



XXXII

CICLO DE CONFERENCIAS DE ACTUALIZACIÓN JUDICIAL **2022**



M E M O R I A S

XXXII Ciclo de Conferencias de Actualización Judicial 2022

Primera edición, julio 2024

Derechos reservados © 2024

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México

Niños Héroes núm. 132, colonia Doctores, alcaldía Cuauhtémoc,
C. P. 06720, Ciudad de México.

ISBN (EPUB): 978-607-9082-62-8

Publicado por: Instituto de Estudios Judiciales

Niños Héroes núm. 150, sexto piso, colonia Doctores,
alcaldía Cuauhtémoc, C. P. 06720, Ciudad de México.

Teléfono: 9156 4997, exts. 112705 y 112707

Página web: www.iejcdmx.gob.mx

Correo electrónico: editorial@tsjcdmx.gob.mx

Edición: Paulina Cal y Mayor Turnbull

y Patricia Hernández Juan

Diseño y formación: Talia Sofía Soto Lemus

Asistencia editorial: Karina Castañeda Barrera

y Karen Yemeni Sánchez Gallegos

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, sin previa y expresa autorización del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, titular de los derechos.

Las opiniones expresadas en esta obra son exclusiva responsabilidad de las y los autores y no corresponden necesariamente a las del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

Poder Judicial de la Ciudad de México

Dr. Rafael Guerra Álvarez

Magistrado Presidente del Poder Judicial de la Ciudad de México

Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México

Dr. Andrés Linares Carranza

Lic. María Esperanza Hernández Valero

Mtra. Susana Bátiz Zavala

Dr. Ricardo Amezcua Galán

Mtra. Emma Aurora Campos Burgos

Dra. Irma Guadalupe García Mendoza

Comité Editorial

Magistrado Dr. Rafael Guerra Álvarez

Presidente

Vocales

Lic. Sadot Javier Andrade Martínez

Magistrado de la Segunda Sala en materia de Justicia para Adolescentes

Dra. Irma Guadalupe García Mendoza

Consejera de la Judicatura

Dra. Judith Cova Castillo

Jueza del Juzgado Décimo Civil

Dr. Sergio Fontes Granados

Oficial Mayor

Lic. Paulina Cal y Mayor Turnbull

Directora General del Instituto de Estudios Judiciales

Lic. Raciel Garrido Maldonado

Director General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial

Mtro. José Antonio González Pedroza

Secretario Técnico

ÍNDICE

Presentación	6
Control constitucional a través de la acción de protección efectiva de derechos	8
<i>Blanca Ivonne Ávalos Gómez</i>	
La Teoría General de la Competencia Epistémica Legislativa y el nuevo derecho procesal probatorio	24
<i>Carmen Patricia López Olvera</i>	
Indemnización derivada de responsabilidad civil	59
<i>Edmundo Vásquez Martínez</i>	
Ejecución de sentencias en materia civil con perspectiva de derechos humanos	77
<i>Yaopol Pérez Amaya Jiménez</i>	
<i>Eliseo Juan Hernández Villaverde</i>	
Derechos humanos en el derecho mercantil	93
<i>Elvia Arcelia Quintana Adriano</i>	
Incidentes en el juicio hereditario	107
<i>Andrés Linares Carranza</i>	
Fijación de pensión compensatoria con perspectiva de género	146
<i>Gloria Elena Ptacnik Preciado</i>	

Asignación y reasignación de sexo. Retos para la medicina y el derecho	155
María del Pilar Hernández Martínez	
Análisis de algunas reformas necesarias para eficientar el sistema procesal penal acusatorio	175
Ramón Alejandro Sentíes Carriles	
El papel de las y los jueces de ejecución en contextos de emergencia	194
Luz Eloisa Martínez Salazar	
Reflexiones actuales en torno a los beneficios preliberacionales	207
Benjamín Armando Avilés Plazola	
Gladys Fabiola Morales Ramírez	
Migración, derechos humanos y delincuencia organizada	239
Sara Patricia Orea Ochoa	
La prueba de la discriminación de género en materia laboral	253
Bernardo Javier Cortés López	
Una perspectiva práctica de la ética judicial	277
Gilberto Nava Hernández	

PRESENTACIÓN

La actualización constante es una herramienta clave para mantenerse al día respecto de los cambios legales, las tendencias jurídicas y los desafíos emergentes. En ese contexto, es un honor presentar estas memorias del XXXII Ciclo de Conferencias de Actualización Judicial, las cuales recopilan las participaciones y reflexiones de juristas, de académicas y académicos, así como de diversas personas expertas en derecho. Este ciclo de conferencias inició en marzo de 2022 y concluyó en octubre del mismo año, en modalidad virtual, a través de la plataforma Cisco Webex del Instituto de Estudios Judiciales. Se ha impulsado este evento académico como un espacio de diálogo y aprendizaje en el que se abordan cuestiones fundamentales en el ámbito de la justicia y el derecho.

A lo largo de estas páginas, se encontrará un compendio de conocimientos, experiencias y perspectivas que surgieron de las ponencias impartidas, en las cuales fue posible abordar temas de derecho constitucional y derechos humanos, derecho procesal, civil, mercantil, familiar, penal, ejecución de sanciones penales, justicia para adolescentes, derecho laboral y ética judicial. Asimismo, en esta publicación se examinan diversos desafíos que enfrenta el sistema judicial en México actualmente y se ofrece una fuente de información y análisis para juezas y jueces, abogadas y abogados, estudiantes de derecho y cualquier persona interesada en la evolución y el funcionamiento de la justicia.

El propósito de esta obra digital es preservar, a través de un documento escrito, algunas de las conferencias dictadas en el marco de este ciclo y proporcionar a quienes nos leen un acceso rápido y fácil (desde dispositivos electrónicos) a las ideas manifestadas durante este evento.

Con la presente obra, el Instituto de Estudios Judiciales tiene como objetivo dejar evidencia de las aportaciones enriquecedoras que tuvieron lugar en el XXXII Ciclo de Conferencias de Actualización Judicial. Esperamos que los conocimientos aquí expuestos inspiren y contribuyan a la actualización en el ámbito judicial de todas las personas interesadas.

Agradecemos a quienes participaron en este evento, pues sin su valiosa contribución no habría sido posible llevárselo a buen puerto. Sin más preámbulos, les invitamos a adentrarse en estas páginas y a explorar las memorias de un proyecto que busca contribuir al campo de la justicia.

Dr. Rafael Guerra Álvarez
Magistrado Presidente
del Poder Judicial de la Ciudad de México

Control constitucional a través de la acción de protección efectiva de derechos*

Blanca Ivonne Ávalos Gómez**

El estudio de la acción de protección efectiva de derechos en los aspectos relativos al marco normativo, denominación, concepto, naturaleza jurídica, procedimiento establecido para su tramitación y criterios derivados de la jurisprudencia permite tener un panorama amplio para analizar si es posible hablar de un control de constitucionalidad a través de esta acción y bajo qué parámetros resulta viable, ya que para las autoridades locales se veía muy alejado este tema que, tradicionalmente, estaba reservado al ámbito federal; sin embargo, a partir de 2011 se han generado cambios con relación a las atribuciones para ejercer el control constitucional.

* Conferencia presentada el 15 de marzo de 2022.

** Licenciada en Derecho, especialista en Administración y Procuración de Justicia, especialista en Derecho Empresarial y maestra en Derecho, grados obtenidos por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente es jueza Segunda de Tutela de Derechos Humanos.

I. Marco normativo

En primer lugar, se debe tener en cuenta que el marco normativo existente en la Ciudad de México ha tenido modificaciones, entre ellas, la relativa a la expedición de la Constitución Política de la Ciudad de México (CPCDMX), en 2017, que es el parámetro que da origen a la acción de protección efectiva de derechos.

De igual forma, entre la legislación aplicable a la acción de protección efectiva, se encuentra la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías de la Ciudad de México (LCDHGCDMX), la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de México (LOPJCDMX), la Ley de la Sala Constitucional del Poder Judicial de la Ciudad de México (LSCPJCDMX), así como la Ley Orgánica de la Sala Constitucional del Poder Judicial de la Ciudad de México (LOSCPJCDMX).

Adicionalmente, aun cuando no forma parte de esta normatividad, pero sí constituye una fuente de derecho en nuestro país, es importante tener presente la interpretación que realizó la Suprema Corte de Justicia de la Nación con relación a varias disposiciones de la CPCDMX, al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas 16/2017, 18/2017 y 19/2017, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, así como en el *Diario Oficial de la Federación*, del 25 de abril de 2019, la cual brinda los lineamientos que permiten acotar el control constitucional que los jueces locales pueden ejercer. Se emplea el término juez en toda la amplitud del concepto porque las referencias que se hacen en la acción de inconstitucionalidad abarcan

incluso a la propia Sala Constitucional, la cual se erige como la máxima intérprete de la Constitución Política de la Ciudad de México.

II. Denominación

Las referencias a dicha acción están presentes en diversos ordenamientos, en los cuales se señala como:

- *Acción de protección efectiva de derechos humanos*, en el artículo 36, apartado B, numeral 3, inciso f) de la CPCDMX; artículo 27 de la LSCPJCDMX, así como en los artículos 27 y 35 de la LOSCPJCDMX.
- *Acción de protección efectiva de derechos*, en el artículo 22 de la LCDHGCDMX; artículo 26 de la LOSCPJCDMX y el artículo 66 de la LOPJCDMX.
- *Acción efectiva*, en el artículo 5º, fracción I de la LOPJCDMX.
- *Acción de protección efectiva*, en los artículos 5º apartado B y 36 apartado B, numeral 3 de la CPCDMX; artículo 21 de la LCDHGCDMX y artículo 66 de la LOPJCDMX.
- *Reclamación de tutela*, en el artículo 67 de la LOPJCDMX.

Así, aunque haya distintas formas de denominar esta acción, todas ellas se refieren a la misma, que es la establecida en la Constitución Política de la Ciudad de México: acción de protección efectiva de derechos humanos.

III. Concepto

El artículo 66 de la LOPJCDMX la define como un “mecanismo por medio del cual los jueces tutelares conocen de manera directa las posibles violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Constitución, contra los que se inconformen las personas físicas al inicio y/o durante la sustanciación de algún procedimiento competencia de la Administración Pública”.

Dicho concepto es importante porque delimita el marco de actuación del juez de tutela, el cual no conocerá de todos los actos de autoridad, a diferencia de las autoridades federales a través del amparo, quienes incluso conocen contra actos de autoridades jurisdiccionales, ya que la naturaleza jurídica del amparo es más amplia.

De los artículos 66 y 67 de la LOPJCDMX se derivan los supuestos de procedencia de la acción de protección efectiva de derechos, a saber:

- En contra de posibles violaciones a los derechos humanos reconocidos en la CPCDMX, al inicio o durante la sustanciación de algún procedimiento competencia de la administración pública.
- En contra de la acción u omisión de alguna autoridad u órgano autónomo de la CDMX que constituya una probable violación, viole o haya violado derechos contemplados en la CPCDMX.

Ahora bien, en el artículo 68 de la misma ley se señalan las causales de improcedencia:

- Contra resoluciones judiciales emitidas por otros órganos jurisdiccionales.
- Tratándose de hechos consumados, salvo cuando continúe la acción u omisión que haya violado los derechos contemplados en la Constitución local.
- Temas expresamente excluidos en la CPCDMX.

Si se realiza una revisión de la Constitución local, se verá que no se especifican los temas que están excluidos de la acción de protección efectiva, lo que obliga a los juzgadores que conocen de estos asuntos a analizar la CPCDMX para advertir que hay casos que, por competencia, la propia Constitución asigna a otros órganos del Estado; por ejemplo, la persecución en la investigación de delitos le corresponde a la fiscalía, por lo que si existiera una denuncia relacionada con violación de derechos humanos, pero el planteamiento tuviera que ver con la investigación de una conducta delictiva, sería un tema que aunque no se diga expresamente que está excluido de la acción de protección efectiva, no es competencia y no formaría parte de los elementos que pueden constituir esta acción; otro caso de improcedencia ocurre cuando se pretende impugnar una resolución emitida por otro órgano jurisdiccional de la Ciudad de México, pues existe una causal expresamente reconocida en el artículo 68 de la LOPJCDMX, numeral del que se deduce que las facultades que se otorgan al juez de tutela para resolver la acción de protección efectiva no contemplan el analizar las determinaciones que emita otro par, otra persona juzgadora de primera instancia que resuelve un asunto de justicia ordinaria o de legalidad.

IV. Naturaleza jurídica

Es el medio jurídico que preserva los derechos humanos reconocidos en la CPCDMX; es importante resaltar este aspecto para evitar confusión entre los solicitantes de la acción de protección efectiva de derechos, quienes pudieran pensar que en ella lograrán encontrar la protección general de todos los derechos humanos, cuando en realidad esta acción protege únicamente los derechos reconocidos en la Constitución local.

Debido a que existen algunos derechos humanos en los que la autoridad local tiene una participación conjunta o concurrente con la autoridad federal, los solicitantes deben fundamentar sus peticiones en los derechos humanos reconocidos en la CPCDMX; sin embargo, si se trata de algún derecho humano reconocido tanto en la Constitución federal como en la local, se hace el análisis y, atendiendo a la suplencia de la queja que opera en el procedimiento, los órganos jurisdiccionales podrán hacer la respectiva adecuación, pero si es una cuestión que deriva de un análisis que es exclusivamente atribuido al ámbito federal, no se tendrán facultades para intervenir en estos casos.

Esta nueva incursión del Poder Judicial de la Ciudad de México en la justicia constitucional nos hace diferenciarla de la justicia ordinaria de legalidad; esta última, conforme al texto de la acción de inconstitucionalidad mencionada líneas arriba, es con la que cotidianamente se había trabajado en el Poder Judicial de la Ciudad de México, hasta el 2020 cuando se instauraron oficialmente los juzgados de tutela; es con la que los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la

Ciudad de México habían trabajado, lo cual implica resolver la conflictiva que se presenta en un caso en particular, aplicando la legislación a los asuntos en concreto (ya fuera el Código Civil, el Código Penal, etcétera, dependiendo de la materia a la que correspondiera el asunto).

Desde 2011, en el ámbito local, comenzó el contacto con la justicia constitucional, aunque no de forma directa. Es pertinente recordar que antes existía un criterio de la Suprema Corte que reservaba el control de la CPEUM –pues en esa época no existía la Constitución de la Ciudad de México– a las autoridades federales, las cuales ejercían el control concentrado a través de las acciones de inconstitucionalidad, de las controversias constitucionales o del juicio de amparo directo e indirecto; y las autoridades locales antes de 2011 tenían *vetado* hacer algún pronunciamiento que tuviera vinculación directa con el ámbito federal, es decir, con el control de la CPEUM.

Posteriormente, a partir de la reforma a la Constitución federal en 2011 este panorama empieza a cambiar y se incorpora la obligación de todas las autoridades jurisdiccionales de ocuparse de la protección de los derechos humanos y, desde ese momento, comienza a darse la interpretación de lo que hoy conocemos como el control constitucional *ex officio* o difuso, el cual permite a las autoridades locales –trabajando en la justicia ordinaria de legalidad– tener este contacto con la justicia constitucional y ejercer el control difuso con relación al parámetro de regularidad constitucional.

Posteriormente, en 2017 con la expedición de la CPCDMX, se faculta a dos autoridades que forman parte del Poder Judicial de la Ciudad de México para hacer el control

constitucional concentrado local: la Sala Constitucional y los juzgados de tutela.

Las atribuciones de la Sala Constitucional y de los juzgados de tutela de derechos humanos están determinadas en la CPCDMX. A dichos juzgados les corresponde conocer de la acción de protección efectiva como un medio de control constitucional local, a través de un control concentrado, porque el juez de tutela podrá hacer pronunciamientos directos de los preceptos de la CPCDMX, ello en adición a la facultad que ya se tenía, al ser una obligación que deriva de la Constitución federal, de continuar haciendo, en caso de requerirse, el control difuso respecto de la Constitución federal o tratados internacionales relativos a derechos humanos, además se deben atender las interpretaciones que realiza el Poder Judicial federal con relación a los derechos humanos.

Adicionalmente, a propósito de la resolución emitida en la Acción de Inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas 16/2017, 18/2017 y 19/2017, es importante destacar algunos puntos, precisando que, dada su amplitud, solo se hará referencia a algunos párrafos que permiten contextualizar cómo se debe ejercer el control constitucional local por parte de los órganos jurisdiccionales de tutela de derechos humanos; en primer lugar, se debe tener en cuenta el párrafo 835, en el que, en lo que interesa, indica:

[...] las facultades de las entidades federativas, aún y cuando versen sobre derechos humanos, pero especialmente tratándose de los medios de control constitucional locales, *deben respetar la distribución de competencias*

que marca la Constitución federal, es decir, no pueden invadir o afectar las atribuciones que se han reservado a las autoridades federales.¹

El contenido antes transscrito enfatiza el hecho de que, si bien se otorgan facultades a las autoridades de las entidades federativas para establecer medios de control constitucional local, también lo es que los citados medios de control no deben invadir o afectar en forma alguna la distribución de competencias atribuidas desde la Constitución federal, particularmente aquellas reservadas a las autoridades federales, respetándose en todo momento esa competencia.

Asimismo, en la parte conducente a los párrafos 837 y 838, respectivamente, se señala:

[...] la actividad de control constitucional que realicen los jueces locales debe circunscribirse sólo al contraste de normas o actos locales que se impugnen por estimarse directamente violatorios de los derechos reconocidos por la Constitución local.

[...] los juzgadores locales, al realizar este tipo de control constitucional, no pueden desentenderse del parámetro de regularidad constitucional por completo, sino que deben considerarlo o tomarlo como referencia.

De igual forma destaca el párrafo 842, en el cual se indica:

Permitir la defensa del texto constitucional local a través de medios de impugnación cuyo objeto sea precisamente

¹ Cursivas de la autora.

la protección de los derechos humanos reconocidos a nivel local, implica necesariamente que el análisis sobre su vulneración **deba ser el planteamiento central y directo que detone el ejercicio de control de los jueces de constitucionalidad locales**, lo que, de suyo, *implica que ni en las demandas ni en las sentencias respectivas se puedan aducir frontal y exclusivamente violaciones a derechos del parámetro de regularidad constitucional.*²

En este sentido, el estudio que pueden y deben realizar los juzgados de tutela de derechos, a través de la acción de protección efectiva de derechos, tendrá como objeto medular la protección de los derechos humanos reconocidos en la CPCDMX, por tanto, no corresponde a un estudio directo de aquellos reconocidos en la Constitución federal o en los tratados internacionales.

No obstante ello, debe respetarse el parámetro de regularidad constitucional; y, al efecto, la Suprema Corte ha sentado algunos lineamientos para atender este deber, precisando que la interpretación que se lleve a cabo de los derechos reconocidos en la CPCDMX no debe alterar la identidad ni el contenido esencial de algún derecho humano del parámetro de regularidad constitucional, ello en virtud de que si las normas constitucionales locales no pueden hacerlo, menos aún podrá hacerlo la interpretación que realicen los órganos jurisdiccionales locales encargados de ello; también indica que la interpretación que se haga en el ámbito local no puede oponerse en forma alguna a aquella que realiza la Suprema Corte en materia de derechos humanos y nos

² Cursivas de la autora.

constriñe a tener presente el desarrollo jurisprudencial constitucional e internacional sobre el derecho en cuestión; asimismo, menciona que los derechos humanos reconocidos en el parámetro de regularidad constitucional ampliados, desarrollados o complementados en la Constitución local deben interpretarse de manera sistemática, tomando en cuenta el contenido de ambas fuentes (federal e internacional); por último, se reitera que la base de interpretación que deben tener los juzgadores a nivel local son los criterios previstos en el artículo 1º de la CPEUM.

V. Procedimiento

Las características generales del procedimiento son:

- Puede plantearse en cualquier momento
- Sin mayores formalidades
- Mediante solicitud oral o escrita
- Opera la suplencia de la queja
- Existe supletoriedad, por orden de prelación, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México (CPCDF)

Las partes que intervendrán en este procedimiento son:
a) la parte quejosa, es decir, la persona que solicita la tutela de derechos por considerar que hay una autoridad que está ejerciendo alguna probable violación de sus derechos humanos reconocidos en la Constitución local, y
b) la autoridad responsable, a quien se atribuye la presunta violación de dichos derechos humanos.

El procedimiento inicia a petición de parte, a través de una solicitud (por escrito o de forma oral), la cual, de acuerdo con el artículo 69 de la LOPJCDMX, deberá contener por lo menos lo siguiente:

- Nombre de la persona que la formula y domicilio procesal (se estima que este último no constituye un requisito mínimo, ya que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece mecanismos para subsanar su falta).
- Relación sucinta de los hechos descriptivos de la presunta violación de derechos humanos. Es de capital importancia que las personas realicen una descripción puntual de los hechos que resultan relevantes, pues se trata de la materia prima que le permitirá al juez tomar decisiones en forma completa.
- Señalamiento de las autoridades que intervinieron.
- Pruebas. Si las partes cuentan con pruebas, lo idóneo es que las aporten en su solicitud o hagan referencia a ellas.
- Firma. Aunque no está incluido en el artículo 69 de la LOPJCDMX, se trata de un requisito mínimo esencial, derivado de la aplicación supletoria del artículo 255 fracción VIII del CPCDF. Es una formalidad básica y necesaria en el inicio de un procedimiento, por ser la expresión de voluntad de la persona que solicita la tutela de derechos humanos.

Ahora bien, en relación con la competencia atribuida a los juzgados que conocen de la acción de tutela, actualmente se ha distribuido en razón de territorio.

En un principio, cuando se implementaron los juzgados de tutela solo existían dos y tenían competencia en toda la CDMX; sin embargo, conforme a la disposición constitucional se busca que a futuro haya por lo menos uno en cada alcaldía. Con base en el Acuerdo 04-43/2021, emitido por el Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México (CJCDMX), a partir del 16 de noviembre de 2021 se realizó una nueva distribución de la competencia para alcanzar gradualmente el objetivo planteado.

Así, actualmente, conocen de la acción de protección efectiva de derechos cinco juzgados: dos que conocen de manera exclusiva de la acción de protección efectiva de derechos y tres que pertenecían al sistema penal tradicional que fueron transformados en juzgados mixtos, los cuales siguen conociendo los asuntos que anteriormente ya llevaban del sistema tradicional en materia penal y se incorporan al conocimiento de la acción de protección efectiva de derechos.

La competencia en razón de territorio quedó definida a los siguientes órganos jurisdiccionales:

- Juzgado 1º Mixto de la CDMX en materia Penal del Sistema Tradicional y de Tutela de Derechos Humanos, ubicado en el Reclusorio Preventivo Varonil Oriente, su competencia territorial queda acotada a las alcaldías de Iztacalco, Iztapalapa y Tláhuac.
- Juzgado 2º Mixto de la CDMX en materia Penal del Sistema Tradicional y de Tutela de Derechos Humanos, ubicado en la Penitenciaría de Santa Martha Acatitla, tiene competencia única y exclusivamente

en las alcaldías de Coyoacán, Magdalena Contreras, Tlalpan, Xochimilco y Milpa Alta.

- Juzgado 3º Mixto de la CDMX en materia Penal del Sistema Tradicional y de Tutela de Derechos Humanos, ubicado en el Reclusorio Preventivo Varonil Norte, tiene competencia territorial en Azcapotzalco, Gustavo A. Madero y Venustiano Carranza.
- Finalmente, los juzgados 1º y 2º de Tutela de Derechos Humanos, ubicados en Niños Héroes 119, tienen competencia territorial en la demarcación de Miguel Hidalgo, Cuauhtémoc, Cuajimalpa, Álvaro Obregón y Benito Juárez.

En cuanto a la substanciación del procedimiento, es posible esquematizar algunos actos que adquieren relevancia, por ejemplo:

Esquema 1. Substanciación del procedimiento

SOLICITUD

ADMISIÓN

INFORME DE AUTORIDAD (2 DÍAS HÁBILES)

DESAHOGO DE PRUEBAS

ALEGATOS (2 DÍAS HÁBILES)

SENTENCIA (10 DÍAS HÁBILES)

El procedimiento inicia a petición de parte a través de la solicitud que se formula (ya sea oral o escrita) y una vez que el juzgado determina que se reúnen los requisitos mínimos para su admisión, se da el trámite correspondiente y se requiere a la autoridad para que rinda su informe, quien debe hacerlo dentro de los dos días siguientes a partir de que se le notifica, plazo en el que, en su caso, también deberá aportar las pruebas que estime necesarias o convenientes para justificar que su actuar es acorde con el estándar constitucional. En caso de que se requiera, se puede señalar una diligencia de desahogo de pruebas, habrá casos en los que las pruebas que se aporten no requieran un desahogo particular y entonces no es necesario señalar fecha de audiencia, conforme a la disposición de la LOPJCDMX; posteriormente, se da un plazo de dos días para que las partes puedan formular alegatos. La parte quejosa tiene la posibilidad de hacer sus alegaciones tanto de manera oral como escrita, la autoridad solamente puede hacerlo de forma escrita. Luego de que culmine el término de alegatos, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de dictar la sentencia que corresponda dentro de los diez días naturales siguientes a que finalice el término de alegatos.

En cuanto a los recursos, estos pueden ser ordinarios o extraordinarios. Entre los primeros se encuentran: a) *la queja* que se puede hacer valer ante la inconformidad que se tenga por parte del solicitante respecto del acuerdo que pueda desechar la solicitud. La Sala Constitucional sentó un criterio en el sentido de que resulta aplicable supletoriamente el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en lo relativo a este recurso, con

lo cual se permite impugnar a través de este el acuerdo que desecha la solicitud, y b) *la impugnación*, solamente procede contra la sentencia definitiva que se llegue a dictar en el procedimiento de tutela de derechos humanos.

Como medios extraordinarios se encuentran el amparo directo e indirecto, dependiendo del tipo de acto de que se trate, pues la determinación que resuelve la acción de tutela no es terminal.

Finalmente, cabe mencionar que los criterios de la Sala Constitucional serán vinculantes para los juzgados de tutela en lo relativo a la acción de protección efectiva de derechos, lo cual está reconocido en el artículo 36, apartado B, numeral 3, inciso f de la CPCDMX y en los artículos 27 y 35 de la LOSCPJCDMX.

En esta intervención, se busca compartir algunos elementos de la justicia constitucional local y un avance de lo que se vislumbra puede ser el control constitucional local, el cual es una herramienta que se ampliará cada vez más y ayudará a brindar una atención más directa para las personas en algunos casos. La acción de protección efectiva de derechos nos va a dar mucho para trabajar; asimismo, la interpretación que haga el Poder Judicial de la Federación nutrirá el sistema constitucional federal y local.

La Teoría General de la Competencia Epistémica Legislativa y el nuevo derecho procesal probatorio*

Carmen Patricia López Olvera**

I. Introducción

La propuesta teórica que presentaré se denomina *Teoría General de la Competencia Epistémica Legislativa* (Tegecel). He trabajado varios años en esta teoría y poco a poco se ha perfeccionado. Desde luego, cuando se realizan este tipo de aportaciones se tiene en mente que probablemente en el futuro se realicen nuevas consideraciones sobre la misma.

* Conferencia presentada el 5 de abril de 2022. El desarrollo de esta propuesta teórica se localiza de forma íntegra en López Olvera, Carmen Patricia, *La teoría general de la competencia epistémica legislativa. Una investigación sobre el grado en que las leyes adjetivas contribuyen u obstaculizan la determinación de la verdad, con referencia especial al derecho procesal penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2023. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/15/7099/15.pdf>

** Investigadora ordinaria de carrera asociada “C” de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Para llevar a cabo lo anterior, se abordará el objetivo de la propuesta teórica de la Tegecel. Luego, se expondrán algunas consideraciones sobre cómo surge esta, a partir de las aportaciones en materia de epistemología jurídica aplicada (EJA) de Larry Laudan, Enrique Cáceres Nieto y Michele Taruffo. Posteriormente, se describirá en qué consiste la teoría y cuáles son las definiciones operacionales que le dan vida, entre estas la de *competencia epistémica legislativa*. Más adelante, se expondrá la dinámica de la teoría, es decir, cómo opera y cómo se puede aplicar. Para tal fin, se presentará el caso de estudio realizado sobre la evaluación de algunas leyes procesales en materia de derecho procesal penal, así como una aproximación a la aplicación de esta en materia de derecho electoral. Por último, se proporcionarán algunos resultados, conclusiones y propuestas.

II. Consideraciones preliminares

Como bien lo señalaba el doctor Gerardo Campos, actualmente, la línea de investigación que trabaja es en materia de derecho procesal y dentro de ella se encuentran diversos subproyectos. Todos estos tienen un objetivo en común, proponer las bases teóricas para la actualización del derecho procesal.

Seguramente se preguntarán: ¿por qué se necesita actualizar el derecho procesal? Antes de dar una respuesta recordemos cuál es la evolución del pensamiento en materia de derecho procesal y la literatura que nos habla al respecto. El doctor Cipriano Gómez Lara en su obra

Teoría General del Proceso,¹ citando al procesalista Niceto Alcalá-Zamora, señala seis fases o evoluciones del pensamiento en materia de derecho procesal.

La primera corresponde a la *etapa primitiva*, en la que señala que no existe literatura en materia procesal, “Todas las consideraciones sobre el derecho procesal únicamente son de carácter histórico y su enfoque es el de la filosofía de la historia”.²

La segunda es la *etapa de la literatura romana*. En esta se encuentra más definido el derecho procesal, o al menos sus objetivos. “En Roma existe un proceso que se conoce, por lo menos en sus líneas generales, con bastante precisión, aunque desde luego tampoco se puede hablar de la existencia de una literatura procesal, hay proceso, pero no bibliografía al respecto”.³

Posteriormente, se encuentra la *etapa de la escuela judicialista*, la cual “se desenvuelve en torno a la Universidad de Bolonia. Florece entre los siglos XI y XIII, y en esta tendencia se destaca el concepto de juicio. Tuvo una repercusión de gran relevancia en toda Europa”,⁴ ya que personas de distintos países acudían a estudiar a Bolonia. Lo anterior generó una gran influencia en cuanto al aprendizaje en materia de derecho procesal.

“La *etapa de la escuela practicista* se extiende desde el siglo XVI hasta comienzos del siglo XIX. [...] Una de sus características es que la materia procesal se contempla

1 Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 10^a. ed., México, Oxford, 2012, p. 389.

2 *Ibidem*, p. 67.

3 *Idem*.

4 *Ibidem*, p. 68.

más como un arte que como una ciencia, esto es, los practicistas suelen dar fórmulas o recetas para llevar adelante los procedimientos".⁵

En cuanto a la *escuela proceduralista*, la siguiente etapa de desarrollo que abre paso a la evaluación de las tendencias de carácter procesal, se entiende que:

obedece, según Alcalá-Zamora, a factores tanto de corte jurídico como político, así como a la participación de un destacado jurista inglés. El proceduralismo coincide en su aparición con la Revolución francesa y uno de los factores determinantes de este movimiento fue el relativo a las críticas que se habían dirigido contra el sistema penal inquisitivo. Esta reacción influyó más determinantemente en el proceso penal que en el proceso civil. Otro segundo factor de suma importancia fue la aparición de la codificación napoleónica, y dentro de ella la separación de la legislación relativa a los procedimientos en dos cuerpos especiales: los códigos de procedimientos civiles, por una parte, y los códigos de procedimientos penales, por la otra.

El tercer factor de advenimiento del proceduralismo, según Alcalá-Zamora, fue la obra de Jeremy Bentham, especialmente el *Tratado de las pruebas judiciales*, y también para él y sus discípulos tuvieron una gran influencia y resonancia no solo en Inglaterra, sino en toda Europa. Una vez surgido el proceduralismo en Francia, nació la tendencia sistematizadora de dividir las obras relativas a la materia en tres campos,

5 *Ibidem*, p. 69.

la organización judicial, la competencia y las cuestiones procedimentales.⁶

Por último, se encuentra la *etapa del procesalismo científico*:

En esta se hace énfasis en el carácter científico del derecho procesal [...] La ciencia procesal surge en Alemania, en la segunda mitad del siglo XIX [...] Es indudable que esta corriente se proyecta no solo hasta finales del siglo XIX, sino hasta el siglo XX, con obras y trabajos ciertamente fuera de época, pero que pertenecen a la tendencia anterior a la actual.⁷

Después de haber repasado brevemente las características de estas etapas, es momento de pasar a una séptima etapa del derecho procesal, la cual se podría denominar *procesalismo epistémico y constructivista*. ¿Por qué transitar a esta última? Actualmente, existen disciplinas que están modificando nuestra concepción jurídica contemporánea, entre ellas, la filosofía jurídica analítica. El análisis del lenguaje ha venido a impactar en el derecho, además, se debe considerar la irrupción de los derechos humanos, a los que habría que tomar en cuenta para la elaboración de nuestro derecho procesal; asimismo, se deben contemplar el garantismo y la epistemología jurídica aplicada. Por otra parte, se encuentran las nuevas disciplinas como la ingeniería de procesos, las tecnologías de la información, incluso, la inteligencia artificial.

6 *Idem*.

7 *Ibidem*, p. 70.

Ahora bien, ¿por qué hablar de un procesalismo epistémico y constructivista? Considero que el constructivismo jurídico es el marco teórico apropiado para el abordaje de las disciplinas referidas previamente, para enmarcarlas de manera adecuada dentro del derecho procesal considerando todos los avances y las aportaciones de estas.

III. Constructivismo jurídico y nuevo derecho procesal

¿Qué denota *Constructivismo Jurídico Complejo* (CJC)? El doctor Enrique Cáceres aporta la siguiente definición:

la conjunción de un nuevo enfoque epistémico, teórico y metodológico naturalizado mediante la integración de las ciencias cognitivas, la teoría de los sistemas complejos, la filosofía del lenguaje, la teoría del discurso y la teoría general del derecho, cuyo objetivo es actualizar nuestra comprensión de la incidencia del derecho positivo y la teoría jurídica en la construcción social de la realidad a través de agentes e instituciones.

Además de la elaboración de modelos “descriptivos” o “explicativos” el constructivismo jurídico busca influir en la conformación de la realidad social. Intenta responder a la pregunta: ¿cómo es posible inducir turbulencias autoorganizativas en los agentes jurídicos de manera que sus estados de cognición corporeizada y, por tanto, su interacción autoorganizada de [sic] lugar a una dinámica emergente que corresponda a las expectativas conductuales de un sistema jurídico determinado?⁸

⁸ Cáceres Nieto, Enrique, “Constructivismo jurídico, gobierno conductual y *nudges*

Dado que uno de los objetivos del constructivismo jurídico complejo es inducir dinámicas emergentes, resulta interesante inducirlas en los procesos judiciales, de tal manera que se satisfagan de forma equilibrada tanto la determinación de la verdad (uno de los objetivos de la epistemología jurídica aplicada) como el garantismo y los derechos humanos, además de considerar las aportaciones de la filosofía jurídica analítica.

IV. Objetivo de la Tegecel: una aportación a la epistemología jurídica aplicada⁹

La Tegecel se circunscribe dentro de las aportaciones de la epistemología jurídica aplicada y el derecho probatorio como promotor de la verdad. Su objetivo es evaluar el grado en que las leyes procesales son promotoras de la determinación de la verdad. A partir de los resultados encontrados con la aplicación de la Tegecel, se mostrará cómo podríamos construir un nuevo derecho procesal con bases epistémicas y constructivistas.

como base de políticas públicas para impulsar el cambio comportamental durante la pandemia de la COVID-19", en González Martín, Nuria y Cáceres Nieto, Enrique, *Emergencia sanitaria por COVID-19: constructivismo jurídico, gobierno, economía y cambio conductual*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, p. 21. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6309/3a.pdf>

9 El fundamento teórico, metodológico y epistémico de la Tegecel puede localizarse en López Olvera, Carmen Patricia, *La teoría general de la competencia epistémica legislativa. Una investigación sobre el grado en que las leyes adjetivas contribuyen u obstaculizan la determinación de la verdad, con referencia especial al derecho procesal penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2023. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/15/7099/15.pdf>

Partiremos de lo que se entiende por epistemología jurídica aplicada, una nueva disciplina que ha emergido dentro de la filosofía del derecho. El doctor Enrique Cáceres señala que:

Es un área de la filosofía del derecho cuyo objetivo es determinar las condiciones que deben satisfacer los procedimientos confiables para la determinación de la verdad en el derecho [...] la regulación de dichos procedimientos implica que el derecho incluya instituciones jurídicas (procesales) que i) no produzcan efectos contra-epistémicos,¹⁰ sino que faciliten las condiciones necesarias para que los operadores jurídicos puedan determinar la verdad de los hechos.¹¹

El doctor Larry Laudan, uno de los epistemólogos contemporáneos más reconocidos en la actualidad, refiriéndose al proceso judicial sostiene: “es primordialmente un motor epistémico, es decir, un dispositivo o herramienta para descubrir la verdad [...] si esto es así, entonces viene completamente al caso preguntar si los procedimientos y reglas que estructuran y regulan un proceso penal conducen genuinamente a la averiguación de la verdad”.¹² Sumado a lo que plantea el doctor Larry Laudan, el doctor

¹⁰ Es decir, que esas instituciones no afecten la determinación de la verdad.

¹¹ Cáceres Nieto, Enrique, “Epistemología jurídica aplicada”, en Fabra Zamora, Jorge Luis y Spector, Ezequiel (coords.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, vol. 3, pp. 2203. Disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3876-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-tres>

¹² Laudan, Larry, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, trad. de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 23.

Michele Taruffo menciona: “el proceso, si es entendido como un método para la determinación de la verdad y, por lo tanto, ser sometido a evaluación epistémica [...] Por un lado, es necesario tener presente que el descubrimiento de la verdad es un fin esencial del proceso y una condición necesaria de la decisión, pero no es único fin del proceso”.¹³

La pregunta es: ¿cómo se realiza la evaluación epistémica de los procesos? Es ahí donde se encuentra el objetivo de la Tegecel. Desde luego, estamos de acuerdo con lo propuesto por el doctor Michele Taruffo. Cabe mencionar que, cuando se implementan los mecanismos alternos de solución de controversias, no necesariamente se busca el esclarecimiento de los hechos, sino que se pueden perseguir otros objetivos como el acuerdo entre la víctima y el acusado. Es decir, existen otros propósitos que no necesariamente siguen un objetivo epistémico.

La epistemología jurídica aplicada sí se centraría en el esclarecimiento de la verdad como condición de justicia y el derecho a la verdad, a diferencia de los mecanismos alternos de solución de controversias que persiguen otros objetivos. Tomando esto en consideración y tratando de responder la pregunta planteada por el doctor Michele Taruffo respecto de si las leyes podrían ser objeto de evaluación epistémica, como se señaló previamente, la Tegecel surge para realizar la evaluación del grado de competencia epistémica de legislaciones procesales, esto es, evaluar en qué grado una ley procesal puede ser promotora de la determinación de la verdad. A efecto

13 Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos*, trad. de Daniela Accatino Scagliotti, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 155.

de demostrar la viabilidad de esta propuesta, se aplicó en el análisis de las normas del sistema tradicional o del Código Federal de Procedimientos Penales, que regulaba el sistema tradicional o inquisitivo mixto, y el Código Nacional de Procedimientos Penales. Asimismo, se hizo la evaluación de otras legislaciones procesales de países iberoamericanos, entre ellos Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica y España.

Enseguida, se explicará cuál fue la metodología empleada, las definiciones operacionales y la taxonomía de obstáculos y desequilibrios epistémicos identificados.

V. Metodología seguida para el desarrollo de la Tegecel

Uno de los primeros pasos para el desarrollo de la Tegecel fue la construcción de definiciones operacionales. Luego, se realizó la identificación de obstáculos y desequilibrios epistémicos en leyes objeto de estudio y, finalmente, se llevó a cabo la dinámica de la teoría.

Las definiciones operacionales que se trabajaron y que le dieron vida a la teoría son: 1) normatividad contraepistémica (obstáculo y desequilibrio epistémicos), 2) estrategias contraepistémicas, 3) justificación contraepistémica, 4) efecto contraepistémico, 5) valor epistémico y no epistémico, 6) competencia epistémica legislativa (alrededor de la cual giraban las anteriores) y 7) regla de justificación contraepistémica.¹⁴

La *normatividad contraepistémica* se refiere a las normas jurídicas, procesales, incluso a los principios

14 López Olvera, Carmen Patricia, *op. cit.*, pp. 47-50.

jurídicos que tienen efectos contraepistémicos, es decir, que no favorecen la determinación de la verdad y, por tanto, podrían constituir obstáculos y desequilibrios. La norma o el principio contraepistémico, normalmente, se encuentra en una ley como estrategia para proteger un valor no epistémico, desde luego esto viene en detrimento de la determinación de la verdad.

Obstáculo epistémico se refiere a la propiedad de algunas normas jurídicas, consistente en dificultar o impedir la determinación de la verdad. Al ser un tipo de normatividad contraepistémica, tratan de proteger valores no epistémicos. Puede ser que estén justificados en la ley, o no, aunque será injustificado cuando existan formas alternativas para proteger ese valor no epistémico sin afectar la determinación de la verdad. En cuanto a los *desequilibrios epistémicos*, ocurren cuando la ley da ventajas epistémicas a una de las partes en el proceso, aumentando los pesos contraepistémicos a favor de su contraparte.

Estrategia contraepistémica es aquella que se usa para proteger un valor no epistémico en detrimento del valor epistémico de la verdad. El *efecto contraepistémico*, por su parte, es la forma específica en la que se obstaculiza la determinación de la verdad, la consecuencia de los factores contraepistémicos; en otras palabras, la consecuencia de haber aplicado o de tener establecido en la ley un obstáculo o un desequilibrio.

Los *valores epistémicos y no epistémicos* son generalmente argumentos por los cuales se justifica que una proposición sobre hechos jurídicamente relevantes es verdadera. Por otro lado, *razón contraepistémica* es aquella

esgrimida para fundamentar reglas o normas que van a obstaculizar la determinación de la verdad. Lo anterior se aterrizará con casos concretos cuando se aborde la dinámica de la teoría.

Ahora, en cuanto a la taxonomía de obstáculos y desequilibrios epistémicos hasta el momento identificados, algunos de estos ya han sido señalados por el doctor Larry Laudan en su obra *Verdad, error y proceso penal*, y otros fueron localizados a partir del análisis de las leyes procesales penales.

En el caso de los *obstáculos epistémicos*, el primero se refiere a las *supresiones de las facultades del juez como persecutor de la verdad*, algunas de estas son: no proporcionar acceso a los jueces a las carpetas de investigación, por ejemplo en materia penal; no contar con facultades para solicitar medios de prueba distintos a los ofrecidos por las partes; prohibiciones durante los interrogatorios; formular preguntas diferentes a las realizadas por las partes (tienen derecho, generalmente, solo a formular preguntas de carácter aclaratorio); también, al momento del contraexamen de testigos se pueden dar algunas reglas que constituyan obstáculos epistémicos.

La segunda categoría de estos obstáculos son las *reglas de exclusión de evidencia*, como la exclusión de confesiones rendidas ante policías sin la presencia del defensor; la exclusión de confesiones sin conocimiento de los derechos Miranda (aquellos que se dan a conocer a los acusados al momento de la detención); el derecho del acusado a guardar silencio; asimismo, constituyen un obstáculo para la determinación de la verdad los testigos privilegiados,

como periodistas en relación con sus fuentes, sacerdotes, por la información que se les proporciona, familiares del acusado, abogados respecto de la información de sus clientes, y el *plea bargain*, esto es, acuerdos que se llevan entre la fiscalía y el acusado para disminuir la pena, a cambio de proporcionar cierto tipo de información.

Un ejemplo para aterrizar el tema de la exclusión de confesiones rendidas ante policías sin la presencia del defensor es el caso de la señora Marisela Escobedo, retratado en el documental *Las tres muertes de Marisela Escobedo*.¹⁵ En este asunto, Rubí de dieciséis años de edad, hija de la señora Maricela, fue privada de la vida. Posteriormente, su pareja sentimental confesó haber participado en el hecho que la privó de la vida. No obstante, el acusado fue absuelto.

El ejemplo es ilustrativo. Si bien el acusado confesó su responsabilidad en el hecho, no se respetaron ciertas condiciones procesales en las que debió llevarse a cabo la confesión, como contar con la presencia de un defensor, por lo tanto, esta fue excluida como medio de prueba y no pudo ser valorada por los jueces durante la audiencia de juicio oral. ¿Qué habría ocurrido si los jueces que decidieron en esa audiencia hubieran tenido la posibilidad de valorar la confesión del acusado? Seguramente, la decisión habría sido en un sentido distinto, pero derivado de las normas establecidas en el Código Nacional de Procedimientos Penales el medio de prueba fue excluido.

Este caso es un ejemplo en el que se excluye evidencia que pudo haber sido relevante para el momento de la toma

15 Pérez Osorio, Carlos (dir.), *Las tres muertes de Marisela Escobedo*, documental, México, Vice Studios Latin America, Scopio, 2020.

de decisión y el esclarecimiento de los hechos. Igualmente, se retratan obstáculos en esta taxonomía.

La taxonomía de desequilibrios epistémicos, según la definición estipulada, es cuando se favorece a alguna de las partes en el proceso o se le proporcionan ventajas. En ese sentido, se encuentran la presunción de inocencia, la carga de la prueba, la doctrina del doble peligro y el beneficio de la duda.

Más adelante, como parte de la propuesta teórica, se asignó el peso contraepistémico a cada uno de los obstáculos y desequilibrios epistémicos previamente mencionados. Si el obstáculo o el desequilibrio epistémico imposibilita la determinación de la verdad, entonces, el grado o el peso asignado será 3. Si dificulta seriamente la determinación, será 2, y será 1 si la dificulta levemente. De tal forma, mientras más obstáculos presente la ley, más pesos contraepistémicos sumará (véase tabla 1).

Tabla 1. Determinación de pesos contraepistémicos

Variantes	Abreviaturas	Pc
Imposibilita la determinación de la verdad.	IDV	3
Dificulta seriamente la determinación de la verdad.	DSV	2
Dificulta levemente la determinación de la verdad.	DLV	1

Fuente: Elaboración propia.

¿Cómo se asignan los pesos contraepistémicos? La metodología usada para establecer los pesos se hizo con base en una escala de Likert. Si quisieramos determinar los pesos de manera más objetiva, se tendría que someter la lista de obstáculos y desequilibrios a una comunidad de juristas y llegar a consensos sobre el grado que consideran

apropiado asignarles, en cuanto a su afectación a la determinación de la verdad.

¿Qué se entiende por *competencia epistémica legislativa*? Es el concepto central de la Tegecel. Designa el grado de proximidad de una calificación asignada a una ley con respecto a cero, donde cero es el grado máximo de competencia epistémica en una escala de números naturales infinita. Es decir, mientras menos obstáculos y desequilibrios tenga dicha ley más se va a aproximar a cero, por tanto, tendrá mayor grado de competencia epistémica. Cabe señalar que el término *competencia* es polisémico y designa varios elementos. En un primer sentido puede denotar un desafío; en un segundo sentido, una facultad, y, en un tercero, un criterio de evaluación. Este último es el que se abordará para efectos del presente trabajo.

La fórmula que se debe aplicar para llegar a un resultado, una vez identificados los obstáculos y los desequilibrios, es la siguiente:

$$Gc = [(\sum_{i=1}^n P_c) - (\sum_{i=1}^n P_c)]$$

Tabla 2. Fórmula de competencia epistémica legislativa

Gc	=	grado de competencia epistémica
Σ	=	suma
Pc	=	pesos contrapistémicos de los obstáculos y desequilibrios epistémicos localizados en la ley
Jc	=	pesos contrapistémicos de los obstáculos y desequilibrios epistémicos justificados localizados en la ley

Fuente: Elaboración propia.

En la fórmula se puede observar el grado de competencia de la ley (G_c), que corresponde a la sumatoria de los pesos contraepistémicos localizados en la misma, es decir, la sumatoria de todos los pesos de los obstáculos y los desequilibrios encontrados, menos la sumatoria de aquellos pesos de justificación contraepistémica (J_c). ¿Qué quiere decir *justificación contraepistémica*? Existen obstáculos y desequilibrios cuya presencia en la ley está justificada, pues no hay manera de proteger los valores que se pretenden en determinados casos si no es estableciendo ese obstáculo o desequilibrio.

Uno de los casos de la taxonomía de obstáculos trataba acerca de los derechos de los testigos privilegiados a no declarar en contra del acusado, a saber, los familiares de la persona acusada. Si bien es un obstáculo contraepistémico, está justificado dado que para proteger la integridad de la familia no hay otra estrategia, sino establecer que los familiares tienen derecho a no declarar en contra de los acusados. Entonces, se suman los pesos contraepistémicos y se restan los pesos de aquellos obstáculos y desequilibrios que sí se encuentran justificados.

De la taxonomía actual de los obstáculos y los desequilibrios, el total de la sumatoria de los pesos contraepistémicos fue de treinta y cuatro. Tomando en consideración lo anterior, se hizo la siguiente distribución: si el resultado se acerca a cero, la ley objeto de análisis no tiene obstáculos o están justificados, por tanto, esa ley va a tener un grado de competencia epistémica máxima; si es del 1 al 8, tendrá un alto grado de competencia epistémica; si es del 9 al 17, medio; si es del 18 al 26, un grado de competencia epistémica bajo; si es del 27 en adelante, muy bajo.

Tabla 3. Escala de grados de competencia epistémica

Resultado de la aplicación de la fórmula	Grado de Competencia Epistémica
0	Máximo
(1-8)	Alto
(9-17)	Medio
(18-26)	Bajo
(27-∞)[1]	Muy bajo

Fuente: Elaboración propia.

Hasta el momento, se han encontrado trece obstáculos contraepístémicos y tres desequilibrios, pero no necesariamente son los únicos, es posible que en un futuro, si hay nuevas reformas a la ley, se integren otros, por ello, en la tabla se muestra el símbolo de infinito en el último peldaño.

Respecto de la dinámica de la teoría, de la categoría *supresión de las facultades del juez como persecutor de la verdad*, uno de los obstáculos es que el juez no tiene acceso al soporte de investigación, es decir, al expediente escrito o a la carpeta de investigación. Como ocurre en materia penal, solo las partes tienen acceso a la misma, por lo que el juez se basa únicamente en aquello que se desahoga en la audiencia. En este sentido, el valor no epistémico, vinculando las definiciones operacionales con los tipos de obstáculos, es la imparcialidad.

VI. Dinámica de la Tegecel

A continuación, se ejemplifica la dinámica con *obstáculos epistémicos*:

Categoría: supresión de las facultades del juez como persecutor de la verdad.

1. Tipo: el juez no tiene acceso al soporte de la investigación (expediente escrito/carpeta de investigación).
 - a) Valor no epistémico: imparcialidad.
 - b) Estrategia contraepistémica: impedir que el juez tenga acceso al soporte de investigación del Ministerio Público.
 - c) Razón contraepistémica: se asume que mediante esta estrategia el juez llegue con prejuicios a la audiencia de juicio oral.
 - d) Efecto contraepistémico: el juez pierde la oportunidad de allegarse de elementos que podrían ser jurídicamente relevantes y que pueden ser volátiles en la audiencia de juicio oral.
 - e) Peso contraepistémico (Pc): 2 (dificulta seriamente la determinación de la verdad).
 - f) Se encuentra justificado: no.
 - g) Estrategia de intervención epistémica: permitir que el juez tenga acceso al expediente escrito o carpeta de investigación.
 - h) Operador deóntico: prohibición al juez.

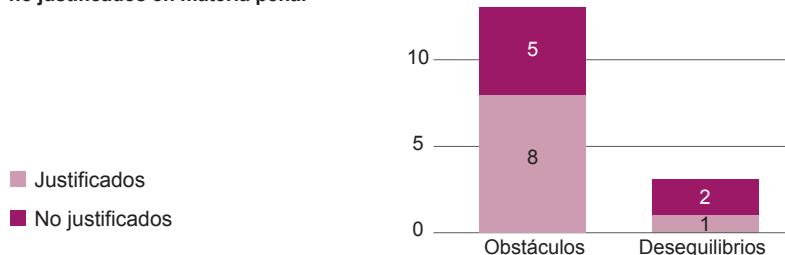
Como parte del análisis, se agregó a la dinámica de la teoría la identificación del operador deóntico que aparecía generalmente en la norma (h), a saber, si se trataba de prohibiciones, permisiones u obligaciones y sobre qué operador jurídico recaía el operador deóntico de manera particular. Así pues, aquí se trata de una prohibición al juez.

El presente es solo un ejemplo. Por cada uno de los trece obstáculos se realizó este mismo ejercicio, identificar

el valor, las estrategias contraepistémicas, la razón contraepistémica, el efecto contraepistémico, asignar el peso, señalar si se encontraba justificado, la estrategia de intervención y, por último, los operadores deónticos.

Enseguida, se presentan dos gráficas con los resultados de los trece obstáculos y desequilibrios.

Gráfica 1. Relación entre conceptos contraepistémicos justificados y no justificados en materia penal



Fuente: Elaboración propia.

Gráfica 2. Correlación de operadores deónticos de los conceptos contraepistémicos



Se encontró que cinco de los obstáculos no están justificados y ocho sí. En cuanto a los desequilibrios, uno está justificado y dos no lo están (gráfica 1). Respecto de la correlación de operadores deonticos (gráfica 2), se encontró que la mayoría de las normas que establecen obstáculos contraepistémicos tratan de proteger derechos del acusado, lo que evidencia que nuestro sistema procesal penal es de carácter garantista y favorece los derechos del acusado. Asimismo, se puede percibir que muchas obligaciones y prohibiciones recaen en el juez.

Como parte de la propuesta teórica, se elaboró una tabla en donde se introduce la información que permitirá realizar la evaluación de las leyes (tabla 4).

Tabla 4. Evaluación de las leyes

<ul style="list-style-type: none"> * Indicaciones sobre pesos contraepistémicos: <ul style="list-style-type: none"> • Imposibilita la determinación de la verdad (IDV): 3 • Dificulta seriamente la determinación de la verdad (DSV): 2 • Dificulta relativamente la determinación de la verdad (DRV): 1 	Nombre de la ley objeto de análisis		
Taxonomía de obstáculos y desequilibrios contraepistémicos (aquellos identificados en materia penal, mismos que fueron descritos en el apartado previo)	Texto de la ley	PC	JC
Obstáculos o desequilibrio 1... 2... 3... Etcétera	<p>En caso de que se encuentre presente el obstáculo o desequilibrio, en este espacio deberá transcribirse el artículo que lo establece.</p> <p>En caso de no presentarse, solo se indica la palabra "Ausente".</p>	<p>En este espacio se indica el peso que corresponde al obstáculo/desequilibrio.</p>	<p>En caso de que el obstáculo/desequilibrio se encuentre justificado, en este espacio será indicado nuevamente el peso para, al momento de aplicar la fórmula, sea neutralizado.</p>
	Total	Corresponde a la suma de los PC	Corresponde a la suma de los JC
	CE: Grado de competencia epistémica	Corresponde a la suma de los PC menos los JC	

Fuente: Elaboración propia.

En la primera columna se encuentran indicaciones sobre los pesos contraepistémicos, esto es, si imposibilita la determinación de la verdad (peso 3), si la dificulta seriamente (2) y si la dificulta relativamente (1). A continuación, en la misma columna, se agregó la taxonomía con los obstáculos y los desequilibrios epistémicos (1, 2, 3... 13). En la segunda columna, el texto de la ley o la norma en la que se presenta el obstáculo o el desequilibrio epistémico en forma de artículo. La tercera columna corresponde al peso contraepistémico (3, 2, 1). La cuarta columna comprende el peso de justificación contraepistémica. Al respecto, si en la tercera columna hay 3, en la siguiente, la de justificación contraepistémica, igualmente habría 3 para intentar neutralizar el peso al momento de realizar la aplicación de la fórmula.

La hipertextualidad de las leyes se refiere a que el Código Nacional de Procedimientos Penales se relaciona con otras leyes, como la Constitución Política; entonces, al evaluar el Código Nacional de Procedimientos Penales se tienen que considerar también otras normas que impacten sobre este y contemplarlas al momento de realizar la revisión de los obstáculos y los desequilibrios.

Respecto de la aplicación de la Tegecel, esta es la muestra de leyes tomada para tales efectos: Código Federal de Procedimientos Penales (anterior), Código Nacional de Procedimientos Penales (actual), Código Procesal Penal de la Nación de Argentina, Código Procesal Penal Chileno, Ley 906 de 2004 del Código de Procedimiento Penal colombiano, Ley 7594 del Código Procesal Penal de Costa Rica y Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1882.

Por cada una de estas leyes, se construyeron tablas de evaluación. Aquí se presenta solo parte de una, ya que son muy extensas.¹⁶

Tabla 5. Matriz competencia epistémica legislativa

Grado	Pc		
IDV	3		
DSV	2		
DRV	1		
Conceptos contraepistémicos	Ley objeto	Pc	Jc
Obstáculos epistémicos	Código Federal de Procedimientos Penales (Méjico, código anterior) *Las citas de artículos constitucionales corresponden a la Constitución vigente hasta antes de la reforma de 2008 en materia penal.		
Supresión de la facultad del juez como persecutor de la verdad			
Solo las partes pueden aportar pruebas.	Ausente	0	0
Prohibiciones al juez para hacer interrogatorio.	Ausente	0	0
Prohibición para permitir en el contraexamen de testigos preguntas que no se desprendan de la información vertida en el examen directo de testigos.	Ausente	0	0

¹⁶ Los resultados generales pueden ser consultados en López Olvera, Carmen Patricia, *op. cit.*, pp. 91 y ss.

No presentar soporte de investigación al juez (carpeta de investigación).	Ausente	0	0
Reglas de exclusión de evidencia			
Prueba ilícita/fruto del árbol envenenado	Artículo 278 bis. Las comunicaciones entre particulares podrán ser aportadas voluntariamente a la averiguación previa o al proceso penal cuando hayan sido obtenidas directamente por algunos de los participantes en la misma. [...] En ningún caso el Ministerio Público o el juez admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley, ni la autoridad prestará el apoyo a que se refiere el párrafo anterior cuando se viole dicho deber.	2	0
Exclusión de confesiones rendidas ante policías	Artículo 3°. En el ejercicio de la función investigadora a que se refiere este artículo, queda estrictamente prohibido a la Policía recibir declaraciones del imputado o detener a alguna persona, fuera de los casos de flagrancia, sin que medien instrucciones escritas del Ministerio Público, del juez o del tribunal.	2	0

Exclusión de confesiones contra el “derecho Miranda”	Ausente	0	0
Derecho del acusado a guardar silencio	Art. 128, III. Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, particularmente en la averiguación previa, de los siguientes: a) No declarar si así lo desea, o en caso contrario, a declarar asistido por su defensor.	1	1
Testigos privilegiados			
Periodistas con respecto a sus fuentes (libertad de expresión)	Artículo 243 Bis. No estarán obligados a declarar sobre la información que reciban, conozcan o tengan en su poder: III. Los periodistas, respecto de los nombres o las grabaciones, registros telefónicos, apuntes, archivos documentales y digitales y todo aquello que de manera directa o indirecta pudiera llevar a la identificación de las personas que, con motivo del ejercicio de su actividad, les proporcionen como información de carácter reservada, en la cual sustenten cualquier publicación o comunicado.	2	2

*17	*	*	*
*	*	*	*
*	*	*	*
Plea bargain	Ausente	0	0
Desequilibrios epistémicos			
Doctrina del doble peligroso	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 23. Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.	3	0
Presunción de la inocencia o beneficio de la duda	Ausente	0	0
La carga de la prueba a cargo del Estado	Ausente	0	0
	Total=	17	10
	Gc=		7

Fuente: Elaboración propia.

En la tabla se pueden observar las categorías de los obstáculos y los desequilibrios epistémicos, en este caso, la supresión de facultades del juez como persecutor de la verdad, las reglas de exclusión de la evidencia, etcétera. Asimismo, se presentan los tipos de supresión de facultades

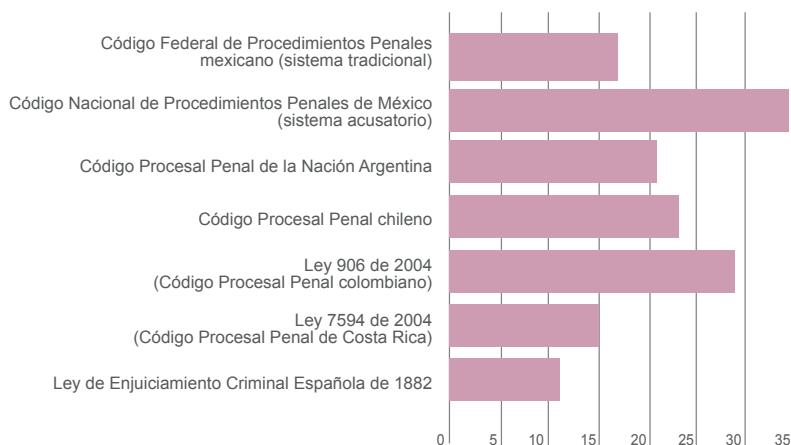
17 Celdas omitidas por razones de espacio (*).

del juez hasta el momento identificados y el texto de la ley; en caso de no encontrarse en la normativa se agrega “ausente”. En este ejemplo los pesos serán de cero porque no están presentes en la ley.

Se construyó una matriz por cada una de las leyes o los códigos que se analizaron. Al final de la tabla, se puede observar la sumatoria con el total, en este caso, 17 pesos contraepistémicos de los obstáculos o los desequilibrios, menos 10 pesos de aquellos que sí están justificados a partir del análisis realizado. Además, se muestra el grado de competencia epistémica, que es 7.

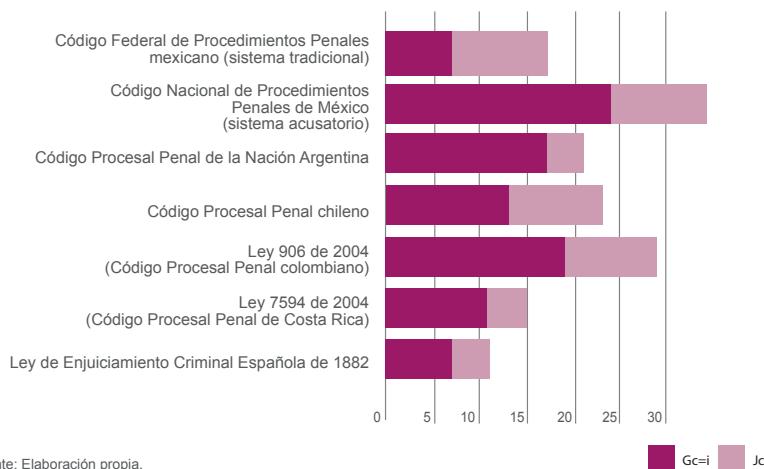
En la escala de grados de competencia epistémica (mientras más se aleje del cero menos competencia epistémica tiene), si el resultado hubiera sido cero, la ley tendría un grado de competencia epistémica máximo.

Gráfica 3. Pesos y contrapesos de los obstáculos y los desequilibrios (justificados o no justificados), identificados en las leyes objeto de estudio



En la gráfica 3 se pueden observar los resultados de la evaluación de los pesos contraepistémicos de obstáculos y desequilibrios, justificados o no, identificados en estas leyes. Se puede observar que el Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano, el actual, y el Código Procesal Penal colombiano son los que más pesos contraepistémicos presentan, es decir, se alejan más del cero, lo que implica que tienen menor grado de competencia epistémica y que son menos favorecedores de la determinación de la verdad en el proceso.

Gráfica 4. Grados de competencia epistémica de las leyes iberoamericanas objeto de estudio



Fuente: Elaboración propia.

En la gráfica 4, se encuentra el resultado final con la aplicación de la fórmula. Igualmente, el Código Nacional de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal colombiano se mantienen alejados del cero. En el siguiente recuadro se pueden apreciar los resultados en concreto.

VII. Resultados preliminares de la aplicación de la Tegecel en materia penal

- a) En primer lugar, con un Gc alto (7) se encuentran España, con la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, y México, con el anterior Código Federal de Procedimientos Penales.
- b) En segundo lugar, Costa Rica con un Gc medio (11).
- c) En tercer lugar, se encuentra Chile con un Gc medio (11).
- d) En cuarto lugar, Argentina con un Gc medio (17).
- e) En quinto lugar, con un Gc bajo, Colombia (19) y México (24) con el Código Nacional de Procedimientos Penales.

VIII. Pasos hacia la evaluación epistémica de leyes en otras materias: el caso del derecho electoral

El objetivo de esta propuesta es la evaluación de leyes en otras materias, por ejemplo, algunas leyes en materia electoral. La siguiente es la metodología que se tendría que llevar a cabo siguiendo la estrategia para la valoración de los códigos en materia de derecho penal.

- a) Definir el área del derecho sobre la cual se quiere aplicar la teoría propuesta. Ejemplo: materia electoral.
- b) Definir el universo de leyes objeto a analizar correspondientes al área del derecho seleccionada. Ejemplo, Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos, Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Ley General de Partidos Políticos, Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, Ley Federal de Consulta Popular.

- c) Realizar la identificación de los obstáculos y los desequilibrios epistémicos presentes en el universo del derecho positivo y dogmático del área que se desea analizar.
- d) Construir una matriz de dinámica de la teoría con los conceptos centrales de la Tegecel: 1) valor epistémico, 2) estrategia contraepistémica, 3) razón contraepistémica, 4) efecto contraepistémico, 5) P_c (peso contraepistémico), 6) justificación, 7) estrategia epistémica y 8) estrategia no contraepistémica para la protección del valor no epistémico o identificación de *non sequitur*.

La siguiente tabla muestra la matriz del ejercicio que se realizó en materia electoral, se trata de un ejemplo o una aproximación. De igual manera, se pueden ver las cuatro columnas, la lista de obstáculos epistémicos encontrados hasta el momento en materia electoral, la ley objeto de evaluación, que en este caso es la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, así como los textos en los cuales se ve reflejado ese obstáculo o desequilibrio, el peso que en su momento se consideró se le tendría que asignar y la sumatoria total.

Tabla 6. Matriz de competencia epistémica legislativa de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales

Conceptos contraepistémicos	Ley objeto	Pc	Jc
Obstáculos epistémicos	Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales		
Prohibición para intervenir comunicaciones privadas	Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas.	2	0
Exclusividad para la aportación de las pruebas a cargo de las partes	Artículo 461. 1. Son objeto de prueba los hechos controvertidos. No lo será el derecho, los hechos notorios o imposibles, ni aquéllos que hayan sido reconocidos. Tanto la Unidad Técnica de lo Contencioso Electoral de la Secretaría Ejecutiva como el Consejo General podrán invocar los hechos notorios aunque no hayan sido alegados por el denunciado o por el quejoso. En todo caso, una vez que se haya apersonado el denunciado al procedimiento de investigación, en el desahogo de las pruebas se respetará el principio contradictorio	2	0

	de la prueba, siempre que ello no signifique la posibilidad de demorar el proceso, o el riesgo de que se oculte o destruya el material probatorio.		
Admisibilidad de solo cierto tipo de pruebas	3. Sólo serán admitidas las siguientes pruebas: a) Documentales públicas; b) Documentales privadas; c) Técnicas; d) Pericial contable; e) Presunción legal y humana, y f) Instrumental de actuaciones.	2	0
Limitaciones para las pruebas confesionales y testimoniales	4. La confesional y la testimonial podrán ser admitidas cuando se ofrezcan en acta levantada ante fedatario público que las haya recibido directamente de los declarantes, y siempre que estos últimos queden debidamente identificados y asienten la razón de su dicho.	2	0
Vaguedad en criterios para la admisibilidad de pruebas periciales	5. La autoridad que sustancie el procedimiento podrá ordenar el desahogo de reconocimientos o inspecciones judiciales, así como de pruebas periciales, cuando la violación reclamada lo amerite, los plazos permitan su desahogo y se estimen determinantes para el esclarecimiento de los hechos denunciados.	2	0
Total		10	0
Gc			10

Fuente: Elaboración propia.

La taxonomía completa de los obstáculos y los desequilibrios en materia electoral nos permitiría identificar el grado de competencia epistémica de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Existen diversas reglas en materia de prueba que limitan la determinación de la verdad debido a que solo admiten cierto tipo de pruebas y, además, tienen que cumplir con diversas condiciones.

Cabe mencionar que también es posible encontrar los obstáculos y los desequilibrios epistémicos en tesis aisladas y jurisprudencia. En la obra *La teoría general de la competencia epistémica legislativa*¹⁸ se señalan algunos ejemplos, asimismo, se realiza un pequeño ejercicio de cómo podrían ser evaluadas las tesis y la jurisprudencia.

IX. Conclusiones

La Tegecel no se limita a la evaluación de las leyes, también permite comparar el grado de competencia epistémica de las leyes nacionales y llevarlo a cabo en distintas épocas, lo que hace posible evaluar el avance o el retroceso epistémico del derecho a través del tiempo.

Mediante la aplicación de la Tegecel se muestra que, a pesar de la importancia que ha adquirido el nuevo sistema procesal acusatorio, este presenta un grado de competencia epistémica bajo en comparación con otros sistemas de países iberoamericanos. Lo anterior obedece a que contiene normas que establecen múltiples obstáculos y desequilibrios no justificados.

18 López Olvera, Carmen Patricia, *op. cit.*, p. 196.

El sistema procesal acusatorio mexicano favorece un garantismo procesal, mas no un garantismo epistémico, es decir, no es tan favorecedor de la determinación de la verdad. En el mejor de los casos promueve que los jueces generen sentencias jurídicamente válidas, esto es, sentencias apegadas a derecho, a una verdad procesal, como entendemos de manera general la verdad procesal, pero epistémicamente incorrectas dado que las reglas que regulan el proceso están constituyendo obstáculos para alcanzar la misma.

X. Propuestas

Primera. Dada la presencia de obstáculos y desequilibrios en la legislación que rige este nuevo sistema procesal acusatorio, es necesario emprender reformas para removerlos y permitir que los jueces ejerzan su función fundamental como persecutores de la verdad, para que no se queden como actualmente se maneja en la literatura, como árbitros entre las partes.

Segunda. Es fundamental revisar cuidadosamente las normