo delito grave amerita prisión preventiva oficiosa, pero si todo delito que amerite prisión preventiva oficiosa constituye un delito grave",* por dicha razón insistimos que la prisión preventiva oficiosa resulta poco útil, pues existen delitos a los que se les impone la prisión preventiva por el simple sentir social que llevo al legislador a motivar su procedencia, pero también existen otros tantos casos que los delitos también son graves y para que se pueda imponer una medida cautelar –cualquiera que sea- se deben invocar necesariamente riesgos procesales.

Precisamente ese es el rasgo diferencial de la prisión preventiva justificada, el hecho de tomar en cuenta una serie de riesgos procesales para poder aplicar la prisión preventiva, posicionándose como la última medida cautelar a considerar, pues si otras medidas cautelares logran abatir dichos riesgos procesales, se

[10] Matías Pinto, Ricardo, Los motivos que justifican la prisión preventiva en la jurisprudencia extranjera, "Revista Latinoamericana de Derecho México del Instituto de Investigaciones Jurídicas" de la UNAM, México, enero - diciembre de 2007, p. 335.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

privilegiarán aquellas y en su defecto, se impondrá la prisión preventiva justificada pero siempre de forma excepcional y no automática como se hace con una oficiosa.

Los Tribunales Colegiados de Circuito han sostenido el criterio de que es al juez de control a quien le corresponde imponer una o varias medidas cautelares, tomando en consideración los argumentos que las partes ofrezcan o la justificación que el Ministerio Público realice aplicando el criterio de mínima intervención, esgrimiendo argumentos que permitan determinar las razones por las cuales la prisión preventiva justificada es idónea, proporcional y necesaria, pues no basta que la mencione subjetivamente solo para continuar satisfactoriamente con la investigación, [11] de ahí que, esta última resulte útil y efectiva.

III. LA CONTRADICCIÓN Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO GARANTES DE UN DEBIDO PROCESO

En el primer capítulo hicimos referencia a las características de un sistema mixto o tradicional, en el que una de sus máximas lo fue el principio de culpabilidad, sin embargo, al pasar de los años esta circunstancia dio un giro de 360º grados con la entrada en vigor del modelo acusatorio y adversarial en donde la concepción que empezó a predominar fue entorno a la ya conocida, presunción de inocencia.

Para Ana Dulce Aguilar García, la presunción de inocencia goza de ciertas consecuencias, es decir, "*El imputado goza de la misma situación jurídica que un inocente… el principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo".*[12] Miguel Ángel Aguilar López lo define como "un principio que se erige como uno de los principales derechos que permiten al imputado arribar al juicio y que obliga al fiscal a probar su culpabilidad, sin que el

[11] Tesis: VI.2º. P.45P (10ª.). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.III, agosto de 2018, p. 3016.
[12] Aguilar García, Ana Dulce, Presunción de inocencia, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2015, p. 15.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

procesado tenga la carga de acreditar su inocencia"[13], por tanto, ninguna persona puede ser culpable hasta que un tribunal de enjuiciamiento determine su responsabilidad penal; lo que conlleva a afirmar que el hecho de que una persona que siga su proceso privado de libertad, vulnera notoriamente dicho principio.

Para Luigi Ferrajoli, dicho principio "no permite que exista culpa sin juicio y en sentido estricto, ordena que la acusación someta a prueba y refutación, así entonces se actualiza la presunción de inocencia", Fidel Lozano Guerrero parafrasea sobre esta afirmación estableciendo que "es la culpa y no la inocencia, la que debe ser demostrada; o sea, es la prueba de la culpa y no la inocencia, la que constituye objeto del juicio"[14]

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha entendido a este principio como un poliédrico con múltiples manifestaciones, es decir, como regla de trato, regla de prueba y estándar de prueba. Por cuanto a la regla de trato, ordena a los jueces impedir en la mayor medida posible la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, es decir, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena, [15] claramente, la prisión preventiva oficiosa rompe con dicha regla de trato al ser su imposición automática y aunque puede parecer que la justificada también vulnera dicha regla, lo cierto es, que esta última da prevalencia en primera instancia a otras medidas cautelares y en su defecto, su imposición se centra tomando en cuenta los diversos riesgos procesales existentes, así como la idoneidad, proporcionalidad y mínima intervención de la misma.

No hay que olvidar que la presunción de inocencia se externa en función del principio de contradicción, Mauricio Decap Hernández lo señala de la siguiente forma:

[13] Aguilar López, Miguel Ángel, Presunción de inocencia derecho humano en el sistema penal acusatorio, Instituto de la Judicatura Federal, México, 2015, p.15.
[14] Lozano Guerrero, Fidel, La presunción de inocencia, Editora Laguna S.A de C.V., Universidad Autónoma de Coahuila, Poder Judicial del Estado de Coahuila y Comisión de los Derechos Humanos del Estado de Coahuila, México, 2012, p. 319 - 320.
[15] Tesis: 1ª. XCIV/2013 (10ª.), Semanario del Poder Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, abril de 2013, p. 968.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

> …cada una de las audiencias puede ser vista como un lugar en el que se despliega todo un combate jurídico en el que cada una de las partes porta un estandarte de argumentos y pruebas que permiten persuadir al juez de que sus intereses deben primar en el conflicto, en función de que los hechos son los que habrían ocurrido en realidad… en ese juego dialectico, el principio de contradicción opera como el derecho fundamental a ser oído, el derecho fundamental a la audiencia, a que la petición siempre sea resuelta luego de escuchar a la parte contraria.[16]

Prueba de ello, es el debate que se da en la etapa de investigación complementaria para imponer una de las medidas cautelares establecidas en el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales, donde cada uno de los sujetos procesales establece sus razones por las cuales solicitan sean procedentes; dando el uso de la voz a su parte contraria para argumentar lo que a su derecho convenga y, en el caso del defensor, hacer que se respete la presunción de inocencia de su representado.

Merece la pena subrayar que, la presunción de inocencia constituye un derecho que la ley suprema reconoce y garantiza en general, cuyo alcance trasciende la órbita del debido proceso, pues con su aplicación se garantiza la protección de otros derechos fundamentales como son la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre que podrían resultar vulnerados por actuaciones penales irregulares. [17]

Un ejemplo claro del principio de inocencia, contradicción y debido proceso entorno a la prisión preventiva y riesgos procesales fue el expuesto por Simón Hernández León en su artículo denominado *“Un caso inédito de prisión preventivo en México*” donde menciono lo siguiente:

> En 2002, Daniel García y Reyes Alpizar, fueron consignados por su presunta participación en un delito que su defensa insiste, no cometieron. Con las reglas procesales de entonces y dada la calificación del delito como grave, se les impuso la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa. Más de 15 años después, siguen sujetos a un proceso judicial del sistema tradicional. En

[16] Decap Hernández, Mauricio, El juicio oral y los principios de inmediación y contradicción, Consejo de la Judicatura Federal, México, 2014, p. 59.
[17] Tesis: 2ª. XC/2012 (10ª.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.II, enero de 2013, p. 1687.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

> próximos días, el Juzgado Penal del Distrito Judicial de Tlalnepantla de Baz resolverá un incidente que puede cambiar la prisión preventiva por otra medida cautelar para continuar su proceso en libertad.[18]

Esta situación, resume todo lo que hasta el momento hemos abordado, la vulneración de una presunción de inocencia, lo tortuoso de un sistema penal mixto o tradicional y peor aún, el notorio menoscabo de las garantías que comprende un debido proceso.

Debido al gran número de amparos promovidos en los juzgados federales y cuyo acto reclamado es idéntico al expuesto en líneas anteriores, la Primera Sala de nuestro máximo tribunal, emitió un importante criterio jurisprudencial en el que sostuvo lo siguiente:

> Tratándose de medidas privativas de la libertad o de prisión preventiva que hubieran sido decretadas en un sistema penal mixto o tradicional, el imputado podrá solicitar la revisión de dichas medidas, en tanto que no debe existir un trato desigual de los sujetos procesados en ambos sistemas, por lo que se deben homologar las medidas que el mismo legislador considero pertinentes.
>
> En el entendido de que dicha procedencia y análisis sobre la revisión de la medida cautelar no tiene el alcance de que el juzgador la declare procedente de facto, sino que ello está sujeto a los parámetros normativos del Código Nacional de Procedimientos Penales y la evaluación de riesgo que representa el imputado y el debate que sustentan las partes durante el desarrollo de la audiencia respectiva.[19]

Dicha postura reflejo la imperiosa necesidad de argumentar sosteniendo riesgos procesales para imponer o dejar de imponer dicha medida, pero siempre siguiendo los parámetros de un debido proceso y una tutela judicial efectiva.

[18] Hernández León, Simón, “Un caso inédito de prisión preventiva en México”, Revista Nexos – El juego de la Suprema Corte, México, enero de 2018, fecha de consulta: noviembre de 2020, se puede consultar en: https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=7368.
[19] Tesis: 1ª./J.74/2017 (10ª.). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, octubre de 2017, p. 453.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

IV. CONCLUSIONES

La prisión preventiva oficiosa, represento y sigue representando uno de los mayores suplicios para todos aquellos que enfrentan su proceso al interior de un centro penitenciario; pues no solo se soslaya la presunción de inocencia y las garantías de un debido proceso, sino también el bien jurídico más preciado que cualquier persona pude poseer, su libertad.

La prisión preventiva oficiosa únicamente toma en cuenta la naturaleza y gravead del hecho delictivo, imponiéndose de forma automática, sin importar el hecho de que vulnere derechos humanos reconocidos a nivel internacional, pues por el principio de taxatividad en materia penal se debe imponer por así estar prevista en ley y por obedecer a la par, a las restricciones expresas previstas en nuestra ley suprema.

Por el contrario, la prisión preventiva justificada resulta ser una medida cautelar útil no solo por el hecho de atender a los diversos riesgos procesales, como lo son: riesgo de *sustracción, obstaculización y riesgo para la víctima, ofendido o sociedad*, sino también por considerarse formal y materialmente una medida de carácter excepcional, pues previo a solicitar su imposición, se debe garantizar que otras medidas cautelares no sean las idóneas para eliminar cualquier riesgo procesal existente.

Por tal motivo, debemos transitar hacia un debate que solo se centre en la prisión preventiva justificada aplicable a cualquier delito, pero considerando la evaluación de posibles riesgos procesales; pues como bien quedo establecido, no todo delito grave amerita prisión preventiva, pero si todo delito que amerite prisión preventiva constituye un delito grave, en consecuencia, la imposición de la prisión preventiva oficiosa por la gravedad del hecho, se vuelve obsoleta.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

V. BIBLIOGRAFÍA

ABRAHAM, Martínez Bazán, Las medidas cautelares y la prisión preventiva en el nuevo sistema acusatorio adversarial, Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, octubre 2016 – marzo 2017.

ANA DULCE, Aguilar García, Presunción de inocencia, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2015.

ANTONIO, Salcedo Flores, La prisión preventiva ¿Condenada anticipada?, Revista Alegatos, Universidad Autónoma Metropolitana, México, núm. 98, enero – abril 2018.

FIDEL, Lozano Guerrero, La presunción de inocencia, Editora Laguna S. A de C.V., Universidad Autónoma de Coahuila, Poder Judicial del Estado de Coahuila y Comisión de los Derechos Humanos del Estado de Coahuila, México, 2012.

LUIS, De la Barrera Solórzano, El veredicto del pueblo, Periódico Excélsior, México, 14 de mayo de 2020, Se puede consultar en: https://www.excelsior.com.mx/opinion/luis-de-la-barreda-solorzano/el-veredicto-del-pueblo/1381851.

MAURICIO, Decap Hernández, El juicio oral y los principios de inmediación y contradicción, Consejo de la Judicatura Federal, México, 2014.

MIGUEL ÁNGEL, Aguilar López, Presunción de inocencia derecho humano en el sistema penal acusatorio, Instituto de la Judicatura Federal, México, 2015.

RAÚL, Guillen López, La prisión preventiva oficiosa (consideraciones sobre su evolución y regulación normativa), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2015.

RICARDO, Matías Pinto, Los motivos que justifican la prisión preventiva en la jurisprudencia extranjera, Revista Latinoamericana de Derecho México del

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, enero - diciembre de 2007.

SIMÓN, Hernández León, Un caso inédito de prisión preventiva en México, Revista Nexos – El juego de la Suprema Corte, México, enero de 2018, se puede consultar en: https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=7368.

Código Nacional de Procedimientos Penales

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Semanario Judicial de la Federación.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

CONSECUENCIAS DEL DIVORCIO EN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

CONSEQUENCES OF DIVORCE IN CHILDREN AND ADOLESCENTS

Miguel Ángel Miranda Aquino[1]

RESUMEN: En los últimos años, el divorcio ha pasado a ser parte de nuestra cotidianeidad, cada vez son más las parejas que contraviniendo las arcaicas normas de moralidad de generaciones pasadas, deciden poner fin a su matrimonio por diversas razones. Sin embargo, en ocasiones los profesionales del derecho obvian las implicaciones en distintos ámbitos, que esto suele generar en los hijos de dichas parejas. Haciendo uso de una metodología observacional descriptiva, a través de una revisión teórica de literatura especializada en el tema, expondré algunas de las consecuencias que puede tener el divorcio en la vida de los hijos, y así acercarnos a reconocer la importancia de juzgar con una perspectiva apegada al principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

***Palabras claves*:** Derecho Familiar, Divorcio, Custodia, Interés Superior del Niño.

ABSTRACT: In recent years, divorce has become part of our daily lives, more and more couples, contravening the archaic moral standards of past generations, decide to end their marriages for various reasons. However, sometimes, legal professionals ignore the implications in different areas of the life of these couple's children´s. Using a descriptive observational methodology, through a theoretical review of specialized literature on the subject, I will present some of the consequences that

[1] Estudiante de derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Licenciado en Psicología por la Facultad de Psicología de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

divorce can have on children´s life, bringing us closer to recognizing the importance of judging with a perspective attached to the principle of the best interests of the child and adolescent.

Keywords: Family Law, Divorce, Custody, Best Interest of the Child, and Adolescent.

Sumario: I. *Introducción.* II. *El matrimonio.* III. *El divorcio.* IV. *Consecuencias del divorcio.* V. *Interés superior de los niños, niñas y adolescentes y regímenes de custodia y convivencia.* VI. *Conclusiones.* VII. *Fuentes de investigación.*

I. INTRODUCCIÓN

La mayor parte de las sociedades del mundo, consideran a la familia la base de la sociedad. George P. Murdock, la define como "*un grupo de adultos de ambos sexos, por lo menos dos de los cuales mantienen una relación sexual socialmente aprobada, y uno o más hijos, propios o adoptados, de los adultos que cohabitan sexualmente*"[2]El Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, en su artículo 22, determina que es "*una agrupación natural que tiene su fundamento en una relación, estable entre dos personas y su plena realización en la filiación libre, consciente, responsable e informada, aceptada y dirigida por la pareja, unidas por el vínculo del parentesco, del matrimonio o del concubinato, a la que se le reconoce personalidad jurídica".*[3]

Su funcionamiento supone la existencia de pautas y reglas, particulares y características de ese sistema social, en ella se crean vínculos de solidaridad; a su vez existen relaciones de poder y autoridad; se procura la satisfacción de las necesidades básicas de los miembros, existen obligaciones, responsabilidades y

[2] Murdock, George, Social Structure, Macmillan Nueva York, 1949.
[3] XLIX Legislatura, Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, Tierra y Libertad, México, 2006.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

derechos de acuerdo con las normas culturales, la edad, el sexo y la posición jerárquica de sus integrantes dentro de esta.

Podemos considerar a la familia como un agente activo en el desarrollo social, es la mínima célula de la civilización, en la que se crean, conocen y consolidan la democracia y los valores, donde se solucionan o acentúan los problemas sociales y donde la mayoría de los individuos encuentran amor, comprensión, afecto y especialmente seguridad.

II. EL MATRIMONIO

Por otra parte, en nuestra sociedad, el matrimonio sigue teniendo un peso relevante en la dinámica cotidiana. El artículo 68 del Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, establece que es "*la unión voluntaria y libre de dos personas, con igualdad de derechos y obligaciones, con el propósito de desarrollar una comunidad de vida y ayudarse mutuamente".*[4]Pese a los cambios de paradigma que han venido surgiendo en años reciente, es el contexto universalmente aceptado para concebir, adoptar y comenzar a formar una familia, por lo que determina los derechos, deberes y responsabilidades en relación con el cuidado de los hijos.

Las etapas que se pueden distinguir dentro del matrimonio son seis: 1) etapa de constitución de la pareja; 2) etapa de procreación, nacimiento y crianza de los hijos; 3) etapa de entrada de los hijos a la institución escolar; 4) etapa de adolescencia; 5) etapa del casamiento y/o salida de los hijos del hogar; 6) etapa de senescencia.[5]

Al entrar y salir de cada una de estas etapas, existe la posibilidad de hallarse en situaciones de crisis, que demandan necesidad de adaptación con el fin de conservar la armonía de la pareja; el no conseguirlo, supone la aparición de

[4] XLIX Legislatura, Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, Tierra y Libertad, México, 2006.
[5] Gorvein, Nilda Susana, "Matrimonio, Familia y Divorcio: Tres Momentos Del Ciclo Vital Familiar", Revista de la Facultad De Derecho y Ciencias Políticas, n.º 101, México, 2020,26-50.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

desestructuraciones en la misma, y en muchos casos, conduce a la separación o a un divorcio.

Pittman propone que una crisis se produce cuando una tensión (una fuerza que tiende a distorsionar) afecta al sistema familiar, exigiendo un cambio en su repertorio usual, y permitiendo, además, la entrada de influencias externas de una forma incontrolada.[6]

Este autor postula cuatro categorías de crisis familiares:

- Desgracias inesperadas. Son sucesos imprevisibles, cuyas causas suelen ser externas a la familia (fallecimientos, accidentes, etc.). Su resolución puede implicar un esfuerzo común para superar la situación y por consiguiente un afianzamiento del vínculo, sin embargo, implica en muchas ocasiones el riesgo de un rompimiento, debido a la necesidad de buscar responsables.
- Crisis de desarrollo. Son universales y previsibles. Forman parte de la evolución normal de cada familia (matrimonio, nacimientos de hijos, adolescencia etc.). Una superación apropiada favorece el crecimiento, aunque los problemas pueden aparecer cuando algún miembro intenta impedirla o provocarla antes de tiempo.
- Crisis estructurales. Son recurrentes y se manifiestan en las pautas de convivencia individuales e internas de la familia (enfermedades, drogadicción, alcoholismo, etc.). Suelen manifestarse en un solo miembro, sin embargo, afectan directamente a todos los demás, dificultando cualquier proceso de mejoramiento en las relaciones.

Crisis de desvalimiento. Ocurren cuando los recursos familiares se han agotado o son inadecuados para satisfacer las necesidades básicas de todos los integrantes, de tal forma que se ven orillados a acudir al apoyo de instancias externas para uno o varios aspectos de su supervivencia (familias que dependen de los recursos sociales, incapacidades crónicas, etc.).

[6] Pittman, Frank, Momentos decisivos: Tratamiento de familias en situaciones de crisis, Paidós, Barcelona, 1990.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Las crisis familiares no siempre tienen consecuencias negativas, en ocasiones están relacionadas con acontecimientos normales del desarrollo familiar. Los recursos psicológicos, valores, normas, grado de aceptación personal y social, adaptación al cambio y la capacidad de afrontamiento frente a nuevas y difíciles circunstancias, que los miembros de la familia posean, individual y colectivamente, determinaran la facultad que desarrollaran para enfrentar cualquier crisis que se presente a lo largo de la vida y el modo de enfrentarla.

Cuando estos recursos, capacidades, actitudes y aptitudes son insuficientes, pueden llegar a incidir en el adecuado desarrollo de la vida familiar y afectar al grado de generar un escenario proclive a la violencia intrafamiliar y conyugal, además de fomentar actitudes y comportamientos no adecuados a nivel psicológico, físico, emocional, cognitivo y social en los miembros que la componen. Muchas parejas optan por disolver la relación, ya sea para evitar o remediar este tipo de situaciones.

En la legislación actual, la forma normativa de deshacer el vínculo matrimonial por la vía legal está regulada por el proceso de divorcio.

III. EL DIVORCIO

El divorcio está decretado en el Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, de la siguiente manera:

> ARTÍCULO *174.- DEL DIVORCIO. El divorcio disuelve el vínculo matrimonial. DIVORCIO INCAUSADO. Es la disolución del vínculo matrimonial, solicitada por cualquiera de los cónyuges a la autoridad judicial, manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita. DIVORCIO VOLUNTARIO. Es la disolución del vínculo matrimonial, solicitada por ambos cónyuges a la autoridad judicial, manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio. DIVORCIO ADMINISTRATIVO. Es la disolución del vínculo matrimonial, solicitada por ambos cónyuges ante el Oficial del Registro Civil o Notario Público del estado de Morelos, manifestando su voluntad de no

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

querer continuar con el matrimonio, debiendo acreditar los requisitos exigidos por la Ley.[7]

El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por una autoridad competente[8],puede desarrollarse ya sea de manera voluntaria o contenciosa y es la solución que establece la legislación vigente con el fin de remediar los matrimonios desventurados, es el punto final para resolver una situación individual de insatisfacción vivida generalmente como un fracaso.

Según Ribeiro y Cepeda el divorcio se compone de tres momentos: i) cuando uno de los miembros comienza a pensar en la separación, ii) cuando ocurre la separación física de los cónyuges y iii) cuando se formaliza legalmente la separación.[9]

Bengoechea postula cinco definiciones del divorcio, en función a distintas unidades de análisis: legal (ruptura del contrato legal), económico (dos unidades económicas y no una), físico (dos residencias), emocional (pasar de una dependencia a una independencia afectiva), familiar (el cambio de estatus dentro de los grupos familiares)[10], todas ellas inciden particularmente en las facetas de la vida de todos los miembros de la familia y suponen una necesidad de reestructurar las relaciones.

De acuerdo con datos del Instituto de Estadística y Geografía (INEGI), en 2019 se registraron 160 mil 107 divorcios y 504 mil 923 matrimonios, lo que representa una incidencia de 31.7 por ciento de separaciones conyugales.[11]

El panorama en Morelos no es más alentador, según el INEGI, en el mismo periodo, se contabilizaron 5082 matrimonios y 1822 divorcios, estableciendo una

[7] XLIX Legislatura, Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, Tierra y Libertad, México, 2006.
[8] Galindo Garfias, Ignacio, Derecho civil, Porrúa, 6a. ed., México, 1983, p. 575.
[9] Ribeiro Manuel Y Cepeda Rosalinda, El divorcio en Monterrey. Breviario, Facultad de Trabajo Social, Universidad Autónoma de Nuevo León, San Nicolás de los Garza, México, 1991.
[10] Bengoechea Pedro, Un análisis exploratorio de los posibles efectos del divorcio en los hijos, Colegio Oficial de Psicólogos, Delegación Norte, España, 1992.
[11] INEGI, Estadísticas de nupcialidad. Consulta interactiva de datos, Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Consultado en: https://www.inegi.org.mx/sistemas/olap/consulta/general_ver4/MDXQueryDatos.asp?#Regreso&c= Fecha de consulta: 22de octubre de 2020

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

relación de 35.8 por ciento, entre el número de personas que contraen nupcias y los que deciden terminar con el vínculo conyugal.[12]

De todo lo anterior, se desprende el reconocer al divorcio como la consecuencia de un problema de entendimiento y convivencia entre los adultos integrantes de un matrimonio, sin embargo, cuando la pareja se conforma de papas e hijos, estos últimos recienten de forma amplia los efectos de una separación.

IV. CONSECUENCIAS DEL DIVORCIO

El divorcio y la separación son conceptualizados como un proceso liberador y en muchos casos reparador para los adultos y, del mismo modo, desgraciado para los hijos, considerándolo como uno de los traumas más grandes que puede tener en la vida. Sin embargo, esto da pie a plantearnos una pregunta muy importante para el análisis de las relaciones humanas en el contexto legal: ¿qué es lo ideal para el sano desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, vivir con unos padres en constante conflicto o sufrir los efectos psicológicos, sociales y económicos de un divorcio y la consecuente desintegración del núcleo familiar?

Al momento del divorcio, se manifiesta el proceso del duelo. Según Rosenfeld este proceso se caracteriza por una serie de cinco etapas que pueden tardar de 2 a 5 años: conmoción, negación, ira, convenio, en el que los hijos intentan negociar con sus padres para que la situación vuelva a ser la que era, y aceptación, donde los hijos aceptan la pérdida y logran visualizar lo positivo y negativo de la situación.[13]

Fernández establece las siguientes consecuencias en los niños a raíz de un proceso de separación y divorcio[14]:

- En muchas ocasiones con la idea de protegerlos los padres suelen ocultar información lo cual genera sentimientos de culpabilidad y desconcierto en el niño.

[12] *Ibidem.*
[13] Rosenfeld, Johnson, El divorcio y los hijos, Grupo Editorial Norma, Colombia, 1993.
[14] Fernández Pando, Maider, Las víctimas inocentes de la separación o divorcio. Consecuencias en los hijos/as, Escuela Vasco Navarra de Terapia Familiar, España, 2016.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

- Existe en los niños una atribución causal respecto al proceso de separación, tienden a culparse más a sí mismos de los enfrentamientos entre sus progenitores.
- Se presentan las triangulaciones, el hijo puede ser utilizado como mediador en los conflictos de la pareja o como chivo expiatorio para descargar la tensión creada.
- En cuarto lugar, la falta de coordinación de los padres puede dar lugar a una manipulación de la información por parte de los hijos. Cuando no hay acuerdos o incomunicación que impida fijar unas pautas educativas comunes, los hijos pueden aprovecharse de esto para obtener su propio beneficio. Por otro lado, se identifica la instrumentalización de los menores en el conflicto conyugal.

Por su parte Saposnek describe las siguientes consecuencias[15]:

- Ante el miedo a ser abandonados, los niños de todas las edades suelen intentar que sus padres se reconcilien y vuelvan a vivir juntos (ejemplo: contando a un padre los cambios positivos del otro).
- Tras la ruptura, las ansiedades ante las separaciones pueden expresarse mediante dificultades para alejarse de uno y otro padre cada vez que se produce el intercambio correspondiente a las visitas (ejemplo: llorando al ir con su padre y llorando al regresar con su madre).
- Los niños pueden ofrecerse como detonantes de la tensión entre sus padres, atrayéndola hacia sí mismo (ejemplo: hablando a su padre de las nuevas relaciones afectivas de su madre).
- El miedo al rechazo afectivo provoca que, a menudo, intenten asegurarse constantemente del amor que sienten por ellos (ejemplo: telefoneando repetidamente a su madre cuando está con su padre).
- Una forma más de garantizar el afecto de al menos uno de sus padres es probándole su lealtad mostrando su rechazo hacia el otro padre (ejemplo: negándose a las visitas).

[15] Saposnek, Donald, Mediating child custody disputes, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, USA, 1983.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

- En algunos casos pueden pretender evitar los conflictos intentando mantener una difícil posición de neutralidad entre sus padres (ejemplo: mostrando su deseo de permanecer exactamente el mismo tiempo con cada uno de ellos).
- Haciendo esfuerzos por proteger la autoestima de sus padres, debilitada tras la ruptura, se aseguran de no ser emocionalmente abandonados por ellos (ejemplo: expresando a cada uno su deseo de convivir más tiempo con él que con el otro).
- En niños mayores y adolescentes son posibles los intentos de manipular la ruptura para obtener ventajas inmediatas (ejemplo: expresando su deseo de convivir con el padre más permisivo)

Diversos estudios llevados a cabo en los años 70 y 80[16] determinaron que los hijos de padres divorciados, sobre todo los varones, presentaban más problemas de ajuste, agresividad, impulsividad, dificultades en la socialización y dificultades escolares .

Otros estudios encuentran que los niños de padres divorciados presentan un riesgo elevado de padecer problemas de salud física, entre los que destacan, la obesidad, el asma, la hipertensión, el cáncer, las enfermedades de tipo coronario y la enfermedad general, crónica y aguda (Hemminki y Chen, 2006[17]; Lorenz, Wickrama, Conger y Elder, 2006[18]; Maier y Lachman, 2000[19])

Las consecuencias anteriormente descritas, evidencian el alcance que puede tener una separación y el consecuente mal manejo de este cambio, en la vida de los niños y las niñas.

Una vez establecido esto, es necesario determinar cuál de los regímenes de convivencia y custodia es más apropiado para los niños, niñas y adolescentes que

[16] Camara, Kléryo y Resnick, Garrison, Styles of conflict resolution and cooperation between divorced parents: Effects on child behavior and adjustment, American journal of orthopsychiatry, 59(4), USA, 1989, 560-574.
[17] Hemminki, Akseli y Chen, Bowang, Lifestyle and cancer: effect of parental divorce. European Journal of Cancer Prevention, 15, Belgic, 2006 524–530
[18] Lorenz, Frederick., Wickrama, K. A., Conger, Rand y Elder, Glen, The short-term and decade-long effects of divorce on women's midlife health. Journal of Health and Social Behavior, 47, USA, 2006, 111–12.
[19] Maier, Haley y Lachman, Margie, Consequences of early parental loss and separation for health and well-being in midlife. International Journal of Behavioral Development, 24, USA, 2000, 183–189.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

se encuentran en esta situación, respetando el principio del interés superior del menor y así evitar en la medida de lo posible, estas desafortunadas consecuencias.

V. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE Y REGÍMENES DE CUSTODIA Y CONVIVENCIA

Preservar el interés superior de los niños y niñas es una obligación primordial de los Estados y la administración pública, esto ha sido establecido por distintas instancias a nivel Internacional, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos[20] [21] o la Asamblea General de las Naciones Unidas.[22]

La Convención Internacional sobre los Derechos de los niños y niñas de 1989, establece en su artículo tercero que ““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”[23]

En la legislación mexicana, este derecho está garantizado por el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual a la letra expone: *“En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.”*[24]

[20] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los niños de la calle vs. Guatemala. Opinión Consultiva OC17/02-28/08/2002- Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2002.
[21] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Forneron e Hija vs. Argentina. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 27 de abril, párrafo 51 San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012.
[22] ONU: Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 noviembre 1989, Naciones Unidas.
[23] Cillero, Miguel. El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño. Infancia Ley y Democracia en América Latina, Temis, Colombia, 1999.
[24] Congreso Constituyente., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1917.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

El interés superior del niño permite resolver conflictos en los que estén involucrados derechos de algún niño, recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto y atendiendo a favorecer los del menor en atención a su posición de vulnerabilidad.

Es importante señalar que, para poder resolver la primacía de un derecho sobre otro, es necesario probar que no existe la posibilidad de llegar a una satisfacción conjunta.

Atendiendo a lo anterior y según Fariña *et al.* la custodia compartida es la modalidad de custodia y convivencia más adecuada para el bienestar de los hijos y el único modelo posible para defender el principio de igualdad entre hombres y mujeres[25]. Sin embargo, no siempre es aconsejable ni factible, debido a las diferencias particulares de cada proceso y de los individuos involucrados.

Existen casos que son considerados complicados. Ejemplos de estos son: donde hay presencia de violencia, donde alguno de los padres realiza actividades delictivas y en los que alguno tenga problemas con el consumo de sustancias o padezca alguna enfermedad mental que ponga en riesgo a sus hijos. Los estudios realizados por Amato & Reza en 1994, tuvieron como resultado la recomendación de limitar las visitas con el progenitor no custodio como estrategia para evitar al niño el perjuicio de su exposición.[26]

Es necesario considerar la posibilidad que la relación no cumpla con ninguno de los factores para ser considerada un caso complicado, sin embargo, el nivel de conflicto y cooperación entre los padres determinara la necesidad al momento de decretar un régimen de convivencia.

[25] Fariña, Francisca; Seijo, Dolores; Arce, Ramón; Vázquez, Ma José, Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma, Anuario de Psicología Jurídica, vol. 27, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, España, 2017, pp. 107-113.
[26] Amato, P. R., & Reza, S. Contact with nonresidential parents, interparental conflict, and children's behavior. Journal of Family Issues, 1994.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Camara & Resnick establecieron cuatro tipologías de parejas en función del nivel de conflicto y cooperación[27], además de recomendaciones para abordar cada una de ellas (cuadro 1)

El análisis y comprensión de estos datos, permitiría a los juzgadores diseñar sentencias y medidas que estén lo suficientemente apegadas a la procuración del bienestar biopsicosocial de los niños, niñas y adolescentes que tienen que atravesar por una situación de esta naturaleza, de conformidad con la legislación vigente y convenciones internacionales en la materia.

Cuadro 1. Tipologías de Familia en Función del Nivel de Conflicto Y de Cooperación.
(Camara Y Resnick, 1988)

Nivel de Conflicto	Nivel de cooperación	Características	Recomendaciones
Alto	**Alto**	Progenitores que presentan resentimiento mutuo pero que son capaces de hablar de las cuestiones relativas a los hijos. Cuando tenían problemas procuraban que los niños no estuviesen presentes Funcionan mejor con acuerdos muy estructurados y ritualizados	Puede instaurarse un sistema de custodia compartida siempre que se encuentre altamente estructurado. En caso de dificultades concretas pueden beneficiarse de un proceso de mediación familiar y/o un asesoramiento técnico puntual
Alto	**Bajo**	Los padres se mantienen enredados en sus problemas dedicando una alta energía a ello. Se critican abiertamente de forma mutua tanto en sus formas de ser y sus funciones parentales. El/los niño/os acostumbran a ser centro de sus disputas. Discuten delante del menor, los desacuerdos sobre custodia o visitas y también las pautas educativas de cada uno.	El sistema de contacto y comunicación que se establezca debe estar altamente estructurado y evitar de forma activa que suponga encuentros de los progenitores en los intercambios. Estas familias necesitarían disponer de atención especializada
Bajo	**Bajo**	Progenitores que procuran evitarse mutuamente y hacer sus vidas al margen del otro.	El sistema de contacto y contacto debe estar altamente estructurado en la modalidad que se decida.

[27] Camara, K.A. & Resnick, G. Interparental conflict and cooperation: factors on moderating children's post-divorce adjustment. Impact of divorce stepparenting, sand stepparenting on children. Hillsdale, MJ: Erlbaum, 1988.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

		Si alguna vez discuten es por algún desacuerdo sobre los hijos, no sobre ellos mismos. En general no desean mantener contacto con el otro progenitor, ello dificulta el conocimiento y atención de cuestiones importantes de los hijos	Resulta muy conveniente la participación de los padres en un programa psico-educativo
Bajo	**Alto**	Los progenitores mantienen una relación positiva, apoyándose y respetándose mutuamente. Toman de forma conjunta las decisiones que afectan a sus hijos y son muy flexibles en las pautas de contacto y comunicación.	Sin recomendaciones especificas

VI. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta que las tasas de divorcio son elevadas en México y el mundo entero, existe una obligación por parte de los distintos profesionales que intervienen en un proceso de separación, de tratar de aliviar las consecuencias que estas rupturas pueden provocar en los niños, niñas y adolescentes, a través de diversas medidas con la intención de protegerlos.

Todo lo descrito a lo largo del presente artículo, nos acerca a comprender la importancia que tiene la familia en los niños y por consiguiente las implicaciones que puede tener un divorcio o separación en su desarrollo psicológico, emocional y social, además de algunas opciones a seguir para procurar su sano crecimiento.

Retomando lo expuesto, podemos asegurar que, a fin de favorecer un desarrollo infantil sano, ante una situación de divorcio en donde estén implicados hijos menores de edad, es deseable que ambos padres brinden la seguridad y el afecto que todos los niños necesitan para su adecuado crecimiento, lo que implica adaptar los regímenes de convivencia y custodia a la realidad de vida de cada caso, procurando el acceso libre y frecuente a ambos progenitores, siempre y cuando no existan restricciones causadas por violencia, actos ilícitos, consumo de sustancias, enfermedades mentales o cualquier otra circunstancia que la autoridad y los expertos determinen como incompatible con la convivencia.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Adicionalmente, se hizo una revisión teórica y normativa respecto al concepto de Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes, quedando clara su importancia a nivel nacional e internacional.

Para todos los integrantes del Poder Judicial, esta información representa una oportunidad para que, atendiendo al principio del Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes y apoyados por las distintas disciplinas auxiliares en su labor, como la psicología, el trabajo social, entre otras, puedan juzgar y resolver los procedimientos velando en todo momento por el bienestar de los niños y niñas, garantizando la protección de sus derechos humanos, el acceso a una tutela judicial efectiva y procurando su bienestar psicológico, emocional, físico y social.

VII. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

Revistas:

Amato, P. R., & Rezac, S. Contact with nonresidential parents, interparental conflict, and children's behavior. Journal of Family Issues, 1994.

Bengoechea Pedro, Un análisis exploratorio de los posibles efectos del divorcio en los hijos, Colegio Oficial de Psicólogos, Delegación Norte, España, 1992.

Camara, Kléryo & Resnick, Garrison, Styles of conflict resolution and cooperation between divorced parents: Effects on child behavior and adjustment, American journal of orthopsychiatry, 59(4), USA, 1989.

Camara, Kleryo & Resnick, Garrison. Interparental conflict and cooperation: factors on moderating children's post-divorce adjustment. Impact of divorce stepparenting, sand stepparenting on children. Hillsdale, MJ: Erlbaum 1988

Cillero, Miguel. El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño. Infancia Ley y Democracia en América Latina, Temis, Colombia, 1999.

Fariña, Francisca; Seijo, Dolores; Arce, Ramón; Vázquez, Ma José, Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma, Anuario de Psicología Jurídica, vol. 27, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, España.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

7, pp. 107-113

Fernández Pando, Maider, Las víctimas inocentes de la separación o divorcio. Consecuencias en los hijos/as, Escuela Vasco Navarra de Terapia Familiar, España, 2016.

Gorvein, Nilda Susana, Matrimonio, Familia Y Divorcio: Tres Momentos Del Ciclo Vital Familiar, Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas, n.º 101, México, 2020.

Hemminki, Akseli y Chen, Bowang, Lifestyle and cancer: effect of parental divorce. European Journal of Cancer Prevention, 15, Belgium, 2006.

Kieffer D. Niños que hacen frente a divorcio: Gerencia y tratamiento psicológico de la escuela. Acercamientos psicológicos a los problemas de niños y adolescentes. Departamento del Estado de Iowa de Instrucción Pública;1982.

Lorenz, Frederick., Wickrama, K. A., Conger, Rand y Elder, Glen, The short-term and decade-long effects of divorce on women's midlife health. Journal of Health and Social Behavior, 47, USA, 2006.

Maier, Haley & Lachman, Margie, Consequences of early parental loss and separation for health and well-being in midlife. International Journal of Behavioral Development, 24, USA, 2000.

Ribeiro Manuel Cepeda Rosalinda, El divorcio en Monterrey. Breviario, Facultad de Trabajo Social, Universidad Autónoma de Nuevo León, San Nicolás de los Garza, México, 1991.

Rosenfeld, Johnson, El divorcio y los hijos, Grupo Editorial Norma, Colombia, 1993.

Saposnek, Donald, Mediating child custody disputes, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, USA, 1983.

Libros

Galindo Garfias, Ignacio, Derecho civil, Porrúa, 6a. ed., México, 1983, p. 575.

Murdock, George, Social Structure, Macmillan Nueva York, 1949.

Pittman, Frank, Momentos decisivos: Tratamiento de familias en situaciones de crisis, Paidós, Barcelona, 1990.

Legislación nacional

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Congreso Constituyente, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1917.

XLIX Legislatura, Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, Tierra y Libertad, México, 2006.

Legislación internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Forneron e Hija vs. Argentina. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 27 de abril, párrafo 51 San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los niños de la calle vs. Guatemala. Opinión Consultiva OC17/02-28/08/2002- Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2002.

ONU: Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 noviembre 1989, Naciones Unidas.

Otras fuentes

INEGI, Estadísticas de nupcialidad. Consulta interactiva de datos, Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Consultado en: https://www.inegi.org.mx/sistemas/olap/consulta/general_ver4/MDXQueryDatos.asp?#Regreso&c=

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

LOS JUECES LABORALES ANTE LAS PRUEBAS ORIGINADAS POR EL USO DE *WHATSAPP.* UN ANÁLISIS A PARTIR DEL CONTEXTO MORELENSE

LABOR JUDGES BEFORE EVIDENCE ORIGINATED BY THE USE OF WHATSAPP. AN ASSESSMENT FROM MORELOS CONTEXT

Erick López Serrano[1]

RESUMEN: Los nuevos jueces laborales en México tendrán la oportunidad de operar un sistema procesal desde cero. La construcción de este sistema debe mirar hacia el futuro, lo que implica poner especial atención al mundo digital. Hasta ahora, la justicia laboral ha sido bastante reacia a admitir, desahogar y analizar de fondo pruebas electrónicas, pero este recelo es ya insostenible y deberá ser uno de los aspectos que los futuros jueces tendrán que dejar atrás.

Sin embargo, enfrentar este reto no es fácil: tanto la ignorancia de los operadores jurídicos como las complejidades propias del entorno tecnológico y hasta la escasez de peritos en la materia serán obstáculos difíciles de vencer. A partir de un enfoque anclado en la realidad del mundo laboral, la práctica del derecho del trabajo, las particularidades técnicas de la propia aplicación y el derecho comparado, en este texto propongo una cartografía mínima para poder avanzar en este camino.

Son cinco las principales conclusiones de este artículo: (i) invertir en la preparación de los peritos, (ii) crear unidades de investigación en torno al mundo digital y el derecho; (iii) encarnar la proactividad ya prevista por la ley para obtener más información a partir de pruebas tradicionales; (iv) hacer un uso mayor del derecho comparado y (v) tratar de entender las

[1] Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Maestro en Derecho y Tecnología por la Universidad Tilburg, Holanda.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

características generales de cada plataforma o aplicación en donde se haya creado o almacenado la prueba.

***Palabras clave*:** Whatsapp, prueba, proceso, juicio laboral.

ABSTRACT: The new labor judges in Mexico will have the chance to draft the procedural system from scratch. In building this system they must look into the future, which means to put an eye in the digital world. So far, labor justice has been reluctant to admit, carry out and assess electronic evidence, but this mistrust is now untenable, and it is one of the aspects that future judges will have to leave behind. Nevertheless, facing this challenge is not easy: ignorance of law professionals as long as the inherent complexities of the technological environment, and even the scarcity of mexican experts in this field will be hard to beat obstacles. From an approach anchored to the realities of work, the practice of labor law, the technical particularities of the app, and comparative law, in this article I propose a brief chart to navigate this path.

There are five main conclusions in this article: (i) invest in experts' background; (ii) create investigation units regarding the digital world and the law; (iii) embody the proactivity established by the law to obtain more information through traditional evidence; (iv) make more use of comparative law, and (v) try to understand the general characteristics of each platform or app where the evidence has been created or stored.

***Keywords*:** whatsapp, evidence, procedure, labor trial.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Sumario: I. *Las pruebas digitales en un mundo cada más conectado.* II. *La justicia laboral ante las pruebas digitales hasta antes del inicio de las operaciones de los juzgados laborales.* III. *La relevancia de whatsapp en un juicio laboral.* IV. *Documentos de papel y documentos digitales*. V. *Las peculiaridades de whatsapp*. VI. *Las dificultades que enfrentarán los jueces morelenses para estudiar estas pruebas.* VII. *Primeros pasos para enfrentar estas dificultades*. VIII. Conclusiones.

I. LAS PRUEBAS DIGITALES EN UN MUNDO CADA MÁS CONECTADO

En el año 2019, de acuerdo al INEGI el 70% de la población en México hace uso de internet; la población con estudios universitarios lo hace en un porcentaje de 96.4% y 86.5 millones de personas cuentan con teléfono celular, que es el medio más socorrido para acceder a internet[2]. A su vez, de la población usuaria de internet en nuestro país, 9 de cada 10 hacen uso de las redes sociales[3] y alrededor de 77 millones de internautas usan la aplicación de mensajería instantánea whatsapp[4].

Este uso masivo de whatsapp en México ha provocado que su uso para cuestiones laborales vaya creciendo. Si la mayoría de usuarios de internet se conectan por medio de su teléfono celular y casi todos usan esa aplicación, es casi inevitable que las personas se apoyen en ella también para enviar comunicaciones en sus trabajos, algo que seguramente ha crecido con el cierre forzoso de muchas actividades con motivo de la pandemia por la que atravesamos.

Este hecho representa a su vez un verdadero aluvión de rastros digitales. Un incalculable número de mensajes y archivos de varios tipos (audios, videos, textos, etc.) que pueden ser enviados por medio de esa aplicación existen ahora en esos

[2] INEGI, "Estadísticas a propósito del día internacional de internet", 14 de mayo de 2020, disponible en https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2020/EAP_Internet20.pdf.
[3] COMSCORE, El estado de social media en America Latina, 12 de marzo de 2020, https://www.comscore.com/lat/Prensa-y-Eventos/Presentaciones-y-libros-blancos/2020/El-estado-de-Social-Media-en-America-Latina Fecha de consulta: 25 de octubre de 2020.
[4] Saavedra, Diana, "Utilizan whatsapp 77 millones de mexicanos", Gaceta UNAM, 24 de febrero de 2020, en https://www.gaceta.unam.mx/utilizan-whatsapp-77-millones-de-mexicanos/ Fecha de consulta: 25 de octubre de 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

millones de teléfonos celulares. En este tipo de medios (y no en nuestras acartonadas pruebas tradicionales) se encuentra con mucha probabilidad información capaz de arrojar más luz respecto a los hechos controvertidos que en ninguna otra parte. Sin embargo, llevar estos datos al terreno procesal laboral en nuestro país no ha sido fácil hasta ahora, y seguirá sin serlo al menos unos años más como a continuación explico.

II. LA JUSTICIA LABORAL ANTE LAS PRUEBAS DIGITALES HASTA ANTES DEL INICIO DE LAS OPERACIONES DE LOS JUZGADOS LABORALES

En el año 2012 se reformó la Ley Federal del Trabajo a fin de incluir la nueva sección denominada “de los elementos aportados por los avances de la ciencia” al capítulo que regula el desahogo de las pruebas en el proceso laboral (artículos 836-A a 836-D). Esta modificación legal está enfocada principalmente a lo que la propia ley llama “documento digital”, es decir, a la “información que sólo puede ser generada, consultada, modificada y procesada por medios electrónicos, y enviada a través de un mensaje de datos”.

A pesar de lo anterior, los juzgadores laborales hemos sido bastante reacios a admitir, desahogar y valorar de fondo esta clase de pruebas. ¿Cómo justificar esta afirmación? Lo hago desde dos ámbitos: uno jurisprudencial-nacional y otro subjetivo-local basado en mi experiencia como funcionario de una Junta Especial de Conciliación y Arbitraje en el Estado de Morelos. Explico los dos ámbitos a continuación.

Empezando por la perspectiva jurisprudencial/nacional, conviene mencionar lo señalado por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a propósito de las pruebas digitales en el expediente de la Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 502/2019:

> Es evidente que el análisis del material probatorio se ha vuelto más complejo con la evolución de las tecnologías de la información, presentes cada vez en mayor medida en la cotidianeidad de las relaciones laborales, lo que hace cada vez más necesaria

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

> la intervención de peritos en la materia que doten de certeza a los juzgadores para realizar la valoración conducente.
>
> En efecto, el impacto de las tecnologías de la información en el ámbito probatorio y el incremento en su empleo sustenta la necesidad de establecer un criterio orientador en torno a las reglas que deben seguirse en la valoración de pruebas tales como correos electrónicos y de la pericial en materia de informática, aunado a que en ocasiones dichos medios de convicción se encuentran en idioma extranjero, lo que eleva su complejidad; temas que hasta hoy han sido poco explorados por este Alto Tribunal[5].

A esta confesión de la Sala en cuanto a la "poca exploración" que la Corte ha hecho de la evidencia digital se suman otros dos hechos que confirman el recelo para discutir el tema en nuestras sedes judiciales. Por un lado, la propia Suprema Corte ha editado en 2020 un "cuaderno de jurisprudencia" sobre evidencia científica[6] que dentro de sus 274 páginas no tiene ninguna dedicada al mundo digital. Por otro lado, una búsqueda por palabra en el servicio *ius* arroja que al buscar el término "correo electrónico"[7] en materia laboral solo aparecen 12 resultados, y que si esa búsqueda se hace en torno a la palabra "mensaje" (que puede englobar mensaje de datos o mensajería instantánea como la que se envía por aplicaciones como *whatsapp, facebook messenger, telegram o signal* por nombrar algunas de las más conocidas y populares) no aparece nada (si acaso, un par de ejemplos en seguridad social de los años 1998 y 2001, ninguno referido a aplicaciones como las comentadas, que entonces ni existían).

Continuando ahora con lo que llamé la perspectiva subjetiva/local quiero señalar que aunque ya son cada vez más los ofrecimientos de prueba que incluyen

[5] A pesar de que la Sala atrajo este asunto (amparo directo 36/2019), al final no hubo pronunciamiento alguno en relación a ninguno de los temas que de inicio se pensó en estudiar al atraerse este caso, que eran tres:
a) Las reglas que deberán seguirse para el desarrollo de la prueba pericial en informática;
b) El valor probatorio de correos electrónicos contenidos en un dictamen pericial, es decir, si constituyen un elemento probatorio independiente al documento elaborado por el perito, y
c) Los elementos que deben estar presentes para constatar de manera fehaciente su origen y autenticidad.

[6] Centro de Estudios Constitucionales, Evidencia Científica, México, septiembre de 2020, disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2020-10/EVIDENCIA%20CIENTIFICA_VERSION%20FINAL%20OCTUBRE.pdf

[7] Esta búsqueda se hizo con las palabras "trabaj*" que puede englobar tanto a la relación como a la ley aplicable, más los términos "correo* electrónico*".

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

documentos digitales como chats de whatsapp, la dinámica institucional hoy existente ha hecho que se busquen maneras para darle la vuelta al tema. En este caso específico, con "dinámica institucional" me refiero a lo siguiente: (i) las Juntas morelenses no cuentan con perito en informática forense propio, pues de hecho solo cuentan con expertos en análisis de documentos en papel (en concreto, en materias de grafoscopía, dactiloscopía y documentoscopía, que son las materias más recurrentes); (ii) a la hora de buscar apoyo en otras instituciones (como la Coordinación de Servicios Periciales de la Fiscalía estatal), éstas enfrentan una carencia similar a veces; (iii) cuando alguna otra autoridad sí llega a tener algún experto, pasan meses para que tal experto acuda al juicio; (iv) cuando el experto acude (lo pude atestiguar directamente al leer un dictamen de una perito de la Fiscalía) quizá ni él sepa de lo que está hablando: no basta ser un licenciado en informática o un ingeniero en sistemas o cualquier otra carrera afín para poder fungir como perito en informática o cómputo forense, pues para serlo es necesario tanto una preparación peculiar como el uso de software especializado[8], y (v) el o la responsable de la conducción de los juicios laborales (presidentes o auxiliares) no tiene ninguna manera de controlar ninguno de los puntos anteriores: no maneja recursos para pagar a un perito oficial, ni puede asegurar que un perito enviado por otra autoridad domine en verdad su materia.

Este último punto se vuelve especialmente problemático si se atiende al hecho de que por la carga de trabajo es algo común que las partes promuevan juicios de amparo indirecto para reducir el atraso de los juicios e impulsarlos; en este contexto, si se admite el desahogo de una pericial en informática pero no es posible saber cuándo podrá llevarse a cabo o con quién, es probable que tarde o temprano la autoridad responsable sea multada si no consigue lograr un desahogo que no

[8] Solo a manera de ejemplo quisiera mencionar que la Suprema Corte de Justicia publicó una convocatoria en 2018 para adquirir software para análisis de seguridad. Entre los programas buscados por la Corte para "el análisis y recuperación de datos" de los equipos de cómputo de la propia institución se encuentran *BlackLight, Macquisition, Softblock, Encase Forensic y Forensic Toolkit*. Este documento se puede consultar en la dirección oficial https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/procedimientos_contratacion/documento/2018-02/CPSI-DGRM-DABI-003-2018-Anexos.pdf.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

depende directamente de ella. Así, entre el atraso del juicio y el riesgo de tener que pagar multas de su propio bolsillo, para los servidores públicos ha sido preferible evadir el desahogo de esta clase de pruebas.

Aunado a lo anterior, en la lista de peritos oficiales del Tribunal Superior de Justicia en el Estado de Morelos, al 20 de octubre de 2020 solo aparece un experto en informática forense y otro en "ingeniería en sistemas", sin que exista información sobre sus credenciales o preparación. Aun asumiendo que éstas sean impecables, lo anterior implica que (al menos a la fecha) solo hay uno (o dos) expertos avalados en nuestra entidad para desahogar pruebas periciales en torno a mensajes instantáneos por aplicaciones de internet. Las partes, conforme al nuevo proceso, pueden hacerse acompañar de un "asesor" en el desahogo de la prueba. Si solo hay uno o dos peritos avalados como tales por el Tribunal hasta este momento, ni siquiera hay expertos suficientes para que las partes y el juzgador puedan llevar a cabo la prueba sin detrimento de los derechos procesales de las propias partes.

En resumidas cuentas, entonces, estamos ante un panorama actual complicado: no hay antecedentes jurisprudenciales, no hay peritos suficientes y no habemos operadores jurídicos preparados en estos temas. A pesar de esto, es indispensable tener que avanzar en el desahogo de pruebas derivadas del uso de plataformas o aplicaciones de internet como es whatsapp pues esta clase de pruebas "se convertirá probablemente en un futuro próximo en la prueba estrella o clave"[9] de procesos como el laboral y pueden ser sumamente relevantes como lo explico a continuación.

III. LA RELEVANCIA DE WHATSAPP EN UN JUICIO LABORAL

Una vez establecido el contexto del uso de whatsapp en nuestro país y de la escasa discusión jurisdiccional de esta clase de pruebas, conviene subrayar los motivos por los que esta evidencia puede ser determinante en un juicio.

[9] Bueno de Mata, Federico, "Prueba electrónica y proceso 2.0", Ed. Tirant lo Blanch, España, 2014, página 180.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

En primer lugar, debe señalarse que el cierre de múltiples centros de trabajo con motivo de la pandemia por la que atravesamos orilló a cientos o miles de empresas a desarrollar estrategias de supervivencia económica ancladas al uso de las tecnologías de la información y la comunicación. Esto ha multiplicado la utilización de aplicaciones de internet de todo tipo (incluyendo whatsapp) que permiten a las fuentes de trabajo mantener comunicación interna y con sus clientes o proveedores, así como en general tratar de mantener la logística necesaria que les permita seguir operando. Un ejemplo quizá burdo: una tortillería cercana a mi casa colgó una cartulina en donde informaba a sus clientes que podían hacer sus pedidos por whatsapp y que contaban con servicio de entrega a domicilio. La tortillería siguió haciendo su producto del mismo modo de siempre, pero para venderlo en medio de la cuarentena adoptó una aplicación de telefonía móvil que le permitió establecer contactos con su clientela. Estas herramientas de internet, ya de por sí crecientes en nuestro entorno económico pre-pandemia, ahora son aun más esenciales para la marcha de muchos negocios.

En segundo término, whatsapp permite generar, enviar y almacenar no solo mensajes, sino también textos, fotos, audios, videos y hasta geolocalizaciones (sin olvidar los memes, claro está). Ningún otro medio tradicional era tan versátil, ni ningún otro tipo de prueba podría contener en sí mismo tanta información como ocurre con esta aplicación. Por ello, mediante los datos generados por esta aplicación un trabajador podría:

- Demostrar la existencia de la relación de trabajo. A nivel local, en alrededor de un 30% o más de los juicios los demandados niegan la existencia de la relación de trabajo. Con mensajes que contengan órdenes o indicaciones, la subordinación (elemento esencial de las relaciones laborales) podría tenerse por acreditada. Como lo señala Federico Rosenbaum, “hoy en día las directrices son manifestadas mediante instrumentos tecnológicos modernos”[10], por lo que buscar en estos instrumentos esas indicaciones tendría que ser ya algo habitual.

[10] Rosembaum Carli, Federico, “El whatsapp como prueba en el proceso laboral. A propósito de la sentencia No 379/2019 del TAT de 2o Turno”, 12 de enero de 2020, disponible en

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

- Demostrar actividades o funciones. Ahora que cada día más muchas personas hacemos de todo en los centros de trabajo sin que esas labores se retribuyan muchas veces (o sin que se paguen compensaciones como la prevista por el artículo 56bis de la ley laboral), esta clase de mensajes pueden ser útiles para acreditar lo que una empleada hacía.

- Que le enviaban mensajes o le pedían cosas fuera del horario de labores, lo que podría dar lugar a pago de horas extras o algún otro tipo de repercusiones que merecen una discusión aparte.

Por su parte, un patrón podría demostrar también su defensa o parte de ella, por ejemplo:

- La inexistencia del despido, si hubiera actividad laboral posterior a la fecha del cese alegado.

- La subordinación para alguien en concreto, pues si solo una persona le daba órdenes al trabajador, podría así desvirtuar esa clase de planteamientos de algunos abogados según los cuales todos los directivos de una empresa le dan órdenes a un empleado.

Estos cinco ejemplos son apenas un botón de muestra del impacto que la información contenida en los chats de whatsapp podría tener en un juicio. Esto no implica desde luego que sustituya a otro tipo de pruebas, pero sí que, en vista de la amplia extensión de la economía informal en nuestro país, puede constituir una fuente trascendente para acercarse de mejor manera a los hechos litigiosos. Si se considera que los juzgadores federales conocen de juicios relacionados con ramas industriales más consolidadas o inmersas en la formalidad (así sea con *outsourcings*), lo anterior será particularmente relevante para los juzgadores locales, pues son quienes más conocerán sobre juicios laborales vinculados con esa economía informal.

https://federicorosenbaum.blogspot.com/2020/01/el-whatsapp-como-prueba-en-el-proceso.html Fecha de consulta: 28 de octubre de 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

IV. DOCUMENTOS DE PAPEL Y DOCUMENTOS DIGITALES

Uno de los aspectos que complican más la comprensión de los documentos digitales es que, a diferencia de los de papel, su perfeccionamiento no sigue un solo camino. Pensemos en una renuncia o un recibo de pago tradicionales. Primero, tiene que contener la firma o huella del trabajador para que éste pueda ser vinculado con tales escritos. Luego, si el empleado desconoce la firma o contenido del documento puede ratificarlo o no, y si lo sigue desconociendo, un perito en grafoscopía, dactiloscopía o documentoscopía (que abundan) determinará si la firma o huella son suyas o si el documento presente signos de alteración o abuso de firma en blanco. El camino ha sido recorrido en incontables ocasiones por décadas y ya casi todos los tenemos muy claro.

En contrapartida, el documento digital, para empezar, no suele tener firmas electrónicas avanzadas, que sería el "equivalente funcional" a la firma tradicional. ¿Esto implica entonces que aquél no puede tener eficacia probatoria? No, por supuesto. Implica solo que tenemos que reajustar el modo en que concebimos las pruebas dentro de un juicio para así aquilatar el modo en que fueron producidas y su peso como evidencia. Nunca hay que perder de vista que, a pesar de que la mayoría de nuestros correos, mensajes, audios, videos y demás no tienen firma electrónica avanzada, producen un número incuantificable ya de actos jurídicos. Toda clase de relaciones se forman y se destruyen en el mundo de internet todos los días, sin que para ello obste que no existan formalidades tradicionales del mundo del derecho. En este contexto, el hecho de que un documento digital no contenga firma electrónica avanzada no demerita por sí solo su valor, sino que provoca que haya que analizarlo de una forma distinta al documento tradicional.

En segundo lugar, además de que la firma puede ya no ser el elemento esencial del documento digital, su carácter volátil y manipulable generan otro problema que lo distingue de los documentos de papel. Éstos quedaban fijos en su soporte y ya no se modificaban (en la mayoría de las ocasiones). Sin embargo, las fotos, correos, mensajes o videos son fácilmente modificables en el mundo digital,

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

y si bien algunas de esas alteraciones pueden ser muy burdas, otras son difíciles de percibir para quien no es experto.

Finalmente, otra gran divergencia entre los documentos digitales y los de papel, derivada de las anteriores, es que en el mundo de papel, tanto las partes y los peritos como los juzgadores aprecian directamente el mismo documento, pero en el mundo digital esa inmediatez desaparece. Por eso la función de los peritos crece en trascendencia, lo que a su vez aleja al juzgador de entender qué es lo que pasa detrás de las pantallas. En este escenario, la opinión de los peritos adquiere una dimensión mayor, pero también es más difícil para ellos contar con el conocimiento necesario para llevar a cabo su estudio. Así, por enunciar un ejemplo muy rápido, el sistema operativo de iphone es muy distinto al de un teléfono con sistema android, así que para empezar el experto tiene que operar en ambientes informáticos distintos. Esto implica para ellos que un solo modo de operar (comparar las firmas, en el caso de un estudio grafoscópico) no basta para poder evaluar todo aquello que se les ponga enfrente, pues no es lo mismo determinar si una foto se encuentra íntegra e inalterada si se tomó en una cámara digital y nunca ha salido de ahí a si se trata de una foto capturada en un pantallazo de *instagram* tomada por un tercero. Prácticamente, cada plataforma, equipo o aplicación tiene particularidades que el perito debe conocer a fin de poder realizar un estudio adecuado, lo que de suyo complejiza su labor.

Estas tres breves notas dan cuenta de que el camino nítido que antes existía para perfeccionar un documento en términos procesales/probatorios ya no puede existir en el mundo digital. El sendero recto al que estábamos acostumbrados es más bien un laberinto ahora.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

V. LAS PECULIARIDADES DE WHATSAPP

Whatsapp es una aplicación de teléfonos celulares inteligentes creada en 2009 que en 2014 fue adquirida por Facebook[11]. Actualmente la aplicación no sirve solo para enviar mensajes, sino que permite generar directamente archivos de imagen, video y audio, todos ellos constitutivos de información "que sólo puede ser generada, consultada, modificada y procesada por medios electrónicos y enviada a través de un mensaje de datos", y que por lo tanto deben ser considerados como documentos digitales en términos del artículo 836-B inciso h) de la Ley Federal del Trabajo. Además de su ya señalada amplia popularidad en México, algunas de sus características principales para efectos procesales/probatorios son las siguientes:

a) Está ligado a un número telefónico celular. Desde sus inicios, la aplicación fue diseñada para operar vinculada al directorio telefónico de una persona para así poder enviarles mensajes de texto luego. Como operaba a través de internet, no tenía costo adicional como sí podían tenerlo los SMS que se enviaban antes y que se enviaban de un teléfono a otro usando su "línea" y no internet. Esta característica es importante porque, por ejemplo, *facebook messenger* no opera ligado a un número telefónico y este vínculo permite un nivel de análisis distinto. En este tenor, para identificar al autor de un mensaje de whatsapp podría averiguarse a qué persona corresponde el número de teléfono del emisor, lo que generaría una presunción de responsabilidad sobre la titularidad de esa línea telefónica y por ende de las aplicaciones usadas a partir de ella. Nótese en este punto que si el emisor hubiera adquirido su chip/línea telefónica en la modalidad pre-pago, la compañía proveedora de la línea no necesariamente contaría con la identidad de tal usuario; por el contrario, si el usuario tuviese contratado un plan, la empresa telefónica sí sabría quién es el titular del número y sí podría informarlo al juez laboral conforme al artículo 783 de la ley laboral citada.

[11] Véase la entrada sobre esta app en Wikipedia disponible en la siguiente dirección: https://es.wikipedia.org/wiki/WhatsApp.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

b) Las partes no controlan la plataforma. Pensemos en un escrito de renuncia: la imprime cualquiera de las partes, la firma una trabajadora y la almacena el patrón sin necesitar de nadie más. Pensemos ahora en que la misma trabajadora avisara por whatsapp que va a dejar de ir a trabajar. En este caso, el patrón tendría la misma explicación que podría tener con una renuncia pero sin contar con un papel firmado y, además, a las expensas siempre de que la aplicación no falle para poder contar con el mensaje y en su caso poder someterlo a un análisis pericial. Aunque las partes son creadoras y receptoras de mensajes de datos, no tienen control sobre el medio que genera y almacena esos mensajes, pues este control corresponde solo a la empresa proveedora del servicio. Entonces, tanto el almacenamiento como el acceso a esos mensajes depende de los términos y condiciones así como de la infraestructura tecnológica de Facebook, que es la propietaria de Whatsapp. Este solo hecho pone en evidencia lo diferente que es contar con un documento digital de este tipo en contraposición con un documento en papel.

c) La comunicación está cifrada. A diferencia de lo que ocurre con la mayor parte del contenido existente en la red pública o con los correos electrónicos, la comunicación en whatsapp se encuentra ahora cifrada o encriptada de extremo a extremo desde abril de 2016[12]. Esto quiere decir que cuenta con medidas de seguridad tan grandes que la posibilidad de que un tercero o hasta el mismo whatsapp pueda romper esas medidas o interceptar los mensajes de algún modo es casi nula (hasta la fecha), y que solo el emisor y el receptor (y por ello sus equipos) pueden acceder a los mensajes, así como que éstos solo puedan ser consultados en los teléfonos celulares o computadoras de quienes intervienen en la conversación.

¿Por qué las anteriores son características relevantes para un juicio laboral? Porque (a) si no puede ligarse el número telefónico a su titular es difícil (no

[12] Fernández, Samuel, “Hablar de censura en whatsapp no tiene sentido: así funciona el cifrado de extremo a extremo”, Xataca móvil, 13 de abril de 2020, disponible en https://www.xatakamovil.com/aplicaciones/que-no-tiene-sentido-hablar-censura-whatsapp-asi-funciona-cifrado-extremo-a-extremo Además del dato proporcionado, en este artículo se puede leer una explicación un poco más técnica sobre el modo en que funciona el cifrado de la aplicación.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

imposible) atribuir el origen del mensaje a una persona física determinada; (b) todo lo que pueden hacer las partes en la aplicación está limitado por lo que les permiten hacer sus programadores, y (c) es indispensable analizar los mensajes de datos en los equipos usados por los usuarios.

VI. LAS DIFICULTADES QUE ENFRENTARÁN LOS JUECES MORELENSES PARA ESTUDIAR ESTAS PRUEBAS

Al analizar un documento de papel, el juzgador podía verificar por medio de sus sentidos su contenido y apreciar sus características físicas; además, era más o menos fácil entender los elementos que los peritos estudiaban para analizar la autenticidad de los documentos o sus firmas y huellas. Al analizar un mensaje de whatsapp hay que tomar en cuenta, entre varios factores, las tres características antes apuntadas para poder determinar la valía o eficacia de los mensajes. Sigo el orden de esas características a fin de conseguir una mayor claridad.

a) El problema de la atribución. ¿Cómo saber quién envió un mensaje de whatsapp? En primer lugar, habría que señalar que puede presumirse que el autor es el titular de la línea y/o teléfono desde el cual se envía el mensaje. Esta presunción deriva del modo en que funciona la aplicación. Pensemos en un correo electrónico: cualquier usuario puede ingresar a su correo desde cualquier navegador de internet desde cualquier equipo; esto, sin embargo, no es posible con whatsapp (en lo general) pues solo puede usar la aplicación quien la vincula a su número celular. Esta generalidad, sin embargo, tiene un gran asegún, pues la aplicación también puede ser usada por vía web desde una computadora (es decir, sin la aplicación vinculada al número telefónico), aunque para usarla debe escanearse un código QR desde el teléfono asociado al número. Esto ya se empieza a enredar, ¿no? Pensemos en algún trabajador de oficina que utiliza whatsapp desde su computadora porque desde esa aplicación coordina varias cosas y es más fácil hacerlo así que estar usando su teléfono. Si acudiera al baño, por ejemplo, algún compañero podría enviar un mensaje desde su computadora y

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

jugarle una broma (o tratar de perjudicarlo). Este ejemplo solo pretende mostrar que aunque la presunción antes asentada puede funcionar en muchos casos, tampoco es algo definitivo. Mientras en los documentos materiales existe una sola disyuntiva (¿la persona firmó o no el documento?), en los mensajes de whatsapp las posibilidades crecen: ¿de dónde viene el mensaje? ¿El origen puede asociarse a alguien? ¿Alguien además del titular pudo haber tenido acceso a la aplicación?

b) y c) El problema de la integridad de los mensajes. ¿Cómo saber si un mensaje se encuentra íntegro e inalterado como lo exige el artículo 210-A del Código Federal del Procedimientos Civiles? En este caso, si el contenido mismo de los mensajes fuera lo que se encuentra en disputa, un juzgador tendría que acudir a un perito en informática o cómputo forense a fin de que éste analizara esa condición de los mensajes. Como ya se comentaba, esto implica también el problema de que los expertos no abundan, así que aquí hay una barrera que puede ser fundamental para un análisis técnico adecuado desde esta perspectiva.

A lo anterior se suma que los mensajes solo se almacenan en los equipos de los usuarios como ya se vio. Si se considera que en muchos casos esos equipos son teléfonos celulares que tanto trabajadores como patrones usan en su vida diaria, no es posible esperar que las partes los entreguen a la Junta para su custodia. En este caso, el perito oficial tendría que generar una imagen forense del celular, que no es sino una copia íntegra de su contenido sellada con un código alfanumérico que asegura su integridad (código *hash)*[13]. Esto implicaría la asistencia de un perito desde el momento de ofrecimiento de la prueba y que éste cuente con el equipo necesario para hacer ese clonado.

Así, tanto el estudio en sí como el modo en que se preserva la información representan dificultades para el estudio de la prueba que la diferencian de una documental material. En este último caso, el soporte de papel tiene un contenido

13 *Cfr. Colàs-Neila, Eusebi y Yélamos Bayarri, Estela, "*El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y derecho del empleo*, España, Volumen 8, núm. 2, abril-junio de 2020, p. 58.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

inmediatamente revisable para el juzgador que se puede poner a su disposición sin problema alguno, lo que no ocurre con los mensajes de whatsapp.

VII. PRIMEROS PASOS PARA ENFRENTAR ESTAS DIFICULTADES

El anterior es apenas un breve panorama de algunas (que no todas, faltaría el espacio) de las dificultades principales que puede enfrentar un juez a la hora de encarar procesalmente mensajes de whatsapp ofrecidos como prueba. ¿Qué alternativas existen entonces para poder enfrentar estos retos de mejor manera? Enuncio a continuación algunas que podrían ir ayudando a avanzar en la dirección correcta.

I. Invertir en peritos. Hasta donde tengo entendido, ninguna institución de enseñanza en Morelos brinda estudios en informática o cómputo forense. Por ello, que el Tribunal Superior de Justicia (como organización que administrará los fondos con los que operará la nueva justicia laboral) espere a que los expertos surjan espontáneamente no es la mejor opción. Convendría impulsar junto a la UAEM o algún Tecnológico estatal (quienes, a su vez, podrían quizá recurrir a la UNAM, que sí imparte cursos en cómputo forense[14]) un plan para formar a esta clase de profesionales . Sería un ganar-ganar para todos: el Tribunal se abastece de expertos, la institución educativa prepara gente para un mercado laboral que la necesita y los jóvenes pueden afilar su perfil a temprana edad. Si antes no era necesario realizar esta inversión, hoy parece ineludible, máxime porque (i) los juzgados laborales deben designar al único perito con el que se desahogará la prueba; (ii) la trascendencia de esta única opinión pericial será enorme, por lo que se requiere tener varias opciones de expertos a fin de elegir al más capacitado conforme a cada plataforma o aplicación, y (iii) los datos existentes en cualquier tipo de equipo o plataforma tecnológica y de internet son abrumadores y puede constituir una evidencia determinante para los juicios.

[14] Puede consultarse esta oferta hecha por la Coordinación de Seguridad de la Información UNAM/CERT en la siguiente dirección: https://www.seguridad.unam.mx/portafolio-de-cursos .

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

II. Crear una unidad de investigación. Dada la complejidad que el mundo digital representa para la abogacía, no solo es imperioso contar con peritos en este ámbito, sino que debe impulsarse el estudio jurídico de estos temas. En nuestro país, pocas universidades (INFOTEC, ITAM, TEC de Monterrey) están investigando a un buen nivel el entrecruzamiento del derecho y la tecnología, y no necesariamente lo hacen desde un punto de vista probatorio/procesal. Lo mejor sería que una dupla (para empezar) conformada por una persona estudiosa del derecho y una persona experta en informática forense empezaran a generar conocimiento más allá de las particularidades del caso concreto para así desarrollar las habilidades de todo el foro. Además, es indispensable generar materiales de todo tipo (textos, videos, infografías, etc.) que acerquen a funcionarios, litigantes y hasta a los propios justiciables a los vericuetos del mundo de las pruebas digitales, pues de no hacerlo así muchos juicios se pondrán sin más en manos de los peritos, con el riesgo que esto implica: darle tanto poder procesal al perito que sea éste quien tenga la última palabra en un número cada vez mayor de casos. El escrutinio público que se haga de los dictámenes periciales y en general de esta clase de temas es indispensable para quitar discrecionalidad y arbitrariedad al actuar de los peritos.

III. Encarnar la proactividad ya prevista por la ley para obtener más información a partir de pruebas tradicionales. Una de las grandes ventajas de los nuevos juicios laborales es que a diferencia de las reglas actuales, la ley laboral exige del juzgador "asumir un desempeño proactivo" (art. 873-K) y le permite expresamente "interrogar libremente a las partes y a todos aquellos que intervengan en el juicio sobre los hechos y circunstancias que sean conducentes para averiguar la verdad" (art. 782). Hasta la fecha, los juzgadores laborales hemos sido ante todo observadores y gestores de lo que las partes hacen y proponen en términos probatorios, con un involucramiento casi nulo en el objetivo de averiguar la verdad. Las dos normas señaladas tendrían que hacer que esto cambie, y de hecho es hasta necesaria una nueva actitud del juzgador a fin de paliar las dificultades que enfrentará en relación con las pruebas digitales. Deseo ejemplificar esto a partir de

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

una sentencia dictada por un Tribunal de Apelaciones laboral en Uruguay en septiembre de 2019[15].

En el caso, además de la existencia de un supuesto despido indirecto derivado de un tema de retenciones y descuentos salariales (que no interesa para efectos de este texto), la trabajadora se dijo despedida en términos "tradicionales" mientras que el patrón sostuvo que ésta renunció mediante un mensaje de whatsapp en donde hizo de su conocimiento que "no va a poder seguir trabajando". Para valorar la prueba, el Tribunal no exigió que un perito confirmara la autenticidad del mensaje, sino que se apoyó en cuestiones colaterales al mensaje, entre ellas las siguientes:

- "La actora nunca desconoció haber enviado dichos whatsapp", de donde surgiría una presunción humana en términos de nuestra ley laboral.

- Los mensajes no fueron impugnados "ni por falsedad ideológica ni material". Conforme a nuestra práctica, diríamos que no fue objetado en cuanto a su autenticidad de contenido (es decir, lo que dicen los mensajes) ni en cuanto a su autoría (o firma, como se dice en el caso de los documentos de papel).

- Incluso en su declaración (lo que sería nuestra confesional) la actora ratificó el envío de esos mensajes de whatsapp: "entonces yo le dije que yo no iba a trabajar más porque se me complicaba para pagar la niñera, texto similar al que transcribe el mensaje en cuestión", dice la sentencia.

¿Qué implica lo anterior? Que el juzgador puede forjar convicción, en algunos casos, sin necesidad de pasar forzosamente por el camino pericial. Implica también que el juzgador puede ser más inquisitivo con las partes a fin de cuestionarlas sobre el uso de esta clase de aplicaciones, y quizá con ello en algunos casos encuentre reconocimientos valiosos (procesalmente hablando) sobre su uso.

La práctica del derecho laboral mexicano, auspiciada por los litigantes y tolerada hasta ahora por las autoridades, es negar casi todo: negar despido, negar adeudos, negar quién daba órdenes, negar las firmas de un documento, negar hasta

[15] La sentencia con número 270/2019 puede consultarse en la dirección https://drive.google.com/file/d/16QhZ-UDkNJTqEPD7hWUkKIhjvWD5VtAT/view. Esta resolución también es un buen ejemplo de lo que implica juzgar de manera breve y al grano, por lo que su lectura es doblemente recomendada.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

la relación de trabajo de forma completa. Esto ha llegado (lo afirmo porque me ha tocado leerlo) al extremo de que hasta bancos o empresas de buen tamaño han negado usar internet en sus contestaciones de demanda. Esta práctica en parte explica el motivo por el cual se discute tan poco el fondo de los problemas en sede judicial, pues solemos rehuir los matices y las complejidades de nuestras realidades laborales.

Ante este contexto de parquedad, la proactividad del juzgador a la hora de cuestionar a las partes e involucrarse con cada asunto resultará determinante para evitar ese juego binario de sí o no. Agrietar las esquivas posturas procesales de las partes (entendibles en la medida en que buscan proteger sus intereses) para entrever la realidad será una de las principales tareas que el nuevo juez laboral tendrá que llevar a cabo.

IV. Acudir al derecho comparado. Si en la primera parte del siglo XX México fue punta de lanza mundial en brindar protecciones constitucionales mínimas a los trabajadores, en la primera mitad del siglo XXI se ha quedado a la zaga en cuanto a la discusión de esos mismos derechos mínimos en relación con el mundo digital. Países como España, Argentina, Uruguay o Colombia (por referir solo algunos de habla hispana y con condiciones socio-culturales semejantes a la de nuestro país) nos aventajan ya enormemente con la discusión en sede judicial de temas laborales vinculados con cuestiones tecnológicas. Por ello, es importante y conveniente conocer y nutrirse de esas experiencias en vista de nuestras propias carencias.

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional en Colombia, por ejemplo, abordó el tema de los mensajes de whatsapp en el contexto laboral en su vertiente de comunicaciones privadas a fin de examinar si deben considerarse inviolables en términos semejantes a los de la correspondencia tradicional (lo que en México se encuentra protegido por el artículo 16 constitucional). En la sentencia T-574/17 la Corte analizó un caso en donde la empresa le impuso una sanción de suspensión por 5 días al trabajador al considerar que incitó a sus compañeros a incumplir con sus obligaciones laborales mediante un audio enviado en un chat creado por un exjefe del trabajador con empleados de la propia empresa. El actor

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

alegó que la empresa había violentado su derecho a la intimidad al retomar una comunicación considerada privada por el empleado para sancionarlo.

Para resolver el asunto, la Sala consideró entre otras cosas que el trabajador no podía contar con una expectativa de privacidad en torno al grupo de chat en donde enunció las exhortaciones a sus compañeros pues

> (i) la conformación del chat así como el creador y administrador del mismo, indican que el espacio virtual creado en uso de la tecnología puede considerarse análogo a lo que la jurisprudencia constitucional ha considerado un espacio semiprivado; (ii) la información que allí circulaba era, al menos prima facie, semiprivada, de manera que de ella no se predican los límites que se adscriben a la privada o reservada; (iii) la información producida en el grupo "Distribuciones Cúcuta" tenía la vocación de circular entre los participantes del mismo y, en atención a que entre ellos se encontraban también representantes de los empleadores, no existe objeción a que sobre esa base dichos representantes la transfirieran a sus representados, (iv) cuando en su condición de trabajador e integrante del grupo "Distribuciones Cúcuta" el accionante (a) aceptó hacer parte del grupo creado, (b) interactuó en el mismo, (c) envió notas de voz alusivas a su trabajo -en las que expresaba desacuerdos con el empleador e insinuaba la manera en la que sus compañeros debían proceder en dicha situación- y (d) no manifestó en momento alguno su decisión de abandonarlo, reconoció la posibilidad de que la información circulara entre todos aquellos para los que resultaba relevante; (v) el accionante no podía esperar que la información no circulara entre los órganos de administración y dirección de Nutresa, de manera que en este caso específico la existencia de una expectativa de privacidad en los términos que han quedado expuestos, no podía afirmarse. En síntesis ni de la conformación del grupo, ni de su finalidad, ni de pauta o regla alguna para su funcionamiento, puede desprenderse dicha expectativa: no se trataba de información íntima o sensible, ni que interesara – considerando la naturaleza de las actividades a las que se refería - solo al accionante y era claro que el accionante conocía que en el grupo participaban representantes del empleador.

De nuevo, en este caso no fue necesario seguir el camino pericial para determinar la autenticidad de los mensajes de whatsapp pues desde un primer momento las partes dieron por hecho que ellos eran la materia de la disputa. Lo que sí hubo fue una discusión judicial respecto a las implicaciones de lo que se dice en un chat de esa aplicación utilizado dentro de la fuente de trabajo, chat que de forma virtual siguió siendo considerado como una extensión del espacio "semiprivado" de la fuente de trabajo. Así, consideraciones aplicables al mundo tradicional fueron

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

extrapoladas al mundo virtual de un chat de *whatsapp,* adecuando de esa manera las normas existentes a este espacio digital de convivencia.

V. Tratar de entender las características generales de cada plataforma o aplicación en donde se haya creado o almacenado la prueba. Otro punto de partida para los jueces laborales deberá ser el entender que cada aplicación o plataforma de internet tiene características propias que la distinguen de otras. Pongamos un ejemplo. Mientras que las comunicaciones de whatsapp se encuentran cifradas y por ello solo son accesibles para sus participantes y ni siquiera para la propia compañía dueña de la app, los correos electrónicos del servicio de gmail no cuentan con esa protección, ya que los contenidos de esos correos son revisados de forma automatizada por Alphabet (la compañía dueña de Google y Gmail entre muchas otras) para perfilar más a sus usuarios y ofrecerles publicidad a la medida (entre otras cosas). Lo anterior implica que en un caso la empresa proveedora del servicio no puede conocer el contenido de las comunicaciones y en otro sí, lo que podría llegar a tener consecuencias si se quisieran corroborar esos contenidos por conducto no de los participantes sino de las propias compañías[16]. Otro punto relevante, siguiendo este mismo ejemplo, es que los contenidos son menos alterables en un caso que en el otro, lo que tendría que ser materia de un análisis detallado por parte del perito. En suma, lo que quiero subrayar con este aspecto es que no hay un solo camino a seguir que funcione en todos los casos (como sí lo hay para el perfeccionamiento de una renuncia, por ejemplo), y por ello tanto el juez como el perito deben ajustar constantemente su actuar a las especificidades de cada plataforma. Esto exige, desde luego, un estudio y actualización constantes por parte de ambos, así como una capacidad de adaptación permanente que suele ser difícil para muchas personas.

[16] Cfr. Díaz Limón, Jaime Alberto, Abogado digital Estudios sobre derecho cibernético, informático y digital, Ed. Vlex - Ius semper Universidad, México, 2019, p. 303.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

VIII. CONCLUSIONES

El conocimiento judicial en México de las nuevas tecnologías es escaso, y la materia laboral no es la excepción. Los jueces laborales que están por iniciar sus funciones en el renovado sistema de justicia laboral tendrán que hacer un esfuerzo mayúsculo para no distanciarse de una realidad en donde el uso de la mensajería instantánea como whatsapp forma parte ya de la cotidianidad de millones de trabajadores y patrones.

Para afrontar este reto, tanto los jueces como los órganos encargados de administrar los tribunales laborales harían bien en (i) invertir en la preparación de los peritos; (ii) crear unidades de investigación en torno al mundo digital y el derecho; (iii) encarnar la proactividad ya prevista por la ley para obtener más información a partir de pruebas tradicionales; (iv) hacer un uso mayor del derecho comparado y (v) tratar de entender las características generales de cada plataforma o aplicación en donde se haya creado o almacenado la prueba. Estos son apenas unos posibles primeros pasos de un camino que se vislumbra largo, cansado y lleno de dificultades.

BIBLIOGRAFÍA

Bueno de Mata, Federico, Prueba electrónica y proceso 2.0, Ed. Tirant lo Blanch, España, 2014.

*Colàs-Neila, Eusebi y Yélamos Bayarri, Estela, "*El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y derecho del empleo*, España, Volumen 8, núm. 2, abril-junio de 2020.

Centro de Estudios Constitucionales, Evidencia Científica, 1a, edición, septiembre de 2020, México, disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

020-10/EVIDENCIA%20CIENTIFICA_VERSION%20FINAL%20OCTUBRE.pdf

COMSCORE, “El estado de social media en America Latina”, 12 de marzo de 2020, https://www.comscore.com/lat/Prensa-y-Eventos/Presentaciones-y-libros-blancos/2020/El-estado-de-Social-Media-en-America-Latina

Díaz Limón, Jaime Alberto, Abogado digital Estudios sobre derecho cibernético, informático y digital, Ed. Vlex - Ius semper Universidad, México, 2019.

Fernández, Samuel, “Hablar de censura en whatsapp no tiene sentido: así funciona el cifrado de extremo a extremo”, Xataca móvil, 13 de abril de 2020, disponible en https://www.xatakamovil.com/aplicaciones/que-no-tiene-sentido-hablar-censura-whatsapp-asi-funciona-cifrado-extremo-a-extremo

INEGI, “Estadísticas a propósito del día internacional de internet”, 14 de mayo de 2020, disponible en https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2020/EAP_Internet20.pdf

Rosembaum Carli, Federico, “El whatsapp como prueba en el proceso laboral. A propósito de la sentencia No 379/2019 del TAT de 2o Turno”, 12 de enero de 2020, disponible en https://federicorosenbaum.blogspot.com/2020/01/el-whatsapp-como-prueba-en-el-proceso.html

Saavedra, Diana, “Utilizan whatsapp 77 millones de mexicanos”, Gaceta UNAM, 24 de febrero de 2020, en https://www.gaceta.unam.mx/utilizan-whatsapp-77-millones-de-mexicanos/ Fecha de consulta: 25 de octubre de 2020.

Sentencias o resoluciones judiciales:

Tribunal de Apelaciones Trabajo del Segundo Turno de Uruguay, expediente 270/2019.

Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México. Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 502/2019.

Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional en Colombia, sentencia T-574/17.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

EL SISTEMA ACUSATORIO PENAL A DOCE AÑOS DE SU INSTAURACIÓN: ¿AVANCE O RETROCESO?

THE ACCUSATORY CRIMINAL SYSTEM TWELVE YEARS AFTER ITS ESTABLISHMENT: ADVANCE OR SETBACK?

Lucio Alfonso Rubio Antelis[1]

RESUMEN: En la presente reflexión se exploran algunos avances y retrocesos de la instauración del sistema acusatorio penal y oral, desde sus originales bases hasta sus actuales características, con la finalidad de proponer la inclusión de un modelo más garantista que conlleve a la preservación de los derechos humanos de las partes procesales durante las prácticas judiciales. El objetivo planteado consiste en proponer la actualización de prácticas judiciales que permitan consolidar un sistema más flexible y más humano dentro del proceso penal, inclusivo del control de convencionalidad en sede interna y de los principales criterios pronunciados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La metodología empleada en el desarrollo del presente trabajo incluye el deductivo, analítico, dialectico y estructural, a partir de retomar elementos genéricos y propiciar una conclusión en específico respecto de una propuesta basada en el modelo garantista en las prácticas judiciales realizadas en todas y cada una de las audiencias penales. La estructura del presente trabajo mantiene tres ejes paralelos y concordantes que establecen el modelo acusatorio penal desde sus orígenes hasta sus modalidades más recientes, para ser considerado el modelo garantista en dichas prácticas. Dentro de las conclusiones

[1] Doctor en Derecho y Globalización por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UAEM. Doctorante en Derecho Constitucional y especialista en derechos humanos por la Universidad de la Mancha-Castilla, España.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

obtenidas en el presente espacio de reflexión, se desprende que el sistema acusatorio penal requiere de prácticas judiciales que abonen a la sensibilización de los órganos jurisdiccionales en la aplicación de la jurisprudencia interamericana para una consolidación de los derechos humanos de las partes procesales.

Palabras clave: Constitución Política, Sistema penal, Proceso penal, derechos humanos.

ABSTRACT: In this reflection, some advances and setbacks in the establishmet of the criminal and oral accusatory system are explored, from its original bases to its current characteristics, whit the aim of proposing the inclusión of a more guarantee model that leads to the preservation of human rights of the procedural parties during judicial practices. The proposed objective is to propose the updating of judicial practices that allow the consolidation of a more flexible and more humane system within the criminal process, including the control of conventionality at the internal headquarters and the main criteria pronounced in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights . The methodology used in the development of this work includes the deductive, analytical, dialectical and structural, based on retaking generic elements and promoting a specific conclusion regarding a proposal based on the guarantee model in the judicial practices carried out in each and every one. of criminal hearings. The structure of this work maintains three parallel and concordant axes that establish the criminal accusatory model from its origins to its most recent modalities, to be considered the guarantee model in said practices. Within the conclusions obtained in this space for reflection, it follows that the criminal accusatory system requires judicial practices that contribute to the sensitization of

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

the jurisdictional bodies in the application of inter-American jurisprudence for a consolidation of the human rights of the procedural parties .

Keywords: Constitution Politics, penal system, penal process, human rights.

Sumario: I. *Introducción*. II. *El anomico vía crucis del proceso penal Mexicano*. III. *Incursión del modelo garantista.*

I. INTRODUCCIÓN

Como es del conocimiento en general, el actual sistema procesal penal de corte acusatorio y oral cumple doce años de vigencia desde que los operadores jurídicos, legislativos y gubernamentales reformaron el artículo 20 de la Constitución Política Mexicana, lo que trajo como consecuencia, la posterior creación del Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el Diario oficial de la Federación el 5 de marzo del 2014.

En las adecuaciones al marco legal de la justicia penal, quedaron pendientes de proponer y aprobar dos códigos punitivos tanto en la dimensión sustantiva como en la ejecutiva (Código Penal Nacional y Código Nacional Penitenciario). Esta última se produjo en forma impronta a través de la Ley Nacional de Ejecución Penal, que en la actualidad sigue generado una serie de problemas de aplicación e interpretación, que prácticamente se percibe como una necronorma.

Las constantes muestras de violencia al interior de los centros penitenciarios del país, la persistencia de poderes internos que en su momento se denominaron autogobierno y la infiltración de la delincuencia organizada en la administración carlearía a nivel general, han sido los detonantes de la anomia que se vive intramuros[2], multiplicando causas y efectos de una legislación que ha resultado

[2] Rodríguez Manzanera, Luis, La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión, Edit. Porrúa, México, 2014, pp:56-59.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

insuficiente, ineficiente e ineficaz para dar una respuesta satisfactoria al cumulo de grietas que ha sufrido el sistema nacional penitenciario y que lo ha colocado en una constante crisis.

En la presente reflexión, trataremos de concentrarnos exclusivamente en el proceso penal acusatorio, su avance progresista o su retroceso técnico procesal enfocados al respeto de los derechos humanos, tanto de la parte acusada como de la víctima, sus principios reguladores y los resultados de los beneficios o fracasos del proceso penal anunciado como la solución a los problemas de impunidad, de violaciones procesales y tantos otros vicios que acarreaba el antiguo sistema inquisitivo penal.

Pretendemos iniciar la evaluación de algunos efectos y consecuencias originadas hasta el momento por este sistema jurídico, precisamente a partir del objeto de la citada legislación, que en su artículo 2 prevé los siguientes:

Esclarecimiento de los hechos delictuosos, protección del inocente, procuración para evitar la impunidad y reparación del daño, contribuyendo al aseguramiento del acceso a la justicia en la aplicación del derecho para resolver la conflictiva surgida en torno a la comisión del delito, todo ello dentro de “un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”, objetivo legal que forma parte de los derechos de papel, pendientes de realizar.

En efecto el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Publica[3], informa que el Estado de Morelos ocupo los primeros lugares respecto a varios delitos, en el periodo de enero a septiembre de 2020, de acuerdo a la siguiente estadística:

- Primer lugar en secuestros, 46 secuestros, 2.42 por cada 100 mil habitantes.
- Primer lugar en robo a banco, 20 robos, 1.05 por cada cien mil habitantes.
- Segundo lugar en feminicidio, 28 casos, 1.47 por cada cien mil habitantes

[3] Consultado en: https://www.gob.mx/sesnsp/articulos/incidencia-delictiva?idiom=es, fecha de consulta: 12 de noviembre de 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

- Tercer lugar en robo a casa habitación, 1,083 robos, 152.37 por cada cien mil habitantes.

Coincidimos y hacemos propia la sentencia dictada el 23 de noviembre de 2009, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, localizada en el párrafo 338[4], en el sentido de que ninguna norma por su mera existencia y consagración en el texto legal, garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada; es necesario que su interpretación y aplicación encuadre en los fines previstos por el artículo 2 de la Convención Americana de derechos Humanos, de conformidad con los principios convencionales y constitucionales del debido proceso y acceso a la justicia.

Por esta razón, consideramos que, para percibir la realidad del proceso penal mexicano, implica necesariamente conocer el lenguaje no escrito, las costumbres, las interpretaciones y todas aquellas actuaciones que en suma son denominadas practicas judiciales y manifestaciones del orden estatal realizados por los órganos jurisdiccionales como órgano técnico, director y mediador en el proceso penal.

En las relatadas condiciones, intentaremos abordar el complejo proceso penal desde ciertos ámbitos que hemos seleccionado como los mas anomicos, contradictorios e infructuosos que de alguna manera han detenido el avance progresista y garantista que había sido proyectado en la legislación adjetiva por sus iniciadores y operadores jurídicos.

II. EL ANOMICO VÍA CRUCIS DEL PROCESO PENAL MEXICANO

Resultaría sumamente complicado resumir en unas cuantas cuartillas los índices comparativos y estadísticas de los resultados entre el año 2014 a la actualidad, en que el estado mexicano a través de sus poderes judiciales, ha venido aplicando una codificación que recopiló de la experiencia de otros sistemas

[4] Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México, Corte IDH, sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas..

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

procesales, entre ellos el anglosajón y que difícilmente se han adaptado al contexto de la realidad punitiva mexicana.

1. Desde sus inicios e influenciados por la literatura anglosajona y el argot técnico de ciertos sistemas procesales entre ellos el chileno, los operadores, denominados así a las agencias investigadoras y sus dirigentes, órganos técnicos concentrados en los poderes judiciales tanto federal como local, los órganos técnicos defensivos en lo que respecta al orden oficial como particular, así como la misma academia , insistían en que se denominaba "sistema penal adversarial", cuando en la reforma constitucional al artículo 20, la denominó claramente "acusatorio y oral."

El término "adversarial" probablemente provenga del anglicismo "*adversary*" que significa adversario, pero en el diccionario de la Real Academia Española, no se designa el termino adversarial. Situación que desde el año 2013 lo hemos estado advirtiendo y ha quedado constancia escrita en algunos textos jurídicos de nuestra autoría.

En este rubro el problema consistió en la ausencia o debilidad respecto de una campaña de sensibilización efectiva, capacitación eficaz a todos los sectores de la población, en especial del sector jurídico, respecto de las peculiaridades de este complejo sistema jurídico.

2. Las audiencias desde la inicial de control, hasta la intermedia[5] cuando se declara auto de apertura a juicio, son dirigidas por un solo juez penal, sin embargo, en la audiencia de juicio oral, (art. 348 y ss.) conoce un órgano jurisdiccional colegiado, ajeno por completo de todo lo que ocurrió, supuestamente para no contaminar las pruebas.

Se ha cuestionado la eficacia de esta modalidad, y nos preguntamos, ¿Cuál sería la diferencia sí ese mismo juez siguiera conociendo del caso, hasta el dictado final de la sentencia condenatoria o absolutoria? En algunos casos este sistema conlleva graves daños y perjuicios para la víctima, en el caso de que la sentencia

[5] Ortiz Ruiz, José Alberto, Etapa intermedia y teoría del caso generalidades. Manual práctico de juicios orales en materia penal, Flores editor y distribuidor, México, 2013, pp: 81-84.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

de primera instancia haya sido absolutoria y se haya ordenado la inmediata libertad del o los sentenciados, pero en segunda instancia se obtiene la revocación de esta, los efectos atípicos, es que los autos regresan al Juez de Control para su continuación.

A su vez en la continuación del procedimiento, el órgano jurisdiccional unitario remite el expediente interno al Tribunal de Enjuiciamiento con nuevos integrantes. Sin embargo, al iniciar la audiencia de juicio y al no presentarse el acusado, no podrá llevarse a cabo la audiencia en términos del artículo 394 del Código Nacional de Procedimientos Penales, toda vez que no se encuentra este último, la audiencia se aplaza hasta en tanto se dé cumplimiento a la orden de reaprehensión que difícilmente se ejecuta por razones de orden técnico procesal, toda vez que la carga procesal recae en los agentes del ministerio público[6], los cuales no acceden a impulsar y agilizar este fase del procedimiento por razones de ignorancia, incompetencia, negligencia o dolo.

Aunque este caso concreto resulte atípico, también representa una preocupante brecha que opaca las bondades de este sistema. Por ello insistimos sobre las inconveniencias para que un tribunal de enjuiciamiento conozca de la fase de juicio oral, que sea un solo juez el que siga conociendo del proceso y evitar el desfase del procedimiento cuando el acusado no se presente a la audiencia de juicio oral. La fracción IV del artículo 20 de la Constitución Política mexicana, nos otorga plena razón para justificar la propuesta.

3. La enorme influencia del derecho anglosajón se refleja en la fórmula, técnica y bases para la expresión de la teoría del caso en la audiencia de juicio oral correspondientes a los alegatos de apertura. Aun cuando no lo señala el numeral 394 del Código Nacional antes citado, las prácticas judiciales, las técnicas de litigación estratégica y las reglas genéricas del juicio acusatorio, dan pauta para que las partes asuman un papel más argumentativo que mecánico. El artículo 156 del anterior ordenamiento, expresa concretamente

[6] Ortiz Romero, Juan Carlos, Manual del juicio oral (reforma judicial), Oxford, México, 2015, pp: 77-81.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

la obligación a cargo de las partes para formular argumentos, ya no es un simple debate, sino exige un esfuerzo cognitivo de la parte técnica.

La realidad coloquial en que se producen las audiencias en todo el territorio nacional sin temor a equivocarnos, nos obliga a reflexionar sobre la ausencia de argumentación jurídica, de exposición de argumentos sólidos que consoliden las razones para justificar una posición, tanto del Fiscal, Defensa y Asesor, respectivamente, para formar convicción, duda o influencia en los ánimos del juzgador. Ello demerita la calidad de las audiencias y constriñe a compararlas con los antiguas practicas inquisitivos, de lo cual, las partes técnicas se resisten abandonar, considerando que la defensa es una actividad de interés público, también es un derecho humano y un mecanismo de garantía[7] para todas las personas involucradas en la comisión de un hecho delictuoso, en todas las etapas del procedimiento.

Un ejemplo de lo anterior se deriva de las agotadoras, desgastantes e ilegales prácticas toleradas y autorizadas por los jueces penales, al permitir que los fiscales en sus intervenciones den lectura a los hechos criminosos materia del procedimiento y que obran en la carpeta de investigación.

Con ello violan el imperativo categórico normativo previsto en el ordinal 44 del multicitado ordenamiento adjetivo[8], que prevé la necesidad de que las partes se abstengan de leer documentos completos o apuntes de sus actuaciones, ya que de lo contrario se está demostrando falta de argumentación y desconocimiento del asunto, también prevé los casos de excepción.

Al permitir estas prácticas, los órganos punitivos están incumpliendo un deber jurídico que no puede estar sujeto a ningún capricho, discreción, interés o emoción de ninguna naturaleza, es decir, se pervierte la naturaleza del juicio oral, sus

[7] Volga de Pina Ravest y Jiménez Padilla, Alejandro, Defensa publica y derechos humanos en el sistema de justicia penal acusatorio, Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia, A.C, México, 2015, pp: 18-21.
[8] Cfr: Mendieta Valdez, Epigmenio, Código Nacional de Procedimientos Penales correlacionado, Edit. Anaya, México, 2019, p. 38.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

principios rectores y la agilidad, exactitud y autenticidad de las actuaciones procesales.

Aun cuando la defensa impugne las anteprocesales conductas de la fiscalía acusadora, los jueces resuelven en sentido proteccionista a los intereses de esta última, dejando sin materia el debate. Con ello se viola la fracción IV del artículo 20 de la CPEUM (los argumentos de las partes deberán desarrollarse de manera oral).

4. La fracción I del artículo 131 del Código de la materia, establece la obligación esencial del Ministerio Publico para vigilar que, en toda la investigación de los delitos, se cumpla estrictamente con los derechos humanos. Asimismo, se le impone el deber de lealtad (art. 128); el deber de objetividad y debida diligencia (art.129) y la carga de la prueba. No obstante, las experiencias derivadas de la cercanía con las oficinas de estos servidores públicos, demuestran con creces, las conductas contrarias a los deberes impuestos por una categoría normativa. Las deficientes actuaciones procesales en las carpetas de investigación integradas por los agentes del Ministerio Publico, han provocado la liberación de personas involucradas en la comisión de delitos de alto impacto.

La denuncia pública enderezada en contra de antiéticos fiscales, permite detectar que estos han omitido cumplir con las obligaciones enunciadas, por lo cual se incrementan los niveles de desconfianza e incredulidad ciudadana, exhibiendo la corrupción que impera en estos escenarios, donde la victima tiene que erogar más recueros económicos para obtener agilidad en su investigación y perseguir al culpable para el pago de la reparación del daño y lo que proceda de acurdo a la naturaleza de los hechos criminosos.

Desde el año 2008 que algunas entidades federativas ya habían instaurado este sistema procesal acusatorio, se percataron de las practicas viciosas y corruptas de algunos fiscales, que a cambio de generosas ofertas pecuniarias, con dolo y con toda la mala fe e intención dañina, dejaban las carpetas incompletas (flojas) para que, en la audiencia de control, la defensa lo hiciera valer y se decretase la ilegalidad de la detención y puesta en libertad del imputado. Esto generó una irritación y

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

agravio en la sociedad que veía con desconfianza el desempeño de este nuevo sistema procesal penal. Aquí como en todos los casos, el gran perdedor siempre fue y ha sido la víctima del delito.

5. El papel protagónico asumido por el Ministerio Publico en el sistema acusatorio penal, ha dejado una enorme deuda con la sociedad. No todos los servidores públicos encuadran en esta categoría, pero son tan excepcionales que su participación no destaca. Los altos directivos de las fiscalías mantienen un perfil político, no especializado en la materia. Los servicios periciales han resultado un lastre en algunos casos de urgencia comprometiendo los intereses de las víctimas directas del delito. La sobrecarga de trabajo incrementado por la comisión de homicidios graves por causas violentas, propiciado por una descontrolada delincuencia organizada cada vez más fortificada en armamento y estrategias delictivas, han demostrado que la impunidad, la corrupción, la falta de planes y estrategias de prevención del delito, serán las constantes de una política inexistente enfocada al ámbito anticrimen.

La política oficialista de liberación de personas privadas de la libertad que siguen el cumplimiento de sentencias condenatorias[9], por las cuales aún no se cubren los respectivos pagos de reparación del daño, ha dejado un halo de descontento e inconformidad entre la población, sobre todo, los que han formado parte de los índices de víctimas del delito. Aumentan los niveles de desconfianza ciudadana hacia las instituciones relacionadas con la seguridad pública, tanto administrativos como jurisdiccionales.

6. Los poderes judiciales no se actualizaron frente al estado de alarma social, de contingencia sanitaria y por causas de fuerza mayor. En este caso ante las medidas de seguridad para evitar contagio por COVID-19, los responsables de las audiencias penales, dotaron a los jueces de los equipos de protección sanitaria para realizar sus audiencias, asimismo por igual a los fiscales, pero la defensa quedo sin protección alguna, así como el imputado,

[9] Artículo 146 de la Ley Nacional de Ejecución Penal

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

acusado o sentenciado, quienes asisten a las audiencias con la mínima protección apenas un cubre bocas de dudosa calidad. Esta desventaja solo permite observar desigualad y discriminación en el desarrollo de las audiencias judiciales.

De lo anterior válidamente puede inferirse, que el objeto del proceso penal consagrado en el artículo 2 de la Ley de la materia, aún se encuentra pendiente de consolidar y amalgamar en un estado de derecho democrático y social, lo cual ante el escenario que se ha trazado en la presente reflexión, nos permite visualizar los años aun lejanos que faltan para la materialización de estos objetivos. Mientras tanto en los círculos universitarios se continúan repitiendo las reglas y características del proceso penal acusatorio, sin que se exija mayor esfuerzo cognitivo y reflexivo para asumir un papel crítico propositivo que modifique la triste realidad jurídica que hoy seguimos padeciendo.

7. En el ámbito de la educación superior, es decir, las universidades públicas y privadas que han desarrollado en forma emergente planes de estudio para actualizar la carrera de Licenciado en derecho, no se han preocupado por llevar a cabo una selección rigurosa de la planta docente, otorgando preponderante preferencia a los catedráticos cuya función mantenga el perfil de servidores públicos del Poder Judicial, así como Agentes del Ministerio Publico o cualquier otro que haya tenido cierta experiencia en el sistema acusatorio penal y oral.

Cabe reflexionar respecto de la necesidad de dotar de mayor calidad a los programas y planes de estudio emergentes, adaptados subgénero por las administraciones y gerencias de los planteles educativos de nivel superior, que se involucren en el sistema acusatorio penal, en las diferentes áreas, materia y ámbitos, es decir, desde los estudios de licenciatura, maestría y doctorado.

El enfoque sé que pretende precisar en el párrafo anterior obedece a la necesidad de formar profesionistas con mayor calidad argumentativa, cuyas habilidades, destrezas y conocimiento le permitan mantener un estándar profesional de nivel aceptable, a efecto de evitar el mecanicismo y formalismo que impera en

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

las audiencias que celebran los órganos jurisdiccionales en los diferentes asuntos sustanciados bajo su competencia y en aplicación del sistema acusatorio.

8. El sistema acusatorio penal exhibe ante el escenario del litigio y libre postulancia, la existencia de tres tipos de órganos jurisdiccionales: los retribucionistas punitivistas que se limitan a la aplicación del proceso penal a cada caso concreto y bajo los formatos, directrices y técnicas del proceso apegado al Código Nacional de Procedimiento Penales, que se convierte prácticamente en el ejecutor de la ley y en la personificación de la *"dura lex, sed lex".*

El segundo tipo de órgano jurisdiccional es el tipo garantista que además de aplicar, interpretar y explicar al auditorio los alcances y sentido de la norma procesal, en relación al tipo de audiencia que se pretenda desahogar, asume un carácter convencional. La aplicación del control de convencionalidad inserta un criterio más amplio, prohomine y más humano que refleja una alta sensibilidad ética profesional de verdadero servicio público en el ámbito judicial.

Y el tercer tipo de jueces, se identifica con la medianía que en la comodidad y confort del aseguramiento en el desarrollo de una audiencia, imprime el órgano jurisdiccional para mantener el orden, cierta armonía y agilidad en los procedimientos sometidos a su cargo, que no le comprometen más allá de lo que establece la misma norma, las reglas y las practicas coloquiales propias de un sistema acusatorio que conserva el estilo y la forma.

En sus inicios el mismo Poder Judicial de la Federación admitía cuatro principales funciones del papel del Juez en el proceso acusatorio: la protección de los derechos básicos del imputado; el respeto a los derechos de las victimas (y ofendidos); el control sobre el Ministerio Publico para ejercer razonablemente sus facultades de acusador y la resolución de conflictos entre las partes[10].

Sin embargo esta óptica omite mencionar que también la sociedad exige que estos operadores mantengan un perfil como Jueces de control, el carácter garantista

[10] Suprema Corte de Justicia de la Nación, El sistema penal acusatorio en México: estudio sobre su implementación en el Poder Judicial de la Federación, Poder Judicial de la Federación-Consejo de la Judicatura, México, 2008, p. 57.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

a través de la observancia de la legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, sin omitir que también deben tener una alta calidad ética profesional a través de la argumentación judicial,.

Las necesidades apremiantes que involucra a la población en general sometida a constante violencia, cambios radicales en las formas de vida, la corrupción, la alta criminalidad y en la actualidad el ambiente social de bajo nivel cultural, permiten que las practicas judiciales conserven sus características, evadiendo el escándalo, la corrupción y la ausencia de ética judicial, tema al que nos referiremos a continuación.

9. Efectivamente desde hace 5 advertíamos que en la agenda pública del Estado mexicano[11], habían quedado pendientes de cumplir las bondades anunciadas por el entonces nuevo sistema de justicia oral penal de corte acusatorio, concretamente en materia de ética judicial que involucraba al ámbito de los derechos humanos y control de convencionalidad.

Anotábamos que las técnicas, las normas y las formas contenidas en el proceso penal acusatorio, habían estado desde ese entonces exhaustivamente difundidas en torno a su naturaleza y función, de tal manera que se conocían las funciones del Ministerio Publico, los actos de investigación y sus etapas, técnicas de interrogatorio, audiencias, procedimiento abreviado, pruebas, alegatos, entre otros más.

Lo que faltaba y que aún sigue mostrando ausencia evidente, es la ética judicial y profesional del actuar de los operadores jurídicos del sistema punitivo acusatorio. Refiriéndonos evidentemente a los órganos jurisdiccionales y a las partes del juicio (MP, asesor jurídico y defensa).

Propusimos en su momento que la ética judicial y la ética jurídica, destinada para el servidor público la primera y la segunda para los demás operadores jurídicos, aplicada sustancial y adjetivamente en su formato más serio, darían como

[11] Véase: Rubio Antelis, Lucio Alfonso, Argumentación jurídica y derechos humanos en el proceso penal acusatorio, Flores editor y distribuidor, México, 2015, pp: 137-141.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

consecuencia evidente la medida preventiva para no incurrir en la corrupción institucional.

Las ausencias éticas señaladas en los párrafos que antecede, obedecen a las razones atinentes respecto a la omisión de crear un apartado exprofeso de la dimensión ética en el Código Nacional de Procedimientos Penales. Igual suerte siguió la Ley Nacional de Ejecución Penal, que por la ausencia de esta importante entidad sustantiva, ha generado más desorden, excesos de poder corrupción y violencia en los centros penitenciarios a nivel nacional[12].

Bajo estos parámetros resulta una medida urgente que los órganos jurisdiccionales de todos los niveles atiendan la necesidad de sensibilizar su calidad de servidor público a través de la adopción de una ética judicial eficaz y eficiente que permita verificar en cada actuación, diligencia, audiencia o resolución la probidad del servicio público y la convicción de evitar corromper o pervertir el procedimiento penal.

Las dilaciones, los acuerdos ilegales entre MP y defensa que no se realizan en audiencias, así como todas las practicas viciosas que han convertido al procedimiento penal en una vi mercantil para negociar libertades, debe desaparecer completamente.

La deficiente actuación del Ministerio Publico ha provocado las libertades de los imputados durante las audiencias iniciales en el proceso penal, por múltiples razones que no se atienden en este párrafo. Esto ha generado un resentimiento social provocando la venganza privada, linchamientos y toda clase de actos por medio de los cuales, la población toma en propias manos la forma de hacerse justicia, ocasionando una parmente crisis del derecho penal que es criticada por el Garantismo.

[12] Las recomendaciones para los jueces de ejecución penal se recopilan en: Santacruz Fernández, Roberto, et, al., La ejecución de sentencias en el sistema acusatorio, Universidad Autónoma de Puebla, México, 2015, pp: 106-108.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

El caso de los policías como primeros respondientes[13] y como parte de la investigación, es otro pendiente que aún no se culmina y que ha mantenido deficiencias estructurales y operativas. De acuerdo a los programas, planes y directrices gubernamentales, los ciudadanos debemos saber cuántos y cuáles policías causaron baja de la institución, ya sea por negligencia, corrupción, omisión[14] o cualquier otra análoga, así como aquellos que no aprobaron los exámenes de control de confianza, con el objeto de proporcionar una tranquilidad a la población y permitir la transparencia y la información de esta institución.

Así mismo, los especialistas coinciden en señalar que la introducción del proceso penal acusatorio en México a partir del año 2008, tuvo como finalidad combatir el desmesurado aumento de la criminalidad, tomando en cuenta que esta reforma penal se limitó a cubrir el ámbito adjetivo, es decir, solamente en lo que respecta al proceso penal, que además al introducir el sistema acusatorio se despresurizaría la carga de trabajo de los operadores del sistema.

No obstante el fondo de esta reforma consistió en la legalización de las ordenes de aprehensión para vincular a todas las personas relacionadas con delitos bajo sospecha, es decir, con solo indicios, eliminándose el principio de presunción de inocencia[15], como principio regulador e institucional de la constitucionalidad y convencionalidad, así como derecho humano dentro del sistema penal acusatorio[16].

En el entorno de la práctica cotidiana que litigantes, fiscales, asesores jurídicos y los propios órganos jurisdiccionales, realizan en cada una de las audiencias, nos

[13] Tanto textos como capacitaciones, talleres y todo tipo de actividades relacionadas impartidas por universidades públicas y privadas, organizaciones de profesionistas, expertos y especialistas en la materia, en su mayor parte, se han limitado a explicar los temas, la norma y demás reglas en las cuales debe participar el cuerpo policial, sin embargo aún queda mucho pendiente para superar los vicios que han sido un lastre para el sistema de seguridad pública y con ella al cuerpo policiaco. Véase: Neri, Norma R, Nuevo formulario de procedimientos para el sistema acusatorio adversarial, Interntional Force Instituto Inc., México, 2011, pp: 87-96.

[14] González Rodríguez, Patricia L, La policía de investigaciones en el sistema acusatorio penal, UNAM-IIJ, México, 2013, p. 2.

[15] Prólogo de Enrique Díaz Aranda, en: Márquez Gómez, Daniel y Sánchez, Castañeda, Alfredo, Las falsas divergencias de los sistemas inquisitivo y acusatorio. El idealismo alrededor de los juicios orales en México, UNAM,-IIJ, México, 2012, p. X.

[16] Véase: Aguilar López, Miguel Ángel, Presunción de inocencia. Derecho humano en el sistema penal acusatorio, Anaya, México, 2015, pp: 55-68.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

percatamos de la preeminencia de las formas, formularios, protocolos y costumbres coloquiales que forman la técnica utilizada en del desarrollo de las audiencias, es decir, lo que hemos denominado “tecnócratas de la norma penal”.

También hacemos propia la crítica al sistema acusatorio penal mexicano, que ha admitido una cierta reconfiguración inquisitorial del proceso penal acusatorio instruido en México desde el año 2008. Estos puntos de vista parten de la afirmación en el sentido que la prisión preventiva ha mantenido sus cánones y característica principales, casi en las mismas condiciones de existencia y tratamiento que tenía en el antiguo sistema inquisitivo.

Los Agentes del Ministerio Publico en la etapa de investigación mantienen aún ciertas funciones que no han evolucionado de acuerdo al sistema acusatorio; como termómetro indicador del deficiente desempeño profesional y ético de este servidor público, se muestra en los altos índices de impunidad que aún seguimos conociendo, por ello este personaje desarrolla en la sociedad un papel protagónico[17].

III. INCURSIÓN DEL MODELO GARANTISTA

Los retos y desafíos que enfrento el sistema acusatorio oral penal desde su instauración en el año 2008, han quedado pendientes de realizar en una agenda pública conteniendo deuda por cumplir hacia la sociedad. El Poder Judicial del Estado de Morelos adoptó este sistema desde la publicación en el Periódico Oficial Tierra y Libertad de fecha 31 de enero de 2007. La finalidad de un nuevo Código Procesal Penal morelense, consistió en:

a) Garantizar el debido o justo ´proceso penal de los imputados de un delito.
b) Garantizar la asistencia; protección y restauración a las víctimas y ofendidos por el delito, así como su efectiva participación en el proceso penal.
c) La eficiencia y eficacia del proceso penal.

[17] Calderón Paz, Carlos Abraham, “Justicia especializada. Retorno a la inquisición”, en: González Rodríguez, Patricia y Witker, Jorge (Coords.), Desafíos del sistema penal acusatorio, UNAM-IIJ, México, 2019, p. 2.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

d) Recobrar la confianza de la ciudadanía en el sistema de justicia penal[18].

De todos los anteriores puntos solo se ha cumplido el primero y los demás quedaron sin cumplirse en su totalidad derivado de múltiples causas, circunstancias y razones que intervinieron para la obstrucción y lentitud del cumplimiento de las finalidades u objetivos de dicha codificación.

Los actuales índices de impunidad, de comisión de delitos violentos de alto impacto, entre otros más, ubican al Estado de Morelos en los primeros lugares, lo que deviene en considerar la falla del sistema penal en sus primeros objetivos y que precisamente el actual Código Nacional de Procedimientos Penales señala en su artículo 2 al establecer que la razón de ser y deber, consisten en el establecimiento de las normas aplicables en la investigación, el procesamiento y la sanción de delitos para esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y la reparación del daño.

Se pretende contribuir el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito en un marco de respeto a los derechos humanos, sin embargo olvida rotundamente la inclusión de un sistema, mecanismo o índices normativos en materia de ética, la cual permitirá una sólida legitimación tanto del procedimiento, resoluciones y las actuaciones de los órganos jurisdiccionales, para lograr la reivindicación de la confianza ciudadana hacia los órganos punitivos.

Ante la crisis del derecho penal (sustantivo, adjetivo y ejecutivo), se impone tomar en serio por los operadores jurídicos la necesidad de mejorar el sistema para evitar la preservación de su propia perversión que constituya su desmoramiento. En este escenario se propone al Garantismo penal entendido como una tendencia que conforma el derecho penal adjetivo mínimo, por el cual el respeto a las garantías se convierte en fuente de legitimación o ilegitimación de los operadores del poder público, según apliquen de manera estricta los parámetros establecidos en las garantías penales o eludan su responsabilidad al omitir su eficaz aplicación.

[18] Véase: Gobierno del Estado de Morelos (2006-2012), Juicios orales en Morelos. Reforma Integral del Sistema de Justicia Penal y Seguridad Publica en el Estado de Morelos, México, 2008, p. 5.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

El Garantismo se convierte en un instrumento normativo al servicio de la función jurisdiccional para limitar el *ius puniendi*[19], en un ejercicio de respeto a los derechos humanos de las partes procesales, legitimando políticamente al sistema penal a través del control de la legalidad, constitucionalidad y convencionalidad.

El principal objetivo constituye consolidar la recuperación del nivel de confianza que la sociedad civil mantiene en relación con las instituciones encargadas de la administración de justicia en México.

En un principio se designaba en el proceso acusatorio al órgano jurisdiccional como Juez de Garantías y es precisamente en el desahogo de pruebas en que se aprecia la verdadera autoridad dentro del proceso penal, sin desestimar el valor que en cada etapa se otorgue a la prueba, motivo por el cual consideramos prudente que se regrese a la designación de Juez de Garantías en lugar de Juez de Control, como Juez de Instrucción[20].

Finalmente como conclusión establecemos la necesidad de instaurar un sistema procesal penal que permita la sensibilización de sus operadores jurídicos, en materia de ética judicial y profesional, lo cual permitirá lograr las condiciones legales para su legitimación. Para el cumplimiento de deberes y obligaciones de los responsables y protagonistas que intervienen en la buena marcha de la administración de justicia, hacia una conversión total y convictiva del sistema ético jurídico hacia el medio social.

Fuentes de investigación

Bibliografía

Aguilar López, Miguel Ángel, Presunción de inocencia. Derecho humano en el sistema penal acusatorio, Anaya, México, 2015

[19] Bergalli, Roberto (Coord.), Sistema penal y Problema social, Tirant lo Blanch, España, 2003, pp: 19-29.
[20] Hidalgo Murillo, José Daniel, Juez de control y control de derechos humanos. Control de convencionalidad. Control de constitucionalidad, Flores editor y distribuidor, México, 2013, pp: 86-87.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Bergalli, Roberto (Coord.), Sistema penal y Problema social, Tirant lo Blanch, España, 2003.

Gobierno del Estado de Morelos (2006-2012), Juicios orales en Morelos. Reforma Integral del Sistema de Justicia Penal y Seguridad Publica en el Estado de Morelos, México, 2008

González Rodríguez, Patricia L, La policía de investigaciones en el sistema acusatorio penal, UNAM-IIJ, México, 2013..

González Rodríguez, Patricia y Witker, Jorge (Coords.), Desafíos del sistema penal acusatorio, UNAM-IIJ, México, 2019.

Hidalgo Murillo, José Daniel, Juez de control y control de derechos humanos. Control de convencionalidad. Control de constitucionalidad, Flores editor y distribuidor, México, 2013.

Márquez Gómez, Daniel y Sánchez, Castañeda, Alfredo, Las falsas divergencias de los sistemas inquisitivo y acusatorio. El idealismo alrededor de los juicios orales en México, UNAM,-IIJ, México, 2012.

Mendieta Valdez, Epigmenio, Código Nacional de Procedimientos Penales correlacionado, Edit. Anaya, México, 2019.

Neri, Norma R, Nuevo formulario de procedimientos para el sistema acusatorio adversarial, Interntional Force Instituto Inc., México, 2011

Ortiz Romero, Juan Carlos, Manual del juicio oral (reforma judicial), Oxford, México, 2015.

Ortiz Ruiz, José Alberto, Etapa intermedia y teoría del caso generalidades. Manual práctico de juicios orales en materia penal, Flores editor y distribuidor, México, 2013.

Rodríguez Manzanera, Luis, La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión, Edit. Porrúa, México, 2014.

Rubio Antelis, Lucio Alfonso, Argumentación jurídica y derechos humanos en el proceso penal acusatorio, Flores editor y distribuidor, México, 2015.

Santacruz Fernández, Roberto, et, al., La ejecución de sentencias en el sistema acusatorio, Universidad Autónoma de Puebla, México, 2015.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Suprema Corte de Justicia de la Nación, El sistema penal acusatorio en México: estudio sobre su implementación en el Poder Judicial de la Federación, Poder Judicial de la Federación-Consejo de la Judicatura, México, 2008

Volga de Pina Ravest y Jiménez Padilla, Alejandro, Defensa publica y derechos humanos en el sistema de justicia penal acusatorio, Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia, A.C, México, 2015.

Legisgrafia

Ley Nacional de Ejecución Penal

Webgrafia

https://www.gob.mx/sesnsp/articulos/incidencia-delictiva?idiom=es

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

LA VIOLACIÓN DEL DERECHO HUMANO DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN EL MARCO DE LA PENSIÓN POR VIUDEZ CONFORME AL ARTÍCULO 133 DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL

THE VIOLATION OF THE HUMAN RIGHT TO PROTECT THE FAMILY WITHIN THE FRAMEWORK OF THE PENSION FOR WIDOWHOOD RELATIVE TO ARTICLE 133 OF SOCIAL SECURITY LAW

Eduardo Sotelo González[1]

RESUMEN: el objetivo de este trabajo es el análisis el artículo 133 de la Ley del Seguro Social y su disconformidad con la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos de protección de la familia, igualdad, no discriminación y acceso a la seguridad social toda vez que en dicho cardinal se contempla la extinción del derecho de la viuda o viudo para continuar gozando de la pensión por viudez cuando contraigan matrimonio nuevamente; o bien, al iniciar una relación en concubinato.

Destaca la importancia del presente estudio en virtud de que se establece una condición restrictiva para que el cónyuge supérstite pueda continuar con el goce y beneficio de la pensión atentando en contra de su libre decisión de contraer matrimonio y formar una familia dejando omisa su protección especial de acuerdo con las normas constitucionales y convencionales.

La metodología empleada en la integración del presente artículo de investigación se basa en un proceso deductivo en virtud de la recopilación, análisis y síntesis de la información documental consultada

[1] Licenciado en Contaduría y Derecho con Maestría en Derecho Fiscal y Derecho Constitucional y Amparo.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

con el objeto de desarrollar un enfoque cualitativo del tema planteado. Para ello, sirvieron de apoyo diversas fuentes de información jurídica tales como: libros, leyes, criterios jurisprudenciales, folletos electrónicos y sitios web.

Palabras clave: Pensión por viudez, seguridad social, igualdad, familia, libertad.

ABSTRACT: The objective of this work is the analysis of article 133 of the Social Security Law and its disagreement with the promotion, respect, protection and guarantee of the human rights of protection of the family, equality, non-discrimination and access to social security all Once in said cardinal the extinction of the right of the widow or widower is contemplated to continue enjoying the widow's pension when they get married again; or, when starting a concubine relationship.

The importance of the present study is highlighted by virtue of the fact that a restrictive condition is established so that the surviving spouse can continue with the enjoyment and benefit of the pension, undermining their free decision to marry and form a family, omitting their special protection of in accordance with the constitutional and conventional norms.

The methodology used in the integration of this research article is based on a deductive process by virtue of the collection, analysis and synthesis of the consulted documentary information in order to develop a qualitative approach to the issue raised. For this, various sources of legal information such as: books, laws, jurisprudential criteria, electronic brochures and websites were supported.

Keywords: pension for widowhood, social security, equality, family, freedom.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Sumario: I. *Planteamiento del problema*. II. *Derechos humanos: a) Protección a la familia, b) Igualdad y no discriminación, c) Acceso a la seguridad social.* III. *Marco normativo*. IV. *Análisis situacional*. V. *Conclusiones.* VI. *Fuentes consultadas.*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La elección y desarrollo del presente artículo así como las reflexiones aquí plasmadas tienen como objetivo el análisis de la normatividad vigente contenida en la Ley del Seguro Social. Derivado de lo anterior, es importante advertir que diversos presupuestos jurídicos de la misma han quedado rezagados ya que no ha habido una evolución ni adecuación como consecuencia de la ausencia de labor legislativa del Estado; por lo tanto, esta normatividad se encuentra severamente discordante a nuestra realidad social y jurídica, específicamente en lo relativo a la de tutela de los derechos humanos.

Dentro de las normas y figuras que se ha detectado en ese rezago legislativo desataca la pensión por viudez toda vez que, particularmente el Instituto Mexicano del Seguro Social en su carácter de autoridad, ha incumplido de manera sistemática la obligación consagrada en el párrafo tercero del artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consistente en promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad ocasionando con ello que no se logre la materialización efectiva y expansiva de la protección de los derechos fundamentales.

Para abordar con mayor claridad la problemática detectada, se incorporan los artículos de la Ley del Seguro Social en donde podrá advertirse el rigor en la redacción e interpretación positivista en el caso específico de la pensión por viudez.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

> ***Artículo 130.*** *Tendrá derecho a la pensión de viudez la que fue esposa del asegurado o pensionado por invalidez. A falta de esposa, tendrá derecho a recibir la pensión, la mujer con quien el asegurado o pensionado por invalidez vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte de aquél, o con la que hubiera tenido hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el asegurado o pensionado por invalidez tenía varias concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a recibir la pensión.*
>
> *La misma pensión le corresponderá al viudo o concubinario que dependiera económicamente de la trabajadora asegurada o pensionada por invalidez.*
>
> ***Artículo 131.*** *La pensión de viudez será igual al noventa por ciento de la que hubiera correspondido al asegurado en el caso de invalidez o de la que venía disfrutando el pensionado por este supuesto.*

Del análisis de los numerales anteriores puede advertirse claramente que al fallecer un asegurado o pensionado, su esposa o concubina tiene el derecho a recibir una pensión por viudez mediante el pago de una renta vitalicia siempre que se cumplan las semanas de cotización que la ley establece, esto es: que el asegurado haya reunido al menos cincuenta cotizaciones semanales al momento de fallecer o bien que estuviese gozando de una pensión por invalidez.

Ahora bien, en el caso específico de que la beneficiaria ya se encuentre recibiendo una pensión por viudez, el artículo 133 establece un presupuesto jurídico restrictivo de derechos fundamentales que ocasionaría la pérdida de ese derecho de continuar gozando de dicha prestación económica, tal y como puede apreciarse en lo dispuesto por el citado numeral que a continuación se transcribe:

> ***Artículo 133.*** *El derecho al goce de la pensión de viudez comenzará desde el día del fallecimiento del asegurado o pensionado por invalidez y cesará con la muerte del beneficiario, o cuando la viuda, viudo, concubina o concubinario contrajeran matrimonio o entraran en concubinato. El disfrute de esta pensión no se suspenderá porque aquéllos desempeñen un trabajo remunerado.*

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Al respecto, esta norma jurídica que prevé cesar el beneficio de continuar gozando de la pensión por viudez por contraer matrimonio o unirse en concubinato, se estima violatoria de los derechos humanos de igualdad, seguridad social y atenta en contra del bienestar de la familia; ciertamente porque, una de las finalidades de dicha pensión es garantizar, aunque sea parcialmente, la subsistencia de los beneficiarios del trabajador después del fallecimiento de éste.

II. DERECHOS HUMANOS

Los derechos fundamentales que se consideran violentados a partir de la problemática expresada en líneas anteriores se definen y analizan conforme a la literalidad siguiente:

a) Derecho humano de protección de la familia

El derecho humano de protección de la familia tiene su origen en los llamados derechos de libertad de las personas en los que destaca el derecho a fundar una familia y decidir, en su caso, el número y espaciamiento de los hijos. Asimismo, en su carácter de interdependencia e interrelación que tienen los derechos humanos se advierte una relación muy estrecha con el estado civil de las personas en lo relativo al derecho humano de libertad de decisión para contraer matrimonio.

Así pues, dentro de los llamados derechos de segunda generación encontramos de manera específica este derecho de protección de la familia el cual se considera un derecho intocable; es decir, en la normatividad diversa que expida el Estado en ningún momento y bajo ninguna circunstancia podrá afectar el derecho humano que ahora nos ocupa. Lo anterior es conocido como coto vedado.

La legislación mexicana y los tratados internacionales reconocen el derecho de las familias a recibir protección y asistencia del Estado, en especial si se encuentran en condiciones de vulnerabilidad que les impidan satisfacer

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

adecuadamente las necesidades de subsistencia, socialización, educación, afecto y desarrollo de sus integrantes.[2]

La vigilancia del derecho humano de protección a la familia puede acontecer a partir de los siguientes rubros, considerándose de manera enunciativa más no limitativa:

- ✓ Falta de pago de alimentos.
- ✓ Violencia familiar (incluidas las violaciones a los derechos de las niñas, niños y adolescentes).
- ✓ Guarda y custodia.
- ✓ Regímenes de convivencia con los hijos.
- ✓ Omisión o negativa del registro de nacimiento del menor.
- ✓ Reconocimiento de paternidad y/o maternidad.
- ✓ Disolución del vínculo matrimonial.
- ✓ Sucesiones y herencias
- ✓ Pensiones de seguridad social

Conforme a los rubros anteriores y para el objeto de análisis del presente artículo se identifica el rubro correspondiente a la violación del derecho humano de protección de la familia en el contexto de las pensiones de seguridad social.

b) Derecho humano de igualdad y no discriminación

Todas las personas tienen derecho a gozar y disfrutar de la misma manera los derechos reconocidos por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes. Se prohíbe toda exclusión o trato diferenciado motivado por razones del origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. De igual manera, queda prohibida toda

[2] "Las familias y su protección jurídica" en https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Ninez_familia/Maternal/trip-familias-juridicas.pdf, Comisión Nacional de Derechos Humanos, consultado el 09 de noviembre del 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

práctica de exclusión que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos humanos consagrados en nuestro orden jurídico.[3]

La discriminación es una práctica cotidiana que consiste en dar un trato desfavorable o de desprecio inmerecido a determinada persona o grupo, que a veces no percibimos, pero que en algún momento se genera o se recibe. Hay grupos humanos que cotidianamente son víctimas de la discriminación por alguna de sus características físicas o por su forma de vida. El origen étnico o nacional, el sexo, la edad, la discapacidad, la condición social o económica, la condición de salud, el embarazo, la lengua, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil y otras diferencias pueden ser motivo de distinción, exclusión o restricción de derechos.[4]

En atención a lo anterior es importante determinar que existirá discriminación en términos jurídicos cuando haya una conducta que evidencie distinción, exclusión o restricción, con motivo de alguna característica propia de la persona que tenga como consecuencia anular o impedir el ejercicio de un derecho. Para el caso que nos ocupa en el presente artículo, la restricción o impedimento del derecho de seguir gozando del derecho a la pensión por viudez cuando la viuda contraiga matrimonio o entre en concubinato ubica a dichos sujetos en un contexto de discriminación.

c) Derecho humano de acceso a la seguridad social

Otro derecho humano que amerita especial atención es el derecho humano de acceso a la seguridad social. Este derecho humano se considera de segunda generación dado que el objeto de este derecho fundamental no es la protección de la persona en lo individual sino a un grupo específico de personas. Esencialmente este derecho humano o garantía social fue consagrado en nuestro derecho interno en la Constitución Federal de 1917.

[3] "¿Cuáles son los derechos humanos?" en https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos /cuales-son-los-derechos-humanos, consultado el 09 de noviembre del 2020.
[4] "¿Qué es la discriminación?" en http://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=pagina&id=84&id_opcion=142&op=142, consultado el 09 de noviembre del 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Con el objeto de conceptualizar empezaremos diciendo que…"la seguridad social puede entenderse como las medidas que establece el Estado para garantizar a cada persona su derecho a un ingreso digno y apropiada protección para salud, a la seguridad social deben contribuir, patrones, obreros y el Estado."[5]

Asimismo, se procede a definir el derecho humano de acceso a la seguridad social conforme a la siguiente literalidad… "este derecho implica que el Estado debe realizar las acciones pertinentes para proporcionar servicios médicos, protección económica por enfermedad, maternidad, accidente de trabajo, desempleo, invalidez o vejez; por ejemplo, cuando una persona sufre un accidente en el trabajo o es despedida de éste, debe recibir un apoyo económico que le permita solventar sus necesidades; en el caso de las personas adultas mayores, a recibir la protección del Estado a través de lo que comúnmente se denomina pensión."[6]

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el derecho humano a la seguridad social comprende:

> *(...) la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia.*[7]

Con lo anterior se puede identificar de manera clara el contenido y alcance del derecho humano a la seguridad social.

III. MARCO NORMATIVO

En el presente capítulo se analizan las normas jurídicas relativas a los derechos humanos de protección de la familia, de igualdad y no discriminación y de

[5] Ruíz Moreno, Ángel Guillermo, Nuevo derecho de la seguridad social, 14 ed. México, Porrúa, 2015, pp. 36-39.
[6] *Ibídem.*
[7] Organización Internacional del Trabajo, Hechos Concretos sobre la Seguridad Social, Suiza, Ginebra, OIT, 2003. p. 1.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

acceso a la seguridad contenidas tanto en la Constitución Políticas de los Estados Unidos Mexicanos como en los tratados internacionales con la finalidad de identificar la tutela proveniente de fuente nacional e internacional contemplada en el bloque de constitucionalidad de nuestro sistema jurídico.

Tratados Internacionales

Las normas jurídicas provenientes de fuente internacional consagradas en los tratados internacionales establecen a través de sus diversas disposiciones normativas el alcance y la protección de los derechos fundamentales y permite hacer expansiva la tutela de nuestro derecho interno a través de los siguientes dispositivos legales.

a) Declaración Universal sobre Derechos Humanos

Los dispositivos normativos de la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos en los que se consagran los derechos fundamentales de protección de la familia, igualdad jurídica, a no ser discriminado y de acceso a la seguridad social son los siguientes:

> ***Artículo 2.*** *Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.*

Del análisis de este numeral se advierte el principio de universalidad de los derechos humanos sin que sea válido invocar alguna categoría o distinción que demerite el goce de los derechos y libertades consagradas en estas normas jurídicas.

> ***Artículo 7.*** *Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual*

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

En esta hipótesis normativa se consagra la igualdad jurídica de las personas quedando protegidas de cualquier acto discriminatorio.

Artículo 16. *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.*
La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Para el objeto del desarrollo de la presente investigación jurídica se destaca este derecho humano a contraer matrimonio y a disfrutar de los derechos durante y también en el caso de disolución del vínculo matrimonial. De igual manera se hace especial énfasis en la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad.

Artículo 22. *Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.*

Es también de gran relevancia lo dispuesto en esta norma jurídica debido a que se consagra el derecho humano a la seguridad social de las personas que representa el objetivo fundamental de desarrollo del presente trabajo de investigación jurídica.

Artículo 25. *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 y otros*

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Este artículo 25 es conteste con el numeral anterior en virtud de que se dispone claramente que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para alcanzar el bienestar individual y familiar siendo éste el objeto de las pensiones como se ha expresado en líneas anteriores. Desde luego que a través del contenido de los artículos anteriores queda claro el reconocimiento y la protección que se otorga a estos derechos fundamentales.

b) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales han pasado por un largo proceso que aún no culmina, para alcanzar su plena consagración, así como de los mecanismos para lograr su eficacia. Estos derechos representan la satisfacción de necesidades básicas de las personas, y comprenden distintos derechos humanos: los derechos a un nivel de vida adecuado, a la alimentación, a la salud, al agua, al saneamiento, al trabajo, a la seguridad social, a una vivienda adecuada, a la educación, a la cultura, así como al medio ambiente sano.[8]

En el pacto internacional que ahora nos ocupa, se expresa literalmente lo siguiente en lo concerniente al derecho de protección de la familia:

Artículo 9. *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.*

En este numeral se destaca el derecho a de acceso a la seguridad social confirmándose su categoría de derecho fundamental tanto en el orden interno como en el derecho internacional.

Artículo 10. *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:*

[8] "Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales" https://www.cndh.org.mx/programa /39/derechos-economicos-sociales-culturales-y-ambientales, consultado el 09 de noviembre 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

> *Se debe conceder a la familia, que es elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.*

En la literalidad del presente artículo se confirma que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad razón por la cual debe ser tutelada por el órgano estatal en virtud de la obligación derivada de los derechos fundamentales que ahora se analizan.

> ***Artículo 11.*** *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.*

Conforme a lo anterior, es fundamental la tutela al derecho humano de acceso pleno a la seguridad social a través de este ordenamiento jurídico internacional. Asimismo, se afirma que toda persona debe tener acceso a la seguridad social así como la tutela que se otorga a la familia.

c) Convención Americana sobre Derechos Humanos

En nuestro ámbito regional, los países integrantes de la Organización de Estados Americanos han acordado tutelar los derechos humanos ahora estudiados dentro de los dispositivos normativos siguientes:

> ***Artículo 17. Protección a la Familia***
>
> ***1.*** *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.*

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Derivado del numeral en turno se confirma la obligación del Estado en lo referente a la protección de la familia ya que representa el elemento natural y fundamental de la sociedad.

> **2.** *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 que éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención.*
>
> **3.** *El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.*

Gran importancia adquiere lo consagrado en estos numerales ya que es un auténtico derecho del hombre y la mujer el contraer matrimonio, vigilando el órgano estatal que en ningún momento se atente en contra del principio a no ser discriminado, como ahora se advierte en el análisis del artículo 133 de la Ley del Seguro Social.

> ***Artículo 24. Igualdad ante la Ley***
> *Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.*

Una vez establecido lo anterior se insiste en el reconocimiento y la protección que estas normas internacionales otorgan a los derechos humanos, lo cual ha permitido el avance social y jurídico de los mismos como cualidades inherentes a las personas.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

En lo que respecta a nuestro derecho interno, con motivo de la reforma constitucional del diez de junio del dos mil once se dio reconocimiento a los derechos humanos que corresponden a nuestro estudio, dentro de los numerales que a continuación se transcriben.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

a) Artículo 1° derecho humano de igualdad y a no ser discriminado

> ***Artículo 1o.*** *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*
> *Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*
> *Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.*
> *Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.*
> *Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.*

A partir de la lectura del numeral antes transcrito, el principio de igualdad se materializa a través de diversos enfoques que contribuyen a su adecuada consideración desde el punto de vista constitucional. Uno de estos enfoques es el que se refiere a la prohibición de discriminar con base en ciertos factores o categorías mediante las que se realizan distinciones entre las personas, como establece nuestro texto fundamental al incluir una clausula de prohibición de discriminar, que es una de las formas más extendidas de expresar los contenidos de igualdad en las constituciones y en los tratados internacionales.[9]

[9] Cossío Díaz, José Ramón, “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada”, México, Tirant lo Blanch, 2017. p. 75.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Conforme a lo anterior, los factores de prohibición de discriminar también se conocen en la doctrina constitucional y en diversos desarrollos jurídicos en sede internacional como categorías protegidas —o bien, categorías sospechosas—. Estas representan parámetros de identificación asociados a ciertas características personales en virtud de las cuales el goce y ejercicio de los derechos humanos puede verse limitado o excluido, ya sea por motivos históricos de discriminación, y por la prevalencia de ideas y concepciones estereotipadas en el plano político o social de una comunidad.[10]

b) Artículo 4° derecho humano de protección de la familia

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

En el artículo ahora invocado se advierte la protección de la familia como obligación estatal elevada a rango constitucional procurando el desarrollo de aquella en su carácter de elemento fundamental de la sociedad.

c) Artículo 123 fracción XXIX derecho humano de acceso a la seguridad social

> ***Artículo 123…***
> ***XXIX.*** *Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares.*

Como referencia final tenemos que la Ley del Seguro Social en vigor establece en su artículo 2° que *la seguridad social tiene por finalidad garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el*

[10] *Ibídem.*

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

otorgamiento de una pensión que, en su caso y previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado.

IV. ANÁLISIS SITUACIONAL

Identificación de la violación al derecho humano de protección a la familia

La restricción contenida en el artículo 133 de la Ley del Seguro Social dirigida al cónyuge supérstite para que pueda continuar con el goce y beneficio de la pensión siempre que no contraiga matrimonio o entre en concubinato es un claro atentado en contra de la libertad jurídica de la persona ya que, la decisión de constituir y formar una familia es exclusivo de la libertad de decidir del individuo.

En esta tesitura es importante resaltar que, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1° de la Constitución Federal se contemplan los diversos factores en virtud de los cuales queda prohibida toda discriminación por las denominadas categorías sospechosas ahí consagradas y, en particular para el caso que nos ocupa, en lo relativo al estado civil de las personas.

Así pues, al establecerse en el artículo 133 de la Ley del Seguro Social una condición de diferenciación contraria a la Constitución y a los tratados internacionales se configura una presunción de inconstitucionalidad de dicha norma jurídica en virtud de que, se contempla que la pensión por viudez cesará para la viuda o viudo que decida contraer matrimonio o entrar en concubinato. Derivado de lo anterior esta hipótesis normativa contrasta con los parámetros del derecho humano de igualdad ocasionando una forma de trato discriminatorio hacia el o la cónyuge supérstite.

Asimismo, el dispositivo legal que ahora se reprocha violenta el derecho humano de acceso a la seguridad social y el principio de previsión social tal y como se consagra en el artículo 123 fracción XXIX de la Constitución Federal, porque restringe el derecho a recibir la pensión por viudez y conforme se ha reiterado en líneas previas… *las pensiones consagradas en el esquema de la seguridad social*

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

tratan de proteger a los familiares de la contingencia originada por la muerte del jefe de la misma a consecuencia de una enfermedad general, así como contra las consecuencias que tal suceso trae aparejadas.[11]

Una vez expuesto lo anterior… *el hecho de restringirle la pensión por viudez al cónyuge supérstite, pretextando el vedarle a la viuda su deseo de formar otra familia al contraer matrimonio o bien, unirse en concubinato, atenta contra la institución de la familia, y la protección especial que, constitucionalmente, se le reconoce como elemento natural y fundamental de nuestra sociedad.*[12]

La labor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha efectuado diversos pronunciamientos como consecuencia del estado actual de la normatividad contenida en la Ley del Seguro Social, tal y como ya se mencionó en el planteamiento de la problemática analizada en el presente artículo, la mayor parte de sus presupuestos jurídicos han quedado severamente rezagados como consecuencia de que no ha habido una evolución ni adecuación legislativa en muchos años; por lo tanto, dicha normatividad se encuentra severamente discordante a nuestra realidad social y jurídica, específicamente en lo relativo a la de tutela de los derechos humanos.

El criterio más cercano resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto al tema analizado en el presente artículo lo encontramos en la siguiente resolución pronunciada por la Segunda Sala, en virtud de la cual se avocó al análisis del Reglamento de Pensión *Post-Mortem* Tipo “D” del Contrato Colectivo de Trabajo de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios, sin que se haya hecho referencia en ningún momento al artículo 133 de la Ley del Seguro Social.

LA NORMA QUE PREVÉ CESAR LA OBLIGACIÓN DE OTORGAR LA PENSIÓN POST-MORTEM VITALICIA A LA VIUDA O

[11] Cázares García, Gustavo, Derecho de la Seguridad Social, Ed. Porrúa, México 2007, p.403.
[12] SCJN, https://www.supremacorte.gob.mx/sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados, consultado el 10 de noviembre 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

CONCUBINA POR CONTRAER MATRIMONIO O UNIRSE EN CONCUBINATO, VIOLA LAS GARANTÍAS DE IGUALDAD Y SEGURIDAD SOCIAL.[13]

Asunto: Amparo Directo en Revisión 5081/2017
Ministra Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos

La Segunda Sala determinó que el artículo 12, inciso b), del Reglamento de Pensión Post-Mortem Tipo "D", contenido en el Anexo 14, del Contrato Colectivo de Trabajo de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios, transgrede las garantías de igualdad y de seguridad social, dado que si la pensión de viudez se actualiza con la muerte del trabajador o del pensionado y es un derecho del cónyuge supérstite, entonces no debe ser motivo para no otorgarla el hecho de contraer nuevas nupcias.

La Sala sostuvo que, de acuerdo con las consideraciones señaladas en el amparo en revisión 1018/2015, es incorrecto que se restrinja el derecho de recibir una pensión y el de contar con una familia por contraer nuevamente matrimonio, en atención a que dicha situación puede calificarse como una forma de discriminación que se basa en el estado civil de las personas, pues uno y otro supuesto tienen orígenes diferentes, ya que el de la pensión de viudez surge por la muerte del trabajador o trabajadora, naciendo una protección hacia su beneficiario (a) por los años de servicio que prestó, mientras que el segundo, implica otro derecho elevado a nivel constitucional como lo es el de formar una familia, una decisión meramente personal e individual del cónyuge supérstite.

Asimismo, se indicó que el hecho de restringirle la pensión por viudez al cónyuge supérstite, pretextando el vedarle a la viuda su deseo de formar otra familia al contraer matrimonio o bien, unirse en concubinato, atenta contra la institución de la familia, y la protección especial que, constitucionalmente, se le reconoce como elemento natural y fundamental de nuestra sociedad.

Finalmente, la Segunda Sala señaló que el precepto impugnado contraviene la garantía de seguridad social y el principio de previsión social, porque restringe el derecho a percibir la pensión por viudez que tiende a proteger la seguridad y el bienestar de la familia, mejorando su nivel de vida ante el riesgo de la muerte del trabajador pensionado, siendo que esta pensión no es una concesión gratuita o generosa, sino que constituye un seguro que se activa con la muerte del trabajador pensionado, y deriva directamente de las aportaciones que éste haya hecho por determinado número de años de trabajo productivo, además de que una de las finalidades de tales aportaciones es garantizar,

[13] SCJN, https://www.supremacorte.gob.mx/sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados, consultado el 10 de noviembre 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

aunque sea en parte, la subsistencia de los beneficiarios del trabajador después de su fallecimiento.

En este criterio la Segunda Sala resuelve que la restricción impuesta en el reglamento de pensión de Pemex violenta los derechos humanos de protección a la familia, de acceso a la seguridad social, el principio de previsión social, el derecho humano de igualdad y a no ser discriminado; por lo que, a partir de un ejercicio reflexivo de analogía, congruencia jurídica y bajo el principio de derecho de donde impera la misma razón debe aplicar la misma disposición, es dable considerar que el artículo 133 de la Ley del Seguro Social afecta los mismos derechos humanos que en este caso ha expresado la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

V. CONCLUSIONES

Primera: La familia es una organización sumamente dinámica. Los constantes cambios económicos, políticos, sociales, culturales y jurídicos han transformado la esencia de esta organización que ha sido considerada como elemento natural y fundamental de nuestra sociedad. La ciencia jurídica tiene la función de reconocer las diversas formas a través de las cuales se manifiesta la familia. La familia es un objeto de tutela constitucional tal y como lo podemos advertir en el artículo 4° de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dentro del Título I De los derechos humanos y sus garantías.

Segunda: La normatividad contenida en los tratados internacionales tiene por objeto la tutela de los derechos humanos. Conforme a estas disposiciones normativas toda persona tiene derecho a gozar de todos y cada uno de los derechos y libertades proclamados en ellos sin distinción alguna. Los derechos fundamentales que convergen en este trabajo de investigación son el derecho humano de protección de la familia, el acceso a la seguridad social, el derecho de igualdad jurídica y el derecho a no ser discriminado.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

El artículo 133 de la Ley del Seguro Social se encuentra severamente disconforme en lo referente a la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos. Lo anterior, en virtud de que en dicho numeral se establece la restricción multicitada para que el cónyuge supérstite pueda continuar con el goce y beneficio de la pensión atentando en contra de la libre decisión de constituir y formar una familia.

Tercera: La restricción contenida en el artículo 133 de la Ley del Seguro Social dirigida al cónyuge supérstite para que pueda continuar con el goce y beneficio de la pensión siempre que no contraiga matrimonio o entre en concubinato, es un claro atentado en contra de la libertad jurídica de la persona derivado de que la decisión de constituir y formar una familia es exclusivo del libre decidir del individuo.

Al establecerse en el artículo 133 de la Ley del Seguro Social una condición de diferenciación contraria a la Constitución y a los tratados internacionales da lugar a una presunción de inconstitucionalidad de dicha norma jurídica toda vez que, se impone que la pensión por viudez cesará para la viuda o viudo que ejerza su libertad jurídica de contraer matrimonio o entrar en concubinato y, por consiguiente, de formar una familia.

Cuarta: Para los fines del presente trabajo de investigación ha quedado demostrado que la extinción del derecho para continuar gozando de una pensión por viudez como consecuencia del ejercicio de la libertad jurídica al contraer matrimonio o entrar en concubinato y, por ende, de formar una familia, ocasiona una afectación a los derechos humanos de protección a la familia, igualdad jurídica, a no ser discriminado y de acceso a la seguridad social. Lo anterior es así dado que dicho dispositivo legal impone una condición de diferenciación contraria a la Constitución y a los tratados internacionales dando lugar a una presunción de inconstitucionalidad y de inconvencionalidad de dicha norma jurídica.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

VI. FUENTES DE CONSULTA

Bibliografía

Cázares García, Gustavo, Derecho de la Seguridad Social, Ed. Porrúa, México 2007, p.403.

Cossío Díaz, José Ramón, "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada", México, Tirant lo Blanch, 2017.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano, 7ª ed. México, Porrúa, 1994.

Organización Internacional del Trabajo, Hechos Concretos sobre la Seguridad Social, Suiza, Ginebra, OIT. 2003.

Ruíz Moreno, Ángel Guillermo, Nuevo derecho de la seguridad social, 14 ed. México, Porrúa, 2015.

Legislación

Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley del Seguro Social.

Otras fuentes

"Las familias y su protección jurídica" en https://www.cndh.org.mx/sites /default/files/doc/Programas/Ninez_familia/Maternal/trip-familias-juridicas .pdf. Comisión Nacional de Derechos Humanos. Consultado el 09 de noviembre del 2020.

"¿Cuáles son los derechos humanos?" en https://www.cndh.org.mx /derechos-humanos/cuales-son-los-derechos-humanos. Consultado el 09 de noviembre del 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

"¿Qué es la discriminación?" en http://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=pagina&id=84&id_opcion=142&op=142. Consultado el 09 de noviembre del 2020.

"Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales". https://www.cndh.org.mx/programa/39/derechos-economicos-sociales-culturales-y-ambientales. Consultado el 09 de noviembre del 2020.

https://www.supremacorte.gob.mx/sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados. Consultado el 10 de noviembre del 2020.

https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=2015976&Tipo =1. Consultado el 10 de noviembre de 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: UN ASUNTO DE DERECHOS HUMANOS

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION MECHANISMS: A HUMAN RIGHTS ISSUE

Rosa Maria Aquino Roblero[1]

RESUMEN: Ante la relativamente reciente implementación a nivel nacional de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (MASC), como un medio diferente para llegar a resolver las disputas legales, es necesario interpretar estas herramientas como un instrumento de protección de los Derechos Humanos. Haciendo una revisión de distintas legislaciones a nivel nacional e internacional y usando una metodología observacional descriptiva, podemos afirmar que hoy en día, hablar de MASC implica hablar de Derechos Humanos.

Palabras claves: Mediación, Solución de controversias, Derechos Humanos, Justicia Alternativa.

ABSTRACT: Given the relatively recent implementation at the national level of Alternative Dispute Resolution Mechanisms, as a different mean to solve legal disputes, it´s necessary to interpret these tools as an instrument for the protection of Human Rights. Making a review of different laws at the national and international level, using descriptive observational methodology, we can affirm that today, talking about

[1] Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UAEM y Jueza Primero Civil en Materia Familiar y de Sucesiones de Primera Instancia del Cuarto Distrito Judicial del Estado de Morelos.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Alternative Dispute Resolution Mechanisms implies talking about Human Rights.

Keywords: Mediation, Dispute Resolution, Human Rights, Alternative Justice.

Sumario: I. *Introducción.* II. *Legislación en materia de solución de conflictos.* III. *Métodos Alternativos para la Solución de Conflictos y Derechos Humanos*. IV. *Conclusiones.* V. *Fuentes de Investigación.*

I. INTRODUCCIÓN

El acceso a la justicia es un Derecho Humano subjetivo que garantiza a todos los individuos contar con las facilidades para encontrar una forma de afrontar los problemas cotidianos, que requieren de la tutela del Estado para alcanzar una adecuada resolución.

Este se puede analizar como la facultad individual y colectiva de cualquier miembro o comunidad de la sociedad para acudir a las instituciones que administran justicia con el fin de acceder a una defensa digna durante cualquier procedimiento judicial. Dichas instancias deberán garantizar una resolución de los conflictos, basada en los mandatos de imparcialidad, transparencia, objetividad, autonomía, no onerosidad e inmediatez.[2]

En México, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos asegura este derecho, expresado en el articulo 17 mismo que postula:

> **Artículo 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,

[2] Nava González, Wendolin, & Breceda Pérez, Jorge Antonio. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos: un acceso a la justicia consagrado como derecho humano en la Constitución mexicana. Cuestiones constitucionales, 2017.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

> emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales…
>
> …El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño...[3]

De la misma forma, el plano internacional, existen diversos instrumentos que procuran la defensa de este derecho. Tal es el caso de la Declaración de la Reunión de Alto Nivel de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, la cual, a la letra establece:

> Ponemos de relieve el derecho a la igualdad de acceso a la justicia para todos, incluidos los miembros de los grupos vulnerables, y la importancia de la concienciación sobre los derechos jurídicos, y, a este respecto, nos comprometemos 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.[4]

Tradicionalmente, la manera en que los estados han intentado ofrecer a los individuos la capacidad de gozar de este derecho es mediante los procedimientos judiciales, sin embargo, debido a la naturaleza de estos, llegan a ser insuficientes para resguardar los derechos que se encuentran en juego.

Aunque la legislación actual establece que todo individuo tiene derecho a que se le administre justicia de forma pronta, expedita, completa, imparcial, gratuita, transparente, autónoma, independiente y equitativa, sin retrasos indebidos ni formalismos sin sentido; la experiencia nos indica que en la mayoría de los casos esto no es así.

Existen numerosas razones para que esto suceda, sin embargo, para el presente estudio, nos basaremos en tres de relevancia y prevalencia nacional.

[3] Congreso Constituyente., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1917.
[4] Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, ONU, USA, 2012.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Primeramente, los procesos judiciales por lo general son lentos y en algunos casos ineficientes, en la mayor parte del país, la oferta judicial es superada por la demanda, aunado a esto, la propia naturaleza de los litigios y las formalidades procedimentales, implican una inevitable demora en cuestión de tiempo de la resolución definitiva del conflicto por esta vía.

En segundo lugar, la aparente complejidad de las leyes y los supuestos problemas propios de su aplicación, desalienta a las partes en conflicto a hacer valer ante las autoridades correspondientes el cumplimiento efectivo de sus derechos.

Por último, las disputas legales se caracterizan por sus altos costos. A pesar de la existencia de la figura del defensor de oficio, existe cierta desconfianza hacia estos servidores públicos por parte de la ciudadanía, debido a la creencia de que atienden una cantidad excesiva de asuntos, percibiendo un salario muy bajo, situación que influye en la forma en que se desempeñara al momento de proteger sus derechos. Esto trae como consecuencia que se recurra a servicios profesionales particulares, lo cual resulta en el pago de altos honorarios.

Estas razones, evidencian un proceso con varias oportunidades de mejora y por ende un terreno fértil para la implementación de los Métodos Alternativos para la Solución de Conflictos, debido a las ventajas procedimentales que supondría su ejercicio de forma óptima.

Jaime Guasp postula que "*el proceso es meramente un instrumento de que el Estado se sirve, porque cree en su eficacia técnica para obtener determinados fines. Si tal confianza desaparece, es decir, si se estima que estos fines pueden alcanzarse mejor con otros medios, el proceso no tendría razón de existir*".[5]

[5] Guasp, Jaime, Concepto y método de derecho procesal, Civitas, España, 1997, p. 22.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

II. LEGISLACIÓN EN MATERIA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

En 1999, la Asamblea General de las Naciones Unidas promulga la Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz.[6]

Dicho documento establece que la cultura de paz es un conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida basados en distintas acciones entre las que destaca las fracciones a) y d) de su artículo primero, mismos que describen respectivamente "*el respeto a la vida, el fin de la violencia y la promoción y la práctica de la no violencia por medio de la educación, el diálogo y la cooperación" y "el compromiso con el arreglo pacífico de los conflictos".* A su vez, el articulo tercero en sus fracciones a) y d) decretan que el desarrollo pleno de una cultura de paz está integralmente vinculado a "*la promoción del arreglo pacífico de los conflictos, el respeto y el entendimiento mutuos y la cooperación internacional"* así como a *"la posibilidad de que todas las personas a todos los niveles desarrollen aptitudes para el diálogo, la negociación, la formación de consenso y la solución pacífica de controversias".*

México, como estado miembro de la Organización de las Naciones Unidas, estaba obligado a implementar medidas para promover una cultura de paz en el país, por lo que se deduce la necesidad de fomentar la creación de mecanismos que aseguren el arreglo pacifico de conflictos de cualquier índole en el territorio nacional.

La reforma constitucional del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 18 de junio de 2008, mismo que establece en su párrafo cuarto que *"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."*[7]

[6] Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz, ONU, USA, 1999.
[7] Congreso Constituyente., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1917.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Supone el punto de partida para la implementación en el país de los Métodos Alternativos para la Solución de Conflictos (MASC).

Cada uno de los Estado de la Federación ha tomado diferentes medidas para procurar la regulación de una justicia penal alternativa en el marco del artículo 17 constitucional

Actualmente, únicamente 14 constituciones locales retoman lo estipulado en la Carta Magna, siendo estas las de los estados de Chiapas, Coahuila, Colima, Durango, Guanajuato, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Quintana Roo, Tamaulipas y Yucatán.[8]

Por otro lado, el Código Nacional de Procedimientos Penales también contempla la figura de los MASC

> 183. En los asuntos sujetos a procedimiento abreviado se aplicaran las disposiciones de este título…para las salidas alternas y formas de terminación anticipada, la autoridad competente contará con un registro para dar seguimiento al cumplimiento de los acuerdos reparatorios, los procesos de suspensión condicional del proceso y el procedimiento abreviado, dicho registro será consultado por el ministerio público y la autoridad judicial antes de solicitar y conceder respectivamente alguna forma de solución alterna del procedimiento o de terminación anticipada del proceso.[9]

III. MÉTODOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y DERECHOS HUMANOS

Los MASC son la herramienta con la que cuenta el sistema de justicia mexicano para solucionar diferencias entre las partes implicadas en un conflicto judicial, sin la necesidad de recurrir a la legislación procedimental tradicional o contenciosa aplicable.

Estalvillo, en 2004 define a los MASC como *"...una gama de procedimientos que sirven como alternativas a los procedimientos adjudicativos de litigio para la solución de controversias, que, por lo general, aunque no necesariamente*

[8] Buenrostro, Rosalía *et al*., Justicia alternativa y el sistema acusatorio, México, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, 2012.
[9] Código Nacional de Procedimientos Penales, Diario Oficial de la Federación, 2016.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

involucran la intercesión y asistencia de un tercero neutral que ayuda a facilitar dicha solución"[10]

Tienen como objetivo propiciar, a través del diálogo y los acuerdos, la solución de disputas que surjan entre los miembros de la sociedad y cuya forma de arreglo este contemplado por las leyes.

Estos procedimientos, tienen como principios rectores los siguientes:

> I. Voluntariedad: La participación de los Intervinientes deberá ser por propia decisión, libre de toda coacción y no por obligación; II. Información: Deberá informarse a los Intervinientes, de manera clara y completa, sobre los Mecanismos Alternativos, sus consecuencias y alcances; III. Confidencialidad: La información tratada no deberá ser divulgada y no podrá ser utilizada en perjuicio de los Intervinientes dentro del proceso penal, salvo que se trate de un delito que se esté cometiendo o sea inminente su consumación y por el cual peligre la integridad física o la vida de una persona, en cuyo caso, el Facilitador lo comunicará al Ministerio Público para los efectos conducentes; IV. Flexibilidad y simplicidad: Los mecanismos alternativos carecerán de toda forma estricta, propiciarán un entorno que sea idóneo para la manifestación de las propuestas de los Intervinientes para resolver por consenso la controversia; para tal efecto, se evitará establecer formalismos innecesarios y se usará un lenguaje sencillo; V. Imparcialidad: Los Mecanismos Alternativos deberán ser conducidos con objetividad, evitando la emisión de juicios, opiniones, prejuicios, favoritismos, inclinaciones o preferencias que concedan u otorguen ventajas a alguno de los Intervinientes; VI. Equidad: Los Mecanismos Alternativos propiciarán condiciones de equilibrio entre los Intervinientes; VII. Honestidad: Los Intervinientes y el Facilitador deberán conducir su participación durante el mecanismo alternativo con apego a la verdad.[11]

La reforma constitucional al artículo 17, citada anteriormente, coloca a los MASC en un rango de norma constitucional, concediéndole la categoría de Derecho Humano, cuya defensa esta contemplada por los párrafos primero, segundo y tercero de nuestra carta Magna.

> **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

[10] Estalvillo, Fernando, Medios alternativos de solución de controversias, México, Porrúa, 2004, p. 66.
[11] Cámara De Diputados Del H. Congreso De La Unión, Ley Nacional De Mecanismos Alternativos De Solución De Controversias En Materia Penal, Diario Oficial de la Federación, México, 2014.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

> 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.[12]

El hecho de que nuestro pacto federal le otorgue este carácter y sucesiva garantía de protección a los MASC evidencia la importancia que tienen en la legislación judicial actual con el fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los mexicanos, en este caso, el tener acceso a una justicia pronta, expedita y de calidad.

Con relación a esto existen tesis en la materia publicadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por ejemplo:

En primer lugar "Acceso A Los Mecanismos Alternativos De Solución De Controversias, Como Derecho Humano. Goza De La Misma Dignidad Que El Acceso A La Jurisdicción Del Estado." Publicada en el año del 2013 por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito. Esta, reconoce, como derecho humano "*la posibilidad de que los conflictos también se puedan resolver mediante los mecanismos alternativos de solución de controversias, siempre y cuando estén previstos por la ley."*[13]

Por otro lado, la tesis aislada "Justicia Alternativa. Constituye Un Derecho Humano De Rango Constitucional.", publicada en octubre de 2019 por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, establece *"elevar a rango*

[12] Congreso Constituyente., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1917
[13]Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acceso A Los Mecanismos Alternativos De Solución De Controversias, Como Derecho Humano. Goza De La Misma Dignidad Que El Acceso A La Jurisdicción Del Estado, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, 2013, p. 1723.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

constitucional el derecho humano de acceso a los medios alternativos de justicia de naturaleza civil, para que los conflictos se resuelvan de una manera rápida, ágil, pacífica y eficaz, al ser herramientas para revolucionar el sistema tradicional de justicia."[14]

Toda vez que el acceso a la jurisdicción del Estado es considerado un derecho humano, los MASC como la negociación, mediación, arbitraje y conciliación, se encuentran también reconocidos como un derecho humano, del que es obligación del Estado tutelar, y pueden ser practicados a cabalidad cuando sean procedentes y se hallen reconocidos por la legislación vigente

El hecho que la figura de los MASC este contemplada al más alto nivel de la legislación en México y el mundo, nos da una idea respecto a la importancia de estos y la urgencia de, como miembros del Poder Judicial, comprometernos con su implementación de forma integral en todos los niveles de la practica judicial en el estado de Morelos.

IV. CONCLUSIONES

Podríamos concluir afirmando que los medios alternativos de solución de controversias brindarían a todas las partes en un proceso judicial, la oportunidad de acceder a mecanismos que le provean la posibilidad de proteger y satisfacer sus intereses de la mejor manera, cualitativa y cuantitativamente.

A pesar de las deficiencias propias del sistema tradicional, no es una opción ni se espera sustituirlo con los MASC. Mas bien podríamos decir que su objetivo es complementarlo, partiendo del supuesto de que existen algunos tipos de controversias, que, por su naturaleza, dichos mecanismos alternos son idóneos para su resolución y, por lo tanto, representan una alternativa más con la que cuentan los ciudadanos para hacer valer sus derechos.

[14]Suprema Corte de Justicia de la Nación, Justicia Alternativa. Constituye Un Derecho Humano De Rango Constitucional, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, 2019, p. 3517.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Estas facultades los convierten en materia de especial interés en cuestión de la protección a los Derechos Humanos de acceso a la justicia, igualdad ante la ley, audiencia y debido proceso legal, información, petición, seguridad jurídica y derechos de víctimas u ofendidos.

Lo anterior establece una obligación, de parte de todos los actores involucrados en la procuración e impartición de justicia en México, de establecer los medios institucionales para garantizar que los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias formen parte de la vida cotidiana de todos los habitantes del país y de esta manera coadyuvar en la fundamental labor que es el promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos en favor de cada uno de los individuos, consignada por los diferentes tratados internacionales en la materia y por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La implantación de los MASC no ha sido, ni será una tarea sencilla. Existen resistencias desde diversos sectores, por ejemplo, estudios demuestran que, en México, algunos abogados temen perder un ingreso personal si las partes acuden a la conciliación.[15] A diferencia de países como Estados Unidos, donde según un estudio realizado en el 2000, el 93% de los abogados aconsejarían a sus clientes considerar la justicia alternativa[16]

Esta situación demuestra que es necesaria la participación de todos en el proceso, autoridades y particulares, a fin de encontrar soluciones que den una respuesta adecuada a cada disconformidad y que a la larga permitan recuperar la confianza de los ciudadanos en la justicia. Acciones como estas, son las que a la postre, nos llevaran a una verdadera cultura de protección y respeto de los Derechos Humanos, guiándonos a mejorar la calidad de vida en el país, a través de una adecuada administración de justicia.

[15] Concha, Hugo y Caballero, José. Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas. Un estudio institucional sobre la justicia local en México. México: UNAM, 2001, p. 213.
[16] Meyerson, Bruce. Alternative dispute resolution in the United States. Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, 2004, p. 113.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Fuentes de Investigación

Revistas

Carretero, Emiliano. La adecuación de la mediación y los métodos alternos de solución de controversias como instrumentos para la salvaguarda de los derechos. Derechos Humanos México. Centro Nacional de Derechos Humanos, México, 2017, p.41.

Cornelio, Egla. Los Mecanismos Alternativos De Solución De Controversias Como Derecho Humano. BARATARIA. Revista Castellano Manchega de Ciencias Sociales, 2014, pp. 81-95.

Hernández, Christian. *Et. al.* Importancia de los métodos alternativos de solución de controversias en el sistema penal acusatorio mexicano. Ciencia Jurídica, Universidad de Guanajuato, División de Derecho, Política y Gobierno, Departamento de Derecho, 2015.

Meyerson, Bruce. Alternative dispute resolution in the United States. Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, 2004, p. 113.

Nava, Wendolin, & Breceda, Jorge Antonio. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos: un acceso a la justicia consagrado como derecho humano en la Constitución mexicana. Cuestiones constitucionales, 2017.

Ramos, Irma & Herrera, José. El derecho a la solución pacífica de conflictos. Derechos Fundamentales a Debate, Comisión Estatal de Derechos Humanos, Jalisco, 2018, p.47.

Valenzuela, Angelina. Ventajas y Desventajas de la Conciliación en la Resolución de Conflictos – Sobre Reparación del Daño al Medio Ambiente. Revista Internacional Consinter De Direito Publicação Oficial do Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação, 2016.

Vargas, Juan, Problemas de los sistemas alternos de resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial, Anales de Jurisprudencia, 2003, p. 229.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Libros

Estalvillo, Fernando, Medios alternativos de solución de controversias, México, Porrúa, 2004, p. 66.

Gorjón, Francisco y Sánchez, Rafael. Los métodos alternos de solución de controversias como herramientas de paz. Madrid: Dykinson, 2011. p. 29.

Gorjón, Francisco y Steele, José. Métodos alternativos de solución de conflictos. México: Oxford University Press, 2008. P.8.

Guasp, Jaime, Concepto y método de derecho procesal, Civitas, España, 1997, p. 22.

Legislación Internacional

Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, ONU, USA, 2012.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz, ONU, USA, 1999.

Legislación Nacional

Buenrostro, Rosalía *et al.,* Justicia alternativa y el sistema acusatorio, México, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, 2012.

Cámara De Diputados Del H. Congreso De La Unión, Ley Nacional De Mecanismos Alternativos De Solución De Controversias En Materia Penal, Diario Oficial de la Federación, México, 2014.

Cámara De Diputados Del H. Congreso De La Unión, Código Nacional de Procedimientos Penales, Diario Oficial de la Federación, México, 2016.

Congreso Constituyente., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1917.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acceso A Los Mecanismos Alternativos De Solución De Controversias, Como Derecho Humano. Goza De La Misma

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Dignidad Que El Acceso A La Jurisdicción Del Estado, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, 2013, p. 1723.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Justicia Alternativa. Constituye Un Derecho Humano De Rango Constitucional, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, 2019, p. 3517.

Otras fuentes

Concha, Hugo y Caballero, José. Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas. Un estudio institucional sobre la justicia local en México. México: UNAM, 2001, p. 213.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL CÓDIGO FAMILIAR DEL ESTADO

THE PRINCIPLE OF DEMOCRATIC PARTICIPATION OF CHILDREN IN THE STATE FAMILY CODE

Benito González Moreno[1]

RESUMEN: El principio de participación democrática de las niñas, niños y adolescentes en el sistema jurídico morelense, se localiza inmerso en la doctrina de protección irregular, a pesar de que el Congreso Estatal en el considerando del Código Familiar vigente en la Entidad consagra de manera general dicho aforismo. No obstante, no se refleja en el artículo 222 de la Legislación Sustantiva Familiar, donde se debería desprender de manera específica, puesto que representará una gran herramienta en la consolidación de la doctrina de protección integral de la niñez. El objetivo del presente artículo se estudiará si las condiciones que refiere la codificación, son acorde al texto de la Constitución General en materia de la niñez y al aforismo de participación democrática de la niñez, con el propósito de saber que si no es acorde, se proponga de manera prospectiva la armonización del Código con el cuerpo Constitucional y legal. Por consiguiente, se desarrollará el artículo bajo los métodos de análisis-síntesis, inductivo-deductivo, y sistémico. Métodos que resultan necesarios porque se analizan normas del derecho sustantivo, que forzosamente deben descomponerse en sus estructuras para caracterizar el principio, así con su inducción por medios electrónicos, para consolidar teorías bien definidas sobre el principio de participación. El método sistémico permitirá el estudio de la ley con otras normas, para

[1] Maestro en derecho por la división de estudios superiores de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

visualizar el objeto que persigue la presente investigación, esto es, el detallar con precisión el principio de participación democrática de la niñez.

Palabras claves: Niños, derechos de los niños, protección integral, y participación.

ABSTRACT: The principle of democratic participation of children's in the Morelos legal system, is located immersed in the doctrine of irregular protection, despite the fact that the State Congress in the considering of the Family Code in force in the State generally enshrines the aphorism. However, it is not reflected in Article 222 of the Substantive Family Legislation, where it should be specifically stated, since it will represent a great tool in the consolidation of the doctrine of comprehensive protection of children. The objective of this article will be studied if the conditions referred to in the codification are in accordance with the text of the General Constitution in matters of childhood and the aphorism of democratic participation of children, with the purpose of knowing that if it is consistent, is proposed to prospectively harmonizing the code with the Constitutional and legal body. Consequently, the article will be developed under the methods of analysis-synthesis, inductive-deductive, and systemic. Methods that are necessary because substantive law norms are analyzed, which must necessarily be broken down into their structures to characterize the principle, thus with its induction by electronic means, to consolidate well-defined theories on the principle of participation. The systemic method will allow the study of the law with other norms, in order to visualize the object pursued by this research, that is, to detail with precision the principle of democratic participation of children.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

***Keyswords**:* Children, children's rights, integral protection, y participation.

Sumario: I. *Introducción*. II. *Desarrollo*. III. *Conclusiones*. IV. *Fuentes de Consulta.*

I. INTRODUCCIÓN

La evolución del derecho es una constante y los derechos de las niñas, niños y adolescentes no son la excepción. El derecho de la niñez, ha sufrido cambios trascendentales de manera positiva, pues desde la creación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la del 5 de febrero de 1857, o mejor conocida como la de 1917 (en adelante Constitución General), no se reconocía ningún derecho para la niñez, mucho menos los concebía como sujetos de derecho, sin importar, que pertenecían al grupo de mayor vulnerabilidad.

En la presente investigación, se estudiará, en primera instancia el precedente de los menores de edad y de las implicaciones que conllevo el reconocimiento de ser considerados sujetos de derechos y titulares de estos en el ámbito global y nacional. Evoluciones con las que se desprendió el deber humano a cargo del Estado de proteger, resguardar, promover y respetar los derechos de la niñez.

En segundo lugar, se detectará las omisiones e imprecisiones cometidas por el legislador morelense realizadas el 13 de julio de 2006, al aprobar la creación del Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos (de aquí en adelante Código), por cuanto al principio de participación democrática (en adelante PPD) de la niñez.

Para ello, se debe tomar como punto de partida en la materia del PPD de las niñas, niños y adolescentes (de aquí en adelante NNA) con un análisis sistemático, que implique un abordaje interpretativo, sustentable en el principio de interés superior de menores de edad como eje rector, estudiando el contenido de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Morelos que reforma a la del

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

año de 1888 (en adelante Constitución Local), la Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Morelos (de aquí en adelante la ley).

Del estudio interpretativo sistemático, en la materia del PPD de la niñez, permitirá a la investigación el esclarecimiento de los matices de dicho aforismo a saber: a) por cuanto, a las niñas y niños menores de siete años; b) respecto de las niñas y niños de siete años y menores de catorce años; y c) los adolescentes (de catorce años hasta dieciocho años)

Una vez, explicado los diversos matices que tiene el PPD de la niñez, se encaminará el desarrollo de la investigación en la incorporación de la política de reforma en materia de implementación del PPD de la niñez, que será a cargo del Congreso del Estado, puesto que de conformidad en las fracciones XXX y XXXI, del artículo 73 de la Constitución General, no se trata de una reforma procesalista, ya que el PPD de la niñez es un derecho sustantivo y adjetivo.

Claro sin olvidar que, dicho aforismo sea implementado en mencionada reforma, de manera electrónica, esto en razón del confinamiento que se vive en México por el virus del SARS COV-2 y COVID 2019 (de aquí en adelante coronavirus), pues las niñas, niños y adolescentes (en adelante las NNA) pertenecen al grupo de mayor vulnerabilidad.

Con la reforma en materia del PPD de la niñez, se logrará dejar atrás la doctrina de la situación irregular y pasar por completo a la doctrina de protección integral,[2] ya que no solo el Poder Legislativo lograría suprimir la omisión del legislador local, sino que el Poder Judicial del Estado cumpliría a cabalidad con los compromisos internacionales que México suscribió y ratificó con la Convención sobre Derechos del Niño.[3]

[2] González Contró, Mónica, Derechos de los niños y las niñas. Nuestros Derechos, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México (INEHRM)/ UNAM/ IIJUNAM, 2015, pp. 9 y 10.

[3] La Convención sobre Derechos del Niño fue adoptada, libre a refrendo y a ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, en su resolución 44/25, de fecha 20 de noviembre de 1989. Y firmada por México el 21 de septiembre de 1990.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

II. DESARROLLO

II. 1. Antecedentes de la niñez en el mundo y México

El precedente más remoto de estudios de la niñez se sitúa en el siglo XVII, reflejado de agentes pictóricos de niños, que los ilustraban como adultos en miniatura, esto es, con las dimensiones de un niño y ropa de mayores de edad. *Philippe Ariès*,[4] sostiene en su tratado "El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen", que con anterioridad al siglo XVII, por cuestiones de la incapacidad o torpeza no se conocía a la infancia. Por estas razones, la niñez se encontraba inmersa en la doctrina de situación irregular, pues no contaban con un tratamiento especial que necesitan las NNA. Antes del referido siglo se reflejaban muestras evangélicas y obras literarias donde el niño es representado como mini humanos, inherentes a la madre. A finales del siglo XIV y hasta el XVII, los *putti,* eran niños desnudos.

La obra de *Ariès* constituye los esfuerzos primigenios para analizar a la niñez y sus derechos. En consecuencia, es también una de las teorías centrales del presente estudio que circula alrededor de otras doctrinas de mayor importancia. Lo que implica que, el mencionar dicho antecedente lo es para representar el punto de partida que distingue el mundo de los adultos y de la niñez. Como ha quedado patentado con anterioridad del siglo XVII, no se distinguía a las NNA de los adultos y más temprano que tarde se integraba al universo de los mayores de edad, sin tener las herramientas, fuerza y desarrollo cognitivo necesarios.

Para la niñologa Mónica González Contró, refiere que, en el siglo XVIII, "se afirma el sentimiento de infancia y los padres comienzan a delegar la educación de sus hijos en la Iglesia y el Estado. Es también durante esa época que se

[4]Ariès,Philippe "El niño y la vida familiar en el antiguo régimen", recuperado del portal de internet: http://iin.oea.org/Cursos_a_distancia/El_nino_y_la_vida_familiar.pdf, consultado el 13 de noviembre de 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

institucionaliza la educación y se crean escuelas como las concebimos,[5]anterior a la pandemia del coronavirus. Con posterioridad, al siglo XVIII se inicia a brindar el régimen de los derechos de la niñez, partiendo con el derecho a la educación, durante mencionado centenario se instaura la educación a cargo del Estado, con ello se construyen las escuelas como las conocemos hoy en día, siendo esto una de las representaciones más remotas donde se logró concebir al niño como titular del derecho a la educación.

Sin embargo, el progreso en los derechos de la niñez no era suficiente, porque las NNA necesitaban que el Estado los reconociera como titulares de derechos. Lo cual, se logró hasta la celebración de la Convención sobre Derechos de los Niños[6] (en adelante la Convención), donde se conjugaron la necesidad de protección especial y la titularidad de derechos de la niñez frente al Estado. La Convención, constituyó el salto de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral a nivel mundial.

Pero para conquistar la suscripción de la Convención, previamente tuvieron que existir los mecanismos normativos, a saber: a) la declaración de Ginebra del 26 de diciembre de 1924; b) la Asamblea General de la Sociedad de Naciones de 1934; c) la Asamblea General de Naciones Unidas de 1948 (donde aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos); d) la Declaración de Derechos del Niño de 1959; e) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; f) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966; g) el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo de 1973. Sin olvidar, que la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año de 1979, lo proclamó como "Año Internacional del Niño", donde puso en marcha a un grupo de expertos, para crear la Convención.

Convención, que fue suscrita por México el 21 de septiembre de 1990, generando el compromiso del Estado mexicano de abandonar la doctrina de

[5]González Contró, Mónica, *op.cit.*, p. 3.
[6]La Convención sobre Derechos del Niño fue adoptada, libre a refrendo y a ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, en su resolución 44/25, de fecha 20 de noviembre de 1989.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

situación irregular y alcanzar la doctrina de protección integral, mismo que se logró hasta una década posterior a la firma de la Convención. Con el éxito que implicó la reforma y adición del artículo 4° de la Constitución General, que obra en el decreto número 148, del día viernes 07 de abril del año 2000. Para la niñologa González Contró sostiene que las "niñas y niños han permanecido excluidos e invisibilizados en el discurso democrático y de los derechos humanos, como si esto fuera una situación natural e inevitable",[7]lo cual refleja las omisiones del legislador morelense cometió en la confección de la Legislación Sustantiva Familiar en la Entidad.

Una vez, narrado brevemente los antecedentes de la niñez y la conquista de la doctrina de protección integral de las NNA, es oportuno, definir a la niñez y al PPD de la niñez.

II. 2. Marco conceptual de la niñez

Para conceptualizar la palabra niño, el Diccionario de la Real Academia Española (RAE), afirma que dicha acepción proviene de la voz infantil *ninno* que tiene pocos años y poca experiencia,[8] definición que no es clara el origen de la palabra niño. Por su parte la Convención en su artículo 1° define al niño como "todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".[9]

La Convención, refiere que las personas menores de dieciocho años de edad son niños. Sin perjuicio a lo anterior, la Convención deja el derecho a los Estados para indicar el momento en que se alcanza la mayoría de edad. Por lo tanto, al mencionar dicha Convención que el niño es aquel ser humano menor de dieciocho

[7]González Contró, Mónica, "El derecho a la participación de niñas, niños y adolescentes", en Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor, *et. al. (Coord.),* Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Derechos Humanos. T. V., Vol. I, México, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2015, p. 728.
[8]Consultado en el portal de internet: https://dle.rae.es/ni%C3%B1o, recuperado el 13 de noviembre de 2020.
[9]Artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

años y de igual manera destaca que se debe considerar tanto los niños, como las niñas y los adolescentes en la definición de niños.

De igual manera, en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en vigor en México, refleja simetría con la Convención, pese a destacar la categoría de adolescente. Esto se logra ubicar de igual manera en los artículos 4º, 18 y 34 Constitucional, que respectivamente establecen que: los adolescentes, son las personas que no han cumplido los dieciocho años de edad y son mayores de 11 años, lo que los distingue de los niños, ya que pueden ser sujetos del sistema de justicia para adolescentes, esto es, que tienen cierto grado de responsabilidad en la comisión de conductas tipificadas como delitos.[10]

Sin embargo, de que los adolescentes sean reconocidos como tal, no equivale que la Constitución General les excluya de la protección integral de la Convención, así como de otros mecanismos normativos de carácter internacional suscritos y ratificados por México, y del arábigo 4° de la Constitución General. De tal manera, que para el presente artículo se considera a las personas mayores de dieciocho años de edad como adultos y las personas menores dieciocho años de edad, como niños.

De la misma manera, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en vigor y la Ley, sostienen en sus numerales 5° que “Son niñas y niños los menores de doce años y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad”.[11] Así, como la Constitución General indica que son ciudadanos los varones y mujeres que hayan alcanzado los dieciocho años de edad.[12]

Por su parte, el doctor Joel Francisco Jiménez García, sostiene que el concepto doctrinal de derechos de la niñez “es un derecho singular, eminentemente tuitivo, que tiene por objeto la protección integral del ser humano, desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad, para integrarle armónica y plenamente en la

[10]Numeral 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente.
[11]Artículo 5 ° de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en vigencia.
[12]Arábigo 34 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en vigor.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

convivencia social. Es una rama del Derecho que regula la protección integral del menor, para favorecer en la medida de lo posible el mejor desarrollo de la personalidad del mismo y para integrarlo, cuando llegue a su plena capacidad, en las mejores y más favorables condiciones físicas, intelectuales y morales, a la vida normal".[13]

Una vez definido al niño, es preciso conceptualizar el PPD de la niñez en el sistema jurídico morelense.

II. 3. El principio de participación democrática de las niñas, niños y adolescentes en el sistema jurídico morelense.

Para comprender el PPD de la niñez, es importante estudiar el sistema jurídico morelense: a) Constitución General; b) Constitución Local; c) ley; y d) Código.

Análisis que se realiza de la siguiente manera:

Primero. – La Constitución General marca las directrices interpretativas que toda autoridad del Estado debe realizar en asuntos donde se localizan inmiscuidos el derecho de la niñez, en los artículos 1° párrafos primero, segundo y tercero, y 4°, párrafos ocho, nueve y diez, que a la letra rezan lo siguiente:

> 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**

[13]Jiménez García, Joel Francisco, Derechos de los niños, Primera reimpresión, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 4-5.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley…[14]
Artículo 4o.-
(…)
En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del *interés superior de la niñez*, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. **Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.**
Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.
El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.[15].

De una interpretación literal, el Constituyente permanente consagra que en México toda persona (incluida la niñez) gozará de los derechos humanos y garantías para su protección contenidos en la Constitución General y los inmersos en Tratados Internacionales que el Estado haya suscrito y ratificado. Para ello, creo el criterio interpretativo en materia de derechos humanos: *pro persona,* aforismo interpretativo consistente en una regla interpretativa extensiva, que implica que, ante diferentes interpretaciones contenidas en dispositivos normativos, debe elegirse por aquella que conduzca a una mejor y de mayor amplitud tuitiva de los derechos humanos y sus garantías de protección, eliminando con ello cualquier restricción al ejercicio del derecho.[16]

De igual manera, el artículo 1° en su párrafo tercero, impone a toda autoridad la vinculación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y garantías tuitivas, acorde a los principios de: a) universalidad; b) interdependencia; c) indivisibilidad; y d) progresividad. Principios que, en su conjunto consiste en la obligación de toda autoridad en el ámbito de sus funciones cuando conozca de un

[14]Artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente (lo negro es mío).
[15]Artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en vigor (lo negro es mío).
[16]**"PRINCIPIO PRO HOMINE O PRO PERSONA. SI EN UN CASO CONCRETO NO SE ACTUALIZA LA ANTINOMIA DE DOS NORMAS QUE TUTELAN DERECHOS HUMANOS PARA QUE EL JUZGADOR INTERPRETE CUÁL ES LA QUE RESULTA DE MAYOR BENEFICIO PARA LA PERSONA, AQUÉL NO ES EL IDÓNEO PARA RESOLVERLO"**, Tesis II.3o.P. J/3 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 3, febrero de 2014, Tomo III, p. 2019, registro IUS 2005477.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

asunto tiene la vinculación de respetar los derechos humanos y garantías de protección, lo cual puede caracterizarse como el deber humano de la autoridad que le imposibilita entrometerse en el empleo de los derechos o situarlos en riesgo, ya sea por acción u omisión,[17] lo cual se analizará más adelante para saber si el legislador morelense lo realizo en la redacción del numeral 222 del Código.

Por su parte, el arábigo 4° contiene el principio de interés superior de la niñez, mismo que conformidad al contenido de la Constitución General, por un lado, es una vinculación para las autoridades mexicanas de velar y hacer cumplir este principio en todas las decisiones y actuaciones sometidas a su competencia garantizando de manera plena los derechos de la niñez; y por otro lado es un derecho que opera a favor de los menores de edad. Claro ejemplo, de esta clase de derechos son la alimentación, salud, educación y el PPD, que es donde se focaliza la materia de la presente investigación: El garantizar y hacer accesible el PPD de la niñez, máxima en la pandemia del coronavirus, que como puede visualizarse es una garantía y un derecho humano de la niñez que tanto la sociedad, como el Estado deben cumplir con el deber humano de protección.

El máximo órgano jurisdiccional, señala en su tesis Jurisprudencial que al rubro reza "Interés superior del menor. Su concepto", que la expresión de interés superior del niño "implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño".[18]

Para la doctora María Delgadina Valenzuela Reyes, refiere que el principio de interés superior del niño, "es un principio sobre el cual giran todos los derechos considerados por la Constitución mexicana y leyes ordinarias, así como por la CDN

[17]**"DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE RESPETARLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS"**, XXVII.3o. J/23 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 15, febrero de 2015, Tomo III, p. 2257, registro IUS 2008517.
[18]**"INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO.",** Tesis 1a. /J. 25/2012 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XV, diciembre de 2012, t. 1, p. 334, registro IUS 159897.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

(Convención sobre los Derechos del Niño)",[19] la doctora sostiene que el principio interés superior de la niñez, es un aforismo supremo sobre el cual orbitan todos los derechos humanos, de la Constitución en vigencia, Tratados Internaciones y leyes secundarias, esto es, que el centro de toda decisión judicial debe ponderarse al derecho del niño sobre cualquier derecho.

Segundo. – La Constitución Local en su artículo 19, fracción II inciso d) contiene entre otros derechos de las NNA, el PPD, mismo que a la literalidad establece lo siguiente:

> ARTÍCULO *19
> (…)
> II.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho:
> (…)
> d) **A salvaguardarles en todo momento la protección de los Derechos Humanos, que por su condición de personas en desarrollo, son reconocidos por la Constitución General de la República, por los Tratados Internacionales ratificados por el Estado mexicano, por la Constitución del Estado y las leyes que el Congreso del Estado emita**...

El Constituyente permanente local, estatuyó de manera indirecta el PPD de la niñez, en el inciso d) fracción II, del numeral 19, ya que al plasmar que es un derecho de las NNA de que la autoridad salvaguarde en todo momento la protección de los derechos humanos contenidos en la Constitución General, en Tratados Internacionales, la Constitución Local, y leyes locales.

En dicho precepto, se desprende el fundamento Constitucional Local del PPD de la niñez, ya que el legislador morelense dispone que toda autoridad de respetar, resguardar, promover y proteger cualquier derecho humano contenido en Tratados Internacionales suscritos por México. Y toda vez que, el 21 de septiembre de 1990, México suscribió la Convención que en sus artículos 9.2, 12, 13.1 y 14.1 contiene el derecho humano de la niñez de participar en procedimientos jurisdiccionales que afecten su esfera jurídica, disposición que a la letra estipula lo siguiente:

[19]Valenzuela Reyes, María Delgadina, Derechos humanos de niñas, niños y adolescentes ¿Utopía o realidad?, Segunda Edición, México, Editorial Porrúa, 2015, p. 50.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

> Artículo 9
> (…)
> 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, **se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.**
> Artículo 12
> 1. **Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño**, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
> 2. Con tal fin, **se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado**, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.
> Artículo 13.
> 1. **El niño tendrá derecho a la libertad de expresión**; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.
> Artículo 14.
> 1. **Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia** y de religión.

De las anteriores citas, se localiza el derecho humano de los menores de edad, en el cual se desprende: en primer lugar a formarse juicio propio; segundo lugar a expresar su opinión y en tercer lugar a ser escuchado en todo procedimiento que se encuentren inmiscuidos sus derechos, lo cual es acorde a la ley nacional suprema, que en sus artículos 1° y 4° que consagran además de dicho derecho, los principios rectores del interés superior de la niñez y de *pro persona* (ambos pro niñez), por lo cual se debe maximizar el derecho humano de la niñez a ser escuchado en todo procedimiento que se encuentren inmiscuidos sus derechos.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció por reiteración de criterios la Jurisprudencia Tesis: 1a./J. 11/2017 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, en su página 345, que al rubro reza lo siguiente: "**DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU**

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

ESFERA JURÍDICA. REGULACIÓN, CONTENIDO Y NATURALEZA JURÍDICA".[20]

Tercero. - El PPD de las NNA de igual manera se localiza en la Observación General (12/2009), del Comité de Derechos del Niño realizada en Ginebra, Suiza, del 25 de mayo al 12 de julio de 2009, donde el Comité determinó que el derecho de las NNA a ser escuchados y tomados en consideración constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. Asimismo, interpreta que dicho derecho forma parte de los cuatro aforismos conjuntamente con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo, y la consideración primordial del interés superior del niño. Principios que, resultan ser una herramienta para interpretar y hacer respetar los demás derechos de la niñez.

Tal, como lo extendió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al plasmarlo en el siguiente criterio:

> Los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos- menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.[21]

El derecho humano de los menores de edad de participar en procedimientos jurisdiccionales que afecten su esfera jurídica, es visible en los artículos 6° fracción VII, 12 fracción XV, XX y XXI, 65, 66, 67, 68, de la Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Morelos, que establece en materia del PPD de la niñez, lo siguiente:

> Artículo 6. Para efectos de esta Ley, **son principios rectores,** los siguientes:
> (…)
> **VII. La participación;**
> Artículo 12. Para efectos de la presente Ley **son derechos de niñas, niños y adolescentes,** de manera enunciativa más no limitativa, los siguientes:
> (…)

[20]Tesis: 1a./J. 11/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 40, marzo de 2017, Tomo I, p. 345, registro IUS 2013781.
[21]Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie a no.17, párr. 54.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

XV. Derecho de participación;
(…)
XX. Derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, **incluido el de banda ancha e Internet**, en términos de lo previsto en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.
XXI. Así como cualquier otro derecho humano reconocido en los tratados internacionales, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en cualquier otro ordenamiento jurídico vigente.
Las autoridades estatales y municipales, en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptarán las medidas necesarias para garantizar estos derechos a todas las niñas, niños y adolescentes sin discriminación de ningún tipo o condición.
Artículo 65. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser escuchados y tomados en cuenta en los asuntos de su interés, conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez.
Artículo 66. Las autoridades estatales y municipales, en el ámbito de sus respectivas competencias, están obligados a disponer e implementar los mecanismos que garanticen la participación permanente y activa de niñas, niños y adolescentes en las decisiones que se toman en los ámbitos familiar, escolar, social, comunitario **o cualquier otro en el que se desarrollen.**
Artículo 67. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a participar, a ser escuchados y tomados en cuenta en todos los procesos judiciales y de procuración de justicia donde se diriman controversias que les afectan, en los términos señalados en este Capítulo.
Artículo 68. Niñas, niños y adolescentes también tienen derecho a que las diferentes instancias gubernamentales estatales y municipales, les informen de qué manera su opinión ha sido valorada y tomada en cuenta su solicitud.

De las anteriores citas textuales, se refleja perfectamente la armonización del derecho humano de la niñez de ser escuchado en todo procedimiento que se encuentren inmiscuidos sus derechos, contenido en los numerales 9.2, 12, 13.1 y 14.1 de la Convención. Pues el legislador local, conforma al PPD de los menores de edad, como un aforismo y como un derecho que toda autoridad en el ámbito de sus funciones debe proteger.

Detallando además, el derecho de las NNA de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, incluida la banda ancha de internet; derechos que se vuelven relevantes frente al confinamiento en razón por la epidemia generada por

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

el coronavirus.[22]Ya que no se puede restringir indeterminadamente el derecho humano de la niñez de ser escuchado en todo procedimiento que se encuentren inmiscuidos sus derechos, derecho que se encuentra inmerso en el sistema jurídico morelense como el PPD de la niñez.

PPD o derecho humano de la niñez de ser escuchado en todo procedimiento en el que se encuentren inmiscuidos sus derechos, no se refleja en el Código Familiar de la Entidad, ya que el artículo 222 a saber, contiene la siguiente leyenda:

> ARTÍCULO 222.- **CUIDADO DE LOS MENORES DE SIETE AÑOS. Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre**. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

De la cita textual, no se desprende que el legislador morelense, haya consagrado en referida disposición legal el PPD de la niñez, como tampoco el derecho humano de la niñez de ser escuchado en todo procedimiento que se encuentren inmiscuidos sus derechos, lo cual genera omisiones legislativas, que compromete severamente la obligación de respetar, resguardar, promover y proteger los derechos de los menores de edad.

La omisión, legislativa del legislador local, se localiza en dos matices a saber:

a) La realizada el 13 de julio de 2006, cuando confeccionó el Código, en razón de que México había suscrito la Convención (21 de septiembre de 1990) y efectuada la reforma Constitucional en materia de derechos de la niñez (07 de abril del 2000), por lo que, el legislador local se encontraba obligado a respetar el derecho humano de la niñez a ser escuchado en todo procedimiento que se encuentren inmiscuidos sus derechos (contenido en los artículos 9.2, 12, 13.1 y 14.1 de la Convención). La omisión quedó patentada, porque en la parte considerativa[23]se plasmó la

[22]El día 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declara la pandemia a nivel mundial por Covid-19, esto derivado de la evaluación que desprendió una profunda preocupación por los alarmantes niveles de propagación, gravedad e inacción. Consultable en el portal de internet: https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020, recuperado el 14 de noviembre de 2020.

[23]Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos (…) CONSIDERANDO (…) En cuanto a la patria potestad, que comprende la protección integral del incapaz en todos sus aspectos, ésta

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

vinculación del juzgador de tomar en cuenta la opinión de las NNA, pero no lo traslado al numeral 212 del Código;

b) La omisión se duplicó desde del 15 de octubre de 2015 cuando se localiza vigente la ley y con ello el PPD de los menores de edad, hasta la actualidad que no se contempla en la legislación sustantiva familiar el PPD de la niñez, puesto que se debe recordar que dicho aforismo es además de un derecho procesalista, también es un derecho sustantivo, que tiene sus orígenes en la Convención.

De todo lo anterior, para efectos del presente artículo se define al PPD de las NNA como un derecho sustantivo de la niñez de ser escuchado para opinar su decisión ante el juzgador en todo procedimiento que se encuentren inmiscuidos sus derechos. De igual manera, constituye una formalidad esencial del procedimiento a favor de la niñez, para que el juez pueda sustentar su resolución en lo más benéfico de los menores de edad en asuntos sobre: a) designación de guarda custodia y depósito; b) de conservación de patria potestad; y otros inherentes como los c) de alimentos (sea provisional o definitivos); d) de convivencia con los progenitores que no hayan sido privilegiados con la guarda y custodia (provisional o definitiva). Opinión que deberá considerar el juzgador en función de su edad y madurez. Individualizando los adolescentes mayores de trece años de edad, de las NNA menores de catorce años.

II. 4 El principio de participación democrática de las niñas, niños y adolescentes en el sistema jurídico mexiquense

El PPD de la niñez, ya se encuentra legislado en el Estado de México, en los artículos 1, 2, 3, 4, fracciones II y III, 8, fracción I, 9, fracciones II, incisos d) y f), y IV, incisos a) y f) 11, 13, apartado B, 23, párrafo segundo, 38, 39, 40, 41, 42, 48 y 49 de la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes

será ejercida por los padres del menor no emancipado o del mayor incapacitado y a falta o imposibilidad de éstos, por los abuelos paternos o maternos; en este caso**, el juzgador tendrá que tomar en cuenta tanto la circunstancia que más favorezca al menor, como la opinión de éste**. (el énfasis es mío).

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

del Estado de México, y en el numeral 4,228, fracción II del Código Civil del Estado de México, que a la letra reza lo siguiente:

> Artículo 4.228.- 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:
> (…)
> 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 de psicología familiar que oficiosamente habrán de practicárseles**, determinará:
> a).- Los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor;
> b) **Después de oír a los interesados, quien se hará cargo de los mayores de diez años, pero menores de catorce**;
> c).- **Los mayores de catorce años elegirán cual de sus padres deberá hacerse cargo de ellos,** si éstos no eligen el Juez decidirá.

Del precepto transcrito, se encuentra consagrado el PPD de las NNA. El legislador mexiquense, plasmo dos casos para resolver sobre la patria potestad y guarda y custodia: a) de conformidad a la libertad contractual de los progenitores o de quienes recaiga la patria potestad a falta de los progenitores; b) cuando no exista acuerdo de los progenitores, el juez está obligado a realizar de oficio las probanzas periciales en trabajo social y psicología familiar, para que resuelva lo más benéfico de las niñas y niños, así como de los adolescentes de edades de 12 y 13 años. Con la excepción de que, tratándose de adolescentes de edad de 14 años a 17 años, deberá previó a resolver sobre sus derechos agotar y respetar el PPD.

En materia del PPD de la niñez, existe precedente publicado por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, del 11 de diciembre de 2013, donde resuelve el juicio de amparo directo 940/2013, promovido por el progenitor por su propio derecho y en representación de adolescente mayor de 14 años de edad:

> 94. Por tanto, al no haber respetado la sala responsable la decisión de la adolescente, **violó en su perjuicio y del progenitor elegido, lo establecido en el artículo 4º constitucional; los principios que derivan de los artículos 3, 9.2., 12, 13.1 y 14.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; los**

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

principios que derivan de los artículos 1, 2, 3, 11, 13, apartado B, 23, párrafo segundo, 38 a 42, 48 y 49 de la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; los principios que derivan de los artículos 4, fracciones II y III, 8, fracción I, 9, fracciones II, incisos d) y f), y IV, incisos a) y f), de la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y lo establecido por el artículo 4.228, fracción II, inciso c) del Código Civil, estos dos últimos, del Estado de México.[24]

Sentencia que resolvió el amparo directo, generó el criterio de Tesis: II.1o.C.5 C (10a.), que al rubro reza lo siguiente "**GUARDA Y CUSTODIA DE MAYOR DE CATORCE AÑOS. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA DE LOS MENORES EN LA TOMA DE LAS DECISIONES QUE LES AFECTAN, CONTEMPLADO EN LA LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES, INCORPORADO EN LA REGLA ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO C), DEL CÓDIGO CIVIL, AMBOS DEL ESTADO DE MÉXICO**".[25]

III. CONCLUSIONES

A lo largo del presente artículo, se propone la implementación del PPD de las NNA electrónico en el Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, puesto que de una interpretación sistemática efectuada en la investigación queda a la luz la omisión legislativa del Poder Legislativo Estatal, aunado a la situación que se vive hoy en día por el confinamiento del coronavirus. Para lo cual, se idea una reforma y una serie de adiciones al numeral 222 de la Legislación Sustantiva Familiar de la Entidad, reformas y adiciones que debe realizar el Congreso del Estado, pues el derecho de participación democrática de las NNA además de ser

[24]Romero Vázquez, Ricardo (Magistrado Ponente), resolución del juicio de amparo directo 940/2013, 11 de diciembre de 2013, Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito del Poder Judicial de la Federación, pp. 74-75. Recuperado del portal de internet: https://www.dgepj.cjf.gob.mx/internet/expedientes/ExpedienteyTipo.asp, consultado el 14 de noviembre de 2020.

[25]Tesis: II.1o.C.5 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 4, marzo de 2014, Tomo II, p. 1777, registro IUS 2006057.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

un derecho procesalista, es un derecho sustantivo, propuestas de reforma y adiciones a saber:

El principio de participación democrática de las niñas, niños y adolescentes, en el Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos.[26]	
Texto en vigencia.	Propuesta.
ARTÍCULO 222.- CUIDADO DE LOS MENORES DE SIETE AÑOS. Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.	ARTÍCULO 222. - 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 y con base en el resultado de las pruebas periciales en materia de trabajo social y de psicología familiar que oficiosamente habrán de practicárseles, determinará: a). - Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos. b) Después de oír a los interesados, quien se hará cargo de los mayores de seis años, pero menores de catorce; c). - Los mayores de catorce años elegirán cuál de sus padres deberá hacerse cargo de ellos, si éstos no eligen el Juez decidirá. ARTÍCULO 222 Bis. - El principio de participación democrática de la niñez, operara bajo los siguientes criterios: I. el Juzgado no puede limitarlo por cuestión de edad: a. solo es vinculante para el juzgado cuando se practique en adolescentes de catorce años a diecisiete años de edad. Pues con dicho principio en primer lugar se forma juicio propio del adolescente, en segundo lugar, se le permite expresar su

[26]Propuesta realizada con base al análisis efectuado en el presente estudio y criterio de Jurisprudencia **"DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA. LINEAMIENTOS PARA SU EJERCICIO",** Tesis 1a./J. 12/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 40, Marzo de 2017, Tomo I, p. 288, registro IUS 2013952.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

	opinión y, en tercer lugar, se respeta el derecho a ser escuchado; b. deben de ser escuchados las niñas, niños y adolescentes menores de catorce años para que ellos puedan expresar su opinión la cual debe valorar el juez con otros medios probatorios oficios y decidir lo más benéfico para el menor de catorce años. II. para preparar la entrevista en la que será escuchado los menores de edad, se requiere que sean informados en un lenguaje accesible y amigable sobre el procedimiento y su derecho a participar y expresar su opinión, y que se garantice que su participación es voluntaria. III. para el desahogo del derecho humano de la niñez de ser escuchado en todo procedimiento que se encuentren inmiscuidos sus derechos, debe llevarse a cabo en una diligencia seguida en forma de entrevista o conversación de forma electrónica por cualquier clase de medios descubiertos por la ciencia de accesibilidad a los menores de edad, la cual debe cumplir con los siguientes requisitos: a. es conveniente que previamente a la entrevista el juzgador se reúna a través de los medios descubiertos por las nuevas tecnologías con un especialista en temas de niñez, ya sea psiquiatra o psicólogo o niñologo, para aclarar los términos de lo que se pretende conversar con el menor de edad, para que a éste le resulte más sencillo de comprender y continuar la conversación; b. la entrevista debe desarrollarse de manera electrónica, en la medida de lo posible, en un lugar que no represente un ambiente hostil para los intereses del menor de edad, esto es, donde pueda sentirse respetado y seguro para expresar libremente sus opiniones; c. además de estar presentes el juzgador o funcionario que tome la decisión, durante la diligencia deben estar presentes mediante los medios tecnológicos de comunicación a distancia el especialista en temas de niñez que se haya reunido con el juzgador y, siempre que el menor de edad lo solicite o se estime conveniente para proteger su superior interés, una persona de su confianza, siempre que ello no genere un conflicto de intereses, quien además podrá asistir al menor en el empleo de las tecnologías de la comunicación que se utilicen para la entrevista; d. en la medida de lo posible, debe registrarse la declaración o testimonio de las niñas, niños y adolescentes íntegramente, ya sea mediante la transcripción de toda la diligencia o con los medios tecnológicos empleados para el desahogo de la

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

	entrevista con el menor de edad del juzgado o tribunal que permitan el registro del video-audio. IV. Las niñas, niños y adolescentes deben intervenir directamente en las entrevistas por los medios electrónicos, sin que ello implique que no puedan tener representación durante el juicio, la cual recaerá en quienes legalmente estén llamados a ejercerla, salvo que se genere un conflicto de intereses, en cuyo caso debe analizarse la necesidad de nombrar un tutor interino. V. Debe consultarse a los menores de edad sobre la confidencialidad de sus declaraciones, aunque la decisión final sea del juzgador, para evitarles algún conflicto que pueda afectar su salud mental o, en general, su bienestar. VI. Toda acto donde se desahogue el derecho humano de ser escuchado en todo procedimiento que se encuentren inmiscuidos sus derechos debe realizarse en estricto apego a los principios de interés superior de la niñez, *pro persona y pro homine* (pro niñez), por lo que no debe adoptarse alguna determinación que implique perjuicio para los menores de edad, más allá de los efectos normales inherentes a su participación dentro del procedimiento jurisdiccional, exceptuando los casos cuando sea de menores de dieciocho a los y mayores de trece años.

IV FUENTES DE CONSULTA

Bibliografía

CARBONELL, Miguel, FIX-FIERRO, Héctor, *et. al.* (Coord.), Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Derechos Humanos. T. V., Vol. I, México, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2015.

GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, Derechos de los niños y las niñas, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/ Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México-SEP, 2015.

JIMÉNEZ GARCÍA, Joel Francisco, Derechos de los niños, Primera reimpresión, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

VALENZUELA REYES, María Delgadina, Derechos humanos de niñas, niños y adolescentes ¿Utopía o realidad?, Segunda Edición, México, Editorial Porrúa, 2015.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Jurisprudencia

Tesis 1a. /J. 25/2012 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XV, diciembre de 2012, t. 1, p. 334, registro IUS 159897.

Tesis: 1a./J. 11/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 40, marzo de 2017, Tomo I, p. 345, registro IUS 2013781.

Tesis II.3o.P. J/3 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 3, febrero de 2014, Tomo III, p. 2019, registro IUS 2005477.

Tesis XXVII.3o. J/23 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 15, febrero de 2015, Tomo III, p. 2257, registro IUS 2008517.

Tesis: II.1o.C.5 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 4, marzo de 2014, Tomo II, p. 1777, registro IUS 2006057.

Tesis 1a./J. 12/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 40, Marzo de 2017, Tomo I, p. 288, registro IUS 2013952.

Interpretaciones internacionales

Comité de Derechos del Niño, Observación General (12/2009), El derecho del niño a ser escuchado.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002.

Consulta de internet

Ariès, Philippe, “El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen”, Recuperado de http://iin.oea.org/Cursos_a_distancia/El_nino_y_la_vida_familiar.pdf.

Recuperado de https://dle.rae.es/ni%C3%B1o.

Recuperado de https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020.

Romero Vázquez, Ricardo (Magistrado Ponente), resolución del juicio de amparo directo 940/2013, 11 de diciembre de 2013, Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito del Poder Judicial de la Federación, pp. 74-

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

75. Recuperado del portal de internet, Recuperado de https://www.dgepj.cjf.gob.mx/internet/expedientes/ExpedienteyTipo.asp.

Legislación

Constitución y Tratados internacionales.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Morelos que reforma a la del año de 1888.

El Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo de 1973.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

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

La Convención Sobre los Derechos del Niño.

La Declaración de Derechos del Niño.

La Declaración de Ginebra del 26 de diciembre de 1924.

La Declaración Universal de Derechos Humanos.

Ley secundaria.

Código Civil del Estado de México.

Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos.

Ley General de los Derechos de Niñas, niños y Adolescentes en vigencia.

Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Morelos.

Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

LA INCLUSIÓN DE LA NEUROPSICOLOGÍA FORENSE RESPECTO AL ARTÍCULO 410 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

THE INCLUSION OF FORENSIC NEUROPSYCHOLOGY WITH RESPECT TO ARTICLE 410 OF THE CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

José Gerardo Rivera Rodríguez[1]
Oscar Samario Hernández[2]

RESUMEN: La metodología empleada en el presente trabajo, corresponde a una de tipo inductivo, en la que se analizaron los elementos generales ya conocidos, relativos a la Neurociencia, Neuroderecho y de la Neuropsicología; partiendo de el método de Derecho comparado, principalmente con los Estados basados en Derecho consuetudinario. En el Sistema Judicial Mexicano se requiere allegarse de especialistas que cuenten con los conocimientos, para la determinación y tratamiento de inimputables, en el presente artículo se analiza la pertinencia de recurrir a la Neuropsicología Forense y sus expertos, para que, a través de sus distintos métodos y técnicas, permitan conocer a los operadores jurídicos cuando están en presencia de un sujeto inimputable.

Todo análisis que resulte sobre la oportuna relación entre Neurociencia y Derecho, en el marco del nacimiento de una nueva disciplina a la que dicha vinculación a dado lugar, mejor conocida como Neuroderecho,

[1] Rivera Rodríguez, José Gerardo, Lic. en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Autónoma del Estado de Morelos., jose.riveraro@uaem.edu.mx .
[2] Samario Hernández, Oscar, UNAM, Becario del Programa de Becas Posdoctorales en la UNAM, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias, Asesorado por Dra. Serena Eréndira Serrano Oswald. La realización de esta contribución es debido al reconocimiento de apoyo por parte del Programa de Becas Posdoctorales en la UNAM. Maestro en Derecho y Doctor en Derecho y Globalización, grados académicos otorgados por los programas CONACYT PNPC en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos; Docente FDyCS UAEM; actualmente en Estancia Posdoctoral CRIM – UNAM; oscar.samario@crim.unam.mx Candidato al SNI 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

para lo cual, se mencionan los antecedentes más representativos en su configuración, y los alcances que este nuevo vínculo tiene repercusiones en el Sistema Judicial.

Palabras clave: Neurociencia; Neuroderecho; Neuropsicología; Derecho Penal; Inimputabilidad.

ABSTRACT: The methodology used in the present work corresponds to an inductive type, in which the general elements already known, relative to Neuroscience, Neuro-law and Neuropsychology, were analyzed; starting from the comparative law method, mainly with the States based on common law. In the Mexican Judicial System, it is required to gather specialists who have the knowledge, for the determination and treatment of unimpeachable, in this article the relevance of resorting to Forensic Neuropsychology and its experts is analyzed, so that, through its different methods and techniques, allow to know the legal operators when they are in the presence of an unimpeachable subject. Any analysis that results on the timely relationship between Neuroscience and Law, within the framework of the birth of a new discipline to which said link has given rise, better known as Neurolaw, for which, the most representative antecedents in its configuration are mentioned, and the scope that this new link has repercussions on the Judicial System.

Keywords: Neuroscience; Neuroright; Neuropsychology; Criminal law; Unimputability.

Sumario: I. *Introducción.* II. *Concepción práctica del problema.* III. *Justificación.* IV. *Objetivos trazados en el presente artículo.* V. *Marco teórico – conceptual*. VI. *Conclusiones.*

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

I. INTRODUCCIÓN

En el artículo se analiza la pertinencia de incluir, la valoración de la condición neuropsicológica del imputado en el proceso penal, que permita determinar si tiene o no el carácter de inimputable, posterior a lo anterior emitir la valoración respecto del tratamiento médico que deba seguir.

El trabajo es el resultado de un análisis interdisciplinario, centrándose al estudio del Derecho Público, Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal; así como, la inclusión de la Neuropsicología y la Neuropsicología Forense. En su ámbito espacial se delimitará al sistema jurídico vigente en los Estados Unidos Mexicanos, sin dejar de analizar el Derecho Internacional, como lo son algunos instrumentos internacionales relacionados con el tema de estudio.

Por cuanto hace al ámbito temporal, este trabajo se delimitará a partir del año 2010 a la actualidad, atendiendo a que en esta temporalidad han tenido lugar diferentes trabajos de investigación relacionados con la Neuropsicología y la Neuropsicología Forense, así como también, tuvo lugar la implementación del nuevo sistema penal acusatorio, en México.

II. CONCEPCIÓN PRÁCTICA DEL PROBLEMA

Las investigaciones de carácter neurocientífico han generado alcances de comprensión del funcionamiento del cerebro humano, los descubrimientos señalan la estrecha relación entre la conducta y los procesos ocurridos en el sistema nervioso central, principalmente el cerebro humano. Una de las disciplinas especialmente desarrollada de las Neurociencias, es precisamente la Neuropsicología, la cual es definida como “el estudio de las relaciones existentes entre la función cerebral y la conducta humana”,[3] Ciencia que como precisa Feggy

[3] García-López Eric, Ostrosky Feggy, Laveaga Gerardo, Esbec Rodríguez Enrique, “*Relaciones entre la Psicología y el Derecho”,* México, Psicopatología Forense. Derecho, Neurociencias y Sistema de Justicia Penal, México, Wolters-Kluver, página 101, 2016.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Ostrosky "presupone que cualquier tipo de lesión y/o funcionamiento anómalo cerebral altera la conducta de una forma singular",[4] y además, en el campo forense puede ayudar de distintas formas:

> En campo forense puede determinar si el acusado tiene el conocimiento necesario para comprender el carácter ilícito de un hecho delictivo y conducirse en un juicio legal; los posibles factores agravantes y/o atenuantes en un delito; si es capaz de planear y actuar solo, el nivel de peligrosidad y finalmente ayuda a determinar el tratamiento o programa de rehabilitación/readaptación, así como las medidas de seguridad y de prevención que deberán de ser adoptadas para propiciar la salud mental evitando la reincidencia.[5]

Estas aportaciones, repercuten seriamente al campo de la Ciencia Jurídica, específicamente al Derecho Penal, en la determinación de la imputabilidad del sujeto a proceso, determinando elementos adyacentes a su persona como lo son el nivel de peligrosidad, así la Neuropsicología en su ámbito forense, es una de las ciencias más útiles para el Derecho Penal en la comprensión de la conducta humana, determinado la imputabilidad o inimputabilidad del sujeto, como presupuesto de la culpabilidad, con lo que se valora la efectiva imposición de la responsabilidad penal y el tratamiento médico que se deberá imponer al sujeto activo del delito.

No obstante, los beneficios y los resultados que arrojan los estudios respecto de la Neuropsicología, en el ámbito forense y en el plano internacional, en México la aceptación y aplicación de dicha disciplina es prácticamente nula, por la falta de especialistas de Neuropsicólogos forenses que ejercen en México, tal y como lo refiere el Dr. Eric García López:

> No obstante, a pesar de la gran importancia y utilidad que tiene la evaluación neuropsicológica con fines forenses, esta disciplina no ha tenido aún la difusión e implementación necesarias para ser aprovechada por el sistema de Justicia. De hecho, en México, la Procuraduría [Fiscalía] General de la República cuenta con un único acuerdo (el A/057/2003), en el que se establecen las directrices de actuación para casos de posible tortura y/o maltrato, dentro de las que se

[4] *Ibid.* p. 101.
[5] I*bid*. p. 101.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

> menciona el examen neuropsicológico (Procuraduría General de la República, 2003). Además, cabe señalar que en los reportes oficiales sólo existen dos peritos con la especialidad de neuropsicología, quienes forman parte del Poder Judicial de Nayarit (2016) y Yucatán (2017), respectivamente[6].

Otro obstáculo, en la aplicación de la Neuropsicología Forense en el Sistema de Justicia Mexicano, es ocasionado por la preferencia de practicar deficientes evaluaciones a la salud del imputado, como lo son estudios generales poco especializados, tales como dictámenes médicos y psicológicos generales, incapaces de determinar las deficiencias psicobiológicas y cognitivas del sujeto a proceso.

En la práctica diaria, resultan escasos los dictámenes médicos que se emiten sobre la salud del imputado, por lo que si padece alguna alteración en el funcionamiento de su cerebro o algún trastorno mental, no recibirá el tratamiento adecuado, ocasionando su inevitable reincidencia en la conducta delictiva, circunstancia que probablemente esté relacionada con el alto porcentaje de reincidencia delictiva en México, tal y como la ha advertido el Instituto Nacional de Estadística y Geografía al concluir que:

> "…a pesar de la oferta de reinserción social que tienen los establecimientos penitenciarios estatales, el porcentaje por delitos por reincidencia y reingresos pasó del 21% al 25% de 2014 a 2015"[7].

Ahora bien, al no incluirse valoraciones médicas y psicológicas especializadas, aplicadas a sujetos a proceso, esto ocasiona, que las sentencias emitidas por el tribunal de enjuiciamiento adolezcan de una debida motivación y contravengan los principios rectores del proceso penal, como lo son el esclarecimiento de los hechos y la convicción de la culpabilidad del procesado, como requisito imprescindible para que haya lugar a una condena en su contra, principios establecidos en las fracciones I y VIII del artículo 20° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

[6] Monroy Vite Nadja, García-López Eric, *"Neuropsicología forense, una aportación al sistema de justicia en México"*, Revista Criminalidad 59 (3), Bogotá, D.C., Colombia, página 164, 2017.
[7] Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), "*EN NÚMEROS, DOCUMENTOS DE ANÁLISIS Y ESTADÍSTICAS*", volumen 1, número 11, México, página 62, 2017.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

así como también, se vulnera el dispositivo 410° del Código Nacional de Procedimientos Penales, que obliga al tribunal de enjuiciamiento a valorar las condiciones fisiológicas y psicológicas del sentenciado, para determinar su grado de culpabilidad.

Por lo tanto, este artículo plantea la importancia de tomar en consideración los conocimientos de otras disciplinas científicas para el auxilio de la Ciencia Jurídica, como lo es la Neuropsicología y la Neuropsicología Forense, en relación con la determinación de inimputables y su tratamiento.

III. JUSTIFICACIÓN

Considerando la multidisciplinariedad, respecto a las consideraciones sociales, culturales, económicos y los Derecho Humanos que emanan de la dignidad de la persona, que el Estado Mexicano protege; dichos aspectos, permiten que este trabajo de investigación, propone que todo estudio científico contribuya a generar un entorno social más justo, equitativo e igualitario frente al Derecho, de tal forma que el campo científico de las Neurociencias aporte los elementos resultantes que permitirán al Sistema de Impartición de Justicia Mexicano, emplear los conocimientos neurocientíficos, específicamente en la fundamentación y motivación de sus sentencias, tal y como lo refiere el Dr. Eric García López, al citar las investigaciones de Nita A. Farahany:

> (…) los datos que presenta la autora en su artículo sustentan la afirmación sobre la importancia que tienen las neurociencias en el sistema de justicia estadounidense, especialmente en el ámbito penal, por ello puede afirmar que las neurociencias están ya afianzadas en dicho sistema. Al respecto es importante mencionar el incremento sostenido en el uso de evidencias neurobiológicas en ámbitos penales, tal como se aprecia en el gráfico número 2, donde en 2005 se observaron alrededor de 100 argumentos judiciales relacionados con dichas evidencias por año y, ya en 2011, son casi 350. Es decir, la fundamentación y la motivación de las sentencias se están viendo

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

> influenciadas de forma relevante por la información aportada desde las neurociencias[8].

Dichas evidencias y argumentos judiciales no sólo están presentando un crecimiento sostenido en relación con el número de sentencias emitidas relacionadas con los mismos, sino que presentan una mejora en su calidad, tal y como lo afirma el Dr. Eric García López, al citar las investigaciones de Nita. A. Farahany:

> (…) con relación al aumento de los argumentos judiciales que incluyen y analizan las evidencias neurobiológicas, la autora señala: "no sólo han aumentado la cantidad, sino también la calidad de las argumentaciones judiciales que incluyen y analizan evidencia neurobiológica. Las primeras sentencias a menudo analizaban las evidencias neurobiológicas como una parte más en la lista de evidencias científicas. En las sentencias más recientes, los jueces trataron con mayor profundidad las evidencias neurobiológicas, incluyeron citas de la literatura científica y la comparecencia de expertos que testificaron en el caso[9].

De lo anterior, se corrobora la utilidad que están brindado las ciencias que estudian el sistema nervioso del ser humano (Neurociencias), para con el Derecho Penal, ya que, a través de estas, se obtiene valiosa información acerca de la relación entre la conducta desplegada por el sujeto a proceso con las características orgánicas-funcionales presentadas en su sistema nervioso. Conocimientos que deben ser tomados en consideración, al momento de determinar la imputabilidad del presunto responsable.

Ahora, aún y cuando se ha dejado de manifiesto, los beneficios que pueden aportar las Neurociencias al Derecho, en México sólo existe un curso que explora sus relaciones interdisciplinarias, denominado Neuroderecho e impartido por el Dr. Eric García-López,[10] con sede en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, de la

[8] García-López Eric, Ostrosky Feggy, Laveaga Gerardo, Esbec Rodríguez Enrique, "*Relaciones entre la Psicología y el Derecho",* México, Psicopatología Forense. Derecho, Neurociencias y Sistema de Justicia Penal, México, Wolters-Kluver, página 76, 2016.
[9] *Ibid.* p. 77.
[10] INACIPE, consultado en: http://distancia.inacipe.gob.mx/file.php/1/1er_c_2019_temarios/Neuroderecho.pdf

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

misma manera, en México sólo tiene sede un Seminario que trata el tema en cuestión, denominado Seminario Permanente en Neurociencia y Psicopatología Forense, con sede en la Universidad Nacional Autónoma de México, dirigido también por el Dr. Eric García-López, en contraste con otros países, en los cuales ya se ha comenzado a desarrollar un estudio preciso de dichas relaciones entre Neurociencias y Derecho, entre los cuales destacan: [11]

> The MacArthur Foundation Research Network on Law and Neurosciencie, con sede en Nashville, Tn, EEUU; Judicial Seminar on Emerging Issues in Neuroscience (JSEIN) The American Association for the Advancement of Science (AAAS). The DANA Foundation, con sede en Washington, DC, EEUU; Gruter Institute for Law and Behavioral Research, con sede en California, EEUU; Europan Center for Law, Science and New Technologies, con sede en Pavia, Italia; Center for Neuroscience & Society University of Pennsylvania, con sede en Filadelfia, EEUU; Europan Association for Neuroscience and Law, con sede en Pavia, Italia; DI.ME.CE. (Diritto-Mente-Cervello), con sede en Turín, Italia; Massachusetts General Hospital Center for Law, Brain & Behavior, con sede en Boston, EEUU; Swiss Network of Neuroscience, Ethics and Law (SNNEL), con sede en Basilea, Lausana y Zurich, Suiza; Le centrhe d´analyse stretégique. Le cervau et loi: éthique et pratique du neurodroit, con sede en París, Francia; Baylor College of Medicine´s Initiative on Neuroscience and Law, Center for Science & Law, con sede en Houston, TX, EEUU; The Australian Neurolaw Database, con sede en Sydney, Australia; The Stanford Program in Neuroscience and Society (SPINS), con sede en Stanford, California, EEUU; Fordham´s Neuroscience and Law Center con sede en Nueva York, EEUU; The NeuroLaw Project, Faculty of Law, University of Oxford, con sede en Oxford, Inglaterra.

Así las cosas, para combatir este rezago, es de vital importancia poder generar investigaciones que aborden las relaciones entre Neurociencias y la Ciencia Jurídica, tal y como se propone, de forma particular, en la inclusión de la valoración neuropsicológica para la determinación de sujetos inimputables y su tratamiento, con la finalidad de lograr su efectiva reinserción social.

Ahora, se considera pertinente incluir la valoración neuropsicológica del sujeto en el establecimiento de su condición como inimputable, por estimar a la

[11] García-López Eric, Ostrosky Feggy, Laveaga Gerardo, Esbec Rodríguez Enrique, *Relaciones entre la Psicología y el Derecho",* México, Psicopatología Forense. Derecho, Neurociencias y Sistema de Justicia Penal, México, Wolters-Kluver, pp. 59-63, 2016.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Neuropsicología en su ámbito forense, como una disciplina mejor desarrollada en sus pruebas. Y por considerar que, sus especialistas cuentan con una mayor preparación a la de los psicólogos que aplican valoraciones de rutina, tal y como lo refiere Feggy Ostrosky:

> El neuropsicólogo puede realizar contribuciones fundamentales sobre la intencionalidad del acto criminal o *actus reus,* y sobre las capacidades mentales cognitivas y emocionales necesarias para concretarlo o *mens rea*. De esta manera contribuye a determinar el grado de responsabilidad y de imputabilidad e inimputabilidad que poseen las personas implicadas[12].

Al respecto la investigadora Feggy Ostrosky, abunda en que:

> La Neuropsicología Forense cuenta con pruebas normalizadas y estandarizadas en diferentes poblaciones, y técnicas de imagenología cerebral (p ej. el electroencefalograma y la resonancia magnética) -que le permiten identificar oportunamente la presencia de síntomas psiquiátricos, conductas anormales o déficits neuropsicológicos y su simulación- que alcanza hasta el 50% de los casos que lo reportan, frecuentemente empleada para lograr beneficios entorno al proceso judicial[13].

Consideraciones que permiten comprender a la Neuropsicología Forense, como una ciencia que realiza sus valoraciones a través de pruebas normalizadas y estandarizadas, es decir, probanzas adecuadas a las características de la sociedad mexicana y que cuentan con un consenso médico, por su validez, al hacer uso del método científico, no omitiendo mencionar, que el empleo de imagenología cerebral permite estudiar de una manera más eficaz, la función del encéfalo y su relación con el comportamiento humano.

De esta manera, la Neuropsicología Forense y las pruebas que la misma emplea, resultan más fiables para determinar el grado de inimputabilidad y el tratamiento médico, en caso de ser necesario, del sujeto a proceso, con base en resultados sustentados en un método científico que, ayudará a robustecer la función jurisdiccional que tienen a su cargo los jueces y magistrados en México.

[12] *Ibid* p. 108.
[13] *Ibid* p. 108.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

De esta manera, la presente investigación encuentra su justificación de estudiar nuevas disciplinas que auxilian al Derecho Penal, en lograr el fortalecimiento de la administración de justicia.

IV. OBJETIVOS TRAZADOS EN EL PRESENTE ARTÍCULO

El principal objetivo del presente artículo consiste en dimensionar la importancia de las aportaciones neurocientíficas en el campo del Derecho, especialmente, en el caso de la Neuropsicología y su inclusión en el tratamiento y determinación de inimputables.

Lo anterior, en razón de la falta de valoraciones médicas y psicológicas especializadas al momento de determinar la inimputabilidad del sujeto a proceso y el tratamiento médico que debe seguir, ha tenido como resultado que los dictámenes emitidos al respecto, adolezcan de una completa fiabilidad y consenso médico, inclusive que carezcan de apego al método científico, circunstancia que ocasiona que las resoluciones de los jueces y magistrados, emitidas y sustentadas en dichas valoraciones, vulneren los principios rectores del proceso penal, como lo son el esclarecimiento de los hechos y la convicción de la culpabilidad del procesado.

Como requisito para que haya lugar a una condena en su contra, principios establecidos en las fracciones I y VIII del artículo 20° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como también vulneren lo dispuesto en el dispositivo 410° del Código Nacional de Procedimientos Penales. Lo anterior por encontrarse la fundamentación y motivación de dichas determinaciones, apoyadas en premisas inválidas.

En ese sentido, se estima que, con la inclusión de la Neuropsicología Forense en la determinación de los sujetos inimputables y su tratamiento, se fortalecerá el sistema de administración de justicia penal, al tener los jueces y magistrados el auxilio de una disciplina que proporcione resultados sustentados en pruebas normalizadas, estandarizadas, y técnicas avanzadas como lo es el caso de la imagenología cerebral, las cuales tienen un estricto apego al método científico.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Se debe recordar que, el Estado Mexicano tiene la obligación de respetar la integridad de todo principio sobre el esclarecimiento de los hechos y convicción de la culpabilidad del procesado, y se cumplirá con la obligación del tribunal de enjuiciamiento de valorar íntegramente la condición fisiológica y psicológica del imputado. Inclusive, a partir de identificar los beneficios que ofrece las Neuropsicología Forense, se estima que sus valoraciones puedan ser incluidas obligatoriamente en la determinación y tratamiento de personas inimputables, con el objetivo no sólo de obtener un resultado fiable, sino también de darles un tratamiento adecuado para lograr su efectiva reinserción en la sociedad.

V. MARCO TEÓRICO – CONCEPTUAL

Los antecedentes entre la relación que guardan los procesos neuronales con la conducta del ser humano, los podemos encontrar en la antigua Grecia con el filósofo y matemático Demócrito:

> Para quien la mente se trata de una colección de átomos esféricos en algún lugar del cuerpo, y por consiguiente el pensamiento consiste en el movimiento de estos átomos de la mente cuando interactuaban entre sí y con otros átomos. Refiriendo que a menudo decimos que actuamos porque hemos elegido hacerlo, afirmando que estamos equivocados pues de la misma manera en que nuestros sentidos bastardos están equivocados sobre la naturaleza física del universo. Los actos humanos no se rigen por el propósito y la voluntad, sino por los movimientos e interacciones de los átomos sin propósito[14].

Otro de los grandes personajes de la historia que intentó dar una explicación a los orígenes de la conducta humana, fue el considerado padre de la medicina Hipócrates, para quien nuestro comportamiento guardaba una estrecha relación con lo que él denominaba humores, mismos que se encontraban vinculados con un comportamiento específico:

[14] Malik Kenan, *cynics, skeptics, atomists and relativists,* Pandaemonium, https://kenanmalik.com/2013/06/27/cynics-skeptics-atomists-and-relativists/, 2013.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

> Hipócrates en el siglo V. a.C. describió las siguientes categorías: el tipo sanguíneo o alegre, que reflejaba un exceso de sangre; el melancólico, que tenía un exceso de bilis negra; el colérico y violento caracterizado por un aumento de bilis amarilla, y el flemático, pasivo o calmado, al que se le atribuyó un exceso de flema.[15]

Recientemente se ha discutido por algunos expertos, que esta teoría no se encontraba alejada de la realidad:

> ...este concepto de los humores subyace en las teorías más recientes sobre la relación entre el temperamento y los neurotransmisores y entre éstos y los receptores específicos, genéticamente determinados, asociados con ciertos rasgos temperamentales.[16]

Antecedentes que son significativos para las Neurociencias, pues precisamente demuestran el intento humano por dar una explicación causal la conducta humana, relacionándola con elementos o sustancias propias presentes en el cuerpo humano, las cuales según su interacción y medida se manifestaban en el comportamiento del individuo. Teorías que pueden ser consideradas en el desarrollo de sus postulados como superadas ante el conocimiento que se tiene actualmente sobre el cuerpo humano y su funcionamiento, pero que en su idea central sorprenden a científicos, ante los descubrimientos que se han realizado en este campo científico.

Otro antecedente importante se encuentra en la contraposición de ideas suscitada entre el filósofo Rene Descartes y el filósofo Baruch Spinoza, la cual consistió en que “Descartes caviló que había un alma que dominaba al cuerpo. Spinoza le refutó: cuerpo y alma eran la manifestación de una misma sustancia”.[17]

---

[15] De la Fuente R., *Psicología médica. En: El temperamento, los Motivos de la Conducta y el Carácter,* México, capítulo VII Fondo de Cultura Económica, 1983.

[16] Albores-Gallo Lilia, Márquez-Caraveo, Ma. Elena, Estañol Bruno, *¿QUÉ ES EL TEMPERAMENTO? EL RETORNO DE UN CONCEPTO ANCESTRAL,* México, Salud Mental, Vol. 26, No. 3, página 17, 2003.

[17] García-López Eric, Ostrosky Feggy, Laveaga Gerardo, Esbec Rodríguez Enrique, *Relaciones entre la Psicología y el Derecho”,* México, Psicopatología Forense. Derecho, Neurociencias y Sistema de Justicia Penal, México, Wolters-Kluver, página 172, 2016.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Así también, otro personaje interesado en comprender el origen de la conducta humana fue el médico Italiano y padre de la criminología Cesare Lombroso (1835-1909), quien "pensó que más que castigar los hechos había que evitar que estos se cometieron, identificando a quienes pudieran cometerlos y tomando las medidas preventivas adecuadas",[18] quien fue "el primer autor, al fin y al cabo, que abordó el tema del delito, tomando como punto de partida nuestra fisiología y estudiando desde una perspectiva científica".[19] Por lo que es el inicio por aproximarse al esfuerzo por estudiar las conductas delictivas, desde una perspectiva científica.

Uno de los casos que consternaron a la comunidad científica y es constantemente citado en estudios que abordan la conducta humana y su relación con los procesos neuronales y el cerebro humano, lo constituye el caso de:

> Phineas Gage, un trabajador de la industria ferroviaria, quien en 1848 sufrió un accidente, derivado de una explosión en un apisonador de hierro: una varilla penetró por su ojo, destrozándole la corteza frontal. Aunque el hombre sobrevivió milagrosamente, algo cambió en él. De ser un tipo afectuoso y cordial, se tornó hosco y bravucón. Abandonó a su familia y se dedicó a ir de un empleo a otro, sin obtener éxito en ninguno de ellos [20].
> Caso que despertó el interés científico, al relacionar la alteración de su conducta con la lesión cerebral que había sufrido.

Así, nos encontramos para el siglo XX, que la realización del experimento más divulgado en el campo de las Neurociencias fue el llevado a cabo por Benjamin Libet en el año de 1983, y en el cual Libet:

> (…) reunió a un grupo de voluntarios, dotados de electrodos que permitían registrar las señales eléctricas de sus cerebros. Cada uno de los voluntarios se encontraba situado frente a un cronómetro, y tenía que tomar en algún momento la decisión de mover un dedo. Después, debería indicar en qué posición se hallaba la aguja del cronómetro en el momento en el que experimentó el impulso consciente de mover el dedo. Momento que Libet

[18] *Ibíd,* p. 165.
[19] García-López Eric, Ostrosky Feggy, Laveaga Gerardo, Esbec Rodríguez Enrique, *Relaciones entre la Psicología y el Derecho",* México, Psicopatología Forense. Derecho, Neurociencias y Sistema de Justicia Penal, México, Wolters-Kluver, página 166, 2016.
[20] I*bíd*, p. 173.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

> identificó con el instante de la toma de la decisión. Pues bien, el sorprendente resultado que se obtuvo en los experimentos de este tipo —realizados en la década de los ochenta del pasado siglo— fue que el momento señalado por los participantes como el instante de la decisión consciente de realizar el movimiento, tenía lugar unos 200 milisegundos antes de la realización del mismo. Es decir, más o menos 350 milisegundos después de que empezara a registrarse el potencial de disposición[21].

Con los resultados de dicho experimento fue se comenzó a poner en duda el concepto que se tenía por sentado del libre albedrío y por tanto de la voluntad humana, reviviendo una antigua discusión filosófica entre determinismo y libertarismo, pues a la luz de ese descubrimiento expuesto por Libet, la conducta humana quedaba completamente sujeta al capricho de nuestro cerebro y los procesos que acontecen en el mismo. Experimento que como ya se mencionó será replicado, criticado e intentado perfeccionar con posterioridad.

> Fue a mediados del siglo XX cuando las neurociencias comenzaron a verse como una disciplina académica independiente. Es decir, a partir de la segunda mitad del siglo pasado nace la neurociencia como estudio interdisciplinar de la mente, con la implementación de una metodología holista en la exploración del sistema nervioso [22].

Para los juristas estos avances en los estudios del comportamiento humano no pasaron desapercibidos, por lo que, con el objeto de integrar los conocimientos al estudio del Derecho:

> El abogado Sherrod Taylor, en 1991, acuña el término neurolaw, el cual ya es utilizado en el idioma español como neuroderecho"[23], debiéndose entender dicha disciplina como "un intento por conocer la relación entre el derecho y el cerebro, teniendo en cuenta los descubrimientos en neurociencias. De hecho,

[21] Soler Gil Francisco José, RELEVANCIA DE LOS EXPERIMENTOS DE BENJAMIN LIBET Y DE JOHN-DYLAN HAYNES PARA EL DEBATE EN TORNO A LA LIBERTAD HUMANA EN LOS PROCESOS DE DECISIÓN, España, *Thémata. Revista de Filosofía.* Número 41, página 542, 2009.
[22] Cavada Carmen, *Historia de La Neurociencia,* Sociedad Española de Neurociencia, https://www.senc.es/wp-content/uploads/2017/11/Historia_de_La_Neurociencia_CC.pdf, 2017.
[23] Navarro Fumero, Manuel Enrique, *Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Derecho Penal y Neurociencias: Crisis del Principio de Culpabilidad,* Costa Rica, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Área de Investigación, página 4, 2018.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

> el neuroderecho explora los efectos de los descubrimientos en neurociencia sobre las normas legales.[24]

Siendo a partir de esa fecha que, se han establecido diversos organismos que estudian el concepto de neurolaw, así como se han generado diversas publicaciones que profundizan en el tema de las relaciones entre las Neurociencias y el Derecho, muchas de las cuales las podemos encontrar en la biblioteca virtual:

> "Law and Neuroscience Bibliography", que puede ser consultada gracias a "The MacArthur Foundation Research Network on Law and Neuroscience, hospedada en la universidad de Vanderbilt", así como en la "Social Science Research Network y su biblioteca virtual: Law and Neuroscience eJournal, en la que -hasta marzo del 2016- se hayan 360 artículos. Finalmente, otra colección electrónica se alberga en Johannes Gutenberg University of Mainz, en Alemania, bajo el título Neuroethics bibliography.[25]

Así, en el desarrollo de las Neurociencias, las disciplinas que la componen, se encuentra la Neuropsicología la cual ha tenido un progreso trascendental en la elaboración de pruebas normalizadas y estandarizadas específicas, para todo tipo de población y que se auxilia además de técnicas modernas, para llevar a cabo su principal objetivo, que es el estudio del sistema nervioso central y su relación con la conducta humana. Disciplina que puede resultar de gran auxilio para el Derecho Penal, tal y como lo refiere la investigadora Feggy Ostrosky:

> El uso de pruebas neuropsicológicas para la obtención de perfiles en personas probablemente involucradas en actos criminales, constituyen medidas objetivas que pueden ser de gran ayuda para determinar la existencia de psicopatologías que subyacen a la emisión de dichas conductas o bien, para determinar la simulación de déficits que contemplan la alteración de algunas áreas cognitivas como la memoria,

[24] Petoft Arian, *Neurolaw:* "Neurolaw: A brief introduction", Iranian Journal of Neurology, No. 1 (2015), vol. 14, https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4395810/, consultado 23 de febrero de 2017.
[25] García-López Eric, Ostrosky Feggy, Laveaga Gerardo, Esbec Rodríguez Enrique, *Relaciones entre la Psicología y el Derecho",* México, Psicopatología Forense. Derecho, Neurociencias y Sistema de Justicia Penal, México, Wolters-Kluver, página 73, 2016.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

> pasando por alto otras más relacionadas. Ayudan a determinar el grado de *peligrosidad,* así como diseñar estrategias para la rehabilitación…[26].

Auxilio que, aplicado al ámbito forense y al propósito de la presente investigación, abundara en determinar de manera más precisa y con apego a un método científico, la condición de inimputabilidad del sujeto a proceso, del que se presuma el padecimiento de un trastorno o retraso mental, así como su posible tratamiento.

Por cuanto hace a la imputabilidad, la podemos definir como:

> La capacidad que tiene un sujeto para conocer el significado de su conducta frente al orden jurídico. Esto significa que únicamente puede ser culpable el sujeto que tiene la capacidad de transgredir el orden jurídico por propia voluntad, es decir, dicho sujeto debe ser imputable.[27]

Definición que indica precisamente que, la imputabilidad viene a ser uno de los requisitos en el establecimiento de la culpabilidad, misma que constituye un elemento valorado por la teoría general del delito, para determinar si se ha cometido una conducta delictiva.

Así las cosas, la imputabilidad viene a ser…una doble capacidad de entender (elemento intelectivo) y capacidad de querer (elemento volitivo)[28], es decir, es la capacidad de comprender o discernir los elementos y reglas que integran nuestro entorno y a su vez, tener la capacidad de tomar una elección distinta a otra, por voluntad propia.

Por su parte, la inimputabilidad supone la carencia de las capacidades antes mencionadas, por distintas causas…son consideradas inimputables las personas que en el momento de la comisión del injusto tenían menos de 18 años de edad, así

[26] García-López Eric, Ostrosky Feggy, Laveaga Gerardo, Esbec Rodríguez Enrique, *Relaciones entre la Psicología y el Derecho",* México, Psicopatología Forense. Derecho, Neurociencias y Sistema de Justicia Penal, México, Wolters-Kluver, página 119, 2016.
[27] Calderón Martínez Alfredo T., *Teoría del delito y juicio oral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie JUICIOS ORALES, NÚM. 23, Universidad Nacional Autónoma de México, página 29, 2017.
[28] I*bid*., p. 29.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

como, a quienes obraron padeciendo un trastorno mental permanente o transitorio.[29]

De esta manera, la inimputabilidad puede derivar por una circunstancia de minoría de la edad legal establecida, para ser considerado como mayor, o bien por circunstancias adyacentes a la propia condición mental del sujeto, siendo principalmente este segundo rubro el que se abordará en el presente trabajo de investigación. Algunos otros conceptos importantes que se trabajarán a lo largo de la presente investigación son los siguientes:

> NEUROCIENCIA: *"disciplina que estudia el desarrollo, estructura, función, farmacología y patología del sistema nervioso"*[30].
> NEURODERECHO: *"es el estudio del sistema jurídico y la procuración de justicia a través de las neurociencias"*[31].
> DERECHO PENAL: "*la rama del derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objeto la creación y la conservación del orden social"*[32].
> DOGMÁTICA PENAL: "*es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales u opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal"*[33].
> TEORÍA GENERAL DEL DELITO: "*es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuales son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana"*[34].
> DELITO: *"conducta o hecho, típico, antijurídico, culpable y punible con su respectivo aspecto negativo"*[35].

[29] Díaz-Aranda Enrique, *LECCIONES DE DERECHO PENAL PARA EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA EN MÉXICO,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, página 183, 2014
[30] Mora F, Sanguinetti AM, *Diccionario de Neurociencias*, España, Alianza Editorial, 1994.
[31] García-López Eric, *Crimen y neurociencias,* nexos, https://discapacidades.nexos.com.mx/?p=467, 2018.
[32] Plascencia Villanueva Raúl, *TEORÍA DEL DELITO*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, página 20, 2004.
[33] Roxin, Claus, *DERECHO PENAL PARTE GENERAL,* España, Tomo I, Editorial Civitas, página 192, 1997.
[34] Muñoz Conde Francisco y García Arán, Mercedes *DERECHO PENAL PARTE GENERAL,* España, Editorial Tirant lo Blanch, página 203, 2002.
[35] Calderón Martínez Alfredo T., *Teoría del delito y juicio oral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie JUICIOS ORALES, NÚM. 23, Universidad Nacional Autónoma de México, página 3, 2017.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

VI. CONCLUSIONES

Como se ha observado en el desarrollo del presente artículo, los avances neurocientíficos representan una oportunidad imprescindible para el Derecho, en el sentido de conocer el origen de la conducta humana y sus repercusiones en nuestra sociedad, propiciando ello, un inminente ciclo de cambios en distintos sistemas judiciales, como el anglosajón, tendientes a incluir la participación de neurocientíficos en los procesos judiciales, aspecto que aún no ha terminado de cimentarse, pero que promete alcances significativos, en la resolución de casos donde se presupone la alteración de la conducta de una persona.

En ese sentido, atendiendo a la problemática que se tiene para determinar efectivamente a las personas que tienen la condición de inimputables, por carecer el Sistema Judicial Mexicano de expertos que realicen con apego a un método científico, tal labor, se presenta la Neuropsicología en su ámbito forense, como una solución confiable y segura, con expertos capacitados para aplicar pruebas normalizadas y estandarizadas, así como en el ámbito de la imagenología, para poder valorar adecuadamente la conducta del sujeto a proceso, y determinar, si éste tiene o no la condición de inimputable. Así las cosas, es necesario que los operadores jurídicos mexicanos presten la debida atención, a los beneficios que la Neuropsicología puede aportar, pues con sus técnicas y métodos, se podría abonar a la construcción de un proceso judicial con mejor sustento para sus determinaciones.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Bibliografía

Albores-Gallo Lilia, Márquez-Caraveo, Ma. Elena, Estañol Bruno, *¿QUÉ ES EL TEMPERAMENTO? EL RETORNO DE UN CONCEPTO ANCESTRAL,* México, Salud Mental, Vol. 26, No. 3, 2003.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Calderón Martínez Alfredo T., *Teoría del delito y juicio oral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie JUICIOS ORALES, NÚM. 23, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

Calderón Martínez Alfredo T., *Teoría del delito y juicio oral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie JUICIOS ORALES, NÚM. 23, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

De la Fuente R., *Psicología médica. En: El temperamento, los Motivos de la Conducta y el Carácter,* México, capítulo VII Fondo de Cultura Económica, 1983.

Monroy Vite Nadja, García-López Eric, *"Neuropsicología forense, una aportación al sistema de justicia en México"*, Revista Criminalidad 59 (3), Bogotá, D.C., Colombia, 2017.

Mora F, Sanguinetti AM, *Diccionario de Neurociencias*, España, Alianza Editorial, 1994.

Muñoz Conde Francisco y García Arán, Mercedes *DERECHO PENAL PARTE GENERAL,* España, Editorial Tirant lo Blanch, página 203, 2002.

Navarro Fumero, Manuel Enrique, *Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Derecho Penal y Neurociencias: Crisis del Principio de Culpabilidad,* Costa Rica, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Área de Investigación, 2018.

Plascencia Villanueva Raúl, *TEORÍA DEL DELITO*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

Roxin, Claus, *DERECHO PENAL PARTE GENERAL,* España, Tomo I, Editorial Civitas, 1997.

Soler Gil Francisco José, RELEVANCIA DE LOS EXPERIMENTOS DE BENJAMIN LIBET Y DE JOHN-DYLAN HAYNES PARA EL DEBATE EN TORNO A LA LIBERTAD HUMANA EN LOS PROCESOS DE DECISIÓN, España, *Thémata. Revista de Filosofía.* Número 41, 2009.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm

Código Nacional de Procedimientos Penales, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm

Otras fuentes

Cavada Carmen, *Historia de La Neurociencia,* Sociedad Española de Neurociencia, https://www.senc.es/wp-content/uploads/2017/11/Historia_de_La_Neurociencia_CC.pdf, 2017.

Díaz-Aranda Enrique, *LECCIONES DE DERECHO PENAL PARA EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA EN MÉXICO,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014

García-López Eric, *Crimen y neurociencias,* nexos, https://discapacidades.nexos.com.mx/?p=467, 2018.

García-López Eric, Ostrosky Feggy, Laveaga Gerardo, Esbec Rodríguez Enrique, "*Relaciones entre la Psicología y el Derecho",* México, Psicopatología Forense. Derecho, Neurociencias y Sistema de Justicia Penal, México, Wolters-Kluver, 2016.

http://distancia.inacipe.gob.mx/file.php/1/1er_c_2019_temarios/Neuroderecho.pdf

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), "*EN NÚMEROS, DOCUMENTOS DE ANÁLISIS Y ESTADÍSTICAS*", volumen 1, número 11, México, 2017.

Malik Kenan, *cynics, skeptics, atomists and relativists,* Pandaemonium, https://kenanmalik.com/2013/06/27/cynics-skeptics-atomists-and-relativists/, 2013.

Petoft Arian, *Neurolaw:* "Neurolaw: A brief introduction", Iranian Journal of Neurology, No. 1 (2015), vol. 14, https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4395810/

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

EL ACCESO A LA JUSTICIA EN TIEMPOS DE PANDEMIA POR COVID-19

ACCESS TO JUSTICE IN PANDEMIC TIMES BY COVID-19

Daniela Estefanía Leyva Hernández[1]

RESUMEN: El presente artículo abordará la situación de pandemia causada por el coronavirus, su impacto en la justicia mexicana y se analizará la forma en que se accede a la justicia en esta nueva normalidad. El objetivo principal es visibilizar la necesidad de transitar hacia un acceso a la justicia por medios electrónicos, para ello se utilizó una metodología deductiva y analítica. El trabajo se desarrolló en 4 apartados: en el primero se abordó el tema de la pandemia por COVID-19 y su impacto en México, en el segundo, las medidas adoptadas por el poder judicial frente a la pandemia en México, el tercero trató el tema del acceso a la justicia como derecho humano y fundamental, y finalmente el cuarto, a manera de conclusión contiene las reflexiones finales sobre los temas abordados.

Palabras clave: Acceso a la justicia, pandemia, medios electrónicos.

ABSTRACT: This article will address the pandemic situation caused by coronavirus, its impact on Mexican justice, and the discussion of how justice is accessed in this new normality. The main objective is to make visible the need to move towards access to justice by electronic means, for this purpose a deductive and analytical methodology was used. The work was carried out in 4 sections: the first addressed the issue of the

[1] Licenciada en Derecho y candidata a Maestra en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Pandemic by COVID-19 and its impact on Mexico, in the second, the measures taken by the judiciary against the pandemic in Mexico, the third dealt with the issue of access to justice as a human and fundamental right, and finally the fourth, by way of conclusion contains the final reflections on the topics addressed.

Keywords: Access to justice, pandemic, electronic means.

Sumario: I. *Pandemia por COVID-19, su impacto en México*. II. *Medidas frente a la pandemia en el acceso a la justicia en México*. III. *El acceso a la justicia como derecho humano y fundamental*. IV. *Reflexiones finales.*

I. PANDEMIA POR COVID-19, SU IMPACTO EN MÉXICO

El coronavirus SARS-COV2 apareció en China en diciembre del año pasado y se descubrió que provoca una enfermedad que puede ser mortal y que es extremadamente contagiosa llamada COVID-19, misma que se ha extendido por todo el mundo y por ello fue declarada pandemia global por la Organización Mundial de la Salud.[2] Hasta el día de hoy no se ha descubierto alguna cura para dicha enfermedad, solamente existe una vacuna cuya distribución ha sido lenta debido a la enorme demanda existente a nivel mundial y cuya aplicación al total de la población mexicana se prevee que concluirá hasta el primer trimestre del año 2022, siendo hasta ahora el único medio efectivo para evitar la propagación de esta enfermedad, el aislamiento.

En México fue hasta el 23 de marzo de este año que se publicó en el Diario Oficial de la Federación un acuerdo por el que el Consejo de Salubridad General reconoció la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) en el

[2] Todo sobre el COVID-19, página oficial del Gobierno de México, disponible en https://coronavirus.gob.mx. Fecha de consulta: 03 de noviembre de 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

país, como una enfermedad grave de atención prioritaria, así como se establecierón las actividades de preparación y respuesta ante dicha epidemia.[3]

Entre las medidas adoptadas en México se deben mencionar la jornada nacional de sana distancia, que fue una acción extraordinaria en materia de salubridad general, y que se extendió del 23 de marzo al 30 de mayo de 2020. En ésta se dierón una serie de restricciones temporales de las actividades laborales, sociales y educativas con el propósito de lograr el distanciamiento social a nivel nacional y, con ello, la mitigación de los contagios.[4]

Al concluir dicha jornada, las restricciones se trasladaron al ámbito local, a efecto de que se implementaran de acuerdo con los criterios generales emitidos por la Secretaría de Salud, conforme a la intensidad de la epidemia en cada entidad federativa. Así pues, se instaló el semáforo de riesgo epidemiológico como mecanismo para transitar hacia una nueva normalidad, es un sistema de monitoreo estatal para la regulación del uso del espacio público de acuerdo con el riesgo de contagio de COVID-19.[5]

En esta nueva normalidad, tiene que aprenderse a convivir con un virus extremadamente contagioso, pues como se ha dicho, la mayoría de la población mexicana será vacunada hasta el año próximo siguiente, por ello, se han instaurado medidas que buscan minimizar los riesgos de contagios, regulando estrictamente del uso de los espacios públicos, fomentándose la permanencia en casa y salir únicamente para cuestiones esenciales, cerrándose o limitándose el número de personas que pueden estar al mismo tiempo en un mismo lugar.

[3] Información recuperadad del Acuerdo por el que el Consejo de Salubridad General reconoce la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) en México, como una enfermedad grave de atención prioritaria, así como se establecen las actividades de preparación y respuesta ante dicha epidemia, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de marzo de 2020, disponible en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590161&fecha=23/03/2020. Fecha de consulta: 03 de noviembre de 2020.
[4] Lineamiento para la estimación de riesgos del semáforo por regiones COVID-19, disponibles en https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2020/10/SemaforoCOVID_Metodo.pdf. Fecha de consulta: 10 de noviembre de 2020.
[5] *Ídem.*

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

II. MEDIDAS FRENTE A LA PANDEMIA EN EL ACCESO A LA JUSTICIA EN MÉXICO

El pleno del Consejo de la Judicatura Federal también tomó medidas para hacer frente a la pandemia, y mediante los acuerdos generales 4/2020[6] y 5/2020[7] adoptó la suspensión de funciones jurisdiccionales y administrativas del Poder Judicial de la Federación, desde el 18 de marzo al 19 de abril de 2020, esta medida se replicó en los poderes judiciales de los estados y se ha venido prorrogando en muchos de ellos.

Posteriormente mediante el acuerdo general 6/2020 se reformó y adicionó el diverso 4/2020, para ajustarlo en tres sentidos: (i) ampliar la descripción del concepto de casos urgentes; (ii) establecer medidas de apoyo a los órganos de guardia; y (iii) aumentar el número de órganos de guardia y reemplazar a la mayoría; a través del auerdo 8/2020[8] se propuso un nuevo esquema de operación en el ámbito jurisdiccional, para que durante el período del 6 al 31 de mayo de 2020, la función jurisdiccional se rigiera por postulados como tramitación de casos urgentes mediante el esquema de "juicio en línea".

A pesar de estas nuevas e innovadoras medidas implementadas por el Poder Judicial Federal, esta vez no se replicaron este tipo de medidas a nivel local.

[6] Acuerdo General 4/2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a las medidas de contingencia en los órganos jurisdiccionales por el fenómeno de salud pública derivado del virus COVID-19, disponible en: https://www.cjf.gob.mx/resources/AcuerdoGeneral_4-2020.pdf. Fecha de consulta: 12 de noviembre de 2020.
[7] Acuerdo General 5/2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a las medidas de contingencia en las áreas administrativas del propio Consejo por el fenómeno de salud pública derivado del virus COVID-19, disponible en: https://www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2020/pdf/AcuerdoGeneral5_2020.pdf Fecha de consulta: 12 de noviembre de 2020.
[8] Acuerdo General 8/2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo al esquema de trabajo y medidas de contingencia en los órganos jurisdiccionales por el fenómeno de salud pública derivado del virus COVID-19, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de abril de 2020, disponible en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5592568&fecha=30/04/2020. Fecha de consulta: 12 de noviembre de 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Aunque el fundamento de las suspensiones de las funciones jurisdiccionales y administrativas del Poder Judicial fue la prevención de riesgos laborales, así como la protección del público en general, hay quienes afirman que el cerrar juzgados o limitar el acceso a los mismos, causa mas daños que beneficios, ya que limitan o niegan por completo el derecho de acceso a la justicia.

El concepto de justicia, se ha utilizado en diferentes formas: en sentido ético, se relaciona con las creencias morales y la capacidad humana para juzgar lo que es justo y lo que no; en sentido jurídico, se trata de una concordancia de la ley o de un acto concreto con el sistema legal al que pertenece; y en el sentido institucional se refiere al poder judicial, la institución o conjunto de instituciones encargadas expresamente de administrar justicia conforne al sistema jurídico.[9]

En una interpretación holística de los tres sentidos ético, jurídico e institucional, se puede afirmar que la justicia consiste en la posibilidad que debe tener cualquier persona para acceder a instituciones jurídicas que juzguen de manera justa y que se encarguen de aplicar la ley. Como es notorio, la inclinación es relacionar a la justicia necesariamente con el acceso a la tutela jurisdiccional.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido el acceso a la tutela jurisdiccional como el derecho público subjetivo de toda persona, para que dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, acceda a tribunales independientes, imparciales y expeditos, para plantear una pretensión o a defenderse de ella, a través de un proceso con formalidades, con el fin de que se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute tal decisión.[10]

Además la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha explicado que el derecho de acceso efectivo a la justicia comprende tres etapas: (i) una previa al

[9] *Cfr.* Ponce Esteban, María Enriqueta, "Los conceptos de Justicia y Derecho en Kant, Kelsen, Hart, Rawls, Habermas, Dworkin y Alexy", *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, 2005, n. 35, pp. 211-234. Disponible en: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11597/10608. Fecha de consulta: 12 de noviembre de 2020.

[10] Tesis: 1a./J. 103/2017 (10a.) Núm. De registro: 201559, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 48, Noviembre de 2017, Tomo I, Constitucional, p.151. Disponible en: https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/detallegeneralv2.aspx?Id=2015591&Clase=detalletesisbl. Fecha de consulta: 13 de noviembre de 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, poder pedir a las autoridades jurisdiccionales y esperar un pronunciamiento por su parte; (ii) una judicial, concerniente al derecho del debido proceso, desde que inicia el procedimiento y hasta la última actuación; y, (iii) una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas.[11]

Una vez establecidos el concepto y los presupuestos del acceso a la justicia, ¿Se puede decir que en esta época de pandemia se cumple con el derecho de acceso efectivo a la justicia? ¿Existen órganos jurisdiccionales que reciban, juzguen y ejecuten las pretensiones que resultaron conforme a derecho de las personas? Para dar respuesta a los cuestionamientos planteados, a continuación se revisan algunos datos que dan mayor luz sobre la realidad que se está viviendo en el país en materia de acceso a la tutela jurisdiccional.

> La justicia mexicana ha quedado paralizada, así lo señaló Foro Jurídico:
> En México, desde el mes de marzo se paralizó la actividad jurisdiccional, tanto en el ámbito federal, como en todas las entidades federativas, con algunas excepciones como el Estado de México y Nuevo León, que previamente se habían ido adaptando a la era digital con nuevas herramientas tecnológicas, como la firma electrónica, los videojuicios y las diligencias judiciales a distancia, por citar las más importantes. El Covid-19 puso en evidencia que… nuestras instituciones judiciales adolecen de diversas carencias, en gran medida son obsoletas, evidenciando que requieren cambios profundos y mutar hacia la modernización y al uso de las nuevas tecnologías, en una palabra, mutar hacia la ciberjusticia.[12]

Debido a la pandemia se suspendieron labores jurisdiccionales en practícamente todo el país, y únicamente los estados que se habían actualizado con la implementación de nuevas tecnologías pudieron brindar servicios oportunos, solamente las pocas entidades federativas en las que ya habían modernizado sus procesos tanto judiciales como administrativos pudieron brindar el servicio de atención al público y garantizar el acceso a la justicia.

[11] *Ídem.*
[12] Crisis del Poder Judicial Frente al Covid-19, *Foro Jurídico*, julio 2020, disponible en: https://forojuridico.mx/crisis-del-poder-judicial-frente-al-covid-19/. Fecha de consulta: 13 de noviembre de 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Es notorio que se estan viviendo tiempos peligrosos debido a un virus que es altamente contagioso, y que la única medida del todo confiable para evitar su contagio es el aislamiento, por ello, la suspensión de labores jurisdiccionales resultaba una medida obvia, pero no idónea, pues al no brindarse el servicio jurisdiccional, se deja al justiciable en manifiesta vulneración a su derecho de acceso a la justicia.

En adición a lo antes mencionado, se debe enfatizar que la vulneración del derecho de acceso a la justicia se agravó debido a que la suspensión de labores en los juzgados se prolongó por varios meses, al respecto Transparencia Mexicana dijo que "Luego de 120 días de suspensión de actividades y plazos, 26 de los 33 Poderes Judiciales –incluido el Poder Judicial Federal– han reactivado sus plazos y se encuentran abiertos, es decir, con acceso público a sus instalaciones"[13] y la reactivación de los juzgados se dio de la siguiente forma:

> En la prestación del servicio de justicia, #SusanaVigilancia, el mecanismo de seguimiento a planes, programas, acciones, políticas y recursos para la atención de la pandemia y sus consecuencias sociales y económicas, identificó que los poderes judiciales han optado por las siguientes modalidades de apertura:
> • 19 poderes judiciales operan de manera presencial (requiere acudir a las instalaciones de poder judicial),
> • 10 poderes judiciales, incluido el Federal, operan de forma mixta o multimodal (opción de acudir a las instalaciones o tramitar vía virtual),
> • 1 poder judicial opera de manera virtual, Tamaulipas, donde el ciudadano o ciudadana no puede optar por tramitación presencial a priori y más bien un juez lo autoriza en ciertos casos.
> • 3 poderes judiciales –Chiapas, Oaxaca y Yucatán– se encuentran prácticamente cerrados (han suspendido la tramitación presencial -salvo casos de excepción- y no cuentan con la opción de un tribunal digital).
> Entre los 29 estados que ofrecen el servicio de justicia de manera presencial o mixto, 26 establecieron alguna restricción para la atención presencial al público, por ejemplo, la obtención de una cita previa o la limitación a horarios o días específicos.
> Transparencia Mexicana y Tojil señalaron que cualquier restricción que bajo ninguna circunstancia debe condicionarse este servicio mediante requisitos arbitrarios o discriminatorios. Por ello, consideraron una buena práctica la

[13] Transparencia Mexicana, Retos para el acceso a la justicia (y a la justicia digital) tras la pandemia, 19 de agosto de 2020, disponible en: https://www.tm.org.mx/susanavigilancia-accesoajusticia-covid19/. Fecha de consulta: 13 de noviembre de 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

establecida en el Estado de México y Durango donde la solicitud de una cita es una opción para el usuario y no un requisito previo[14].

Como se desprende de dicho informe, en México la justicia actualmente está muy limitada por las medidas de seguridad sanitaria que se han tenido que implementar, se ha blindado el acceso al derecho fundamental a la justicia, pues muy pocos poderes judiciales permiten hacer trámites virtuales y sólo nueve del país[15] cuentan con todos los mecanismos digitales para llevar a cabo el juicio en línea, además sólo un estado de la república cuenta con un Tribunal electrónico[16] que opera completamente en la virtualidad.

Las cifras son preocupantes, y son una muestra clara de la deficiencia en la implementación de mecanismo eficaces que permitan una garantía efectiva del derecho al acceso a la justicia. Aún cuando el Estado mexicano ha regulado un andamiaje jurídico impresionante respecto al reconocimiento de derechos humanos, entre ellos el del acceso a la administración de justicia, la pandemia ha venido a exponer las deficiencias que tiene el sistema de administración de justicia en el país, muestra cuan limitado se encuentra respecto a la implementación de medidas efectivas que permitan aún en tiempos de crisis, respetar y cumplir con este derecho humano y fundamental. La solución no es la reapertura total e inmediata de juzgados en el país, ignorándose todas las medidas sanitarias, se trata más bien de puntualizar que el sistema de impartición de justicia debe actualizarse, es necesaria la implementación de las nuevas tecnologías.

[14] *Ídem.*
[15] Los que cuentan con los medios para operar juicios en linea son: el Poder Judicial Federal y los de Baja California, Baja California Sur, Coahuila, Estado de México, Nuevo León, Puebla, Tabasco y Tamaulipas. Dato proporcionado por Transparencia Mexicana. Información disponible en: https://www.tm.org.mx/susanavigilancia-accesoajusticia-covid19/. Fecha de consulta: 13 de noviembre de 2020.
[16] Sitio oficial del Tribunal electrónico del Poder Judicial de Tamaulipas, disponible en: https://www.tribunalelectronico.gob.mx/TE/Paginas/?P=NuevasFuncionalidades. Fecha de consulta: 13 de noviembre de 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

III. EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO DERECHO HUMANO Y FUNDAMENTAL

Se ha sostenido que el acceso a la justicia es un derecho ampliamente reconocido tanto en el plano internacional como en el nacional, y su importancia lo sitúa como un presupuesto de todo Estado de derecho. Así, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce el derecho humano de acceso a la justicia, y en ese mismo sentido la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 14, 17 y 20, apartados B y C, recoge el derecho fundamental de acceso efectivo a la justicia, este reconocimiento implica obligaciones prioritarias para el Estado mexicano.

Dworkin en su obra el imperio de la justicia, insistía en la prioridad de los derechos fundamentales y en su carácter básico, innegociable e inviolable, lo que impide su sacrificio por parte de los poderes públicos, aunque sea por razones de utilidad colectiva[17]. Realmente el derecho de acceso a la justicia es un derecho fundamental de carácter básico, las personas necesitan tribunales que los escuchen, los amparen y los defiendan contra actos arbitrarios, no se debería restringir este derecho ni debería suspenderse temporalmente.

El 10 de junio de 2011 hubo importantes reformas constitucionales en materia de Derechos Humanos en México que implicarón un cambio trascendente en lo que se refiere a la tutela de estos derechos, y entre otras cosas, se debe resaltar la obligación adyacente que sobrevino a todas las autoridades del país, para que promuevan, respeten y garanticen los derechos humanos.

Con dicha reforma se vino a reforzar la necesidad de protección a los derechos de todas las personas, ya que en una visión de derechos humanos, recordando que estos son interdependientes e indivisibles, se debe velar por el cumplimiento de

[17] Dworking citado por Ponce Esteban, María Enriqueta, en “Los conceptos de Justicia y Derecho en Kant, Kelsen, Hart, Rawls, Habermas, Dworkin y Alexy”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, 2005, n. 35, pp. 211-234. Disponible en: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11597/10608. Fecha de consulta: 12 de noviembre de 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

cada uno de ellos. Al decir que los derechos humanos son interdependientes, significa que "están vinculados entre ellos"[18] y son indivisibles, porque "no pueden separarse o fragmentarse unos de otros"[19], al entender dichos principios se concluye que el goce y ejercicio de un derecho implica necesariamente que los demás derechos también deben estar garantizados, y en sentido negativo, que la violación de un derecho pone también en riesgo los demás derechos.

Uno de los argumentos que intenta justificar la falta de atención judicial es que debe priorizarse la salud, y debido a que no existen recursos suficientes para implementar la justicia digital, es válido suspender la atención al público en los tribunales de justicia, sin embargo, esto no debería ser una justificación, Otero Parga hablando de la necesidad del cumplimiento de los derechos humanos dice que "los derechos del hombre ya no pueden ser considerados como obligaciones morales o naturales (aunque posiblemente también lo son), y sobre todo no puede hacerse así para aquellos que no se sienten especialmente obligados por este tipo de requerimientos".[20]

En ese entendido, es indispensable que se de un cambio en el paradigma del acceso a la justicia, y debe hacerse ahora, se deben implementar en los poderes judiciales de todo el país, todos los mecanismos tecnológicos que permitan una atención a través de medios electrónicos, se debe capacitar al personal judicial y administrativo para que puedan atender por estos medios, y aunque hacerlo implicaría necesariamente una gran inversión de recursos económicos, es un deber imprescindible.

Tapia Vega refiere que para la realización de esta categoría de derechos (los derechos humanos), se requiere en la *praxis* de ciertas herramientas que reduzcan la distancia estructural entre normatividad y efectividad, que posibiliten la máxima eficacia de estas prerrogativas en coherencia con su estipulación constitucional,

[18] *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos*, México, 2016, CNDH México, p. 10.
[19] *Idem.*
[20] Otero Parga, Milagros, *Dignidad y Solidaridad dos derechos fundamentales,* México, editorial Porrúa, 2006, p. 6.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

enfatiza que esas herramientas tutelares son las garantías[21]. Está claro que para la realización de los derechos humanos, y en especial para el cumplimiento del acceso a la justicia en tiempos de pandemia por COVID-19 es esencial la implementación de herramientas que garanticen esos derechos, y aun cuando existan algunas pero no sean suficientes, deben adoptarse nuevas.

En ese sentido, es menester resaltar que existe en el Senado de república una Iniciativa con proyecto de decreto por la que se adiciona un nuevo párrafo al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de impartición de justicia digital, que obedece al reclamo social por la modernización constante del sistema de impartición de justicia, en ella se plantea desahogar los procedimientos judiciales de forma digital, en situaciones de emergencia, como la que se vive por la pandemia del Covid-19.[22] Es una propuesta que sin duda alguna representaría un cambio paradigmático en el impartición de justicia, y que permitiría un mejor garantía del derecho humano al acceso a la justicia.

Dicha propuesta de reforma se fundamenta precisamente en el artículo 17 constitucional, ya que en este se reconoce el derecho humano al acceso a la justicia y se señala que ésta debe adecuarse a los parámetros constitucionales y cumplir con los principios de prontitud, completitud, imparcialidad y gratuidad. De esta forma se impone la obligación al Estado mexicano de impartir justicia a través de las instituciones y procedimientos previstos para tal efecto, se sostiene que el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación en la impartición de justicia y trámites administrativos puede mejorar la gestión y desempeño del sistema judicial, desde el vínculo con la sociedad civil hasta la organización material y trámites, garantizando el acceso a la justicia de manera pronta y expedita. A esta intersección

[21] Tapia Vega, Ricardo, "La autoridad administrativa y su obligación de tutela de los derechos humanos en México", en Tapia Vega, Ricardo et al. (coords.*), Temas Selectos 3. Hacia el ámbito del derecho administrativo*, México, Ediciones Eternos Malabares, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Universidad de Castilla - La Mancha, 2016, col. Derecho y Ciencias Sociales, p. 19.
[22] Senadores analizan reforma constitucional en materia de Justicia Digital, 10 de Septiembre de 2020, Canal del Congreso, El canal de la Unión, disponible en https://www.canaldelcongreso.gob.mx/noticias/13560/Senadores_analizan_reforma_cnstitucional_en_materia_de_Justicia_Digital, Fecha de consulta: 03 de diciembre de 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

se le conoce como justicia electrónica, que se refiere al mejoramiento continuo de la administración de justicia con el apoyo de tecnología. [23]

Por todo lo anterior se sostiene, que el acceso a la justicia en tiempos de pandemia por covid-19 ha evidenciado las carencias estructurales del poder judicial en todo el país, pero también ha permitido explorar el uso de nuevas tecnologías en el sistema judicial, en algunas entidades federativas y en algunas materias a nivel federal, esto con la intención de hacer más eficiente la gestión de asuntos judiciales en los Tribunales, lo que ha permitido visualizar una mejora en relación con los costos del proceso y con lo relativo a agilizar los tiempos de la emisión de fallos y sentencias, y el acceso más rápido y seguro de datos.

IV. REFLEXIONES FINALES

La epidemia de la enfermedad COVID-19 causada por el virus SARS-CoV2 ha traído nuevos retos a nivel mundial, ha hecho que debamos enfretarnos a una nueva realidad, donde las interacciones sociales a las que estabámos acostumbrados ya no se pueden dar de la misma forma. Estos cambios también han afectado a la forma en que se imparte justicia.

En México la realidad es preocupante pues son muy pocos los poderes judiciales del país en los que se han implementado herramientas tecnologícas que permitan acceder a las personas a la tutela judicial, hay mucho que hacer, pues se trata de una transformación completa que implica no solo la adquisición de tecnología y acondicionamiento de las sedes judiciales, además requerirá de todo el empeño de los operadores judiciales, para capacitarse y adptarse al uso de nuevas tecnologías.

[23] Iniciativa con proyecto de decreto por el que se adiciona un nuevo párrafo cuarto y se recorren los subsecuentes del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de impartición de justicia digital, disponible en https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/2/2020-07-08-1/assets/documentos/Inic_Morena_Sen_Ricardo_Monreal_Art_17_CPEUM.pdf, Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

El acceso a la justicia es un derecho fundamental y como tal debe ser protegido, el Estado mexicano no debe escatimar presupuestos para lograrlo, el reconocimento de los derechos humanos no debe quedar limitado a un pedazo de papel, deben materializarse en la realidad y debe poder accederse a la justicia.

El trabajo no es solo del Poder Judicial, se requieren también la aprobación de reformas legislativas como la citada en materia de justicia digital para articular un nuevo sistema de justicia electrónica, se requiere de la inversión de recursos por parte del Poder Ejecutivo y por supuesto de la colaboración de los abogados litigantes, quienes son actores principales en el ejercicio de la justicia, y quienes toman sobre sí el encargo de defender a de otros.

Solo así, en colaboración solidaria se podrá alcanzar una transformación del sistema de impartición de justicia en México, transitando hacia una justicia accesible y expedita por medios electrónicos y de esta forma se garantizará el acceso a la justicia aún en tiempos de pandemia.

Fuentes de Investigación

Bibliografía

Comisión Nacional de Derechos Humanos, Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos, México, 2016, CNDH México.

Otero Parga, Milagros, Dignidad y Solidaridad dos derechos fundamentales, México, editorial Porrúa, 2006, p. 6.

Tapia Vega, Ricardo, "La autoridad administrativa y su obligación de tutela de los derechos humanos en México", en Tapia Vega, Ricardo et al. (coords.), Temas Selectos 3. Hacia el ámbito del derecho administrativo, México, Ediciones Eternos Malabares, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Universidad de Castilla - La Mancha, 2016, col. Derecho y Ciencias Sociales, p. 19.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Hemerografía

Ponce Esteban, María Enriqueta, "Los conceptos de Justicia y Derecho en Kant, Kelsen, Hart, Rawls, Habermas, Dworkin y *Alexy",* Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, 2005, n. 35, pp. 211-234. Disponible en: https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11597/10608

Crisis del Poder Judicial Frente al Covid-19, *Foro Jurídico*, julio 2020, Consultada en: https://forojuridico.mx/crisis-del-poder-judicial-frente-al-covid-19/

Legislación / Jurisprudencia / Acuerdos

Acuerdo por el que el Consejo de Salubridad General reconoce la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) en México, como una enfermedad grave de atención prioritaria, así como se establecen las actividades de preparación y respuesta ante dicha epidemia, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de marzo de 2020. Consultado en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590161&fecha=23/03/2020

Acuerdo General 4/2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a las medidas de contingencia en los órganos jurisdiccionales por el fenómeno de salud pública derivado del virus COVID-19, Consultado en: https://www.cjf.gob.mx/resources/AcuerdoGeneral_4-2020.pdf

Acuerdo General 5/2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a las medidas de contingencia en las áreas administrativas del propio Consejo por el fenómeno de salud pública derivado del virus COVID-19, Consultado en: https://www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2020/pdf/Acuerdo General5_2020.pdf

Acuerdo General 8/2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo al esquema de trabajo y medidas de contingencia en los órganos jurisdiccionales por el fenómeno de salud pública derivado del virus COVID-19, publicado en

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

el Diario Oficial de la Federación el 30 de abril de 2020, Consultado en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5592568&fecha=30/04/2020.

Tesis: 1a./J. 103/2017 (10a.) Núm. De registro: 201559, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 48, Noviembre de 2017, Tomo I, Constitucional, p.151. Consultado en: https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/detallegeneralv2.aspx ?Id=2015591&Clase=detalletesisbl. Fecha de consulta: 13 de noviembre de 2020.

Páginas de Internet

Todo sobre el COVID-19, página oficial del Gobierno de México, Consultada en: https://coronavirus.gob.mx

Lineamiento para la estimación de riesgos del semáforo por regiones COVID-19, Consultada en: https://coronavirus.gob.mx/wpcontent/uploads/2020/10/SemaforoCOVID_Metodo.pdf.

Transparencia Mexicana, Retos para el acceso a la justicia (y a la justicia digital) tras la pandemia, 19 de agosto de 2020, disponible en: https://www.tm.org.mx/susanavigilancia-accesoajusticia-covid19/

Sitio oficial del Tribunal electrónico del Poder Judicial de Tamaulipas, disponible en: https://www.tribunalelectronico.gob.mx/TE/Paginas/?P= NuevasFuncionalidades.

Senadores analizan reforma constitucional en materia de Justicia Digital, 10 de Septiembre de 2020, Canal del Congreso, El canal de la Unión, disponible en https://www.canaldelcongreso.gob.mx/noticias/13560/Senadores_analizan_reforma_cnstitucional_en_materia_de_Justicia_Digital.

Iniciativa con proyecto de decreto por el que se adiciona un nuevo párrafo cuarto y se recorren los subsecuentes del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de impartición de justicia digital, disponible en https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/2/2020-07-08-

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

1/assets/documentos/Inic_Morena_Sen_Ricardo_Monreal_Art_17_CPEUM.pdf.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

LA PRUEBA IDÓNEA, LIBRE Y LÓGICA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

THE IDONEA, FREE AND LOGIC TEST IN THE ADVERSARIAL SYSTEM.

Jorge Yquera Ortega[1]

RESUMEN: El presente artículo de investigación nos enuncia que es la prueba, del cual nos hace referencia que necesariamente las partes en litigio deben de presentarlas en un juicio como última etapa para su desahogo y desfile probatorio; amén que con anterioridad desde su origen como evidencia o indicio, datos de prueba, medios de prueba y como prueba para sentencia, siendo un proceso dentro del Sistema penal Acusatorio y Oral en México.

El juzgador al valorarlas debe de considerar la sana crítica, la lógica, la máxima de la experiencia y poniendo todos sus conocimientos científicos, con la libertad que tiene el órgano jurisdiccional para la toma de una decisión jurisdiccional, como lo es una sentencia ya sea condenatoria o absolutoria.

Permitiendo al juzgador tener una visión a un estudio de convicción con una realidad objetiva y verosímil y por demás complejo y por eso surge la necesidad de la prueba.

Método utilizado: Analítico, lógico, empírico, deductivo cualitativo y cuantitativo.

***Palabras clave*:** Valoración de la prueba, sana crítica, máxima de la experiencia, Reglas de la lógica, conocimientos científicos.

[1] Licenciado en Derecho, Maestro en Derecho Penal y Doctorando en Derecho Penal.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

ABSTRACT: The present article of investigation states us that it is the evidence of wich it makes a reference that the parties in litigation must present them in a trial as least stage for relief and evidence parade, amen tha previously with the origin as evidence or indication, test data, means of test and test sentence, being a process inside The Adversarial System in Mexico.

The judger in assessing them must consider the healthy criticism, logic, the maximum of experiences and put all the scientific knowledge, with the freedom that the jurisdictional organ has to make a decision, as a damning sentence or acquittal.

Allowing the judger to have a vision to a conviction study with a objective reality and verosimilar and by complex arises the need for test.

***Keywords*:** Assesment of the test, sound criticism, maximun experience, logic rule, scieentific knowledge

Sumario: I. *¿Qué es idóneo?.* II. *Pruebas, su fundamento*. III. *Las pruebas en el proceso penal acusatorio.* IV. *Pruebas/medios de prueba para la teoría del caso.* V. *Valoración de las pruebas.* VI. *Sana crítica.* VII. *Reglas de la lógica.* VIII. *Conocimientos científicos.* IX. *Máximas de la experiencia.* X. *Conclusiones.* XI. *Fuentes consultadas.*

I. ¿QUÉ ES IDÓNEO?

Lo idóneo significa gramaticalmente: “que tiene buena disposición o suficiencia para una cosa. Capaz, suficiente”. [2]

[2] Diccionario Porrúa de la Lengua Española, Trigésima segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, p. 389.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Sin la prueba, los derechos subjetivos de unas personas serían simples apariencias. Más claro: De nada sirve tener un derecho, si no se puede o se sabe probar.

La prueba judicial contempla dos aspectos: a) el de la forma o procedimiento, que incluye su admisibilidad, su oportunidad, sus requisitos y su práctica, y b) el de fondo, que proporciona los principios para la valoración de los distintos medios aportados al proceso y que constituye una verdadera ciencia de la prueba, independientemente de las reglas del procedimiento. [3]

Los hechos calificados por la ley como delito, que son el objeto de la prueba penal, ya en el sistema acusatorio, se rigen por los principios de libertad probatoria y de investigación, pero ésta ya no es sólo oficial, sino además particular, al conferirle esa propia facultad no solamente al Ministerio Público, sino además a la víctima u ofendido (por sí o a través de su asesor jurídico) e incluso al imputado (por sí o a través de su defensa); por ello, la prueba penal como instrumento de acreditación de los hechos y de la investigación en sí misma, ya no es propia y exclusiva del Estado, sino también de las demás sujetos procesales que buscarán demostrar su teoría del caso.

La actividad probatoria en materia penal, como toda prueba materia de un litigio, busca producir en el ánimo del juzgador una convicción que le permita sustentar su resolución basado en un convencimiento ya no matemático o puramente científico, sino psicológico, con respecto a aquello que le fue planteado a través de la teoría del caso de los sujetos procesales. Claro está que enunciarse un concepto psicológico de convencimiento del juzgador no significa que no estemos ante una certeza objetiva, más bien se asume que el órgano jurisdiccional tenga evidencia propia de que su decisión fue tomada de manera reflexiva y apriorística.

El sistema penal acusatorio tiene como finalidades a) esclarecer los hechos, b) proteger al inocente, c) procurar que el culpable no quede impune y d) que se

[3] Beltrán Martínez, Yolanda, La idoneidad de la prueba, consultado en: file:///C:/Users/maest/OneDrive/Escritorio/LIBROS/LIBROS/SISTEMA%20ACUSATORIO/LA%20IDONEIDAD%20DE%20LA%20PRUEBA.pdf, fecha de consulta 19 de octubre del 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

repare el daño, circunstancias todas ellas que patentizan en forma ostensible una protección de derechos fundamentales para todos los sujetos procesales, que van desde la víctima u ofendido a los que deberá repararse el daño que sufrieron, hasta el imputado o acusado, de quien se procurará que no quede impune el acto que cometió, pero siempre privilegiando su calidad inicial de inocente.

No obstante, lo que nos interesa en este apartado es la primera de las finalidades; esto es, esclarecer los hechos; aspecto que pudiera no ser tan figurativo en un contexto generalizado, pero especialmente importante cuando se ingresa al terreno de la institución probatoria. [4]

Tiene que ser el acercamiento a los hechos acontecidos, no como verdad material o histórica, sino como acercamiento a lo que aconteció; esto es, no se trata de buscar en cada proceso una obtención «imposible» de la realidad exacta acontecida, pero tampoco debemos apartarnos de buscar un acercamiento a la verdad, con las evidentes limitantes que acarrean los aspectos humano y jurídico.

De lo que se trata es de que el juez pueda acercarse a los hechos tal y como efectivamente sucedieron de la manera más estrechamente posible, reconociendo expresamente sus limitaciones evidentemente. Por ello, como lo hemos sostenido, el litigante buscar probar su versión de lo acontecido, esto es, su verdad, pero no puede apartarse en forma indiscriminada de lograr influir en el juez, a fin de que éste tenga un convencimiento objetivo de lo que realmente aconteció, esto es, de tener una cercanía a la realidad ocurrida, basado en lo expuesto por las partes en su teoría del caso y sustentado con la institución probatoria. [5]

El ámbito de sus atribuciones, no está legitimado para realizar diligencias para mejor proveer; segundo, tampoco tiene facultades de investigación de lo ocurrido, ya que, como se ha expuesto, se trata de un árbitro pasivo en la contienda que sólo hace que se respeten las reglas, solicita la aclaración de algunos puntos, pero no

[4] Zeferín Hernández, Iván Aarón, “La prueba libre y lógica”, Instituto de la Judicatura Federal Escuela Judicial, noviembre de 2016, consultado en: file:///C:/Users/maest/OneDrive/Escritorio/LIBROS/LIBROS/SISTEMA%20ACUSATORIO/LA%20PRUEBA%20LIBRE%20Y%20L%C3%93GICA.pdf, fecha de consulta: 19 de octubre del 2020. pp. 17-19.
[5] *Ibidem,* p. 21.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

participa en ella como contrincante, sino como rector del juego; tercero, asumiendo el rol pasivo, no está obligado a buscar la verdad material de lo sucedido, pues como director del proceso no es su tarea llegar a una verdad histórica, ya que de considerar que ésa es su labor, estaría prácticamente maniatado para resolver el litigio, al no poder ejercer labores de investigación; cuarto, al serle impedido actuar dentro la contienda (como litigante), así como serle vedado el buscar la verdad y menos estar facultado para investigar, entonces lo que le queda es ejercer pasivamente su labor de árbitro, esto es, hacer que se cumplan las reglas procesales, ser receptor de los enunciados fácticos, captar la prueba, valorarla y, finalmente, emitir su fallo, con lo cual se cumpliría la labor de todos los sujetos procesales: las partes en demostrar la certeza de sus enunciados fácticos (o su verdad) a través de la actividad probatoria y el órgano jurisdiccional, en emitir su fallo derivado de esa propia actividad de las partes, mediante una convicción objetiva, informada y apriorísticamente obtenida de la institución probatoria que le fue producida. [6]

Se analiza que el sistema de valoración de la prueba en el sistema procesal acusatorio y oral; es libre y lógico, el cual implica conferir libertad al juzgador de apreciar el elemento de convicción y otorgarle, bajo un proceso racional y apoyándose en la experiencia y la ciencia, un determinado valor, cuya característica principal consiste en que las conclusiones a las que llegue deben derivar de un ejercicio de deducción en el que a través de los medios probatorios desahogados en la audiencia de juicio puedan sostener una conclusión racionalmente aceptable.

En principio porque en el sistema de valoración libre y lógica, atendiendo al contexto de los hechos, debe determinar con base en los criterios orientadores principios lógicos, conocimiento científicamente afianzado y máximas de la experiencia.

Ibidem, pp. 22 y 23.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

II. PRUEBAS, SU FUNDAMENTO

Artículo 20 Constitucional

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

a) De los principios generales:

> **II.** Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;
>
> **III.** Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo; [7]

Artículo 259, párrafo segundo del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Las pruebas serán valoradas por el Órgano jurisdiccional de manera libre y lógica [8]

Artículo 359 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

El Tribunal de enjuiciamiento valorará la prueba de manera libre y lógica, deberá hacer referencia en la motivación que realice, de todas las pruebas desahogadas, incluso de aquellas que se hayan desestimado, indicando las razones que se tuvieron para hacerlo. La motivación permitirá la expresión del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones contenidas en la resolución jurisdiccional. Sólo se podrá condenar al acusado si se llega a la convicción de su

[7] Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión, "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", última reforma publicada DOF 08-05-2020, consultado en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf, fecha de consulta: 19 de octubre del 2020.

[8] Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión, "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", última reforma publicada DOF 08-05-2020, consultado en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf, fecha de consulta: 19 de octubre del 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

culpabilidad más allá de toda duda razonable. En caso de duda razonable, el Tribunal de enjuiciamiento absolverá al imputado. [9]

1. Se busca contemplar la figura.
2. Se considera contemplada cuando se hace referencia específica a la forma en la que se debe valorar la prueba.
3. Se busca la mención de la valoración libre y lógica, conforme al texto constitucional.
4. Se busca también la valoración conforme a la sana crítica.
5. Se buscan finalmente los criterios de: Reglas o principios de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia. [10]

Esta circunstancia, por demás novedosa en nuestra Constitución, brinda las directrices que deberán seguir todas las legislaciones relacionadas con el sistema penal acusatorio y también los aspectos jurisprudenciales y doctrinales, al darle esa connotación a la prueba, tal como también lo reproduce el numeral 259 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en su último párrafo:

"Para efectos del dictado de la sentencia definitiva, sólo serán valoradas aquellas pruebas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, salvo las excepciones previstas en este Código." [11]

Artículo 265 del Código Nacional de Procedimientos Penales

El Órgano jurisdiccional asignará libremente el valor correspondiente a cada uno de los datos y pruebas, de manera libre y lógica, debiendo justificar adecuadamente

[9] Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión, "Código Nacional de Procedimientos Penales", última reforma publicada DOF 22-01-2020, consultado en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_220120.pdf, fecha de consulta: 19 de octubre del 2020.

[10] Romero Guerra, Anapamela, Medina Flores, Laura Elizabeth y García González, Rosa Daniela, "Las pruebas en el Sistema de Justicia Penal Acusatorio", Secretaria de Gobernación, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, consultado en: file:///C:/Users/maest/OneDrive/Escritorio/LIBROS/LIBROS/SISTEMA%20ACUSATORIO/LAS%20PRUEBAS%20EN%20EL%20SISTEMA%20DE%20JUSTICIA%20PENAL%20ACUSATORIO.pdf, fecha de consulta: 19 de octubre del 2020. p. 398.

[11] Op cit, "La prueba Libre y Lógica", p. 46.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

el valor otorgado a las pruebas y explicará y justificará su valoración con base en la apreciación conjunta, integral y armónica de todos los elementos probatorios. [12]

Artículo 402 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

El Tribunal de enjuiciamiento apreciará la prueba según su libre convicción extraída de la totalidad del debate, de manera libre y lógica; sólo serán valorables y sometidos a la crítica racional, los medios de prueba obtenidos lícitamente e incorporados al debate conforme a las disposiciones de este Código.

En la sentencia, el Tribunal de enjuiciamiento deberá hacerse cargo en su motivación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. Esta motivación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

Nadie podrá ser condenado, sino cuando el Tribunal que lo juzgue adquiera la convicción más allá de toda duda razonable, de que el acusado es responsable de la comisión del hecho por el que siguió el juicio. La duda siempre favorece al acusado.

No se podrá condenar a una persona con el sólo mérito de su propia declaración.[13]

III. LAS PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

a) Prueba superveniente

[12] Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión, “Código Nacional de Procedimientos Penales”, última reforma publicada DOF 22-01-2020, consultado en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_220120.pdf, fecha de consulta: 19 de octubre del 2020.

[13] Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión, “Código Nacional de Procedimientos Penales”, última reforma publicada DOF 22-01-2020, consultado en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_220120.pdf, fecha de consulta: 19 de octubre del 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Imaginemos que estamos ante un caso donde han sido depurados los medios de prueba y están enunciados en el auto de apertura de juicio oral. Posteriormente, se presentan las partes en la audiencia de juicio oral para el desahogo de estos medios de prueba y que causen así convicción para convertirse en pruebas. Durante el interrogatorio y contrainterrogatorio, un testigo proporciona información sobre una prueba que no se conocía; por ejemplo, indica que hubo un arma y que sabe dónde se encuentra, ¿podría solicitar alguna de las partes introducir el arma como prueba superveniente?

Siguiendo el ejemplo anterior, y también en el juicio oral, ¿qué sucedería si las partes se percataran, ya en audiencia, de que una testigo relevante para el caso y que estaba en coma previamente a la celebración del juicio oral —por lo que no está contemplada como prueba testimonial en el auto de apertura de juicio oral—, se encuentra ahora lúcida para poder declarar?

De manera excepcional y para poder aplicar a cabalidad los principios rectores, enfatizándose la igualdad entre las partes y la contradicción, se permite la introducción de la prueba superveniente.

La prueba superveniente permite que ante el Tribunal correspondiente se reciban las pruebas sobre hechos supervenientes o pruebas que no fueron ofrecidas de manera oportuna por alguna de las partes, con la justificación de que no se sabía de su existencia.

También, el Tribunal podrá dar la autorización para presentar nuevas pruebas, cuando al rendir algún elemento probatorio se sugiera una controversia relacionada con su veracidad, autenticidad o integridad de la misma.

“La prueba superveniente constituye la oportunidad excepcional que tienen las partes de ofrecer medios de prueba indispensables ante el Tribunal de Enjuiciamiento, cuando producto del desahogo en audiencia, se conocen hechos nuevos (supervenientes) y es necesario sobre éstos, ofrecer medio/medios de prueba y también, cuando surge en esta etapa de juicio oral, alguna controversia producto de la veracidad, autenticidad o integridad de medios de prueba admitidos previamente”

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

En alguna experiencia nacional también se ha identificado a la prueba superveniente de la siguiente manera:

Prueba superveniente:

a grosso modo

Prueba superveniente en estricto derecho:

A partir del desahogo de medios de prueba en audiencia de juicio oral se desprenden hechos nuevos por lo que se justifica excepcionalmente ofrecer medios de prueba para análisis de estos hechos nuevos/supervenientes.

Prueba sobre prueba:

Cuando de los medios de prueba admitidos en etapa intermedia surge controversia en etapa de juicio oral sobre su veracidad, autenticidad o integridad y es necesario para su esclarecimiento, el ofrecimiento de medios de prueba. En este caso, aún admitidos éstos, no se deben valorar de manera independiente por los jueces, esto es, su desahogo apoya o controvierte únicamente la credibilidad del medio de prueba que admitido previamente causó esta controversia. [14]

b) Prueba anticipada

Se permite ofrecer y desahogar anticipadamente una prueba cuando, por ejemplo, se le dice al testigo —después de declarar ante el Ministerio Público—, que tiene la obligación de comparecer y declarar durante la audiencia de juicio oral —y de comunicar cualquier cambio de domicilio o de morada—, y el testigo expresa que hay imposibilidad de que comparezca a dicha audiencia por cuestiones como: tener que ausentarse a larga distancia, vivir en el extranjero, que haya motivos por los que se tema su muerte o exista incapacidad física o mental que le impida declarar en la audiencia de juicio oral. En este caso, las partes podrán solicitar al

[14] González Obregón, Diana Cristal, “Manual Práctico del Juicio Oral”, Editorial Tridant lo blanch, Cuarta Edición, 2016, consultado en: file:///C:/Users/maest/OneDrive/Escritorio/DOCTORADO/9%20JUICIO%20ORAL/Manual%20Pra%CC%81ctico%20del%20Juicio%20Oral%20Cuarta%20edicio%CC%81n%20(2).pdf, fecha de consulta 19 de octubre de 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Juez de Garantía, o en su caso, al Tribunal de juicio oral, que se reciba su declaración anticipadamente. Esta solicitud se podrá hacer desde que se presenta la denuncia y hasta antes que se lleve a cabo la citada audiencia. También se considera prueba anticipada los registros donde consten las declaraciones de coimputados que contengan testimonios de hechos atribuibles a un tercero o a un coimputado.

Si el juez autoriza el anticipo de prueba, entonces citará a todas las personas que tengan derecho a asistir a la audiencia de juicio oral. Éstas tendrán todas las facultades previstas para su participación en el mismo. La audiencia en la que se desahogue la prueba anticipada deberá ser grabada por completo en un video y, cuando se termine el desahogo, se le entregará al Ministerio Público el disco compacto en el que conste la grabación y se darán copias del mismo a quien lo solicite, siempre que esté legitimado para ello. Ahora bien, es importante aclarar que si el obstáculo que dio origen al anticipo de prueba ya no existe para la fecha de la celebración de la audiencia de juicio oral, la persona deberá concurrir a prestar de nuevo su declaración, pero ahora en la audiencia de juicio oral.

El objetivo de la prueba anticipada es que no se pierda y pueda ser considerada para el juicio oral, es por eso que de manera excepcional se permite. Sin embargo, se privilegian en todo momento la oralidad, la inmediación y la contradicción, entre otros principios rectores, por lo que si para la fecha de la audiencia de juicio oral ya no hay obstáculo, aun desahogada la prueba anticipadamente, deberá presentarse nuevamente en el juicio.

En el nuevo sistema de impartición de justicia no hay prueba tasada sino libertad probatoria. No obstante, se requiere que los medios de prueba sean obtenidos e incorporados de manera lícita para ser admitidos en el proceso penal acusatorio. [15]

[15] *Ibidem.*

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

c) Prueba testimonial

Se refiere al testimonio de las personas a las que les constan los hechos que son materia del caso correspondiente. La prueba testimonial es primordial en el sistema acusatorio porque en éste se establece que, generalmente, las pruebas se desahogan hasta la etapa del juicio oral, ante jueces diferentes a los que estuvieron presidiendo las audiencias en etapas anteriores al mismo. Es por esta razón, que por primera vez y ante el Tribunal oral, las partes desahogan sus pruebas en una audiencia transparente, pública y de manera oral, aplicándose también en ella todos los principios rectores del sistema acusatorio.

d) Prueba pericial (testigos expertos)

La prueba pericial es muy importante en el sistema acusatorio. Los peritos, a diferencia de un testigo ocular, por regla general pueden especular, ya que su propia experiencia y especialización en la materia sobre la cual hacen una especulación se lo permite. Los peritos son cruciales en la investigación que dirige el Ministerio Público y en la práctica tienen mucha credibilidad en un juicio oral por ser expertos, razón por la que la contraparte debe asesorarse también de un experto en la preparación de su contrainterrogatorio a fin de poder controvertir de manera adecuada la prueba pericial ofrecida y desahogada por la otra parte.

e) Prueba documental

“Como documento es considerado aquel elemento en el cual se ha grabado, escrito o estampado una expresión o un hecho mediante signos convencionales. Todo documento que contenga información de la naturaleza que sea y que sirva en un momento dado para conocer la verdad procesal que buscamos, deberá ser incorporado a un proceso penal.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

En el sistema acusatorio es importante aclarar que, al existir la argumentación oral, las partes deben cumplir un protocolo particular para poder introducir un documento en la audiencia de juicio oral.

f) Otros medios de prueba

Además de los medios de prueba establecidos en la ley, se pueden utilizar otros distintos siempre que no supriman garantías ni facultades de las personas, ni que afecten el sistema institucional.

Las comunicaciones privadas podrán ser utilizadas como medios de prueba, cuando sean aportadas de manera voluntaria por alguno de los particulares que participen en éstas. Lo anterior también lo encontramos en el Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; es una excepción a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, cuando éstas son aportadas de manera voluntaria por alguno de los particulares que participaron en ellas.

Nuestro Código Nacional contempla la posibilidad de utilizar otras pruebas además de las establecidas en el Código Nacional mientras no se vulneren derechos fundamentales y se sigan las reglas y técnicas de litigación permitidas para su obtención e inclusión en el procedimiento penal.

g) Protocolo para introducir o incorporar pruebas en un juicio

Es tan importante la oralidad y la inmediación para la credibilidad, que para introducir en el juicio oral cualquier medio de prueba documental y material, es necesario hacerlo por medio del testimonio de la fuente de la prueba, a fin de que ésta “hable” a través de su fuente. Si el Ministerio Público desea que exista credibilidad y confiabilidad por parte del Tribunal sobre una pistola, por ejemplo, que se encontró en el lugar de los hechos y en la cual se encontraron huellas dactilares del imputado, entonces puede traer a aquel testigo, perito o a la propia víctima para que den su testimonio, no sólo sobre lo que vieron en el día y lugar de los hechos,

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

sino también para que mediante sus testimonios el Ministerio Público pueda introducir el objeto, que en este ejemplo sería la pistola, y así, a través de los testigos (si es que ellos pueden reconocer el objeto) hacer que la pistola "hable". Solo se necesita incorporar el medio de prueba a través de una sola persona o fuente. Ya incorporado el medio de prueba, como prueba, podrá ser utilizado con otras personas que declaren en audiencia, si así es la estrategia de las partes.

Nuestro Código Nacional de Procedimientos Penales hace referencia también a la incorporación de medios de prueba. Se analizó en su creación, entre otros temas trascendentales, que, en la práctica, muchas veces se llevaba a cabo la incorporación de documentos privados u objetos son haberlos acreditado, violándose derechos e incumpliéndose disposiciones legales en materia probatoria, tampoco se respetaban los principios rectores. Así, se consideró conveniente incluir como requisito de incorporación de medios de prueba, el que exista primero una ACREDITACIÓN y luego se permita entonces UNA INCORPORACIÓN. Desde el diseño legislativo en nuestro Código Nacional, esto constituye un gran logro en beneficio del desahogo probatorio para las partes y para el adecuado esclarecimiento de los hechos.

h) La exclusión de los medios de prueba

Ahora bien, se debe atender a los casos de nulidad, saneamiento y convalidación de ser necesario y de acuerdo a lo que señala nuestro Código Nacional de Procedimientos Penales, asimismo se debe atender al espíritu y formas de avance del nuevo esquema de justicia penal, toda vez que se tienen que analizar estas materias de acuerdo al caso o acto en particular. Esto es, por ejemplo; no se puede pedir la nulidad en general de todos los medios de prueba de la contraparte cuando únicamente se está debatiendo ante el tribunal la posible nulidad de uno de ellos y ante el acto en concreto ante el juez.

En el avance de la investigación dentro del procedimiento penal se observan constantes "filtros" para evitar que medios de prueba que no cumplen los requisitos

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

establecidos en la ley sean valoradas por los jueces. La exclusión probatoria es importante para evitar que este tipo de medios de prueba sean base de las resoluciones que emiten los jueces.

Existen reglas de exclusión, que de manera general, importante e innovadora se incluyen en nuestro Código Nacional de Procedimientos Penales. Estas se especifican en el análisis de la etapa intermedia:

Se excluyen los medios de prueba ofrecidos: [16]

I. Cuando el medio de prueba se ofrezca para generar efectos dilatorios, en virtud de ser:

a) Sobreabundante: por referirse a diversos medios de prueba del mismo tipo, testimonial o documental, que acrediten lo mismo, ya superado, en reiteradas ocasiones;

b) Impertinentes: por no referirse a los hechos controvertidos, o

c) Innecesarias: por referirse a hechos públicos, notorios o incontrovertidos; II. Por haberse obtenido con violación a derechos fundamentales;

III. Por haber sido declaradas nulas, o

IV. Por ser aquellas que contravengan las disposiciones señaladas en este Código para su desahogo.

En el caso de que el Juez estime que el medio de prueba sea sobreabundante, dispondrá que la parte que la ofrezca reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar los mismos hechos o circunstancias con la materia que se someterá a juicio.

Asimismo, en los casos de delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, el Juez excluirá la prueba que pretenda rendirse

[16] González Obregón, Diana Cristal, "Manual Práctico del Juicio Oral", Editorial Tridant lo blanch, Cuarta Edición, 2016, consultado en: file:///C:/Users/maest/OneDrive/Escritorio/DOCTORADO/9%20JUICIO%20ORAL/Manual%20Pra%CC%81ctico%20del%20Juicio%20Oral%20Cuarta%20edicio%CC%81n%20(2).pdf, fecha de consulta 19 de octubre de 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima. La decisión del Juez de control de exclusión de medios de prueba es apelable. [17]

IV. PRUEBAS/MEDIOS DE PRUEBA PARA LA TEORÍA DEL CASO

Cuando decidimos trabajar en un caso, tenemos que pensar en nuestra estrategia. Es como si tuviéramos un rompecabezas sin armar, en el que cada pieza representa ya sea, una prueba, un hecho, un elemento jurídico, un escenario, una persona involucrada, etc., y es nuestra labor ir armando este rompecabezas para darle forma.

Cada proposición fáctica que tengamos y que satisfaga un elemento legal de nuestra teoría del caso debe ser probada. “La construcción precisa y clara de la proposición fáctica determina la prueba que vamos a necesitar”.

Así como las proposiciones fácticas deben ser evaluadas, de igual manera sucede con las pruebas, para ver qué tanto nos ayudan en el caso específico. El test que aplicamos es el de la credibilidad. “La libre valoración de la prueba propia de los sistemas acusatorios en los que se desenvuelve el juicio oral conforma toda una estructura de razonamiento en lo que hace a la credibilidad de la prueba”.

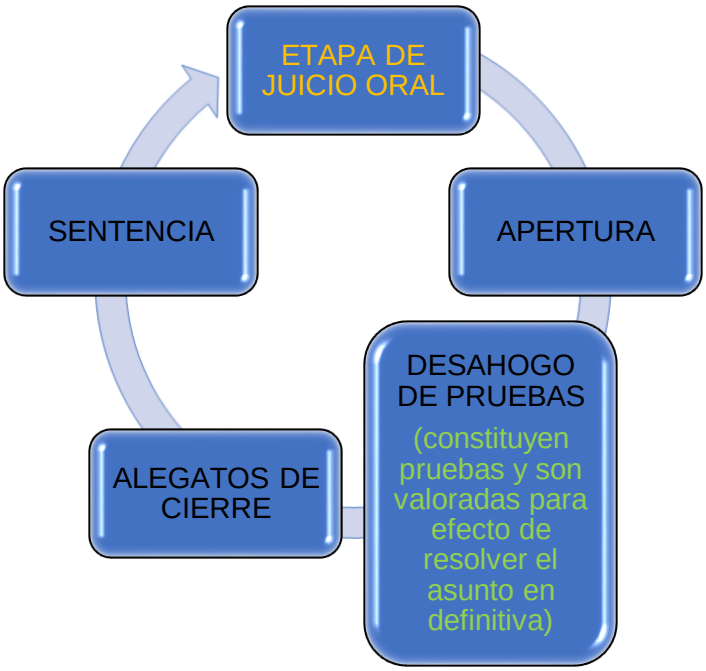
Los medios de prueba que sustenten las respectivas teorías del caso de las partes deben estar relacionados con los hechos y el fundamento jurídico. No sirve de nada tener una buena historia de los hechos y un fundamento jurídico completo y bien explicado, si éstos no se relacionan con medios de pruebas que puedan apoyarlos.

Finalmente, cabe mencionar que no se trata de tener muchos medios de prueba para ganar un caso; éstos pueden ser muchos, pero no apoyar los hechos y el fundamento jurídico contemplados por el abogado. Se debe ser selectivo en

[17] Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión, “Código Nacional de Procedimientos Penales”, última reforma publicada DOF 22-01-2020, consultado en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_220120.pdf, fecha de consulta: 19 de octubre del 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

materia probatoria y sólo incluir aquellos que tienen más fortalezas que debilidades y que sean realmente necesarios. [18]



FUENTE: Elaboración propia

V. VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

La valoración es la actividad jurisdiccional consistente en asignar un valor a las pruebas que se desahogaron en juicio para efectos de la sentencia. Es la forma en la que el órgano jurisdiccional da por acreditados o no los hechos materia del juicio, conforme a las pruebas que se presentaron.

En el sistema penal acusatorio impera la libre valoración de las pruebas, bajo el sistema de la sana crítica.

[18] Op cit, "Manual Práctico del Juicio Oral".

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

VI. SANA CRÍTICA

La sana crítica es un sistema de valoración libre de la prueba en el que el órgano jurisdiccional no se encuentra sujeto a reglas rígidas que le asignan un valor predeterminado a las pruebas, pero tampoco tiene una libertad total que significaría una decisión basada únicamente en su íntima convicción o en los dictados de su conciencia.

La sana crítica ha sido definida como “las reglas del correcto entendimiento humano”.

Este sistema de valoración implica que no se deben contradecir las reglas o principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

VII. REGLAS DE LA LÓGICA

Las reglas de la lógica constituyen un límite a la libertad de apreciación de las pruebas por parte del órgano jurisdiccional, esto debido a que tiene que respetar las leyes del pensamiento al momento de valorar las pruebas, por lo que un error de logicidad puede provocar un recurso que tienda a atacar la motivación del juez al momento de analizar las pruebas.

a) Principio de identidad

Se enuncia de la siguiente forma: “Todo objeto de conocimiento jurídico es idéntico a sí mismo.” En otras palabras “una cosa es lo que es”; esta ley del pensamiento exige que todo concepto y todo juicio debe ser idéntico a sí mismo y no se puede cambiar un concepto por otro, ya que se corre el riesgo de cometer un error lógico.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

b) Principio de no contradicción

Significa que: "Una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto". De acuerdo con esta regla si en dos juicios enunciativos, uno afirma y el otro niega la conveniencia de tal o cual determinación, relativo al mismo objeto-sujeto, en iguales condiciones de espacio y tiempo, estos juicios son contradictorios, y por tanto, no es posible que los dos sean verdaderos.

VII. CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS

En la importancia de la valoración de las pruebas, un referente obligado es la correcta apreciación de los conocimientos científicos. Esto significa que el órgano jurisdiccional no puede otorgar valor alguno a aquellas pruebas que manifiestamente contradigan el conocimiento vigente aprobado y reconocido por alguna ciencia.

VIII. MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA

Las máximas de la experiencia son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos.

Responden al esquema de la inducción generalizadora, de las generalizaciones empíricas, y, en consecuencia, producen únicamente conocimiento probable. Esto no le priva de valor en la experiencia procesal, al contrario, permite atribuirle el que le corresponde como criterio de orientación en la valoración, no como juicio confirmativo de los hechos. [19]

[19] Op cit., "Las pruebas en el Sistema de Justicia Penal Acusatorio" pp. 19-21.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

IX. CONCLUSIONES

La prueba en el sistema Penal Acusatorio y Oral, su valoración tiene varias relaciones, dependiendo en el Estado procesal en que se encuentre desde su inicio como evidencia o indicio, dato de prueba, medio de prueba o como prueba por si mismo; Para su perfeccionamiento se incorpora desde su anuncio, descubrimiento, ofrecimiento, admisión, exclusión, desahogo y por supuesto su valoración y sus respectivas excepciones; por lo que esta apreciación es única en nuestro sistema penal mexicano y solamente el órgano jurisdiccional tiene la argumentación final tanto material como históricamente para su sentencia o resolución como lo establece el pacto federal.

El sistema de valoración bajo las reglas de la lógica, la sana crítica y las máximas de la experiencia, apoyadas en los conocimientos científicos exige una nueva concepción de los jueces del sistema procesal penal acusatorio; es verdad que en el 2011 hubo una reforma en materia de Derechos Humanos, marcando una nueva reflexión en la interpretación de las normas, no solo en nuestro país, sino aquellas relacionadas con protección de los Derechos Humanos en el ámbito internacional.

Los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación que dispone el proceso penal, y el Código Nacional de Procedimientos Penales establece otro principio como lo es la presunción de inocencia, incluido por supuesto el tema probatorio.

En las salas de audiencia como práctica procesal, se reflejan las reglas a efecto de llevar a cabo la teoría del caso, la investigación inicial y complementaria, la vinculación a proceso, el debate de medidas cautelares, plazo de cierre de investigación, la audiencia intermedia y las implicaciones técnicas de la misma; incluso la etapa de juicio oral, las salidas alternas, el procedimiento abreviado; sin embargo, los conceptos de dato de prueba, medio de prueba y prueba, autenticación e incorporación de los medios de prueba, las técnicas de litigación para presentar las pruebas, los interrogatorios, contrainterrogatorios y objeciones;

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

todos ellos sin duda no demerita la presentación de la teoría del caso tanto del Ministerio Público y de la defensa técnica u oficial; siendo que estas pruebas también la considera el Asesor Jurídico de la víctima o ofendido del delito.

X. FUENTES CONSULTADAS

Bibliografía

Beltrán Martínez, Yolanda, La idoneidad de la prueba. Publicación.

González Obregón, Diana Cristal, "Manual Práctico del Juicio Oral", Editorial Tirant lo Blanch, Cuarta Edición, 2016.

Romero Guerra, Ana Pamela, Medina Flores, Laura Elizabeth y García González, Rosa Daniela, "Las pruebas en el Sistema de Justicia Penal Acusatorio", Secretaria de Gobernación, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal.

Zeferín Hernández, Iván Aarón, "La prueba libre y lógica", Instituto de la Judicatura Federal Escuela Judicial, noviembre de 2016.

Diccionarios

Diccionario Porrúa de la Lengua Española, Trigésima segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, p. 389.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Nacional de Procedimientos Penales

Direcciones Electrónicas

file:///C:/Users/maest/OneDrive/Escritorio/LIBROS/LIBROS/SISTEMA%20ACUSATORIO/LA%20IDONEIDAD%20DE%20LA%20PRUEBA.pdf.

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf.

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_220120.pdf.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

file:///C:/Users/maest/OneDrive/Escritorio/DOCTORADO/9%20JUICIO%20ORAL/Manual%20Pra%CC%81ctico%20del%20Juicio%20Oral%20Cuarta%20edicio%CC%81n%20(2).pdf.

file:///C:/Users/maest/OneDrive/Escritorio/LIBROS/LIBROS/SISTEMA%20ACUSATORIO/LAS%20PRUEBAS%20EN%20EL%20SISTEMA%20DE%20JUSTICIA%20PENAL%20ACUSATORIO.

file:///C:/Users/maest/OneDrive/Escritorio/LIBROS/LIBROS/SISTEMA%20ª CUSATORIO/LA%20PRUEBA%20LIBRE%20Y%20L%C3%93GICA.pdf.

Revista Especializada

La prueba en el Sistema Procesal Penal Acusatorio, Revista Digital de la Reforma Penal, Nova Iustitia, año V, número 19, mayo 2017.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

PUBLICACIÓN DE SENTENCIAS EN FORMATO DE LECTURA FÁCIL CONSIDERANDO EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

LEGAL USE OF AN EASY-TO-READ FORMAT RESOLUTION

Manuel Alejandro Calcáneo Hernández[1]
Paola Montserrat Tapia Moreno[2]

RESUMEN: La publicación de sentencias el formato de lectura fácil es un modelo de la resolución judicial que busca garantizar la participación de la comunidad infantil en los procesos judiciales que vulneren su esfera jurídica. Este formato aplicable a la sentencia tradicional encuentra su fundamento en nuestra constitución y leyes que aseguran el acceso a la información y protección de los derechos humanos de todos los niños

En el presente artículo abordaremos de manera descriptiva los antecedentes históricos de este formato de lectura, por otro lado observaremos las principales acciones que ha venido impulsando el poder judicial para asegurar el acceso a la tutela judicial efectiva de todos los grupos vulnerables, enfocándonos principalmente en los menores de edad.

En este orden de ideas, podremos vislumbrar la evolución que han tenido las tecnologías de la información aplicadas en nuestro sistema jurídico a partir de la reforma constitucional del año 2011, ya que junto con los derechos humanos de cuarta generación sirven como elementos fundamentales para la elaboración de este formato de sentencias.

Con base en lo anterior, el presente artículo propone que nuestras autoridades judiciales consideren incluir en sus resoluciones un formato distinto a la resolución tradicional, con una tipografía clara, con párrafos

[1] Estudiante de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.
[2] Estudiante de la Licenciatura en Derecho de la Universidad Interamericana UNIT.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

cortos y sencillos que atiendan al principio de congruencia y exhaustividad de las sentencias al tratarse de procesos judiciales donde intervengan menores de edad.

Palabras clave: Interés Superior del Menor, Derechos Humanos de Cuarta Generación, Grupos Vulnerables, Tutela Judicial Efectiva.

ABSTRACT: The easy-to-read format is a model of the judicial decision that seeks to guarantee the participation of the child community in judicial processes that violate their legal sphere. This format applicable to the traditional sentence finds its foundation in our constitution and laws that ensure access to information and protection of human rights of all children.

In this article we will describe the historical background of this reading format, and we will also look at the main actions that the judiciary has been taking to ensure access to effective judicial protection for all vulnerable groups, focusing mainly on minors.

In this order of ideas, we will be able to glimpse the evolution that information technologies applied in our legal system have had since the constitutional reform of 2011, since together with the fourth generation human rights they serve as fundamental elements for the elaboration of this format of judgments.

Based on the foregoing, this article proposes that our judicial authorities consider including in their resolutions a different format from the traditional resolution, with a clear typography, with short and simple paragraphs that meet the principle of consistency and completeness of the judgments when dealing with judicial proceedings involving minors.

Keywords: Judgment, Vulnerable groups, Fourth generation Human Rights, Effective Judicial Protection

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Sumario: I. *Derechos humanos y tecnologias de cuarta generación*. II. *Marco conceptual de la sentencia*. III. *Antecedentes históricos y marco constitucional.* IV. *Ámbito nacional e internacional de las sentencias en formato de lectura fácil.* V. *Conclusiones.*

I. DERECHOS HUMANOS Y TECNOLOGIAS DE CUARTA GENERACIÓN

Un criterio innovador al momento de emitir resoluciones en el sistema jurídico mexicano se da en la publicación de sentencias en formato de lectura fácil, este modelo diferente a la sentencia tradicional ha alcanzado una importante relevancia jurídica en nuestro país ya que obedece al fundamento constitucional de otorgar una protección adecuada para salvaguardar los derechos y las condiciones de igualdad de todos los grupos vulnerables, principalmente cuando se trate de niñas, niños y adolescentes.

Recordemos que con la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011, los tratados internacionales alcanzaron el mismo nivel jerárquico que nuestra constitución, lo cual supuso un cambio de paradigma judicial, al grado que la Convención Sobre los Derechos del Niño[3] aprobada por la Organización de las Naciones Unidas obtuvo un carácter vinculante para la defensa de los derechos de los niños.

Para el estado mexicano son de gran importancia los menores de edad, ya que representan el presente y futuro de nuestro país y por el hecho de que pertenecen a un grupo vulnerable. En esta línea de ideas el cambio de época judicial y las modificaciones a los controles constitucionales “fueron uno de los cambios constitucionales más importantes de nuestra historia nacional en los más de doscientos años de nuestra vida independiente en materia de derechos humanos”.[4]

[3] Organización de las Naciones Unidas, Convención Sobre los Derechos de los Niños. Estados Unidos de América, 1989.
[4] Cossío Díaz, José Ramón, Derechos Humanos, Apuntes y Reflexiones. El Colegio Nacional, México, 2017, p. 32.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Con el cambio de paradigma constitucional, las tecnologías de la información evolucionaron exponencialmente de tal manera que ahora son frecuentemente utilizadas por todos los órganos judiciales de nuestro país, ya que algo tan cotidiano como el uso del celular, cuenta con un sistema y serie de interfaces tan intuitivas que inclusive un menor de edad puede hacer de su uso.

A partir de la evolución de dichas tecnologías, hubo un avance en cuanto a los derechos humanos de cuarta generación, mismos que "son aquellos de reciente surgimiento, que aún no tienen plena aceptación y cuyo origen se encuentra en el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información vinculadas a la revolución de las telecomunicaciones."[5]

Los derechos humanos de cuarta generación que buscan la protección de todos los menores de edad en el estado mexicano se encuentran establecidos en el Artículo 13 de la Ley General de Niñas, Niños y Adolescentes[6].

Siendo estos derechos los siguientes:

- Derecho a la libertad de expresión
- Derecho a la participación
- Derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso

Otros derechos que integran esta cuarta generación de derechos humanos, son el derecho de acceso a las tecnologías de la información y el fomento al flujo e intercambio de información, por lo que debe advertirse que con los derechos comentados anteriormente y en un avance del principio de progresividad de los derechos humanos, con la publicación de sentencias en formato de lectura fácil las autoridades judiciales de nuestro país atenderían al principio del interés superior del menor y del acceso a la justicia en condiciones de igualdad cuando se trate de menores de edad.

[5] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Derechos Humanos: Parte General. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013 p. 57.
[6] Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Diario Oficial de la Federación, 4 de diciembre de 2014.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

II. MARCO CONCEPTUAL DE LA SENTENCIA

La palabra sentencia proviene del latín *sentetia*, que significa máxima, pensamiento corto, decisión. "Es la resolución que se pronuncia por un Juez o Tribunal para resolver el fondo de un litigio o controversia, lo que significa la terminación del proceso."[7]

El juez por medio de esta, debe dar respuesta a las cuestiones que las demás partes del proceso han planteado, mediante argumentos y razones que se someten previamente a su consideración. Si bien el sentido jurídico es un requisito indispensable para la toma de una decisión judicial, al emitir una resolución se debe considerar la condición de vulnerabilidad de las partes al tratarse de su condición social.

Partes de la Sentencia:

- Operadores Jurídicos (Federales, Locales, Extranjeros)
- Sociedad en General (Profesores, Estudiantes, Ciudadanía)

Con la entrada en vigor de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[8], en el año de 2008 nuestro país contrajo la obligación de hacer las modificaciones necesarias para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

De esta manera, las sentencias en formato de lectura fácil corresponden a ajustes razonables que se deben de utilizar en procesos que involucren a personas con discapacidad y menores de edad. Este tipo de resoluciones obedecen a un modelo social que considera que el lenguaje especializado de las sentencias crea barreras que inhabilitan a las personas con discapacidad a tener una plena participación en la sociedad.

[7] Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1984, Tomo VII.
[8] Artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ONU. Diario Oficial de la Federación, 02 de Mayo de 2008.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Características de estas Sentencias.

- Deben de ser en un formato dirigido a personas con dificultades para leer, personas con discapacidad intelectual o menores de edad.
- Tienen como objetivo facilitar su lectura
- Utilizan un lenguaje sencillo y directo
- El formato se adecúa a la edad

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y MARCO CONSTITUCIONAL

La primera sentencia en ser redactada bajo el formato de lectura fácil en nuestro ordenamiento jurídico, fue publicada por la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea en el amparo en revisión 159/2013.[9]

Este precedente constitucional garantizó el derecho humano de acceso a la justicia en condiciones de igualdad en todas sus dimensiones, así como subraya la obligación que tiene el estado mexicano de otorgar un acceso efectivo a los procedimientos jurisdiccionales para todos los individuos.

En esta resolución podemos destacar los protocolos de actuación que ha implementado nuestro máximo tribunal constitucional para la impartición de justicia hacia los distintos grupos vulnerables, ya que con fundamento en las convenciones que salvaguardan el interés superior del menor, podemos advertir que con la publicación de sentencias en formato de lectura fácil se busca acortar la brecha de desigualdad que viven actualmente los grupos vulnerables.

De esta manera, podemos observar que nuestro sistema jurídico ya cuenta con las herramientas necesarias para la implementación y difusión de las sentencias en formato de lectura fácil cuando se trate de grupos vulnerables y menores de edad que estén en una situación de vulnerabilidad frente al estado mexicano.

[9] Amparo en Revisión 159/2013, Modelo Social de Discapacidad. Directrices para la Interpretación del Estado de Interdicción en el Distrito Federal (actualmente Ciudad de México). Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Razón por la cual, al ser la sentencia la forma de terminación de un proceso jurídico, los niños deberían de entender el contenido de esta cuando se hable de temas inherentes al interés superior del menor, de esta forma se ayudaría al cumplimiento de los derechos otorgados en la Convención Sobre los Derechos del Niño, en la Ley General de Niñas, Niños y Adolescentes y cualquier otra normativa aplicable para los menores de edad.

Tomando en cuenta la progresividad de los derechos humanos, las autoridades judiciales deben de ocupar un lenguaje sin estereotipos que respeten la dignidad de las personas, ya que "existen sentencias de la corte que han impactado en la vida de personas en situaciones de vulnerabilidad y que buscan modificar la calidad de vida de estas personas para lograr el objetivo de igualdad."[10]

A pesar de que el acceso a la tutela judicial efectiva se encuentra garantizado por el artículo 17° constitucional y que la prohibición ante cualquier tipo de discriminación está prevista conforme a lo señalado en el artículo 1° de la constitución[11], no es suficiente con que los menores de edad tengan conocimiento de la existencia de sentencias que vulneren su esfera jurídica, sino que es un deber de los órganos jurisdiccionales utilizar formatos de lectura fácil para que los niños puedan comprender lo resuelto.

IV. ÁMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL DE LAS SENTENCIAS EN FORMATO DE LECTURA FÁCIL

Con la publicación de sentencias en formato de lectura fácil, el Poder Judicial Federal ha mejorado el entorno y la vida de las niñas, niños y adolescentes de nuestro territorio, ya que sus criterios de resolución judicial han logrado eliminar gradualmente los diferentes estereotipos de discriminación, barreras sociales y

[10] Laynez Potisek, Javier, XII Encuentro Universitario del Poder Judicial de la Federación. México, 2020.
[11] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, 15 de mayo de 2019.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

materiales que impedían a los afectados entender de manera clara y concisa los procesos legales que vulneraban su esfera jurídica.

Podemos destacar la sentencia del amparo en revisión 108/2019[12], donde los Magistrados del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, resolvieron que una escuela que imparte la educación básica en nuestro país, era considerada como autoridad responsable para efectos del proceso jurisdiccional donde se señalaba que la reducción del horario de clases para una menor con autismo resultaba inconstitucional, por estar basado en simples estereotipos que afectaban su derecho a la educación.

Un claro ejemplo del uso de sentencias en formato de lectura fácil, se suscitó recientemente en el estado de Aguascalientes, donde en el juicio de amparo 364/2020-I[13] la resolución del Juzgado Sexto de Distrito obligo a las autoridades del Instituto Mexicano del Seguro Social a brindar todas las facilidades para que un menor de edad pudiera tener de nueva cuenta los medicamentos para su tratamiento, siendo uno de los puntos más destacados de esta resolución el uso del formato utilizado por la Juez Sonia Hernández Orozco, que de forma práctica y sencilla explico la resolución al menor de siete años de edad.

La importancia de estas resoluciones radica en que el Poder Judicial Federal se ha convertido en una institución vanguardista, donde sus fallos no se limitan únicamente a la inclusión de individuos en sus derechos fundamentales, sino que buscan eliminar todas las brechas de discriminación y de desigualdad social que se suscitan en nuestra sociedad.

Otros países también han comenzado a implementar este formato en sus resoluciones, tal es el caso del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, donde el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Número 1 de Oviedo en la sentencia 00020/2019[14] fue pionero al poner a la disposición de una persona afectada por una

[12] Amparo en revisión 108/2019, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.
[13] Juicio de Amparo 364/2020-1 Juzgado Sexto de Distrito en el Estado de Aguascalientes.
[14] Sentencia 00020/2019 Juzgado de lo Contencioso Administrativo Número 1, Juzgados de Familia de Oviedo, Asturias. Consultado en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

discapacidad cognitiva, una versión de la sentencia en formato de lectura fácil, lo que le ha permitido comprender el sentido de la resolución en el juicio donde se le anulo una sanción de tráfico por haberse tratado de una usurpación de identidad en la titularidad de un vehículo.

Actualmente se está en la espera de que el gobierno español finalice los trámites administrativos para la puesta en marcha del servicio de adaptación de sentencias a formato de lectura fácil, ya que estas permitirán que las sentencias tengan una versión en formato accesible para personas con discapacidad intelectual.

V. CONCLUSIONES

Una gran problemática a la que se enfrentan los menores de edad al formar parte de procesos judiciales, radica en el uso de los tecnicismos y del lenguaje jurídico que se emplea en estos, las personas encargadas de impartir justicia no deben olvidar que la emisión de una sentencia es una forma de reparación cuando existen violaciones a los derechos humanos consagrados en nuestra constitución.

Toda resolución, debe de ser congruente con los precedentes que existen para garantizar la exigencia del principio de igualdad y de seguridad jurídica, aplicar las normas jurídicas no debe de ser solamente una actividad mecánica, ya que es a través de la sentencia donde se llenan los vacíos del fondo de un litigio, estas deben tener congruencia e integridad para otorgar certeza jurídica hacia la sociedad

El uso de sentencias en formato de lectura fácil sirven de práctica donde se da a conocer el fondo del litigio para todos los integrantes del proceso jurídico, por lo que estas deben de ser comprensibles para toda la sociedad, el lenguaje jurídico no debe de ser obscuro, rimbombante e innecesariamente técnico, ya que se presume que este esconde carencias y debilidades en cuanto a la argumentación.

Superiores-de-Justicia/TSJ-Asturias/Sala-de-prensa/Archivo-de-notas-de-prensa Fecha de consulta: 10 de Noviembre de 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Con sus resoluciones, los jueces no sólo hacen una explicación sistemática de las normas jurídicas al momento de aplicar el derecho, sino que también sus fallos trascienden a la realidad y poco a poco la modifican. La publicación de una sentencia de lectura fácil es para que se "comprendan los motivos por los cuales un juzgador resolvió en un sentido, incrementa la transparencia institucional y fomenta la confianza y la legitimidad de los órganos jurisdiccionales."[15]

Como ciudadanos, no debemos ser indiferentes cuando identificamos actos de discriminación hacia alguna de las minorías, pues los derechos de igualdad y no discriminación son unos de los mayores derechos que tenemos como seres humanos, por lo que los jueces de todas las instancias jurídicas juegan un papel muy importante al momento de convertirse en pilares elementales de justica.

Siempre se ha dicho que los niños, niñas y adolescentes son el futuro de nuestro país, sin embargo, es lo contrario pues ellos son el presente. Veámoslos como a una planta, si a la planta desde el momento que la siembras, la riegas, la cuidas, intentas preservarla, que no tenga ninguna plaga, la planta podrá crecer grande, fuerte, frondosa y probablemente produzca excelentes flores y frutos.

Estos frutos se traducirían a las grandes aportaciones que tendría el país dentro de un marco de derechos, puesto que, al conocer más sobre su obligatoriedad y las formas de aplicación, llegarían a ser adultos con un respeto a los derechos de los demás, más involucrados en los procesos judiciales, más solidarios con la forma de ejercer y respetar los derechos de los demás.

FUENTES DE INFORMACION

Bibliografía

Cossío Díaz, José Ramón. Derechos Humanos, Apuntes y Reflexiones. El Colegio Nacional, México, 2017.

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1984.

[15] García Ortiz, Y, Manual para la elaboración de sentencias. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2015.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

García Ortiz, Y. “Manual para la elaboración de sentencias”. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2015.

Laynez Potisek, Javier. “XII Encuentro Universitario del Poder Judicial de la Federación”, México, 2020.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. “La jurisprudencia en México ¿Cuál es su importancia? ¿Cómo conocerla y utilizarla?” Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2020.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2013). Derechos Humanos: Parte General. México, D.F. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sentencias del Poder Judicial de la Federación

Amparo en revisión 108/2019, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

Amparo en Revisión 159/2013. “Modelo Social de Discapacidad. Directrices para la Interpretación del Estado de Interdicción en el Distrito Federal” (actualmente Ciudad de México). Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Juicio de Amparo 364/2020-I Juzgado Sexto de Distrito en el Estado de Aguascalientes.

Legislación

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, “Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, Diario Oficial de la Federación, 2014.

“Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Diario Oficial de la Federación, 2019.

Organización de las Naciones Unidas, Convención Sobre los Derechos de los Niños. Estados Unidos de América, 1989.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Sitios de Internet

Sentencia 00020/2019 Juzgado de lo Contencioso Administrativo Número 1, Juzgados de Familia de Oviedo, Asturias. Consultado en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Asturias/Sala-de-prensa/Archivo-de-notas-de-prensa

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA
PRINCIPIOS GENERALES Y CARACTERÍSTICAS

LAW OF THE EUROPEAN UNION
GENERAL PRINCIPLES AND CHARACTERISTICS

Evangelina Verónica de la Tejera Hernández[1]

RESUMEN: En la época de globalización en la que vivimos actualmente, es importante conocer los ordenamientos jurídicos internacionales y supranacionales, como lo es el Derecho de la Unión Europea. En este trabajo, utilizando los métodos descriptivo, análitico, sistemático y comparativo, se exponen las características esenciales del Derecho de la Unión Europea, para comprender la extensa y compleja información que nos llega de las instituciones europeas, con la finalidad de conocer figuras e instrumentos jurídicos, que como herramienta hermenéutica, se pueden utilizar en las relaciones jurídicas internacionales de México. Se explican los principios generales, la relación del Derecho de la Unión Europea con los ordenamientos internos de los Estados miembros, los instrumentos jurídicos del mismo, así como los procesos que se llevan a cabo ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Palabras clave: Unión Europea, Cuestión Prejudicial, Directiva

ABSTRACT: In the era of globalization in which we currently live, it is important to know the international and supranational legal systems such as the Law of the European Union. In this work, using descriptive, analytical, systematic and comparative methods, the essential

[1] Doctora en Derecho, Directora del Centro Morelense de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias, Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Investigadora nivel I del Sistema Nacional de Investigadores (CONACYT).

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

characteristics of European Union Law are exposed, to understand the extensive and complex information that comes to us from European institutions, in order to know legal figures and instruments that can be used as a hermeneutical tool in international legal relations of Mexico. The general principles, the relationship of European Union Law with the legal system of the Member States, its legal instruments, as well as the processes that are carried out before the Court of Justice of the European Union are explained.

Keywords: European Union, Prejudicial Question, Directive.

Sumario: I. *Principios del derecho de la unión europea*. II. *Relación del derecho de la unión europea y el derecho de los Estados miembros*. III. *Instrumentos del derecho de la unión europea.* IV. *Procesos ante el tribunal de justicia.* V. *Conclusiones.* VI. *Fuentes de consulta.*

En la actualidad, resulta cotidiano para un jurista europeo y aún para la población en general en Europa, hablar de Directivas, Reglamentos, Comisión Europea, Parlamento Europeo, cuestión prejudicial, etcétera, más no es así, para los lectores no europeos. En la etapa de globalización que vivimos, se considera pertinente exponer brevemente los principios generales y las principales características del Derecho de la Unión Europea, como herramienta hermenéutica que se puede utilizar en las relaciones jurídicas internacionales de México.

La Unión Europea es una asociación económica y política única en su género y compuesta por 27 países europeos. En 1958, después de la Segunda Guerra Mundial se creó la Comunidad Económica Europea (CEE), entre seis países: Alemania, Bélgica, los Países Bajos, Francia, Italia y Luxemburgo, uniéndose poco a poco, otros 22 países, para crear un gran mercado único, siendo que hasta la

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

fecha, sólo un Estado, el Reino Unido, abandonó la Unión Europea, el 31 de enero de 2020.

El mercado único es el principal rasgo de la Unión Europea, que implica que la mayoría de las mercancías, servicios, personas y capital puedan circular libremente. Con la eliminación de los controles fronterizos entre los países de la Unión Europea, los ciudadanos de los países miembros pueden viajar libremente por la mayor parte del continente. Asimismo, cada país miembro debe tratar a los ciudadanos de la Unión Europea exactamente igual que a sus propios ciudadanos en diversos ámbitos, como son la materia tributaria, de seguridad social y laboral.

Respecto a la normatividad de la Unión Europea, existe el Derecho Primario y el Derecho Derivado. El Derecho Primario está constituido por los Tratados que contienen las normas fundamentales de toda la actuación de la Unión Europea, que por orden cronológico, del más reciente al más antiguo, los principales Tratados son: Tratado de Lisboa, Tratado de Niza, Tratado de Ámsterdam, Tratado sobre la Unión Europea (Tratado de Maastricht), Acta Única Europea, Tratado de Fusión (Tratado de Bruselas), Tratados de Roma y Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Por su parte, el Derecho Derivado, está conformado por los Reglamentos, las Directivas y las Decisiones, derivados de los principios estipulados en los Tratados.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

I. PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Los principios más importantes en la aplicación del derecho europeo son:[2] los principios de cooperación leal, de autonomía, de atribución, de proporcionalidad y de subsidiariedad.[3]

I.1. Principio de cooperación leal

El principio de cooperación o de cooperación leal lo refiere IGLESIAS CABERO, como la participación de los Estados miembros en la ejecución del Derecho europeo, la cual se puede llevar a cabo en el orden normativo, en el administrativo o en el judicial. En el nivel legislativo, se lleva a cabo la complementación del Derecho de la Unión, como en el caso de las Directivas; en el administrativo, se ejecutan las Decisiones de la Unión Europea; y en el judicial, se asegura el cumplimiento del Derecho europeo, incluso de manera coactiva.[4]

El Tratado de la Unión Europea describe este principio de la forma siguiente: «Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones

[2] Existen otros principios que son clasificados en forma diferente por diversos autores. Por ejemplo, una clasificación es la que realiza MATA SIERRA, en la forma siguiente: 1. Principios contenidos en el Tratado de Roma, los cuales, a su vez, se sistematizan en: a) principios generales que subyacen en la política de armonización fiscal (libre circulación de mercancías, libre circulación de personas, servicios y capitales y libre competencia entre los Estados); y, b) principios fiscales que son manifestaciones de la regla de no discriminación y que se contienen en las siguientes disposiciones: artículos 95 a 98 y artículo 220. 2. Principios que señalan la actuación de las instancias comunitarias en este ámbito: a) principio de progresión; b) principio de proporcionalidad; c) principio de oportunidad; d) principio de eficacia directa e invocabilidad directa de las disposiciones fiscales, y; e) principio de subsidiariedad. (Mata Sierra, María Teresa, *La Armonización Fiscal en la Comunidad Europea*, Lex Nova, Valladolid, 1996, p. 142).

[3] *Vid.* Aparicio Pérez, Antonio, "La aplicación del derecho comunitario europeo en materia de fiscalidad en España", *Noticias de la Unión Europea,* Nº 132, 1996, p. 29.

[4] Iglesias Cabero, Manuel, *Fundamentos de Derecho Comunitario Europeo,* Colex, Madrid, 1995, p. 180.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión».[5]

En virtud de este principio de cooperación leal, los Estados miembros están obligados a eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho de la Unión. Dicha obligación incumbe a cada órgano del Estado miembro de que se trate en el marco de sus competencias.[6] En el caso de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, con arreglo al principio de cooperación leal, les incumbe garantizar la tutela judicial de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables.

Un claro ejemplo en el que se hace patente este principio, lo constituyen las Directivas, en las cuales, la obligación derivada de ellas de alcanzar el resultado que éstas prevén, y el deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, conforme al principio de cooperación leal, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros y éstos no pueden invocar situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar un incumplimiento de obligaciones derivadas de las Directivas.

El deber de cooperación leal es de aplicación general y no depende ni del carácter exclusivo o no, de la competencia de la Unión Europea de que se trate en el caso en particular, ni del posible derecho que tengan los Estados miembros a contraer determinada clase de obligaciones frente a un país o un número determinado de países terceros. Respecto a este principio de cooperación leal del ordenamiento europeo, advierte KLAUS-DIETER BORCHARDT, que es importante que todos los órganos estatales comprendan que «el ordenamiento jurídico comunitario no es algo exterior o ajeno, sino que los Estados miembros y las instituciones de la Unión constituyen un todo inseparable y solidario para la realización de los objetivos

[5] Artículo 4, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea.
[6] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2012, asunto C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie ASBL, Terre wallonne ASBL c. Région wallonne*.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

comunes. De esta manera, la Unión Europea no es sólo una comunidad de intereses, sino sobre todo una comunidad solidaria».[7]

I.2. Principio de autonomía

El principio de autonomía significa que con la creación de las Comunidades Europeas (la actual Unión Europea), los Estados miembros limitaron su soberanía legislativa y establecieron un orden jurídico autónomo que es vinculante para los Estados miembros y para sus propios ciudadanos. Gracias a la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, los conceptos del Derecho europeo se definen en función de las necesidades de éste y de los objetivos de la Unión. Con arreglo al principio de autonomía del Derecho europeo, los conceptos deben interpretarse de manera uniforme en todos los Estados miembros.[8]

Es importante para la uniformidad del ordenamiento europeo que la Unión tenga sus propios conceptos, porque de lo contrario, los derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión, correrían el riesgo de ser diferentes para cada Estado miembro, dependiendo de la definición que cada uno diera del contenido de dichas libertades.

Pero el hecho de que el Derecho europeo sea un ordenamiento jurídico autónomo, no significa que sea excluyente con los ordenamientos nacionales. La demarcación no puede ser tan rígida, asegura KLAUS-DIETER BORCHARDT, ya que estos ordenamientos afectan a las mismas personas, que se convierten así, en ciudadanos del Estado y de la Unión en una sola persona, tal y como se estipula en el artículo 20.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea,[9] y además, el

[7] Borchardt, Klaus-Dieter, *El ABC del derecho de la Unión Europea,* Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011, p 126.
[8] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de febrero de 2003, asunto C-245/00, *Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) c. Nederlandse Omroep Stichting (NOS).*
[9] Artículo 20.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: «Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla».

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Derecho de la Unión sólo puede tener vida si se integra en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.[10]

I.3. Principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad

La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución y el ejercicio de estas competencias se regula por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

De conformidad con el artículo 5.2 del Tratado de la Unión Europea, en virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros.

En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión Europea, no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados.

Por lo que se refiere al control judicial de esos requisitos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido al legislador de la Unión, en el ejercicio de las competencias que se le han atribuido, una amplia facultad de apreciación en materias en las que ha de tomar decisiones de naturaleza política, económica y social. En consecuencia, no se trata de determinar si la medida adoptada por el legislador en una materia de esa clase era la única o la mejor posible, pues sólo el carácter manifiestamente inadecuado de una medida en relación con el objetivo que pretende conseguir la institución competente, puede afectar a la legalidad de tal medida.[11]

También este principio de proporcionalidad se aplica a los Estados miembros. Así, cuando las autoridades nacionales adoptan medidas para aplicar la normativa

[10] Borchardt, Klaus-Dieter, *op. cit*. p. 126.
[11] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de junio de 2010, asunto C-58/08, *Vodafone Ltd, Telefónica O2 Europe plc, T-Mobile International AG, Orange Personal Communications Services Ltd c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform.*

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

de la Unión, deben ejercer su facultad discrecional observando los principios generales del Derecho de la Unión, entre los que figura el principio de proporcionalidad.[12] Conforme a este principio, los Estados miembros deben recurrir a medios que, al tiempo que permiten alcanzar eficazmente el objetivo perseguido por el Derecho interno, causen el menor menoscabo a los objetivos y principios establecidos por la legislación de la Unión de que se trate.

Por su parte, el principio de subsidiariedad implica que la Unión Europea sólo intervendrá en la ejecución del Derecho europeo cuando pueda hacerlo mejor y con mayor eficacia; en caso contrario, la ejecución corresponderá a los Estados miembros, en concreto, a los órganos internos que el mismo Estado designe.[13]

De esta suerte —como lo ha señalado OLESTI RAYO— la aplicación del principio de subsidiariedad supone un ejercicio que integra dos elementos, o dos dimensiones: «El primero corresponde a la necesidad de que se produzca la intervención de la Comunidad; y el segundo elemento se refiere a la intensidad con la que debe actuar, en su caso, la Comunidad».[14]

El principio de subsidiariedad, afirma GALERA RODRIGO, «no prejuzga ni altera la distribución de competencias entre los Estados miembros y la Unión, circunstancia que sólo puede deberse a una decisión política».[15] PALACIO GONZÁLEZ ha hecho notar que dicho principio implica que los destinatarios de este mandato de

[12] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2011, asunto C-145/10, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG, Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG*.

[13] Con relación al tema, SANTER ha dicho: «Yo tengo una idea diferente de la subsidiariedad: no significa armonizar hasta el último tornillo o tuerca, sino intensificar la cooperación en todos los casos en que sea de verdad conveniente. Debemos hacer nuestro el siguiente lema: actuemos menos, pero mejor». (Santer, Jacques, Presidente de la Comisión Europea. "Discurso pronunciado en Estrasburgo el 17 de enero de 1995 ante el Parlamento Europeo" *Cómo funciona la Unión Europea*, Comisión Europea, Dirección General de Información, Bruselas, 1997, p. 21).

[14] Olesti Rayo, Andreu, *Los principios del Tratado de la Unión Europea. Del Tratado de Maastricht al Tratado de Ámsterdam,* Ariel, Barcelona, 1998, p. 90.

[15] Galera Rodrigo, Susana, "El principio de subsidiariedad desde la perspectiva del reparto de competencias entre los Estados miembros y la Unión Europea", *Gaceta Jurídica de la CEE,* Nº 148, B 103, mayo de 1995, p. 17.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

reserva normativa son, por lo tanto, no las autoridades internas, sino las de la Unión.[16]

El hecho de que la Comisión deba justificar la necesidad de sus iniciativas a la luz de la subsidiariedad cuando intervenga en un campo de competencias compartido, es algo pacíficamente aceptado por todos, pero advierte MARTÍNEZ LAGE, «más discutido es la propuesta de algún gobierno de que el Consejo pueda examinar y votar aisladamente la compatibilidad de una propuesta de la Comisión con el principio de subsidiariedad, introduciendo así, una guillotina frente a la competencia de iniciativa legislativa de la Comisión».[17]

II. RELACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL DERECHO DE LOS ESTADOS MIEMBROS

El Derecho europeo es un ordenamiento que posee unidad y cohesión frente a los ordenamientos internos de los Estados miembros. El ordenamiento jurídico de la Unión configura «un sistema normativo híbrido en el que encontramos tanto el procedimiento autónomo de creación de normas de Derecho derivado, como mecanismos de decisión extraordinarios de carácter intergubernamental o mecanismos propios del Derecho internacional público, junto con normas de Derecho interno, resultantes necesarias del desarrollo de normas comunitarias».[18]

Tres rasgos son esenciales para VILÁ COSTA, en la comprensión de la relación entre el ordenamiento europeo y el interno: «La atribución de competencias a las instituciones comunitarias; la existencia de un auténtico sistema institucionalizado de creación, aplicación e interpretación de normas, así como control judicial y

[16] Palacio González, José, *El sistema judicial comunitario. Perspectivas institucionales, reglas de procedimiento y vías de recurso,* Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, p. 64.
[17] Martínez Lage, Santiago, "En torno a la subsidiariedad", *Gaceta Jurídica de la CE,* Nº 117, B 78, octubre de 1992, p. 2.
[18] Vilá Costa, Blanca, *et. al., Lecciones de Derecho Comunitario Europeo,* Ariel, Barcelona, 1998, p. 147.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

financiero, y la autonomía institucional y de procedimiento que garantiza la cobertura y la eficacia del sistema».[19]

a) Respecto al primer rasgo, hay que señalar que los Estados miembros cedieron determinadas competencias estatales a la Unión Europea desde la firma del Tratado.[20] Así lo ha interpretado el Tribunal de Justicia en su sentencia *Costa-ENEL:* «Comunidad dotada... de poderes efectivos que emanan de una limitación de competencias o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad... los Estados miembros han limitado, aunque en esferas definidas, sus derechos soberanos y creado de esa forma, un Derecho aplicable tanto a sus nacionales como a ellos mismos...».[21]

b) En segundo término, la Unión dispone de un sistema institucionalizado de creación de normas,[22] así como de la interpretación y aplicación de las mismas, por parte de la Comisión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Esta interpretación está encargada al Tribunal de Justicia, siendo el único intérprete de las normas de la Unión Europea, lo que coadyuva a la coherencia del ordenamiento jurídico, correspondiendo al juez nacional su aplicación.

c) En tercer lugar, para la complementación del ordenamiento europeo son necesarios los Derechos internos de los Estados miembros, que aportan al primero sus procedimientos y figuras jurídicas. Aunque estas varían de un Estado a otro,[23] el Tribunal de Justicia se encarga de la conciliación de procedimientos y medidas administrativas internas para conformar la unidad del sistema.

---

[19] *Ibídem*, p. 148.
[20] La mayoría doctrinaria, concuerda que la Unión Europea tiene competencia de atribución, como organización supranacional, contrariamente a la competencia universal que tienen los Estados federales.
[21] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de julio de 1964, asunto C-6/64, *Flaminio Costa c. Ente Nazionale Energía Elettrica*.
[22] Los Tratados constitutivos de la Unión Europea son como la Constitución que sirve de apoyo a todo el Derecho europeo. Sin embargo, no contemplan en forma expresa todas las competencias ejercidas por los órganos de la Unión, por lo que la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia también constituye una fuente de atribución de competencias.
[23] Los Estados miembros gozan de cierta autonomía que comprende la libertad de acción por los Estados miembros en la aplicación del Derecho europeo en dos aspectos: uno institucional, consistente en designar a quién corresponde la ejecución del Derecho de la Unión Europea, y otro procedimental, que consiste en determinar el procedimiento para su aplicación.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Por tanto, el Derecho europeo lo aplican las autoridades de la Unión Europea, conforme a las competencias que tienen atribuidas a través de los Tratados, y en los demás casos, la aplicación del ordenamiento de la Unión corresponderá a los Estados miembros.[24]

Juega un papel importante el principio de confianza legítima, que se traduce en la presunción de que la actuación de los poderes públicos se ajusta a la Constitución, a las leyes internas y al Derecho de la Unión Europea, por lo que se presume que las normas europeas han de ser desarrolladas por los órganos legislativos internos y aplicadas por los tribunales de justicia en la forma y plazos establecidos en las propias disposiciones europeas.

Por otra parte, dos son los rasgos esenciales que caracterizan al Derecho de la Unión Europea en su relación con los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros: el efecto directo de las normas de la Unión y la primacía de estas normas sobre el Derecho interno de los Estados.

II.1. Efecto directo de las normas del Derecho europeo

La directa aplicabilidad de una norma se refiere a que no necesita de ninguna otra medida, de la Unión o nacional, para su aplicación interna. Por su parte, el efecto directo, implica que la norma crea derechos subjetivos que los particulares pueden invocar. El efecto directo se refiere, pues, —nos dice DELGADO GARCÍA—, a la aptitud de determinadas disposiciones de Derecho europeo para poder desarrollar su eficacia en el área interna de los Estados miembros, otorgando derechos e imponiendo obligaciones dentro del patrimonio jurídico de los particulares, sin mediación alguna por parte del Estado.[25] «Ambos conceptos se superponen y se necesitan mutuamente, siendo dos aspectos de una misma realidad: la virtualidad y la eficacia de las normas comunitarias jurídicamente perfectas, autosuficientes (directamente aplicables), llegando –en caso de que

[24] *Cfr.* Aparicio Pérez, Antonio, *op. cit.* p. 227.
[25] Delgado García, Ana María, "Los principios de efecto directo y de responsabilidad de los Estados miembros de la U.E. en materia tributaria", *Crónica Tributaria*, Nº 72, Barcelona, 1994, p. 21.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

creen derechos para los particulares- a generar su invocabilidad específica y directa ante los tribunales internos (efecto directo)».[26]

II.1.1. Requisitos para la aplicación directa de una norma

Para que una norma europea sea directamente aplicable y produzca efecto directo necesita cumplir tres requisitos: a) Que sea clara (que sea precisa en cuanto a la delimitación de su objeto); Que sea autosuficiente (completa); Que sea incondicional (que no se halle sometida a condiciones de ejecución que comporten elementos de discrecionalidad, a plazos o a reservas).

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es perfecta «aquella norma que no está subordinada en su ejecución o en sus efectos a la intervención de acto alguno, sea de instituciones comunitarias o de Estados miembros».[27]

En el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea existen disposiciones que son aplicables directamente por ser normas perfectas, como por ejemplo, los artículos 30, (prohibición de nuevos aranceles o de incrementar los ya existentes), 34 y 35 (prohibición de establecer restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación o medidas de efecto equivalente), 101 (prohibición de acuerdos o prácticas restrictivas de la competencia) y 102 (prohibición de abusos de posición dominante en el mercado).

Asimismo, debido a su estructura y finalidad, muchas de las disposiciones del Tratado no son directamente aplicables, ya que habilitan a las propias instituciones de la Unión o a los Estados miembros para su desarrollo. Por ejemplo, tratándose de materia aduanera, el artículo 33 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone: «Dentro del ámbito de aplicación de los Tratados, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán

[26] Vilá Costa, Blanca, *et. al., op. cit.* p. 152.
[27] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de abril de 1968, asunto 28/67, *Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe GmbH, Trockenmilchwerk c. Hauptzollamt (Administración principal de Aduanas)*.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

medidas destinadas a fortalecer la cooperación aduanera entre los Estados miembros y entre éstos y la Comisión».

II.2. Primacía del Derecho europeo sobre los ordenamientos internos

El principio de primacía del Derecho de la Unión es una consecuencia del efecto directo, que exige una aplicación uniforme e incondicionada del Derecho europeo en todos los Estados miembros, por lo que no le es oponible ningún acto unilateral de un Estado miembro,[28] constituyendo así, la solución a los conflictos que se presentan entre éste y el ordenamiento nacional.

El principio de primacía del ordenamiento europeo está dirigido principalmente al juez nacional, ya que él es el aplicador del Derecho de la Unión y el que debe garantizar la prevalencia del sistema europeo sobre cualquier norma que le sea contraria. Este principio, afirma ISAAC, no expresa una relación de jerarquía normativa,[29] sino que se basa en el principio de que esta regla debe prevalecer so pena de dejar de ser común, porque si no es común, deja de existir por perder su significación.[30]

Así tenemos, que la primacía es relativa a todo el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, ya sea que estemos ante la presencia del Derecho originario, como que se trate del Derecho derivado. De igual forma, procede sobre todo el ordenamiento nacional de los Estados miembros, cualquiera que sea el rango que tengan las normas internas; esto es, puede tratarse de disposiciones que tengan rango de leyes, pero también están incluidas las normas reglamentarias, las medidas administrativas, etcétera.[31]

---

[28] *Cfr.* Linde Paniagua, Enrique, *et. al., Derecho de la Unión Europea I,* Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 291.
[29] Es de la opinión contraria, PESCATORE, quien sí considera que la primacía del Derecho comunitario radica en el principio de jerarquía de las normas. (Pescatore, citado por Iglesias Cabero, Manuel, *op. cit.*, p. 168).
[30] Isaac, Guy, *Manual de Derecho comunitario general,* Ariel, Barcelona, 1991, p. 176.
[31] El principio de primacía es absoluto de todo el Derecho, a contrario del principio de efecto directo que es un principio cuya aplicación debe analizarse caso por caso y depende de la postura que adopte el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

II.2.1. Consecuencias de la primacía del Derecho de la Unión directamente aplicable

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde sus primeras resoluciones, se ha pronunciado sobre el principio de primacía y el Derecho europeo directamente aplicable, como en el asunto *Simmenthal,* en el cual el Tribunal señaló que «el juez nacional encargado de aplicar en el marco de su propia competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de esas normas, dejando inaplicada, si es preciso, y por su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que sea necesario solicitar la eliminación previa de esta última, por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional».[32]

Esta jurisprudencia deja claro que por virtud del principio de primacía, la consecuencia del Derecho europeo directamente aplicable es su integración en el ámbito nacional, que el juez interno puede realizar por sí mismo,[33] sin necesidad de esperar la derogación o declaración de inconstitucionalidad de la norma contraria al ordenamiento de la Unión, aunque esto no signifique que posteriormente no deba ser eliminada esta norma vulneratoria del Derecho de la Unión.

El Estado debe eliminar definitivamente las normas de su Derecho interno que sean contrarias al Derecho europeo. El Tribunal de Justicia ha determinado que «la incompatibilidad del Tratado, incluso con normas directamente aplicables, no puede ser eliminada definitivamente más que por medio de disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo valor jurídico de aquellas que deban ser modificadas.[34] La puesta en ejecución de las Directivas por los Estados miembros

[32] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77, *SpA Simmenthal c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*.
[33] Aunque en el caso de que el juez inaplique por sí mismo la disposición vulneratoria del Derecho europeo, hay que resaltar la eficacia interpartes de las sentencias judiciales ordinarias frente a la eficacia erga omnes de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley infractora, así como su fuerza retroactiva y su capacidad de eliminación *ex tunc* de la norma.
[34] SUAY RINCÓN entiende que lo que el Tribunal ha querido decir con disposiciones del mismo valor jurídico, es que ambas disposiciones deben tener un idéntico valor normativo. (Suay Rincón, José,

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

por las meras prácticas administrativas, por naturaleza modificables por la voluntad de la Administración y desprovistas de una publicidad adecuada, no pueden ser consideradas una ejecución adecuada de las obligaciones del Tratado».[35]

Por otra parte, tenemos que la inconstitucionalidad de una norma nacional es independiente de la incompatibilidad de dicha norma con el Derecho de la Unión; así, un órgano jurisdiccional nacional, que conoce de un litigio relacionado con el Derecho de la Unión, y considera que una disposición nacional no sólo es contraria al Derecho de la Unión, sino que, además, es inconstitucional, no está exento de la obligación de plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión, por el hecho de que la declaración de la inconstitucionalidad requiera un recurso previo ante el juez constitucional. Para asegurar la primacía del Derecho de la Unión, se requiere que el juez nacional tenga la facultad de plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que considere necesaria, en cualquier fase del procedimiento, e incluso, una vez finalizado un procedimiento incidental de control de constitucionalidad.[36]

En cuanto a su vigencia, y por virtud del principio de primacía, las normas de la Unión directamente aplicables, que son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares, deben surtir efecto, a partir de la fecha de su entrada en vigor y durante todo el período de su validez. Por ende, y para evitar cualquier dilación, es inaceptable que la solución de un conflicto entre una disposición de Derecho de la Unión y una ley nacional posterior, quede reservada a una autoridad distinta del juez encargado de la aplicación del Derecho de la Unión.[37]

"Sobre la obligación de los Estados miembros de eliminar sus disposiciones internas incompatibles con el Derecho comunitario y sobre los medios de hacerla efectiva", *Noticias CEE,* Nº 30, julio de 1987, p. 126).

[35] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de octubre de 1986, asunto 168/85, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Italiana.*

[36] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de junio de 2010, asuntos acumulados C-188/10 y C-189/10, *Aziz Melki* (C-188/10)*, Sélim Abdeli* (C-189/10).

[37] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2010, asunto C-409/06, *Winner Wetten GmbH c. Bürgermeisterin der Stadt Bergheim.*.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Concluyendo entonces, podemos decir que pueden darse diferentes supuestos cuando una norma nacional es contraria al Derecho de la Unión:

a) Si se trata de normas internas, legales o reglamentarias, anteriores a la fecha de entrada en vigor de la norma europea con la que resultan incompatibles, se considerarán derogadas a partir de esa fecha;

b) Si la norma es posterior y tiene rango de ley, el juez debe inaplicarla, y si es reglamentaria, la jurisdicción contencioso-administrativa la anulará por infracción del Derecho de la Unión Europea.[38]

III. INSTRUMENTOS DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Son 5[39] los instrumentos del Derecho contemplados en los Tratados que utilizan las instituciones de la Unión Europea para recoger la normativa europea: a) Reglamento, b) Directiva, c) Decisión,[40] d) Recomendación[41] y e) Dictamen.[42] Sin embargo, de los 5 instrumentos jurídicos precitados, son el Reglamento y la Directiva, las normas más frecuentemente utilizadas.

[38] *Vid.* Fernández Pavés, María José, "La repercusión del Derecho comunitario sobre la devolución de ingresos tributarios indebidos", *Noticias de la Unión Europea,* Nº 117, Año X, octubre de 1994, p. 40.

[39] BORCHARDT señala que los otros actos jurídicos, que aparte de los 5 contemplados en los Tratados, emite la UE son: Resoluciones, Declaraciones y Programas de acción. a) Resoluciones: emitidas por el Consejo y el Parlamento Europeo relativas a los principios de la política regional y energética y la unión económica y monetaria. b) Declaraciones: hay dos, las Declaraciones sobre el desarrollo ulterior de la Unión (derechos fundamentales) y las Declaraciones interpretativas de decisiones del Consejo. c) Programas de acción: elaborados por el Consejo o la Comisión y sirven para concretar los objetivos de los Tratados (publicados en los "Libros Blancos") y como orientaciones no vinculantes (publicados en los "Libros Verdes"). (Borchardt, Klaus-Dieter, *op.cit.* pp. 103-104).

[40] Por medio de una Decisión, las instituciones de la Unión pueden exigir a un Estado miembro o a un ciudadano de la Unión que realice o se abstenga de realizar una acción, otorgarle derechos o imponerle obligaciones. La Decisión es individual, vinculante y obliga directamente a sus destinatarios.

[41] Las Recomendaciones son no vinculantes y constituyen sólo sugerencias a los destinatarios de un comportamiento determinado.

[42] Los Dictámenes son no vinculantes a sus destinatarios: que pueden ser uno o algunos Estados miembros, instituciones de la Unión Europea o personas determinadas.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

III.1. Reglamento

Los Reglamentos son los actos jurídicos de la Unión Europea que representan una mayor intervención en los ordenamientos jurídicos nacionales. Son 2 sus características esenciales: su carácter comunitario y su aplicabilidad directa. Su carácter comunitario, consiste en la imposición del mismo Derecho en toda la Unión y su validez uniforme e íntegra en todos los Estados miembros. Su aplicabilidad directa, consiste en que no necesitan una normativa de aplicación nacional del Estado y confieren o imponen a los ciudadanos de la Unión, derechos y obligaciones igualmente directos.

III.2. Directiva

La Directiva, obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios, para lo cual establecen un plazo determinado.

La Directiva surte efectos a los particulares a través de su transposición en las normas y medidas internas dictadas para tal efecto.[43] El particular podrá invocar la norma nacional aplicable que desarrolló la Directiva. Sólo en el caso de que el Estado no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva dentro del plazo señalado o cuando haya procedido a una adaptación incorrecta de la Directiva, y que ésta contenga disposiciones claras y completas, una vez agotado el plazo de transposición, los particulares pueden invocarla directamente ante el juez nacional, para obtener la protección de los derechos que la misma concede. Por tanto, el

[43] Para ello es necesario generalmente, que se adopten actos jurídicos obligatorios de ámbito nacional o que se anulen o modifiquen disposiciones legales y administrativas vigentes. Un simple acto administrativo no es suficiente, ya que este, por su propia naturaleza, puede ser modificado a discreción de la Administración y recibir asimismo una publicidad insuficiente. (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011, asuntos acumulados C-468/10 y C-469/10, *Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito* (asunto C-468/10*) y Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo* (asunto C-469/10) *c. Administración del Estado*.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

efecto directo de la Directiva sobrevendría a consecuencia del incumplimiento del Estado miembro en su transposición.

En la realidad, sólo algunos Estados realizan la transposición de las Directivas en tiempo y forma, y aún más, en ocasiones, aunque contadas, la normativa adoptada por el Estado es más favorable que la derivada del efecto directo de una Directiva. En estos casos, tal y como lo menciona HERBERT, resulta lógico pensar que, si el régimen adaptado es más favorable para los interesados que el régimen derivado de la invocabilidad directa de la Directiva, es el régimen adaptado el que regirá los derechos de las personas afectadas.[44]

IV. PROCESOS ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea conoce de diversos procesos previstos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y que se señalan a continuación: a) Recurso de indemnización por daño, b) Procedimiento por incumplimiento de los Tratados, c) Procedimiento prejudicial, d) Recursode anulación [45]) Recurso por omisión,[46] f) Recurso de los funcionarios,[47] g) Litigios en el derecho de patentes,[48]

[44] Herbert, Frank, "La retroactividad en la interpretación y aplicación del Derecho comunitario", *Gaceta Jurídica CEE,* Nº 48, B 31, mayo de 1988, p. 16.
[45] El recurso de anulación (artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), puede interponerse contra cualquier medida de las instituciones de la Unión que sea vinculante y afecte los intereses del demandante. Los Estados miembros, el Parlamento, el Consejo y la Comisión, el Tribunal de Cuentas, el Banco Central Europeo y el Comité de las Regiones, pueden interponer este recurso. En cambio, los ciudadanos de la Unión solo pueden presentarlo contra las decisiones que, a pesar de ir destinadas a otras personas, les afectan de forma directa e individual.
[46] El recurso por inactividad (artículo 265 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), ante omisiones de las instituciones de la Unión Europea permite recurrir judicialmente contra la omisión ilegal de un acto jurídico de la Unión. Debe seguirse un procedimiento previo, para que el demandante inste a actuar a la institución de la Unión correspondiente. El objeto de este recurso es que se determine que dicha institución se ha abstenido de adoptar un acto jurídico.
[47] El recurso del personal de la Unión Europea (artículo 270 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), son los litigios relativos a las relaciones de servicio entre la Unión Europea y sus funcionarios. Actualmente es competente para dirimir estas causas el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea, tribunal especializado agregado al Tribunal General. Está comprendido en el marco del artículo 236 (actualmente artículo 270 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y de los artículos 90 y 91 del Estatuto.
[48] Los litigios en el derecho de patentes (artículos 257 y 262 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), se crearon en el Tratado de Niza, para la creación de un Tribunal especializado

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

h) Recurso de casación[49] e i) Medidas provisionales.[50]

De los anteriores recursos, son dos esencialmente, el recurso por incumplimiento y la cuestión prejudicial, en los que el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la compatibilidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea y en los cuales ha emitido la jurisprudencia que ha sentado las bases para la doctrina. Asimismo, en las acciones indemnizatorias, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha determinado los principios fundamentales en materia de responsabilidad extracontractual de la Unión Europea.

IV.1. Acciones indemnizatorias

Mediante las acciones indemnizatorias (artículo 268 y 340 apartado 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), los ciudadanos, las empresas de la Unión y los Estados miembros que han sufrido un perjuicio a causa de un error cometido por los servicios de la Unión Europea, pueden exigir una indemnización ante el Tribunal de Justicia.[51]

Tratándose de acciones indemnizatorias, es preciso distinguir entre responsabilidad extracontractual y contractual de las instituciones de la Unión Europea. En materia de responsabilidad extracontractual de la Unión, tales litigios son competencia exclusiva de los Tribunales de la Unión Europea. El Tribunal de

sobre títulos europeos de propiedad intelectual e industrial. Este Tribunal, que aún no se ha creado, estaría agregado al Tribunal de Justicia y tendría la competencia para resolver procedimientos relativos al futuro sistema de patentes de la Unión Europea.

[49] El recurso de casación (artículo 256, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) se presenta ante el Tribunal de Justicia contra todas las decisiones del Tribunal General y se encuentra limitado a las cuestiones de Derecho. Este recurso puede basarse en la incompetencia del Tribunal General, en un vicio de procedimiento o en una violación del Derecho de la Unión por parte del Tribunal General.

[50] Los recursos presentados ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal General, no tienen efecto suspensivo. Sin embargo, se puede solicitar la suspensión de la ejecución del acto impugnado (artículo 278 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) o la adopción de las medidas provisionales necesarias (artículo 279 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y deben solicitarse señalando las circunstancias que dan lugar a la urgencia y los antecedentes de hecho y de derecho del caso.

[51] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de marzo de 2004, asunto C-234/02, *Defensor del Pueblo Europeo c. Frank Lamberts.*

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Justicia ha determinado que «el artículo 235 establece que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para conocer de los litigios relativos a la indemnización por daños a que se refiere el párrafo segundo del artículo 288 del Tratado de la Comunidad Europea, el cual trata precisamente de la responsabilidad extracontractual».[52]

En cambio, en relación con los litigios en materia de responsabilidad contractual de la Unión Europea, «el Tratado sólo confiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea competencia para conocer de tales litigios en el artículo 238 del Tratado de la Comunidad Europea, a saber, en virtud de una cláusula compromisoria contenida en un contrato celebrado por la Comunidad o por su cuenta. Por consiguiente, con arreglo al artículo 240 del Tratado de la Comunidad Europea, en defecto de cláusula compromisoria, los litigios en materia de responsabilidad contractual de la Comunidad son competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales».[53]

IV.2. Recurso por incumplimiento[54]

Mediante el recurso por declaración de incumplimiento de un Estado miembro[55] la Comisión de la Unión Europea insta al Tribunal de Luxemburgo para que declare que una norma interna de un Estado miembro incumple con las obligaciones derivadas del Derecho europeo. Con arreglo al artículo 38, apartado 1, letra c), del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, el escrito de interposición del recurso debe contener esencialmente la cuestión objeto del litigio

[52] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de julio de 2010, asunto C-377/09, *Françoise-Eléonor Hanssens-Ensch c. Comunidad Europea.*
[53] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de mayo de 2009, asunto C-214/08, *Philippe Guigard contra Comisión de las Comunidades Europeas*.
[54] Artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
[55] Pelechá comenta que tanto en este recurso por incumplimiento como en la cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia sobre la adecuación o no al Derecho comunitario del Derecho interno, directamente en el primer caso e indirectamente en el segundo; es indirecto en este último, ya que quien declara directamente tal incompatibilidad es un órgano jurisdiccional del Estado miembro. (Pelechá Zozaya, Francisco, "El efecto de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en materia tributaria, en el tiempo y en el espacio", *Impuestos,* Vol. II, 1996, p. 1084).

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

y la exposición sumaria de los motivos invocados y esta indicación debe ser suficientemente clara y precisa para permitir que la parte demandada, que en este caso, se trata de un Estado miembro, prepare su defensa, así como también que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ejerza su control.

IV.3. Procedimiento Prejudicial

El procedimiento prejudicial sobre la validez e interpretación del Derecho europeo (artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) para garantizar la interpretación uniforme del ordenamiento de la Unión Europea[56] es el que más relevancia tiene en diversas materias, como en el ámbito tributario, en el que se ha usado en el ochenta por ciento de los asuntos.

El artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea señala que están habilitados para plantear cuestiones prejudiciales todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.[57] Para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia;

[56] Para MARTÍNEZ-CARRASCO, no es suficiente que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las cuestiones prejudiciales, realice una articulación del Derecho europeo con los ordenamientos nacionales, sino que debe ser completada la labor jurisprudencial, con la progresiva armonización de las normas nacionales y la adopción de normas comunes. (Martínez-Carrasco Pignatelli, José Miguel, "La armonización de los procedimientos nacionales de revisión tributaria en la Unión Europea (en particular la devolución de lo indebido tributario comunitario)", *Revista Euroamericana de Estudios Tributarios,* Nº 5, 2000, p. 317).

[57] Corresponde al órgano jurisdiccional nacional que conoce del litigio, apreciar tanto la necesidad de una decisión prejudicial, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por tanto, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse. La negativa del Tribunal de Justicia sólo es posible cuando la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tiene relación con la realidad o con el objeto del litigio principal, o cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tiene los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder a las cuestiones planteadas. (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de octubre de 2008, asunto C-313/07, *Kirtruna, S.L., Elisa Vigano c. Red Elite de Electrodomésticos, S.A)*.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

concepto en el que, para el Tribunal de Justicia, quedan comprendidos los órganos económico-administrativos.

En general, el planteamiento de la cuestión prejudicial es optativo, con excepción de dos supuestos en que es obligatoria:

a) En los casos en que la decisión del juez no admita ulterior recurso en el Derecho interno (artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Esto significa que los órganos que deciden en única o última instancia, sean o no supremos, están obligados a plantear la cuestión prejudicial, salvo en los procedimientos sumarios.

b) En los casos en que el juez pretenda declarar inválido una norma o acto de Derecho europeo. Este supuesto no está previsto expresamente en los Tratados, pero se considera implícito en el artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que confiere al Tribunal competencia exclusiva para anular las normas de la Unión Europea.

Una sentencia de interpretación del Tribunal de Justicia vincula al juez que planteó la cuestión y a los tribunales superiores. Asimismo, tanto los tribunales que plantearon la cuestión, como algún otro que se pronuncie sobre el mismo asunto, pueden formular nuevas cuestiones al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si necesitan más información.[58]

V. CONCLUSIONES

a) La Unión Europea es una asociación económica y política única en su género y compuesta por 27 países europeos, cuyo principal rasgo es contar con un mercado único, que implica que la mayoría de las mercancías, servicios, personas

[58] El Tribunal determinó que la declaración de invalidez posee una autoridad general, pero una jurisdicción nacional puede plantear de nuevo una cuestión previamente resuelta por el Tribunal. De lo anterior se deduce que la declaración de invalidez es obligatoria para todos los tribunales y autoridades administrativas, independientemente de la jurisdicción que sometió la cuestión al Tribunal de Justicia. (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 1981, asunto 66/80, *SpA International Chemical Corporation contra Amministrazione delle finanze dello Stato).*

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

y capital puedan circular libremente. Aunado a ello, cada país miembro debe tratar a los ciudadanos de la Unión Europea exactamente igual que a sus propios ciudadanos en materia tributaria, de seguridad social y laboral.

b) Respecto a la normatividad de la Unión Europea, existe el Derecho Primario y el Derecho Derivado. El Derecho Primario está constituido por los Tratados que contienen las normas fundamentales de toda la actuación de la Unión Europea y el Derecho Derivado, está conformado por los Reglamentos, las Directivas y las Decisiones, derivados de los principios estipulados en los Tratados.

c) Los principios más importantes en la aplicación del derecho europeo son: los principios de cooperación leal, de autonomía, de atribución, de proporcionalidad y de subsidiariedad. El principio de cooperación consiste en que la Unión Europea y los Estados miembros adopten las medidas apropiadas para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados; el principio de autonomía significa que los Estados miembros limitan su soberanía legislativa y establecen un orden jurídico de la Unión Europea que es autónomo y vinculante para los Estados miembros; por el principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados y finalmente, conforme al principio de proporcionalidad, la acción de la Unión Europea, no debe exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados.

d) El Derecho europeo es un sistema de creación de normas, así como de la interpretación y aplicación de las mismas, por parte de la Comisión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, correspondiendo al juez nacional su aplicación. Por tanto, el Derecho europeo lo aplican las autoridades de la Unión Europea, conforme a las competencias que tienen atribuidas a través de los Tratados, y en los demás casos, la aplicación del ordenamiento de la Unión corresponderá a los Estados miembros.

e) Dos son los rasgos esenciales que caracterizan al Derecho de la Unión Europea en su relación con las normas de los Estados miembros: el efecto directo de las normas de la Unión y la primacía de estas normas sobre el Derecho interno de los Estados. Primero, para que una norma europea produzca efecto directo

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

necesita cumplir tres requisitos: a) Que sea clara; b) Que sea autosuficiente; y c) Que sea incondicional. Segundo, el principio de primacía del ordenamiento europeo garantiza su prevalencia sobre cualquier norma que le sea contraria.

f) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea conoce de diversos procesos previstos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: a) Recurso de indemnización por daño, b) Procedimiento por incumplimiento de los Tratados, c) Procedimiento prejudicial, d) Recurso de anulación, e) Recurso por omisión, f) Recurso de los funcionarios, g) Litigios en el derecho de patentes, h) Recurso de casación, i) Medidas provisionales. De los anteriores recursos, son dos esencialmente, el recurso por incumplimiento y la cuestión prejudicial, en los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia sobre la compatibilidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea.

VI. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

Bibliografía

Aparicio Pérez, Antonio, “La aplicación del derecho comunitario europeo en materia de fiscalidad en España”, *Noticias de la Unión Europea,* Nº 132, Valencia, 1996.

Borchardt, Klaus-Dieter, *El ABC del derecho de la Unión Europea,* Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011.

Delgado García, Ana María, “Los principios de efecto directo y de responsabilidad de los Estados miembros de la U.E. en materia tributaria”, *Crónica Tributaria*, Nº 72, Barcelona, 1994.

Fernández Pavés, María José, “La repercusión del Derecho comunitario sobre la devolución de ingresos tributarios indebidos”, *Noticias de la Unión Europea,* Nº 117, Año X, Valencia, octubre de 1994.

Galera Rodrigo, Susana, “El principio de subsidiariedad desde la perspectiva del reparto de competencias entre los Estados miembros y la Unión Europea”, *Gaceta Jurídica de la CEE,* Nº 148, B 103, mayo de 1995.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Herbert, Frank, “La retroactividad en la interpretación y aplicación del Derecho comunitario”, *Gaceta Jurídica CEE,* Nº 48, B 31, mayo de 1988.

Iglesias Cabero, Manuel, *Fundamentos de Derecho Comunitario Europeo,* Colex, Madrid, 1995.

Isaac, Guy, *Manual de Derecho comunitario general,* Ariel, Barcelona, 1991.

Linde Paniagua, Enrique, *et. al., Derecho de la Unión Europea I,* Marcial Pons, Madrid, 1995.

Martínez-Carrasco Pignatelli, José Miguel, “La armonización de los procedimientos nacionales de revisión tributaria en la Unión Europea (en particular la devolución de lo indebido tributario comunitario)”, *Revista Euroamericana de Estudios Tributarios,* Nº 5, 2000.

Martínez Lage, Santiago, “En torno a la subsidiariedad”, *Gaceta Jurídica de la CE,* Nº 117, B 78, octubre de 1992.

Mata Sierra, María Teresa, *La Armonización Fiscal en la Comunidad Europea*, Lex Nova, Valladolid, 1996.

Olesti Rayo, Andreu, *Los principios del Tratado de la Unión Europea. Del Tratado de Maastricht al Tratado de Ámsterdam,* Ariel, Barcelona, 1998.

Palacio González, José, *El sistema judicial comunitario. Perspectivas institucionales, reglas de procedimiento y vías de recurso,* Universidad de Deusto, Bilbao, 1996.

Pelechá Zozaya, Francisco, “El efecto de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en materia tributaria, en el tiempo y en el espacio”, *Impuestos,* Vol. II, 1996.

Santer, Jacques, Presidente de la Comisión Europea. “Discurso pronunciado en Estrasburgo el 17 de enero de 1995 ante el Parlamento Europeo” *Cómo funciona la Unión Europea*, Comisión Europea, Dirección General de Información, Bruselas, 1997.

Suay Rincón, José, “Sobre la obligación de los Estados miembros de eliminar sus disposiciones internas incompatibles con el Derecho comunitario y sobre los medios de hacerla efectiva”, *Noticias CEE,* Nº 30, julio de 1987.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Vilá Costa, Blanca, *et. al., Lecciones de Derecho Comunitario Europeo,* Ariel, Barcelona, 1998.

jurisprudencia

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de julio de 1964, asunto C-6/64, *Flaminio Costa c. Ente Nazionale Energía Elettrica*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de abril de 1968, asunto 28/67, *Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe GmbH, Trockenmilchwerk c. Hauptzollamt (Administración principal de Aduanas)*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77, *SpA Simmenthal c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 1981, asunto 66/80, *SpA International Chemical Corporation contra Amministrazione delle finanze dello Stato).*

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de enero de 1982, asunto C-8/81, *Ursula Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt).*

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de octubre de 1986, asunto 168/85, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Italiana.*

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de febrero de 2003, asunto C-245/00, *Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) c. Nederlandse Omroep Stichting (NOS).*

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de marzo de 2004, asunto C-234/02, *Defensor del Pueblo Europeo c. Frank Lamberts*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de octubre de 2008, asunto C-313/07, *Kirtruna, S.L., Elisa Vigano c. Red Elite de Electrodomésticos, S.A*.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de mayo de 2009, asunto C-214/08, *Philippe Guigard contra Comisión de las Comunidades Europeas*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de junio de 2010, asunto C-58/08, *Vodafone Ltd, Telefónica O2 Europe plc, T-Mobile International AG, Orange Personal Communications Services Ltd c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform.*

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de junio de 2010, asuntos acumulados C-188/10 y C-189/10, *Aziz Melki* (C-188/10)*, Sélim Abdeli* (C-189/10).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de julio de 2010, asunto C-377/09, *Françoise-Eléonor Hanssens-Ensch c. Comunidad Europea.*

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2010, asunto C-409/06, *Winner Wetten GmbH c. Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011, asuntos acumulados C-468/10 y C-469/10, *Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (asunto C-468/10) y Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (asunto C-469/10) c. Administración del Estado*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2011, asunto C-145/10, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG, Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2012, asunto C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie ASBL, Terre wallonne ASBL c. Région wallonne*.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

TEORÍA DEL CASO. UN NUEVO PARADIGMA. MÉXICO. 2020

THEORY OF THE CASE. A NEW PARADIGM. MEXICO. 2020

Alfonso Beltrán Arizmendi[1]

RESUMEN: Para paliar el flagelo de la inseguridad, México, llevó a cabo una reforma penal en el 2008, y promulgó en el año 2014 el Código Nacional de Procedimientos Penales, como consecuencia, el sistema penal de corte inquisitivo, acusatorio que venía rigiendo el país, dejó de tener vigencia, para ceder el paso a otro de corte acusatorio y oral, cuya característica principal es el predominio de una serie de audiencias, en donde prevalece la oralidad, con un nuevo enfoque, lenguaje jurídico, y, con nuevas figuras jurídicas procesales, como la teoría del caso, que algunos autores, la sitúan en dos corrientes, una llamada descriptiva y otra sistémica, y consideran que no fue puesta a la crítica del foro, lo que originó imprecisiones en el concepto. En este artículo se pretende llegar a definir un nuevo paradigma de la teoría del caso, sustentado principalmente en los métodos; sistémico, deductivo, fenomenológico, hermeneútico, en fichas bibliográficas, en la doctrina y en las aportaciones sobre la materia de autores nacionales y de otras latitudes, con la finalidad de ponerlo a consideración del foro, de la Academia y de los estudiosos del derecho para su crítica, discusión y debate. Si es el caso, dejar sentadas las bases que sirvan de sustento para estudios

[1] Dr. en Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigación en Docencia y Humanidades del Estado de Morelos, Mención Honorífica. Doctorado en Derecho Procesal Acusatorio, Escuela de Derecho Posgrados y Práctica Jurídica, primer lugar y mención honorífica. Trabajo actual; Director General de la Empresa "Servicio Jurídico y Financiero", Z.S. sede en la CDMX, e impartiendo asesorías en la Iniciativa Privada y en la Administración Pública, así como a despachos jurídicos y abogados postulantes. Especialidad; Consultor para la Alta Dirección.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

futuros y aplicación en el drama penal.

Palabras clave: Teoría del caso, corrientes conceptuales de la teoría del caso, crítica a la teoría del caso, concepto de teoría del caso.

ABSTRACT: To alleviate the scourge of insecurity, Mexico carried out a criminal reform in 2008, and promulgated in 2014 the National Code of Criminal Procedures, as a consequence, the criminal inquisitive court system, accusatory that had been governing the country, ceased to be in force, to give way to another accusatory and oral court, whose main characteristic is the predominance of a series of hearings, where orality prevails, with a new approach, legal language, and, with new figures procedural legal systems, such as the theory of the case, which some authors place in two streams, one called descriptive and the other systemic, and consider that it was not criticized by the forum, which led to inaccuracies in the concept. This article aims to define a new paradigm of the theory of the case, based mainly on the methods; systemic, deductive, phenomenological, hermeneutic, in bibliographic records, in doctrine and in contributions on the subject by national authors and from other latitudes, in order to put it for the consideration of the forum, the Academy and legal scholars for your criticism, discussion and debate. If it is the case, lay the foundations that serve as sustenance for future studies and application in criminal drama.

Keywords: Theory of the case, conceptual currents of the theory of the case, criticism of the theory of the case, concept of the theory of the case.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Sumario: I. *Antecedentes.* II. *Reforma penal procesal.* II. *El nuevo proceso penal y el foro.* IV. *Teoría del caso y el modelo anglosajón.* V. *Crítica a la teoría del caso*. VI. *Objetivo del artículo.* VII. *Corrientes conceptuales de la teoría del caso.* VIII. *La teoría del caso como teoría.* IX. *Método científico*. X. *Hipótesis.* XI *Concepto de teoría del caso.* XII. *Conclusiones* XIII. *Bibliografía.*

I. ANTECEDENTES

Concerniente a la seguridad pública, la sociedad mexicana ha expresado su preocupación por la creciente inseguridad, a la que se enfrentan en la vida cotidiana, no hay día en que no se cometan actos ilícitos que perturban la paz y la tranquilidad social afectando el bienestar, el patrimonio familiar y no en pocas ocasiones lesionan irreparablemente la integridad de los ciudadanos.

La sociedad se ha manifestado, ha reclamado al gobierno con justo derecho, a través de los medios que la ley le otorga, una mayor y mejor seguridad tanto para sus bienes como en su integridad física. Atendiendo al reclamo social, conjuntamente los tres órdenes de gobierno, han venido planteando y ejecutando estrategias con la finalidad de abatir los índices delictivos, de acuerdo al discurso, “apegado a la legalidad”, a pesar de ello, en los últimos años, el fenómeno delictivo en México se ha incrementado considerablemente, afectando negativamente la vida, el patrimonio y la tranquilidad de los ciudadanos, además de la perpetua violación a los derechos humanos.

México, en una década, pasó de una criminalidad medianamente controlable a una alta criminalidad incontrolable. Por si esto fuera poco, a la par del incremento de la delincuencia ordinaria, se ha producido una consolidación de la delincuencia organizada, generadora de delitos de alto impacto social, como el narcotráfico, el secuestro, robo de vehículos, extorsión, homicidios dolosos, etcétera, aunado con otro tipo de problemas como la corrupción rampante, y la violación sistemática de

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

los derechos humanos, conductas que ha impactado a los diferentes sectores de la sociedad, cambiando, entre otros, su estilo de vida.

II. REFORMA PENAL PROCESAL

Los Estados Unidos, mediante la Institución, entre otras, "La Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional" ─USAID─, en Latino América ha propiciado planes, programas y apoyos financieros, direccionados a mejorar y vigorizar las instituciones encargadas de administran la justicia, en particular en la modernización y actualización de sus legislaciones con procedimientos alternos para la resolución de conflictos y la lucha frontal en contra la corrupción. La Institución "Oficina en Washington para Latinoamericana" ─WOLA─, declaró en el escenario del Plan Mérida el apoyo a la reforma judicial mexicana, para combatir a las organizaciones criminales, considerado el sector judicial como la parte sustantiva en el combate al delito y al terrorismo, combate que conlleva a favorecer la inversión en beneficio del país.

Ocupado en el tema, el diputado mexiquense Cesar Camacho Quiroz[2], apuntó las razones del porque se necesitaba una reforma constitucional en materia penal y señalaba, entre otras; "La percepción de la sociedad mexicana en torno al sistema de justicia en México, en términos de lentitud, iniquidad, corrupción e impunidad…La urgente modernización del sistema penal que salvaguarde los derechos reconocidos en la Constitución, así como a los acusados de éste…a través de un procedimiento acusatorio, adversarial y oral…", el sentir del diputado, entre otros, conjuntamente con la inseguridad que se padecía ─y se sigue padeciendo─ en el país, y la presión internacional, presionaron al gobierno para que llevara a cabo una reforma constitucional en materia penal.

Para tratar de solventar la situación tan apremiante entorno a la inseguridad pública, relativo a la asignatura penal, se previó en el artículo 12, fracción IV, de la

[2] Benavente, Chorres Hesbert, Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio y oral, Flores Editor, México, 2011, p. 2.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Ley para la Reforma del Estado[3], introducir los juicios orales en materia penal, a nivel federal como local, con el objeto de transformar el sistema de justicia penal mexicano que venía operando, fue el fundamentó, entre otros, de la reforma constitucional del 18 de junio del 2008[4]. Dicha reforma referente al ámbito del proceso penal mexicano, trajo como consecuencia que el sistema penal de corte inquisitivo acusatorio que venía rigiendo en el país, dejara de tener vigencia, para ceder el paso a otro de corte acusatorio y oral, cambio que se reflejó principalmente, en la forma de desarrollo del proceso, cuyo sostén se fundamenta primordialmente en una serie de audiencias en donde predomina la oralidad, que suplen al ahora extinto método del expediente escrito que había dominado la vida jurídico-penal de México.

Derivado de la reforma constitucional citada, se promulgó un código procesal único, con el nombre de Código Nacional de Procedimientos Penales[5], en adelante CNPP, con el objeto, de mejorar lo correspondiente a la seguridad jurídica. Como código único de observancia nacional, permite mediante una nueva cultura jurídica homologar los criterios de los impartidores de justicia. En el CNPP, se introdujeron nuevos criterios jurídicos y nuevas figuras procesales con la idea de fortalecer, entre otras, la certeza jurídica.

III. EL NUEVO PROCESO PENAL Y EL FORO

En el nuevo sistema de procedimientos penales, ─CNPP─, hasta hace poco desconocido ─oficialmente─, en el país, se introdujo un nuevo enfoque y lenguaje jurídico, así, como nuevas figuras, que para fines prácticos eran desconocidas en el

[3] N. del A. De los cambios constitucionales aprobados al sistema de justicia penal mexicano, de los que destacan en el subsistema de impartición de justicia, tiene relación con la introducción de los juicios orales.
[4] El 18 de junio de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
[5] Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014. Última reforma publicada DOF 17 de junio de 2016.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

escenario jurídico penal procesal mexicano, como las llamadas "técnicas de litigación", de amplia difusión, concepto que a la fecha ha tomado singular importancia. Como es natural, el foro, ha tenido que enfrentar un nuevo reto, adaptarse a las nuevas formas procesales y nuevos conceptos contenidos en el CNPP.

A pesar de que la reforma constitucional, en el rubro reforma del poder judicial, tiene más de 10 años, a partir del inicio de su implementación, y, más de 5 años de la promulgación del CNPP, aún existe un relativo desconocimiento de conceptos que maneja el código procesal penal de reciente acuño, en su esencia, de acuerdo con la óptica de algunos autores, fue "copiado" del modelo anglosajón, que presenta sensibles diferencias con respecto al modelo germánico-romano que imperó en el país por muchos años.

IV. TEORÍA DEL CASO Y EL MODELO ANGLOSAJÓN

El nuevo sistema procesal penal, de acuerdo con el sentir de algunos doctrinarios, no ha madurado lo suficiente, para corregir la falta de claridad y ciertas imprecisiones en algunos conceptos, como, la teoría del caso, entre otros, este último, en los Estados Unidos toma el nombre de *"theory of the case"*, ─país en el cual surge y adquiere el nombre─. *Eduardo Binder*, nombrado por Hidalgo Murillo[6], apunta; "la teoría del caso, posiblemente el núcleo de la litigación en los sistemas adversariales, necesita todavía esclarecimiento, divulgación y hasta adaptación terminológica a nuestras nuevas realidades procesales", el autor en comento, en su señalamiento se refiere sin faltarle razón a la falta de claridad jurídica en conceptos que maneja el nuevo modelo procesal penal, entre ellos se encuentra, la teoría del caso.

[6] Hidalgo Murillo, José Daniel, Problemas jurisprudenciales entorno al código nacional de procedimientos penales, Flores Editor, México, 2016. p. 126.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Algunos autores consideran que los responsables de la reforma procesal penal, hicieron una "réplica" del modelo anglosajón, y una vez "concluida", la implementaron en el país, sin un análisis previo, tal como lo señala, Hidalgo Murillo[7];

> México ha tenido que admitir las ideas que el modelo chileno y otros países latinoamericanos, introdujeron del sistema de justicia penal anglosajón con sus grandes yerros y sus muchas ventajas. No ignoro que las universidades e institutos de los Estados Unidos han hecho convenio con universidades e institutos mexicanos para introducir las técnicas de litigio de ese país, asumiéndolas sin sentido crítico.

Se observa en lo señalado por el autor, que México admitió conceptos del modelo anglosajón sin haberlos sometido a la crítica, se puede inferir que no fueron sometido al examen y al debate del foro, ejemplo de ello, entre otros, fue la introducción de la llamada teoría del caso, indubitable concepto de origen anglosajón, aunque formalmente no fue introducido en la reforma, si es de uso legal en el contexto jurídico procesal penal del país. En algunos casos, la literatura especializada y en otros ámbitos como el Académico[8] han adoptado el modelo anglosajón, también la propia Sala de Justicia de la Nación, al resolver la Contradicción de Tesis 412/2010[9], Tesis de Rubro**:** "Sistema Procesal Penal Acusatorio y Oral. Se sustenta en el principio de Contradicción**"**[10]**,** siguió la misma dirección, al señalar;

> El nuevo sistema procesal penal, garantiza a través del principio de

[7] Hidalgo Murillo, José Daniel Teoría del caso y gestión del caso Técnicas de litigio para defensores y asesores jurídicos*,* Flores Editor, México 2015, p. VII.
[8] N. del A. La Secretaría Técnica del Sistema Nacional de Cualificaciones Profesionales ─SETEC─, es un órgano autónomo responsable de supervisar la implementación y funcionamiento del sistema de justicia penal. Otorga certificaciones en Juicio Oral a docentes. Mediante la capacitación a los docentes se introdujeron ideas y conceptos del modelo anglosajón.
[9] Coaña Be, Luis David, Teoría del caso en México: una aproximación a su estudio desde la perspectiva constitucional, Armando Juárez Blog IUSTÓPICO Y ATÍPICO, 26 de agosto de 2014. Consultado en: https://iustopico.com/2014/08/26/teoria-del-caso-en-mexico-una-aproximacion-a-su-estudio-desde-la-perspectiva-constitucional/. Fecha de consulta: 10 de febrero de 2021.
[10] Criterio emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que derivó de la contradicción de tesis 412/2010 resuelta el 6 de julio de 2011, esto es, la tesis aislada 1a. CCXLIX/2011, Décima Época, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro VI, marzo del 2012, Tomo 1, página 292, de rubro: *""Sistema Procesal Penal Acusatorio y Oral. Se sustenta en el Principio de Contradicción."*, de donde se aprecia el objetivo medular de este principio

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

> contradicción, la igualdad procesal de las partes que consagra la fracción V del artículo 20, Apartado A, en la medida en que a las partes procesales se les permite escuchar de viva voz las argumentaciones de la contraria, para apoyarlas o rebatirlas y observar desde el inicio la manera cómo formulan sus planteamientos en presencia del juzgador. Esto es, tanto el Ministerio Público, como el imputado y su defensor deben exponer al juzgador su versión de los hechos, con base en los datos que cada uno de ellos aporte a fin lograr convencerlo de su versión, la cual ha sido denominada en la literatura comparada como "teoría del caso", definida en el libro Trial Techniques de Mauet Thomas A; Aspen Law & Business, Aspen Publishers, Inc. Gaithersburg, New York 5ª. Edición 2000, página 24, como una clara y simple historia sobre lo que "realmente sucedió" desde su propio punto de vista. Debe ser consistente con la evidencia no controvertida y con su propia versión de la evidencia controvertida y la aplicación del derecho sustantivo. No sólo debe demostrar qué ocurrió, sino que además debe explicar por qué las personas en la historia actuaron de la manera como lo hicieron…Debe ser una historia persuasiva que será la base de su evidencia y argumentos durante el juicio.

Se observa, con claridad meridiana, que el contenido de la Contradicción de Tesis, hace mención a la teoría del caso como una exposición de la versión de los hechos ante el juzgador con la finalidad de convencerlo[11], desde la óptica del fiscal y del defensor, en otras palabras, es la historia de los hechos que se relatan ante el juzgador. El concepto es propio del modelo anglosajón.

V. CRÍTICA A LA TEORÍA DEL CASO

La teoría del caso, es un concepto que se encuentra inmerso en la literatura anglosajona, al respecto Benavente Chorres[12]; señala; "…el origen de la teoría del caso la encontramos en la literatura jurídica anglosajona…". Su inserción en el contexto jurídico penal mexicano, puede sustentarse en la Contradicción de

y el sustento de la aplicación del mismo dentro del nuevo sistema. Dr. Arango Escámez, José Faustino, "La Impartición de Justicia en el Sistema Penal Acusatorio". Portal, Foro Jurídico, 8 de abril de 2019, Consultado en: https://forojuridico.mx/la-impartición-de-justicia-en-el-sistema-penal-acusatorio/. Fecha de consulta: 27 de febrero de 2021.

[11] N. del A. El juzgador al escuchar la teoría del caso del expositor a través de una argumentación fundamentada y estructurada, debe quedar convencido de la teoría del caso que escucha, si es el caso.

[12] Benavente Chorres, Hesbert, La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio y oral, Flores Editor, México, 2011, p. 27.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Tesis 412/2010, ya mencionada.

La teoría del caso ha cobrado singular importancia, de tal suerte, que a últimas fechas existe una amplia Bibliografía, así como la impartición de conferencias, cursos, etcétera, y ha surgido una corriente de conocedores del tema, aunque para algunos juristas todavía no tengan la suficiente claridad de lo que representa, debido entre otros, a la imposición de la reforma procesal penal sin haberla sometido a la crítica del foro, a la adopción de nuevos conceptos jurídicos, y el no haber tomado en consideración la diferencia de culturas jurídicas entre México y Estados Unidos, esquema que abonó a las imprecisiones y errores que circundan a la teoría del caso, dando lugar, a un problema de entendimiento y como consecuencia, una falta de consenso entre el foro sobre el tema, situación que ha provocado un debate entre autores acerca de la teoría del caso, con la finalidad de "precisar" y aportar un concepto adecuado a la realidad del nuevo sistema procesal penal.

VI. OBJETIVO DEL ARTÍCULO

La reforma procesal penal, ─plasmada en el CNPP─, llevada a cabo en México, de acuerdo con Hidalgo murillo, no fue sometida a la crítica y debate del foro, que originó un problema de entendimiento en conceptos, en particular, en la teoría del caso. El presente artículo, pretende, encontrar un nuevo paradigma del concepto de la teoría del caso bajo el amparo de la doctrina y la normatividad jurídico penal vigente, tomando en cuenta las aportaciones que han hecho los autores sobre el tema, con la intención de poner a consideración del foro, la Academia y de los estudiosos del derecho el nuevo paradigma para su crítica, discusión y debate, Si es el caso, dejar sentadas las bases que sirvan de sustento para estudios futuros,─por ejemplo, su relación con la teoría del delito─ y aplicación en el drama

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

penal.

VII. CORRIENTES CONCEPTUALES DE LA TEORÍA DEL CASO

La adopción de la teoría del caso en el nuevo proceso penal, originó dentro de la diversidad de autores, una discusión en torno a su concepto, dando lugar a dos corrientes, Morales Fuente [13] apunta; "Debemos identificar que dentro de esta figura existen dos corrientes conceptuales, en la primera podemos observar la forma narrativa o explicativa de la teoría del caso, y por el otro lado nos encontramos con su carácter sistemático". La corriente sistémica incluye conceptos que no son considerados en la explicativa o narrativa, esos conceptos marcan la diferencia entre las dos corrientes.

7.1. Corriente descriptiva

La corriente descriptiva corresponde al modelo anglosajón, representada por Estados Unidos, en este modelo como en los sistemas acusatorios al cual pertenece, es la oralidad el instrumento fundamental del que hacen uso los actores del drama penal para lograr sus pretensiones, su importancia radica en que representa una idea primordial, una historia básica, que sirve de plataforma para encauzar los esfuerzos y estrategias, mediante las cuales se pretende construir un sistema integral de andamios argumentativos, y comportamientos extraprocesales para ser exteriorizados ante un tercero imparcial ─jurado lego─, para que dicte el fallo, de acuerdo a su convicción.

Los autores, que a continuación se nombran, entre otros, pertenecientes a la corriente descriptiva definen a la teoría del caso, desde la perspectiva del modelo

[13] Morales Fuentes, Fabián Alejandro "La importancia de la teoría del caso en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio", *Revista Conexión de Derecho y Ciencias Sociales*, año 4-Número 10. ISSN. 2395-8219, pp. 5-12. Consultado en: http://aliatuniversidades.com.mx/conexxion/wp-content/uploads/2016/09/CDyCS_10-_FINAL-OK.pdf. Fecha de consulta: 27de febrero de 2021.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

anglosajón, de la siguiente forma; *Thomas A. Mauet*[14]*; "una clara y simple historia sobre lo que "realmente sucedió" desde un particular punto de vista"*. Como se observa el autor en comento, se refiere a la teoría del caso como una simple narrativa de los hechos. Por su parte, *Steven Lubet, nombrado por* Luis David Coaña[15], señala; "que los juicios, entonces, se llevan a cabo para permitir que las partes logren persuadir al juez o al jurado con su propia historia sobre los hechos ocurridos, cuyo contenido debe ser gobernado, por supuesto, por la verdad, o al menos por aquella verdad que se encuentre al alcance del abogado", el autor también se refiere a un relato, a una historia de los hechos.

Siguiendo con los autores, *Michael McCullough*, también nombrado por Luis David Coaña[16], apunta; "para quien la teoría del caso constituye la historia que el abogado quiere que acepte el juzgador. Es la trama para su obra que es el juicio y como cualquier buena trama, normalmente incluirá ciertos elementos típicamente necesarios para narrar una historia: personajes, escenarios, elementos temporales, acción, sentimientos". EL autor en comento, también se refiere a la teoría del caso como una narrativa de los hechos, además incluye comportamientos extraprocesales.

Los autores arriba señalados presentan similitudes en sus definiciones, como, la de relatar los hechos ante un jurado mediante una historia estructurada, argumentada ante un jurado y sostenida por medios probatorios, en otras palabras, se refiere a la relatoría de la historia de los hechos argumentada, con ciertos atributos; omnicomprensiva, autosuficiente, única y verosímil, sostenida con las pruebas correspondientes, con la finalidad de crear convicción entre el jurado, a favor de los intereses de quien la relata. En estas definiciones no mencionan o no toman en consideración aspectos jurídicos, el elemento sustantivo en esta corriente

[14] Mauet, Thomas A, *Trial Techniques,* 8th. Ed. Nueva York, Wolters Kluwer-Aspen Publishers, 2010, p. 24.
[15] Coaña Be, Luis David, Teoría del caso en México: una aproximación a su estudio desde la perspectiva constitucional, *Armando Juárez Blog IUSTÓPICO Y ATÍPICO*, 26 de agosto de 2014. Consultado en: https://iustopico.com/2014/08/26/teoria-del-caso-en-mexico-una-aproximacion-a-su-estudio-desde-la-perspectiva-constitucional/. Fecha de consulta: 10 de febrero de 2021.
[16] *Ídem.*

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

es el elemento probatorio.

Cuando en las definiciones de la corriente descriptiva emplean el término juzgador o jurado, se pueden interpretarse de diferentes formas, uno de ellos, jurado popular, otro, tribunal de enjuiciamiento. En esta corriente la historia, está encaminada a convencer a un jurado compuesto por ciudadanos legos en cuestiones jurídicas y no a un tribunal conformado por juristas doctos, como es el caso de México.

De las definiciones de la teoría del caso de los autores de la corriente descriptiva, se puede apreciar, que tienen en común el elemento narrativo, es decir, la historia que presentan las partes ante un jurado, de acuerdo a sus pretensiones.

VII. 2. Corriente sistémica

La corriente sistemática, considera que no sólo se trata de una historia, versión o explicación narrada de los hechos materia del proceso, como se viene dando en la praxis mediante los alegatos de apertura, para esta corriente la teoría del caso tiene un significado de mayor alcance, facilitarle a las partes en conflicto el análisis estratégico de la información del supuesto hecho delictivo, y facilitar su clasificación con la finalidad de adecuarla, si ese es el caso, a los elementos del delito, en primera instancia al tipo penal. También proporciona a las partes una metodología que los orientará en el curso de la investigación del presunto delito, que permitirá ponderar las expectativas, para que la toma decisiones sean más racionales y apegadas a derecho.

Para la corriente sistémica la teoría del caso, se empieza a construir desde que se tiene conocimiento por parte del fiscal de un presunto hecho que la ley señala como delito y la probable participación del imputado en el hecho, lo que implica que se empiezan a vincular desde el principio varios conceptos torales como: lo fáctico —los hechos—, los elementos probatorios —pruebas— y elemento jurídico —teoría jurídica—, elementos que la corriente considera que integran la teoría del caso. Peña

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

González[17] apunta; "La teoría del caso comienza a elaborarse desde el momento en que ocurrieron los hechos, así como desde el momento en que el abogado se entrevista con su cliente", en este punto existe coincidencia con el que escribe, faltaría agregar que la teoría del caso a través del proceso penal, mediante la investigación, se va afinando hasta llegar al juicio oral como una teoría.

Cuando se comienza a construir la teoría del caso, también se inicia con la articulación racional de los conceptos fáctico, probatorio, y jurídico, esto permite la aproximación a un modelo conceptual, esta articulación racional es lo que le da el carácter de sistema, Churman-Ackof[18] define al sistema como; "…un conjunto interconectado de elementos relacionados funcionalmente". Entonces, la teoría del caso es un modelo conceptual sistemático, tal como lo considera Benavente Chorres[19], cuando señala: "…la teoría del caso se construye desde el primer momento…e implica la articulación de varios elementos…fáctico, jurídico y probatorio…al referirnos a la construcción y la articulación…es que nos acercamos a un modelo conceptual que observa el carácter sistémico…que permite hablar de teoría y no solamente una historia persuasiva de lo que ocurrió" es de importancia observar que el autor en comento considera a la teoría del caso como una teoría. Posteriormente el autor señala que la teoría del caso es un planteamiento metodológico.

El concepto de teoría del caso abajo el contexto de la corriente sistémica, Hidalgo Murillo[20], apunta; "…la correspondencia de la hipótesis fáctica, la hipótesis jurídica y la hipótesis probatoria, se le denomina "teoría del caso", la cual se elabora a partir de las evidencias y sus inferencias, y a partir del tipo penal que aparece como posible de aplicar." En su apunte, aunque explícitamente no se refiere al relato de una historia, es evidente que tiene que relatar los hechos fácticos, además, es conveniente relatarlo como una historia, apoyados en una teoría probatoria y una

[17] Peña González, Óscar, Técnicas de litigación oral teoría y práctica, Flores Editor, 2ª ed., actualizada y aumentada, México, 2014, p. 233.
[18]Churchman/Ackof, Introducción a la administración operativa, Ed., Aguilar, España, 1973, p. 7.
[19] Benavene Chorres, Herbert, La aplicación de la teoría del caso…*OP. Cit*. p. 30.
[20] Hidalgo Murillo, J. Daniel, Teoría del caso y gestión…*Op. Cit.* p. XII.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

jurídica. *Casanueva Reguart*, nombrado por David Coaña[21], ─lo considera precursor en el tema del sistema acusatorio en materia penal y, en particular, de los juicios orales en México, así como de introducir al debate en el país el tema de la teoría del caso─, señala; "…la teoría del caso; es una narración persuasiva de los hechos…de los fundamentos jurídicos que permiten soportar legal y doctrinalmente la tesis… y de las pruebas", como se observa hay similitudes entre *Casanueva Reguart* e Hidalgo Murillo, en los conceptos, fáctico, jurídico y probatorio, Lorenzo Leticia[22] señala; "La teoría del caso es la versión que el litigante asume sobre el hecho, su relevancia jurídica y su sustento probatorio. Está compuesta por tres partes a) la teoría jurídica, b) la teoría fáctica, c) la teoría probatoria", la autora coincide con los conceptos de los autores de la corriente sistémica.

Retomando a Benavente Chorres[23], apunta; "…la teoría del caso es el planteamiento metodológico que cada una de las partes debe de realizar desde el primer momento en que ha tomado conocimiento de los hechos, con la finalidad de dotar de un solo sentido, significado u orientación a los hechos, normas jurídicas ─normas jurídicas, sustantivas y procesales─, así como el material probatorio. también conocido como evidencias", como se aprecia los autores en comento sensiblemente coinciden en sus apreciaciones sobre la teoría del caso. Alvarado Sosa[24], señala; "Los componentes de la teoría del caso son: a) el hecho, b) la ley apoyada en la teoría del delito y c) las pruebas…para acreditar la teoría del caso que se sustenta…". Como se puede observar el autor en comento, incluye a la teoría del delito como parte de la teoría del caso.

Del concepto de teoría del caso de Benavente Chorres, se observan tres aspectos importantes, primero, señala que la teoría del caso es una metodología,

[21] Coaña Be, Luis David,_Teoría del caso en México: una aproximación a su estudio desde la perspectiva constitucional, *Armando Juárez Blog IUSTÓPICO Y ATÍPICO*, 26 de agosto de 2014. Consultado en: https://iustopico.com/2014/08/26/teoria-del-caso-en-mexico-una-aproximacion-a-su-estudio-desde-la-perspectiva-constitucional/. Fecha de consulta: 10 de febrero de 2021.

[22] Lorenzo, Leticia, Manual de litigación Colección litigación y enjuiciamiento penal adversarial, Ediciones Didot, 6ª reimpresión, Argentina, 2018, p. 37.

[23] Benavente Chorres, Hesbert, La aplicación de la teoría del caso…*Op. Cit*. p. 33.

[24] Alvarado Sosa, Javier, Manual teórico para el proceso penal acusatorio, SISTA, México, 2013, p. 44.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

segundo, que se inicia a construir desde el momento de que se tiene conocimiento de los hechos, tercero, habla de los hechos, implícitamente debe de referirse al elemento fáctico, también se refiere al elemento jurídico y probatorio. Resumiendo, para el autor Benavente Chorres, la teoría del caso consta de tres elementos a) una metodología, b) se construye desde el primer momento que se tiene conocimiento del presunto hecho delictivo y c) descansa en tres elemento fáctico, probatorio y jurídico. Es evidente las diferencias existentes entre la corriente descriptiva y la sistemática.

Para dilucidar el contenido de la definición de la teoría del caso de Benavente Chorres, es conveniente comenzar por definir que es una metodología, el término metodología proviene del griego y está compuesta por las palabras método y logos, que se puede traducir como el estudio del método, el tratado o ciencia de los métodos[25]. Método, se puede definir como; una forma ordenada y estructurada de operar, que puede contener un conjunto de pasos que se reflejen en operaciones o procedimientos que conduzcan y faciliten llegar al objetivo propuesto.

Siguiendo a Benavente Chorres, el hecho —o conducta—, debe de tener como característica que sea penalmente relevante y que colme los elementos del tipo penal en concreto, la teoría jurídica debe de referirse a la teoría del delito, tal como lo señala el autor en comento[26]; "con relación a la teoría jurídica, nos estamos refiriendo a la teoría del delito…para dotarle de sentido penal a los hechos materia de proceso", y el elemento probatorio, deberá estar referenciado a los elementos de prueba que sustentan a los hechos y a la teoría jurídica.

VIII. LA TEORÍA DEL CASO COMO TEORÍA

Con respecto al concepto de teoría del caso, hay autores que sostienen que no se trata de una teoría, como lo afirma Javier Martínez[27]; "…La teoría del caso

[25] Herrera Vázquez, Marina A., Métodos de investigación 1, Esfinge, México, 2003, p. 45.
[26] Benavente, Chorres Hesbert, Guía para el estudiante del proceso…*Op. Cit,* p. 205.
[27] Martínez Jiménez, Javier, Teoría del delito el planteamiento del caso ante el tribunal de juicio, Flores Editor, México, 2018, p. 1.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

no es teoría, es plan o proyecto que proponen las partes", sigue comentando; "la teoría del caso es una estrategia que se propone para resolver un conflicto…"[28].

El autor considera a la teoría del caso como una estrategia de litigio y no como una teoría, tal como lo señala.

Con respecto, a lo señalado por Javier Martínez, el que escribe sostiene que la teoría del caso es una teoría, partiendo de que una teoría se puede entender; como un conjunto de conceptos estructurados, que tiene por objeto explicar un fenómeno, inferidos a partir de la observación, la experiencia o el razonamiento lógico. En el caso particular, el fiscal establece por medio de una hipótesis, la acusación, que debe estar sostenida por un trípode, elementos fácticos, probatorios y jurídicos, articulados racionalmente por una metodología, esa articulación metodológica y probada, la sostiene y la explica el fiscal mediante una teoría ante el tribunal de enjuiciamiento, esa teoría es la teoría del caso, que en parte se ajusta, al método científico.

IX. MÉTODO CIENTÍFICO

El método científico, a grandes rasgos establece que a través de una observación se detecta un problema, se establece una hipótesis ─la acusación─, se prueba, corroborando y sustentando su adecuación a la realidad que se pretende explicar y la hipótesis probada se explica por medio de una teoría─ teoría del caso─, fundamentada en los elementos de prueba, ante la comunidad científica, ─en este caso al tribunal de enjuiciamiento─, para su aceptación o rechazo. Lo propio urdirá la defensa. En la estructuración de la teoría del caso, es conveniente tratar de aproximarse a la metodología del método científico. El método científico es el estudio empírico controlado, crítico y sistemático, que intentan explicar presuntas relaciones entre varios, sucesos.

[28] *Ibídem.* p. 2.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

X. HIPÓTESIS

Con respecto a la hipótesis, Enrique Díaz-Aranda, comenta que la teoría del caso está sustentada por una triada; una teoría fáctica; una materia probatoria y una teoría jurídica. Con relación a la acusación apunta[29]**;**

> …es una hipótesis que formula quien acusa a un ciudadano que se presume inocente y como se presume inocente, entonces, solamente cuando el representante del estado, que en este caso sería el MP, lo acusa de que no es inocente, sino que es culpable, tiene que plantear, cual es la hipótesis bajo la cual está sosteniendo que este sujeto presuntamente inocente…es culpable, esta teoría fáctica se puede sustentarse en indicios se puede sustentarse en suposiciones, pero, si no se respalda en la prueba que le corresponde…queda en pura especulación.

De lo expresado por el autor en comento, entre otras, se desprende un concepto de suma importancia, el término de hipótesis, tema que sería muy conveniente abordar. Según el punto de vista del autor, cuando se llega al juicio oral, desde la óptica del fiscal, que es la Institución que acusa, deberá plantear ante el tribunal de enjuiciamiento una hipótesis que sostenga la acusación que se le imputa al acusado, que contenga las proposiciones fácticas, conjuntamente con las teorías probatoria y jurídica.

La hipótesis puede considerarse, de acuerdo con Hernández Sampieri,30; "…lo que estamos buscando o tratando de probar y pueden definirse como explicaciones tentativas del fenómeno investigado formuladas a manera de proposiciones", la Real Academia Española, la define de la siguiente manera; "…se establece provisionalmente como base de una investigación que puede confirmar o negar la validez de aquella", se observa en la definición de Sampierie, las palabras, "lo que estamos buscando o tratando de probar", de acuerdo con Díaz Aranda, corresponde a la hipótesis de acusación, porque es precisamente la pretensión del fiscal, probar su acusación, frente al tribunal de enjuiciamiento.

[29] Dr. Enrique Díaz Aranda, La teoría del caso, 13 febrero de 2015. Consultado www.youtube.com/watch?v=mDcKsmBHNmY. Fecha de consulta: 27 de febrero de 2021.
[30] Hernández Sampieri, Metodología de la investigación, McGraw Hill, 2ª ed., México, 1998, p. 74.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

XI. CONCEPTO DE TEORÍA DEL CASO

Bajo el amparo del marco jurídico correspondiente, de la doctrina y en cumplimiento del objetivo del artículo, se establecen las condiciones que permiten definir operacionalmente la teoría del caso; la teoría del caso, es una teoría que se construye a partir de un modelo conceptual y sistémico, estructurado mediante un método racional que integra a una triada de conceptos; fácticos, probatorios y jurídicos, y tiene como finalidad fundamentar, sostener y explicar a través de un razonamiento lógico una acusación, ante un tribunal de enjuiciamiento.

XII. CONCLUSIÓN

La teoría del caso, es un concepto importante para el nuevo sistema procesal penal, ya que, la resolución judicial de libertad o de condena que emita el tribunal de enjuiciamiento va a depender de como este estructurada, fundamenta y como se exponga ante el tribunal en el juicio oral, por lo tanto, la responsabilidad tanto del fiscal como de la defensa es de suma importancia.

Una teoría del caso deficiente, no apegada a los lineamientos, que exige el nuevo sistema procesal penal, como puede ser, que se interprete de manera equivocada, o, por falta de claridad en el concepto, puede dar motivo a la impunidad, es decir, que el culpable quede libre, o, a la injusticia, que el inocente sea sentenciado, de ahí la importancia que representa, contar con un exhaustivo conocimiento de lo que significa la teoría de caso, que cumpla con las exigencias del nuevo sistema procesal penal que rige en el país.

XII. BIBLIOGRAFÍA

Alvarado Sosa, Javier, Manual teórico para el proceso penal acusatorio, SISTA,

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

México, 2013.

Benavente, Chorres Hesbert, Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio y oral, Flores Editor, México, 2011.

----------Benavente Chorres, Hesbert, La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio y oral, Flores Editor, México, 2011.

Churchman/Ackof, Introducción a la administración operativa, España, Aguilar, Edición Española, 1973.

Hernández Sampieri, Metodología de la investigación, McGraw Hill, 2ª ed., México, 1998, p. 74.

Hidalgo Murillo, José Daniel, Teoría del caso y gestión del caso Técnicas de litigio para defensores y asesores jurídicos, Flores Editor, México 2015.

----------Hidalgo Murillo, José Daniel, Problemas jurisprudenciales entorno al código nacional de procedimientos penales, Flores Editor, México, 2016.

Herrera Vázquez, Marina A., Métodos de investigación 1, Esfinge, México, 2003.

Lorenzo, Leticia, Manual de litigación Colección litigación y enjuiciamiento penal adversarial, Ediciones Didot, 6ª reimpresión, Argentina, 2018.

Mauet, Thomas A, *Trial Techniques*, 8th. ed., Nueva York, Wolters Kluwer-Aspen Publishers, 2010.

Martínez Jiménez, Javier, Teoría del delito el planteamiento del caso ante el tribunal de juicio, Flores Editor, México, 2018.

Peña González, Óscar, Técnicas de litigación oral teoría y práctica, 2ª. Edición actualizada y aumentada, Flores Editor, México, 2014.

Jurisprudencia

Criterio emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que derivó de la contradicción de tesis 412/2010 resuelta el 6 de julio de 2011, esto es, la tesis aislada 1a. CCXLIX/2011, Décima Época, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro VI, marzo del 2012, Tomo 1, página 292, de rubro: *"Sistema Procesal Penal Acusatorio y Oral. Se sustenta en el Principio de Contradicción."*, de donde se aprecia el objetivo

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

medular de este principio y el sustento de la aplicación del mismo dentro del nuevo sistema.

Diario Oficial de la Federación

El 18 de junio de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014. Última reforma publicada DOF. 17 de junio de 2016.

Citas electrónicas

Coaña Be, Luis David, Teoría del caso en México: una aproximación a su estudio desde la perspectiva constitucional, Armando Juárez Blog IUSTÓPICO Y ATÍPICO, 26 de agosto de 2014. Consultado en: https://iustopico.com/2014/08/26/teoria-del-caso-en-mexico-una-aproximacion-a-su-estudio-desde-la-perspectiva-constitucional/.

Dr. Arango Escámez, José Faustino, “La Impartición de Justicia en el Sistema Penal Acusatorio”. Portal, Foro Jurídico, 8 de abril de 2019, Consultado en: https://forojuridico.mx/la-impartición-de-justicia-en-el-sistema-penal-acusatorio/.

Morales Fuentes, Fabián Alejandro “La importancia de la teoría del caso en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio”, *Revista Conexión de Derecho y Ciencias Sociales*, año 4-Número 10. ISSN. 2395-8219, pp. 5-12. Consultado en: http://aliatuniversidades.com.mx/conexxion/wp-content/uploads/2016/09/CDyCS_10-_FINAL-OK.pdf.

Dr. Enrique Díaz Aranda, La teoría del caso, 13 febrero de 2015. Consultado en: www.youtube.com/watch?v=mDcKsmBHNmY.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

EL DERECHO DE MENORES Y LA CONTINGENCIA SANITARIA

CHILDREN RIGHTS AND SANITARY CONTIGENCE

Verónica Isabel García Higuera[1]

RESUMEN: En este trabajo se desarrolla el derecho de niñas, niños y adolescentes, así como un aspecto general de las leyes que los protegen, el interés superior del niño y, sobre todo, el papel del operador de justicia frente a los derechos del menor, durante la contingencia sanitaria que actualmente atraviesa México y el resto del mundo. Tomando en consideración que durante este tiempo en el cual el país ha enfrentado una crisis sanitaria que ha impedido las actividades diarias de las familias, han sido los niños quienes han sufrido las consecuencias de un encierro sin igual, en donde no sólo se trastocó el derecho a la educación, a la recreación, a la salud, sino también el acceso a la justicia, pues al ser ésta una actividad esencial, las constantes suspensiones y el semáforo sanitario, impidieron el avance de los procesos judiciales, y por supuesto, las modificaciones a las convivencias que previamente se llevaban a cabo con aparente normalidad. Analizaremos la afectación causada por la pandemia mundial del virus SARS- COVID 19 a los derechos humanos de menores, si está relacionado con la administración de justicia y, en caso de ser así, cuál derecho humano debe ser ponderado, el derecho a la salud o a convivir con su familia y las consecuencias que esto conlleva.

[1] Secretaria de Acuerdos de Primera Instancia del Juzgado Quinto Familiar del Primer Distrito Judicial en el Estado de Morelos.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Palabras clave: Derechos humanos, menores, justicia, COVID-19.

ABSTRACT: In this job its developed the boys and girl's rights as well the general aspect of the laws they are protected, the superior interest of the children and above all the paper of the justice operator in front of the children rights, during the sanitary contingence that actually Mexico is having as well the whole world. Taking in considerance that during this time in which the country has facing a sanitary crisis that has prevented the daily family activities the children have been whose have suffer the consequences of an abnormal lock without no precedent, were not only was upset the right of the education, to the recreation, the health, if not also the access to the justice, well being an essential activity, the constants suspensions and the sanitary signal lights didn´t let the judicial process, and of course the modifications to the family reunions that previously were taking with normality. We will analyze the affectation caused by the world pandemic of the virus SARS-COVID 19 to children human rights, if its related with the justice administration and in case to be like that what right has to be weighted, the health right or to socialize with the family and the consequences this carries.

Keywords: Human rights, children, justice, SARS COVID-19.

Sumario: I. *Introducción.* II. *La Declaración Universal de los Derechos del hombre y del Ciudadano.* III. *La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.* IV. *Declaración de los derechos del Niño.* V. *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* VI. *México y las leyes que protegen niñas, niños y adolescentes.* VII. *Ley General de los Derechos de niñas, niños y adolescentes.* VIII. *El principio del interés superior del niño*. IX. *El interés superior del niño frente a la pandemia generada por el virus*

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

SARS COVID 19. X. *El derecho a convivir o el derecho a la salud.* XI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Durante siglos la humanidad ha enfrentado en diversos momentos a lo largo de la historia, crisis alimentarias, sanitarias, humanitarias que han menoscabado a la población: la viruela, el cólera, la peste negra, la gripe española, las guerras, la hambruna en África, son ejemplos claro de ello.

No obstante que las enfermedades han existido siempre, esta es la primera vez en esta era moderna, que una crisis sanitaria obliga a toda la humanidad a quedarse en casa, guardando una cuarentena que parece interminable, afectando no sólo la economía mundial, sino también, haciendo evidente los desequilibrios sociales, económicos y multiculturales que hay entre una población y otra.

¿Qué cambios tendrá en la vida futura esta pandemia? ¿Permitirá visibilizar todo aquello que era casi desconocido a todas las personas? ¿Se protegerá mejor a los grupos más vulnerables?

Esta crisis en materia de salud, ha afectado severamente a niñas, niños y adolescentes, pues las medidas de contingencia, lesionan sus derechos más elementales, y con ello, ponen en riesgo su integridad.

En este momento, en algún lugar del Estado, hay niñas, niños y adolescentes que se encuentran solos en casa, estudiando conforme a las posibilidades económicas de sus padres o custodios, tanto en las múltiples plataformas virtuales como aplicaciones celulares, sin el cuidado y vigía de adultos, que les den seguridad y confianza, expuestos a depredadores de todo tipo que aprovechan estas circunstancias para cometer ilícitos. Otros quizá, han dejado de estudiar por falta de recursos económicos, el internet no es un elemento básico de muchos hogares y que las clases sean virtuales o en línea, no ayuda mucho a que sigan estudiando, quizá con suerte, haya otros que se encuentren trabajando al lado de sus padres, en donde al menos aseguran los alimentos básicos y sobreviven cada día.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Sin embargo, este encierro obligatorio de la niñez, no es el único peligro que actualmente están enfrentando, pues hay otros rubros que también atentan contra su integridad y que tiene que ver con la actuación de las autoridades judiciales: la falta de administración de justicia pronta y expedita, la falta de convivencia con todos los miembros de su familia y la falta de suministración de alimentos, en los casos de los infantes inmersos en controversias familiares.

En el presente artículo, se analizará de forma general, cuáles son las afectaciones causadas a los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, frente a las cuestiones que han emergido con motivo de la pandemia mundial generada por el virus SARS COVID 2019, cuál es el papel del operador de justicia en estos casos, para disminuir los riesgos y proteger integralmente sus derechos humanos, y qué derecho humano debe ser ponderado, el derecho a la salud, a la convivencia o cualquier otro.

II. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

Desde un punto de vista metodológico, para referirse al derecho de niñas, niños y adolescentes, es preciso abordar los derechos humanos en general, y de ese modo, tenemos que esta Convención[2] es el origen de los diversos instrumentos públicos que señalan los derechos humanos básicos que deben regir en todo el mundo, por ser inherentes a la persona, como la vida, la libertad, la seguridad jurídica y la soberanía.

En su contenido de forma literal no existe un apartado o artículo que hable en particular sobre los derechos de los infantes, sin embargo, están contemplados en ella, en cuanto a que reconoce a *todo* ser humano susceptible de derechos, y así, se entiende que los menores gozan de la misma gama de facultades que los adultos, con las restricciones legales que conforme a su edad imponían las leyes.

[2] Organización de Naciones Unidas, “Declaración Universal de Derechos Humanos”, consultado en: https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/ fecha de consulta: 05 de marzo de 2021.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

III. LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

En esta convención, llamada también pacto de San José de Costa Rica,[3] se establecen cuáles son las obligaciones de los Estados miembros, y cuáles son los derechos de los ciudadanos, y a fin de salvaguardar los derechos humanos de los miembros, se establecieron dos órganos de protección que fueran competentes para conocer de las violaciones a derechos humanos.

Una parte de ella, está enfocada a los deberes de los Estados y derechos protegidos, imponiendo a éstos el compromiso de respetar los derechos y la libertad que se reconocen en el instrumento, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, señalando que **persona** es todo ser humano, incluyendo a las niñas, niños y adolescentes.

Por otro lado, existe un apartado de los derechos civiles y políticos, en los cuales se reconoce la personalidad jurídica de toda persona, el derecho a la vida, a la integridad personal, prohíbe la esclavitud y servidumbre, protege el derecho a la libertad personal estableciendo las garantías para las personas privadas de su libertad o que enfrentan un proceso judicial, delimitando un principio de legalidad, libertad de pensamiento, de religión y de expresión.

En materia de derechos de los niños, el artículo 19 de la convención refiere que *todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, la sociedad y del Estado,* esto es que, que la protección de la niñez es integral, en tanto que es obligación de todos vigilar que se cumpla con ella.

[3] Organización de los Estados Americanos, "Convención Americana sobre Derechos Humanos," Organización de los Estados Americanos", consultando en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf. Fecha de consulta: 05 de marzo de 2021.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

IV. DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Por supuesto, existe una Convención específica para la protección de niñas, niños y adolescentes. Esta, denominada Declaración de los derechos del Niño[4], reconoce como seres humanos a todos los infantes, y establece que para lograr su crecimiento, debe ser apoyado por la sociedad a fin de desarrollarse de forma libre y digna, tanto física, mental y espiritualmente, ya que, como lo señala su preámbulo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconoce los derechos y libertades de toda persona, sin distinción alguna, por tanto, es evidente que por su naturaleza, todo menor tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, dado que es un integrante de la familia y ésta, es un grupo fundamental de la sociedad y un medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, por tanto, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, con el fin de que el menor crezca en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, pues debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad, a través de las reglas mínimas para la protección de menores, sin violentar los valores y costumbres de cada pueblo[5].

V. LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

La reforma constitucional de junio de 2011 marcó un antes y después en materia de derechos humanos, y en particular, tratándose de menores, inició un proceso de cambio en todo el sistema judicial para la debida protección de los niños, niñas y adolescentes.

Estos cambios sumaron las obligaciones internacionales adquiridas, respecto

[4] Organización de las Naciones Unidas, “Convención sobre los Derechos del Niño”, consultando en: https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf Fecha de consulta: 05 de marzo de 2021.
[5] *Ídem.*

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

a menores de edad, y aunque en México ya existían leyes que protegían los intereses de los menores, con el reconocimiento en la Ley fundamental de los derechos humanos, y la aceptación tácita de todos aquellos no enumerados que se encuentren contemplados en los Tratados Internacionales, encontramos una gama amplia de instrumentos de protección.

VI. MÉXICO Y LAS LEYES QUE PROTEGEN NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

En el país, las leyes vigentes refieren a la familia como la primer identidad que tienen los infantes sobre su sentido de pertenencia, de ser parte de algo, y por ello, se tiene al derecho familiar como quien se encarga de regular las situaciones jurídicas que surgen dentro del núcleo familiar, y las diversas normas jurídicas estatales, que rigen a la familia, por ende implican también la vigencia y atemporalidad de esta rama del derecho, del cual derivan todos los procesos en los cuales se ven inmersos derechos de menores como alimentos, custodia, convivencias, entre otros y que afecten o atenten contra el interés superior del niño, pues este resulta ser el objetivo de los asuntos familiares.

Tal cuestión, podría decirse, tiene su origen en el artículo 4º de la Constitución Politica de Estados Unidos Mexicanos, el cual en la parte más importante refiere:

> ***Artículo 4o.*** *El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. […]* ***En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos****. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.*[6] *[…]*

[6] Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 5 de febrero de 1917, última reforma 08 de mayo de 2020, disponible para su consulta en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_190221.pdf. fecha de consulta: 05 de marzo de 2021.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Por tanto, es claro que al encontrarse debidamente reconocida la obligación del Estado de preservar el interés superior de los niños para efecto de que no se vulneren sus derechos, el papel del derecho de familia es inminente sobre dicha protección.

Este concepto de *interés superior del niño*, emana de la condición vulnerable de los menores, misma que alude a su imposibilidad natural de subsistir por sí mismos, necesitando forzosamente de los adultos que le rodean, hasta convertirse él mismo en uno; Esta, básicamente es la razón por la cual, su protección es una cuestión de orden público y de interés social: todos, ciudadanos y gobierno, estamos obligados a proteger el bienestar de niñas, niños y adolescentes, y el Estado, a generar las políticas públicas necesarias para tal fin, incluso, modificando las leyes existentes para que los adultos, cumplamos con este menester.

Sin embargo, *socialmente* hablando, esta obligación de protección, de cuidado y de arropo, es más una concepción de índole moral que jurídico, pues, a pesar de encontrarse regulada, la ley por sí sola resulta ineficaz para modificar el pensamiento y costumbres de los adultos que rodean a niñas, niños y adolescentes, y lograr de ese modo la coercitividad necesaria. Es ahí donde el Estado necesita tomar su papel de coordinador entre el gobierno, la sociedad y las normas y obligar a quien se necesite a cumplir con sus obligaciones, sin embargo, cuando no hay un ente a quien obligar, el Estado mismo debe garantizar los derechos de los niños con los medios que tenga a su alcance, de tal modo que la ineficacia de la ley no se convierta en un pretexto para violentar sus derechos.

Esto significa que es el Estado quien debe ser garante de los menores y sus derechos y, por tanto, en él recae la obligación de asumir la responsabilidad cuando las leyes son insuficientes para proteger a los menores, ya sea porque estas sean deficientes o bien porque sean de lento cumplimiento.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

VII. LEY GENERAL DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Nacida en el 2014 como una ley reglamentaria del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos[7], es una norma de carácter general, en cuanto a que puede ser invocada por cualquiera de los Estados que conforman el territorio nacional, pero también, en cualquiera de los tres niveles de gobierno, ya sea de forma municipal, estatal o federal. Fue creada en atención al principio de interés superior del niño, y con la finalidad de brindar un ordenamiento jurídico que permitiera a todos los órganos de gobierno, tener un eje rector sobre lo que debe considerarse al momento de emitir políticas públicas en torno a los menores de edad y al momento de emitir resoluciones en donde se encuentren inmersos los derechos básicos a que deben aspirar, tales como alimentos, vestido, calzado, educación, recreación, habitación entre otros.

Por supuesto, se trata de una ley de orden público y de interés social, en cuanto su aplicación constituye una obligación del Estado en los asuntos en los cuales se encuentren inmiscuidos menores y de interés social pues es la sociedad la que está interesada en que se protejan estos derechos de todos los modos posibles[8].

Esta ley nacional, reconoce a los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos, siendo el principal el derecho a la vida y a la igualdad, pues todo deben ser tratados con similitud, con las mismas oportunidades y derechos, existiendo la obligación legal de reforzar las medidas de protección a los menores de edad que tienen alguna discapacidad ya sea física o mental, o bien, provenir de algún grupo étnico que por su condición social, no pueda generar la igualdad necesaria frente a otros menores, para poder tener acceso a la educación,

[7] Comisión Nacional de los Derechos Humanos, “Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”. (2014), disponible para su consulta en https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2021-01/Ley_GDNNA.pdf. Fecha de consulta: 05 de marzo de 2021.
[8] Ley General de los derechos de Niñas, Niños y adolescentes. *ob. cit.*

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

alimentación, capacidad de decidir sobre su salud sexual y reproductiva, entre otros.

Regula también la obligación del Estado de permitir el acceso a las tecnologías de la información y comunicación, pues en la era de la globalización, es un derecho humano el acceso a la tecnología y al internet en tanto se consideran herramientas esenciales para su desarrollo educativo, permitiendo con ello, que puedan ejercer su derecho de expresarse de forma libre y espontánea, de acuerdo a su interés y su libre albedrío.

VIII. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

En materia de derechos humanos, sobre todo de niñas, niños y adolescentes, resulta relevante tener en cuenta que el concepto de *interés superior del niño,* tiene su origen en la Convención internacional de los derechos del niño, en la cual, se reconoce su calidad de persona y su capacidad jurídica, en tanto que es titular de derechos.

Ello es así, pues el cambio en las leyes y su aplicación, se suscita a la par de los movimientos sociales, los cambios en la humanidad, y la búsqueda de una ideología que a todos los seres humanos les permita una vida en comunidad e igualdad, sin embargo, por mucho que las leyes cambien, éstas siempre protegerán a niñas, niños y adolescentes, sin conceder un carácter diferente a los adultos, sino más bien, complementar las lagunas o huecos en donde, por su condición de niños, debe existir un plano de igualdad frente a quienes han cumplido la mayoría de edad.

Dice Miguel Cillero Bruñol[9], que “los menores gozan de una *supraprotección* o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en una protección jurídica general”.

A mayor abundamiento, no existe un derecho de menores separado de los

[9] Cillero, M., “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño”. Organización de los Estados Americanos , Instituto Interamericano del Niño, Cursos a distancia, disponible en : http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf Fecha de consulta 30 de noviembre de 2020.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

derechos humanos, ni tampoco excluido del derecho familiar, sino que forma parte de ambos, empero, si existe una obligación en el derecho positivo, de procurar aquellas decisiones que, en una interpretación armónica de la Convención Internacional de los Derechos del niño, opten por determinar lo que es mejor para el menor.

Ello es así, en razón de que la condición de los niños es clara: no pueden tener las mismas obligaciones que los adultos en razón de su edad, de su desarrollo físico, psicológico y emocional, que los hace vulnerables frente a los adultos, y, por lo tanto, es menester tener un conjunto de normas que establezcan las condiciones mínimas requeridas para su bienestar.

Este concepto tiene su fundamento en el artículo 3º de la Convención Internacional de los Derechos del Niño[10], el cual establece:

> "3.- 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."

Del análisis de este artículo, encontramos que se busca una interpretación homogénea entre los países firmantes, sin importar sus costumbres, tradiciones, leyes, a fin de que en un solo sentido, se ponderen los derechos de los niños como una norma general a todos los firmantes y no aplicable únicamente a uno o dos de ellos, haciendo patente así, su fuerza obligatoria.

[10] Convención Internacional sobre los derechos del Niño. *ob cit.*

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

De ese modo, tenemos que el interés superior del niño, no es una decisión que se tome en consideración por parte de las autoridades ya sean judiciales o gubernamentales de forma profusa, ni tampoco es el uso de la discrecionalidad que pueda ejercer la autoridad, sino más bien, es una norma fundamental, en cuanto a que se encuentra establecida en una ley con fuerza coercitiva y vinculatoria, que influye incluso en las decisiones administrativas de los países que la signaron, en cuanto a las políticas públicas que se realicen en beneficio de menores, y que a través de una interpretación armónica de los artículos que integran la Convención, se busca la igualdad y el respeto de los derechos de todos los menores sin importar condición física ni estatus social.

Por tanto, hablar de interés superior de menor, implica un límite infranqueable a la potestad de la autoridad, lo cual le da un carácter de ser un principio garantista, en cuanto a la obligatoriedad de las autoridades de que, en caso de menores, se tomen medidas que promuevan y protejan sus derechos, por encima de aquéllas que únicamente las enuncien, es decir, asegurar su efectividad a fin de satisfacer de forma plena sus derechos.

En otras palabras, el interés superior del niño que se plasma en el instrumento internacional, no sólo aduce a la necesidad mundial de proteger a los menores, en razón de esa aspiración de bienestar que toda persona tiene y de su notoria necesidad de cuidado, dada su condición de niños, sino que, implica su efectividad a través de la obligación de las autoridades a respetarlo y a garantizarlo, como bien lo puntualiza Gonzalo Aguilar[11]. Cillero[12] refiere que el interés superior del niño es una garantía de que los derechos que consagra la Convención, serán satisfechos, es decir, el principio tiene sentido en la media en que existen derechos y titulares y las autoridades se encuentran sujetas a garantizarlos por virtud de esos mismos derechos.

[11] Aguilar Caballo , Gonzalo, “Estudios constitucionales: el interés superior del menor y la Corte interamericana de Derechos humanos”, Revista electrónica “Redalyc.org” del Centro de Estudios constitucionales de Chile, disponible para su consulta en: www.redalyc.org/articulo.oa?id=82060110. Fecha de Consulta 30 de noviembre de 2020.
[12] Cillero Bruñol, Miguel, *ob. cit.* p. 8.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

El Dr. Ricardo Tapia Vega, en cambio, señala que:

> "El interés superior del menor es una garantía intuitiva del derecho fundamental de la igualdad, dirigida especialmente a un colectivo vulnerable que es precisamente, el de las niñas, niños y los adolescentes; garantía que mediante diferenciaciones normativas razonables pretende desvanecer la asimetría estructural entre normatividad y efectividad, dando mayores prerrogativas a dicho colectivo para posibilitar la eficacia de sus derechos en coherencia con la estipulación de igualdad entre todas las personas"[13].

Esta postura garantista es la misma que señala Luigi Ferrajoli al referir que los derechos fundamentales tienen cuatro criterios que reconfiguran el fundamento axiológico entre los cuales destaca la conexión entre derechos fundamentales e igualdad, la conexión entre derechos fundamentales y democracia, conexión entre derechos fundamentales y la paz, y el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil, en razón de esa relación entre el poder público y el poder privado y la desigualdad entre los miembros de la sociedad, en relación con los derechos sociales y liberales a que aduce el autor, y de los cuales existe la obligación del Estado de aplicar una sanción o declarar una anulación o bien la obtención de recursos que todos los individuos puedan tener para estar en un plano de igualdad, haciendo hincapié en los miembros más vulnerables de esta sociedad[14].

Podemos concluir entonces, que el interés superior del menor no es otra cosa que la obligatoriedad de la autoridad de satisfacer plenamente de los derechos del niño, en base a una interpretación conjunta de la convención, que no le prive de ninguno de los satisfactores elementales y necesarios para su desarrollo integral.

Al respecto, destaca el siguiente criterio emanado de la Primera Sala que integra la Suprema Corte de Justicia de la Nación que refiere:

[13] Tapia Vega Ricardo, "*El interés superior de niñas, niños y adolescentes, como garantía primaria dual del derecho humano a la igualdad".* Obra inédita, octubre 2020, p. 12.
[14] Ferrajoli, Luigi, "*Los fundamentos de los derechos fundamentales",* Madrid, Editorial Trotta, 1999, p. 314.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS[15].

Resulta ya un lugar común señalar que la configuración del interés superior del menor, como concepto jurídico indeterminado, dificulta notablemente su aplicación. Así, a juicio de esta Primera Sala, es necesario encontrar criterios para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor y paralelamente determinarlo en concreto en los casos correspondientes. Es posible señalar que todo concepto indeterminado cabe estructurarlo en varias zonas. Una primera zona de certeza positiva, que contiene el presupuesto necesario o la condición inicial mínima. Una segunda zona de certeza negativa, a partir de la cual nos hallamos fuera del concepto indeterminado. En tercer y último lugar la denominada zona intermedia, más amplia por su ambigüedad e incertidumbre, donde cabe tomar varias decisiones. En la zona intermedia, para determinar cuál es el interés del menor y obtener un juicio de valor, es necesario precisar los hechos y las circunstancias que lo envuelven. En esta zona podemos observar cómo el interés del menor no es siempre el mismo, ni siquiera con carácter general para todos los hijos, pues éste varía en función de las circunstancias personales y familiares. Además, dicha zona se amplía cuando pasamos -en la indeterminación del concepto- del plano jurídico al cultural. Por lo anterior, es claro que el derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del interés superior del menor para cada supuesto de hecho planteado. Son los tribunales quienes han de determinarlo moviéndose en esa "zona intermedia", haciendo uso de valores o criterios racionales. En este sentido, es posible señalar como criterios relevantes para la determinación en concreto del interés del menor en todos aquellos casos en que esté de por medio la situación familiar de un menor, los siguientes: a) se deben satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; b) se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y c) se debe mantener, si es posible, el statu quo material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro. Asimismo, es necesario advertir que para valorar el interés del menor, muchas veces se impone un estudio comparativo y en ocasiones beligerante entre varios intereses en conflicto, por lo que el juez tendrá que examinar las circunstancias específicas de cada caso para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor, principio consagrado en el artículo 4o. constitucional.

[15] Publicada en el Semanario Judicial de la Federación, como tesis constitucional de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo el número 1ª/J.44/2014, de la Décima Época, libro número 7, de junio de 2014, tomo I, página 270.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Como se aprecia claramente, para el máximo Tribunal del país, el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, que por su naturaleza, no se encuentra limitado por el derecho positivo como una regla general para todos y cada uno de los asuntos en donde se involucren menores, sino que, en realidad, debe analizarse atendiendo a las circunstancias de cada caso en concreto, partiendo de la base de que los juzgadores están obligados a actuar y tomando como directriz que las necesidades materiales básicas del menor sean satisfechas pero también, las de tipo afectivas, emocionales e incluso de educación, tomando en cuenta, si así lo permite la edad y la capacidad de discernimiento, la opinión del menor, tratando de mantener el entorno del menor lo más estable posible, conforme a lo que está acostumbrado, sin embargo, la Corte permite que en caso de existir una confrontación entre los derechos de un tercero y los derechos de un menor, el juez haga una ponderación y un estudio minucioso y comparativo entre los derechos que puedan conflictuarse entre sí, *privilegiando* los intereses del menor frente a los demás que puedan verse inmiscuidos, tomando en cuenta que cada asunto es diferente, buscando siempre dictar una resolución justa y equitativa para el menor.

Por tanto, el órgano encargado de impartir justicia, la máxima autoridad sobre la materia, ha dejado entrever la importancia de analizar cada caso concreto en base al interés superior del menor, a fin de que, si existe conflicto entre varios derechos, los del menor sean los primordiales, los primeros en satisfacerse.

Ello no implica un cambio entre los derechos humanos en cuanto a que le son inherentes a adultos o a niños, pues ambos, como ya se dijo en líneas precedentes, están basados en un principio de igualdad, sino más bien, es una cuestión similar a la perspectiva de género: se trata de dotar de lo necesario al que es desigual, para que esté en similares condiciones que el contrario, es decir, se trata de brindar mayor protección a los menores, con el único fin de estar a la par que los adultos, a través de suplencia de la queja y demás figuras jurídicas necesarias para establecer un punto plano en tratándose de conflictos donde se encuentren en lados contrarios, los derechos del niño y los derechos de los adultos.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

IX. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO FRENTE A LA PANDEMIA GENERADA POR EL VIRUS SARS COVID-19

Ya hemos puntualizado que el interés superior del menor, es un concepto jurídico indeterminado, y que tiene su fundamento en la Convención Interamericana de los Derechos del Niño, pero, además, busca equilibrar a quien por su condición de menores puede verse limitado, a fin de que, a través del derecho positivo, se dote de lo necesario para asegurar el bienestar de los niños, incluso, por encima de los intereses de los adultos.

En este momento y desde noviembre de 2019, existe una contingencia sanitaria generada por la aparición de un virus denominado SARS COVID-19, en el cual, en este momento, doce meses después, sabemos que se trata de una enfermedad viral que, para evitar su contagio, se recomienda dentro de la medida de lo posible, el aislamiento voluntario en casa.

Desde esa fecha, el mundo ha sufrido una revolución ideológica en torno a los niños y la obligación del Estado de generar políticas públicas que permitan protegerlos como entes vulnerables dentro de los grupos de riesgo ante la enfermedad, pero que también, les continúe impulsando el desarrollo que deben tener conforme a su edad, educación y salud.

En México, las clases en los niveles básicos de educación, se han suspendido desde el mes de marzo de este año y, desde esa fecha, los menores de edad han sido relegados a quedarse en casa para su protección y preservar así su derecho a la salud, sin embargo, esta decisión, después de meses de haberse determinado, ha dejado entrever los múltiples problemas sociales que existen, tales como la educación desigual, la deserción escolar, la falta de alimentación básica, el trabajo y explotación infantil, los abusos sexuales y violencia familiar, entre otros.

No puede pasarse por alto que hasta julio de 2020, habían muerto por el virus poco más de 200 niñas, niños y adolescentes en el país, de acuerdo a los datos

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

que arroja el Sistema de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes[16], y de igual modo, que las autoridades se preocuparon por minimizar las afectaciones causadas a los infantes, a través de acciones como los controles prenatales, atención de recién nacidos, prevención y atención de trastornos emocionales que se pudieran generar en las familias durante el confinamiento, prevención de embarazo en niñas y acceso oportuno al aborto seguro, en particular tratándose de violaciones, educación sexual y entrega de anticonceptivos, información proporcionada mediante esquemas de comunicación amigables y accesibles a niñas, niños y adolescentes sobre el Covid-19, programas y servicios para apoyar la alimentación, sobre todo en hogares más pobres, en zonas rurales y de difícil acceso, beneficiarias de los programas de desayunos escolares y servicios de alimentos de escuelas de tiempo completo, a fin de que niñas, niños y adolescentes, recibiesen raciones equivalentes que pudieran ser preparados en sus hogares, permitiendo el registro de nacimientos y defunciones de menores de edad durante la contingencia, fortaleciendo la crianza positiva dentro de los hogares, a fin de evitar violencia contra niñas, niños y adolescentes, ampliando el acceso de niñas, niños y adolescentes a las herramientas digitales educativas, promoviendo acciones ante el riesgo de deserción y abandono escolar, entre otros, sin embargo, a pesar de las políticas gubernamentales que se han hecho, ninguna de ellas considera los derechos de menores que se encuentran involucrados en los procesos familiares que previo a la contingencia, estaban en trámite en los juzgados, y que han afectado no sólo su acceso a la justicia pronta y expedita, sino también, el derecho de convivencia que tienen con todos los integrantes de su familia, incluso si los padres se encuentran separados.

Esta omisión en las políticas públicas ha generado problemas en la impartición de justicia y ha puesto en evidencia la necesidad de unificar un criterio en todos los

[16] Informe de avances y resultados de la Administracion Pública Federal sobre Acciones Indispensables para la Atención Integral de niñas, niños y adolescentes en el contexto del Covid-19. Consultado en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/565050/Informe_de_Avances_y_Resultados_Acciones_Indispensables__3_.pdf fecha de consulta: 05 de marzo de 2021.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

operadores de justicia frente a las cuestiones antes aludidas, que sin embargo no son las únicas y, además, se han multiplicado debido a diversos factores:

Desde que en el mes de marzo del presente año, se declaró en México una alerta sanitaria que decretó una cuarentena obligatoria para todo el país, se impuso a la mayoría de las personas que no realizan ninguna actividad esencial, la obligación a quedarse en casa, en un principio se pensaba que la afectación será únicamente por días o semanas, sin prever que pudieran transcurrir meses antes de que las personas regresaran a sus trabajos, y, de igual modo, confinando a niñas, niños y adolescentes a no salir de sus hogares, al cerrar escuelas, centros deportivos, tiendas entre otras.

Obviamente, la consecuencia natural fue el desempleo, la falta de ingresos y poco a poco, el incumplimiento de obligaciones por parte de los adultos, así, la primera afectación en algunos de los procesos judiciales fue la falta de pago de pensión alimenticia a favor de niñas, niños y adolescentes, por tanto, la posibilidad de que se dejasen tratamientos médicos, estudios educativos, alimentos básicos, entre otros, se convirtió en una realidad para muchas familias que dependen económicamente de estas pensiones.

El encierro por tanto tiempo, ha permeado también la salud mental no sólo de niñas, niños y adolescentes, sino también, en algunos adultos, generando con ello, acciones de violencia familiar que no se habían previsto en los procesos judiciales y que quizá aún no se encuentren plasmados en los mismos, por tanto, ante la contingencia, la falta de citas para escuchar la opinión de los infantes, sin duda repercutirá en su calidad de vida, pues la autoridad judicial, en aras de proteger el derecho a la salud, ha dejado de lado esta importante comunicación que le permite al juzgador acercarse a los infantes y conocer realmente su modo de vida, lo mismo sucede con otras cuestiones en donde forzosamente intervienen los integrantes de la familia, como las pruebas que normalmente se aplican a estos, como puede ser psicología o trabajo social, audiencias para determinar cuestiones básicas y esenciales como guarda y custodia y convivencias, se han dilatado de forma necesaria y en algunos casos, incluso suspendido temporalmente.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

X. EL DERECHO A CONVIVIR O EL DERECHO A LA SALUD

La afectación más visible de las enumeradas con anterioridad, es sin duda la cuestión de permitir o no la convivencia de niñas, niños y adolescentes, con los padres no custodios, durante la cuarentena obligatoria.

En los juzgados, se han visto en la disyuntiva de decidir de acuerdo a las funciones de cada integrante, qué es mejor para el menor y cómo podemos protegerlo sin violentar sus derechos, en particular, tratándose de convivencias provisionales entre el padre o madre con quien habitan y el padre o madre con el cual únicamente conviven; Cuestiones en las cuales, ponderar si el derecho a la salud y su protección legal es más o menos importante que el derecho de la niña, niño o adolescente a convivir y disfrutar de la compañía de su familia extendida, y que el derecho de ambos padres de ejercer su maternidad y/o paternidad de forma plena.

Por supuesto, no existe una formula eficaz, pues las soluciones no pueden aplicarse de forma general a todos los asuntos familiares, dado que ningún niño es igual a otro ni tampoco ninguna familia tiene parecido con otra, las particularidades de cada una es algo que debe ser tomado en consideración a fin de que se logre una determinación judicial que brinde satisfacción a ambas partes y, sobre todo, que proteja de forma integral al menor o menores involucrados.

Las convivencias supervisadas de forma virtual, las sesiones de convivencia en aplicaciones tecnológicas entre los padres, las salidas por días, las clases en casa, son cuestiones que se toman en cuenta a fin de que el proceso judicial avance, pero al mismo tiempo, el interés superior del menor sea el eje rector del proceso.

Uno de los criterios adoptados en principio, fue privilegiar el derecho a la salud y con ello, referir minuciosamente la imposibilidad que las convivencias entre padres e hijos inmersos en procesos judiciales se realizaran mediante tecnologías de información, como las redes sociales o aplicaciones específicas para convivencias,

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

sin embargo, se crearon algunos conflictos en cuanto a que no todas las personas tienen las mismas posibilidades económicas para permitirse el pago de internet, requisito esencial para este tipo de convivencias, por tanto, los operadores de justicia han optado por permitir el acercamiento físico de los padres no custodios y los menores de edad, con una serie de requisitos fáciles de cumplir, como el uso permanente de mascarilla, uso de medidas sanitarias, sólo por pocas horas o bien, por escasos días, en lugares abiertos, entre otras.

Esta contingencia sanitaria cambió por completo el modo de ver la administración de justicia, desde un punto de vista que partía de lo legal a lo humano, ahora es, al revés, pues se parte de lo humano a lo legal, buscando una protección a toda costa, privilegiando siempre en cada caso concreto, aquello que sea más valioso: el bienestar de los infantes.

XI. BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Caballo, Gonzálo, “Estudios constitucionales: el interés superior del menor y la Corte interamericana de Derechos humanos”.

Cillero, M., “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño”. Organización de los Estados Americanos , Instituto Interamericano del Niño,

Ferrajoli, Luigi, “*Los fundamentos de los derechos fundamentales”,* Madrid, Editorial Trotta, 1999,

Tapia Vega Ricardo, “El interés superior de niñas, niños y adolescentes, como garantía primaria dual del derecho humano a la igualdad”. Obra inédita, octubre 2020.

Legislación

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Convención sobre los Derechos del Niño

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

Jurisprudencia

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS. Publicada en el Semanario Judicial de la Federación, como tesis constitucional de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo el número 1ª/J.44/2014, de la Décima Época, libro número 7, de junio de 2014, tomo I, página 270.

Fuentes Electrónicas

Informe de avances y resultados de la Administración Pública Federal sobre acciones indispensable para la atención de niñas, niños y adolescentes en el contexto general del COVID-19. Disponible en :https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/565050/Informe_de_Avances_y_Resultados_Acciones_Indispensables__3_.pdf

Organización de las Naciones Unidas. Disponible en:https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/

Organización de Estados Americanos. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. Disponible en:http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_190221.pdf

Organización de Estados Americanos. Instituto Interamericano del Niño. Disponible en:http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf

Aguilar Caballo, Gonzalo, “Estudios constitucionales: el interés superior del menor y la Corte interamericana de Derechos humanos”, Revista electrónica

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

"Redalyc.org" del Centro de Estudios constitucionales de Chile. Disponible en: www.redalyc.org/articulo.oa?id=82060110.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

REFLEXIONES SOBRE TÓPICOS DEL DERECHO

LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: RÍGIDA O FLEXIBLE

Manuel Enrique Arizmendi San Pedro[1]

La evolución histórica del estado moderno, definido éste; como una sociedad jurídicamente organizada bajo un poder de dominación que se ejerce en un territorio determinado -García Máynez, Porrúa Pérez- sin pretender entrar al análisis exhaustivo de cada uno de sus elementos, solamente abordaremos someramente el concepto de soberanía referida al estado mismo, que se entiende como supremacía en lo interior e independencia en lo exterior, esto relacionado, por supuesto, al concepto moderno de estado. El concepto de republica en los griegos y romanos fue completamente diferente a lo que se entiende actualmente como tal, lo mismo ocurre con el concepto de estado ya que en la época antigua se concebía como una estructura básica de gobierno y de supervivencia, la polis que significa “ciudad”, pero esta se asemeja más al concepto sociológico de nación, es decir un grupo de personas con origen similar, unidos por la religión que heredaban el carácter de ciudadanos, atendiendo al lugar de nacimiento y raza, que también era heredado.

Ríos Elizondo en su libro “El acto de gobierno” vincula al estado con el poder y considera que la voluntad política de la nación es la expresión de la suma de voluntades de los individuos que la integran, en la cual se decide en un plebiscito trascendental, constituirse en una organización jurídica permanente la cual, como tal, tendrá una personalidad propia de lo que carece la nación.

Carré De Malberg, establece la existencia del estado como persona jurídica, la cual deriva del hecho mismo de la organización unificadora, con cuyo establecimiento coincidió la aparición de su primera constitución.

En la definición que hemos dado acerca del estado, señalamos que la nación se constituye en estado con arreglo a la norma primaria fundamental que

[1] Abogado

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

recibe el nombre común de constitución, lo cual supone necesariamente la realización de un plebiscito extraordinario en el que los miembros de la nación den su consentimiento para que se cree el estado y se instituya, por consecuencia, un congreso constituyente que tendrá como fin principal, expedir la ley constitutiva o fundamental. Ello, es un fenómeno de carácter esencialmente democrático del que se ocupa el derecho constitucional, el cual se debe considerar como un producto de la cultura y el desarrollo de la conciencia política de los ciudadanos. Coincidiendo con el pensamiento de Rousseau Y Montesquieu, trastocando el origen divino de los reyes que se adquiría a través del papa o se heredaba consanguíneamente. Obviamente las nuevas doctrinas influyeron en los cambios conceptuales del poder y fortalecían la voluntad popular en contra del poder del Rey, los emperadores y la Iglesia. Así se generó la idea de un poder en que se traducía la voluntad popular, derivado de una asamblea constituyente y no de las estructuras del poder constituido.

Ahora bien, habiendo establecido que el pensamiento político filosófico del ser humano llego a reflexionar sobre el origen del poder y concluyó que este dimanaba de los integrantes de la nación para que la convivencia y organización les permitiera tener resultados más eficaces respecto del bien común y en especial de su persona, nos estacionaremos en que básicamente, de acuerdo a los requisitos que para modificarse se contemplan doctrinariamente dos tipos de constituciones, procederemos a cuestionar nuestra carta fundamental.

Desde el inicio de la carrera de abogado, específicamente en la materia de introducción al estudio del derecho nos enseñaron que la nuestra es una constitución rígida, atendiendo a que para su modificación se requiere un procedimiento especial a través del constituyente permanente conformado por el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados, en consecuencia cualquier adición o reforma a nuestra carta fundamental debía pasar por el procedimiento señalado en la misma, a diferencia de otras constituciones llamadas flexibles ya que para su modificación solamente requerían el procedimiento que se establecía para las leyes ordinarias

Ya estando en el tema, no nos explicamos por que el constituyente permanente haciendo a un lado en forma por demás subrepticia, ha trasladado

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

el procedimiento que establece el artículo 135 de nuestra constitución federal al legislador tradicional, verbigracia el derecho a la salud contenida en el artículo 4º de nuestra carta magna en donde se establece en el párrafo 4º: ….

"toda persona tiene derecho a la protección de la salud. **La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general conforme lo dispone la fracción XIIIIII del artículo 73 de esta constitución".**

Así mismo, este artículo en su párrafo 5º establece que: …

"toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. **El estado garantizara el respeto a este derecho. El daño y deterioro mental generara responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley".**

El párrafo 6º en su parte conducente señala respecto al derecho al acceso al agua potable: …

"El estado garantizará ese derecho y **la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos"**

En el siguiente párrafo establece el derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa y nuevamente nos dicen:

"La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo".

Luego entonces, es evidente que el legislador tradicional tiene la puerta abierta para legislar como lo estime pertinente respecto de estos derechos humanos, es decir, los que se acaban de señalar, sin necesidad de que tengan que seguir el procedimiento que señala el artículo 135 mencionado. Entonces nos preguntamos ¿tiene facultades el constituyente permanente para delegar en el legislador ordinario su responsabilidad de delimitar conceptualmente cada uno de los derechos humanos o garantías que en el mismo acuerdo fundamental se establecen…?, refiriéndonos específicamente en función del constituyente originario. Lo mismo ocurre en el derecho humano a la cultura en general, a la cultura física, y a otros derechos humanos que para no aburrirlos los obviamos,

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

como son, el derecho a la manifestación de ideas, el derecho a la información, el derecho a poseer armas en su domicilio, la libertad de tránsito, el derecho al libre ejercicio profesional, etc.

En esta última materia (la libertad del ejercicio profesional), resulta increíble que actualmente un grupo de abogados a nivel local y nacional no sabemos con qué fin, pretenden que se nos limite este derecho, promoviendo que los profesionales hagamos examen o tomen cursos cada año posteriores a la obtención de nuestra patente, además, que forzosamente tengamos que pertenecer a alguna agrupación, situación contradictoria porque qué persona en lugar de ampliar sus libertades frente al estado pretende que se les reduzcan, no obstante que los derechos humanos son progresivos, en otras palabras no es razonable que vayamos para atrás en esta materia, sin embargo se toleran hasta el abuso escuelas de dudosa ética educativa, a las cuales se les autoriza el RVOE (reconocimiento de validez oficial de estudios), esto es se pretende, si es que es lo que se busca, resolver un problema no donde se origina sino cuando ya está presentándose en la práctica, cuando profesionales ineficaces y mal preparados aparecen frecuentemente, tanto en los organismos públicos (ejecutivo, legislativo y judicial) como en el ejercicio libre de la profesión

Para concluir, la pregunta a responder es: ¿tiene facultades el constituyente permanente para delegar sus atribuciones, en materia de reformas constitucionales, en el legislador ordinario, dejando la puerta abierta para qué, en su caso, el legislador local o federal ordinarios delimiten conceptualmente los derechos humanos o garantías contenidas en nuestra constitución?.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES, EL PRESENTE DE MÉXICO

Carlos Iván Arenas Ángeles [1]

"No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana"[2]

En el mes de la niñez, nos damos cuenta que hoy en día las niñas, niños y adolescentes siguen siendo uno de los grupos vulnerables no solo en México si no en todo el mundo.

Es así que para ello, México busca garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes, a través del artículo 4 del pacto federal, en el cual se establece como obligación de todas las autoridades que tengan intervención en asuntos donde se involucren menores de edad, el ejercer sus atribuciones siempre en estricto apego al interés superior del niño, para garantizar el máximo desarrollo.

Así, este principio –interés superior del menor-, radica en garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las y los menores de edad, sirviendo como criterio rector para garantizar su pleno desarrollo y con esto elaborar leyes y fomentar su aplicación.

En la función jurisdiccional, este principio, es un criterio orientador para interpretar cualquier norma que tenga que aplicarse a un menor de edad o que en su caso pueda afectar sus intereses, debiendo la jueza o el juez en todo momento, garantizar la protección de las y los menores, así como de los derechos contemplados en la Constitución, tratados internacionales y leyes de la materia.

No obstante lo anterior, existen tres principios que se relacionan con el ya desarrollado y que son: el de no discriminación, opinar en todos los asuntos

[1] Magistrado y Director de la Escuela Judicial del T S J Morelos.
[2] Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 30 de septiembre de 1990.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

donde se les afecte, así como la supervivencia, vida y desarrollo. Sobre esos cuatro grandes principios, descansan los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Aquí la pregunta nace, ¿para qué proteger a las y los menores de edad?

Con esta interrogante, justificaré el título de este artículo, es muy trillado oír que las niñas y los niños son el futuro de nuestro país, sin embargo, sostengo que las niñas, niños y adolescentes, son el presente de nuestro México, el resultado de buenas o malas decisiones.

Los derechos de las niñas y niños surgen a partir de que son seres humanos, de sus necesidades, de su cuidado y protección especial, para tanto esas necesidades, cuidados y protecciones deben ser reales y actuales, así, el cumplimiento de los derechos de las niñas y niños, genera por consecuencia su bienestar, que consiste en la satisfacción de las necesidades, fisiológicas y psicológicas de las y los menores.

Por consecuencia, las y los menores de edad, los cuales, 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 otras palabras forman parte de un grupo vulnerable, de ahí que surja la obligación del Estado, de protegerles de una manera tal, que se garantice su desarrollo.

Esto se ve plasmado en la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual fue aprobada como tratado internacional, el 20 de noviembre de 1989, dentro del articulado la citada convención, reconoce que los niños (seres humanos menores de 18 años) son individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones. Además la Convención es también un modelo para la salud, la supervivencia y el **progreso** de toda la sociedad humana.

Porque indicar esto, el progreso es un presente constante y no un futo incierto, esto es, nuestra infancia es merecedora de protección, ya que con ella marcamos una evolución social actual o bien un retroceso, así cada país, estado o ciudad, se ve mermada al no genera las condiciones necesarias para proteger y garantizar que las niñas, niños y adolescentes puedan en cada instante gozar de cada uno de sus derechos.

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Así, los menores marcan un presente trascendental en la toma de decisiones de carácter administrativa y judicial, son ellos, el motivo de generar políticas públicas idóneas que garanticen, un medio ambiente sano, identidad, nombre, derecho a la educación, familia, salud, alimentación votar, empleo, libertad de expresión ya que los derechos de hoy, son algo que heredaremos a las niñas, niños y adolescentes, con los cuales, se rompe un monopolio que el ser humano mayor de edad ejerce de manera indiscriminada sobre estos derechos y que iguala las condiciones en la exigibilidad de derechos.

Ellos, de manera constante cambian la forma de ver y percibir la realidad social, son ellos los que viven actualmente, una realidad en los efectos de las leyes, ellos no son un futuro, viven en el presente y así, nuestras decisiones deben ser enfocadas hacia ellos y no hacia un futuro, así a pesar de su minoría de edad, se les debe considerar ciudadanos activos.

Por consecuencia, las buenas políticas públicas y respeto de los derechos de los menores, repercute en:

a) **Generar un marco amplió y común de derechos**, teniendo el carácter de seculares y universales, y de aplicación obligatoria a todos los niños, no solo a los más visibles, expresivos o receptivos.
b) **Se derriban barreras,** recalcando en lo que los niños de distintos países, antecedentes y circunstancias tienen en común, así se fomenta la solidaridad y el respeto mutuo de los derechos.
c) Se permite al menor **expresar su opinión,** por medio del uso de un lenguaje común que permite a los niños entender y reclamar sus derechos y, de ese modo, les transmite la fuerza necesaria para expresarse.
d) Encontramos **soluciones eficaces a largo plazo**, así las intervenciones tienen un beneficio óptimo para los niños cuando estos desempeñan un papel activo en la evaluación de las necesidades, la propuesta de soluciones, y la formulación y puesta en marcha de estrategias.
e) Para **observar a los derechos del niño como proceso y objetivo**, siendo el proceso mismo de consecución del objetivo —la aplicación

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

de los derechos del niño— se sustenta en los principios de los derechos del niño. No se trata solo de ganar, ¡también importa cómo se juega!

Por tanto, encontramos que las y los beneficiarios de esta historia son las niñas, niños y adolescentes y que garantes de los menores, lo somos todos, familia, sociedad, instituciones y estado, siendo necesario sensibilizarnos, de que el futuro de nuestros menores, son en presente y nunca en visión de futuro, es necesario observar la problemática que enfrentan con un prisma particular y es el enfoque de sus derechos, concibiéndoles como sujetos de derechos, pero de derechos especiales y específicos, que en la medida de su aplicación tendrán una repercusión del nacimiento de un estado desarrollado en todas sus esferas, social, económica, política y cultural. Las niñas, niños y adolescentes no son el futuro, son el presente y por ellos, se apuesta, para generar un cambio social.

Por ultimo atendiendo al principio de autonomía progresiva resulta relevante mencionar que la autonomía progresiva es concebida como un principio que habilita las decisiones de las niñas, niños y adolescentes para que puedan tomar sus decisiones. Así puede decirse que a mayor nivel de autonomía tienen más independencia en el ejercicio de sus derechos y menos asistencia de sus representantes legales.

La Corte ha dicho que no pueden establecerse edades fijas para determinar el grado de autonomía, pues el proceso de madurez no es un proceso lineal y aplicable a todas las niñas, niños y adolescentes por igual; finalmente la evolución de la autonomía es progresiva en función de su madurez, del medio social, económico y cultural en el cual se desarrolla, así como de sus aptitudes particulares, en el que es fundamental realizar una evaluación de las características como la edad, nivel de madurez, medio social y cultural. Las particularidades de la decisión; es decir, el tipo de derechos que implica, los riesgos que asumirá, consecuencias a corto y largo plazo, entre otras.

Hasta aquí “Justicia y Libertad”

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS

Escuela Judicial del Poder Judicial del Estado Morelos
Escuelapoderjudicialmor@gmail.com
Dwight Morrow 17 C.P. 62000
Cuernavaca, Morelos, México

ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS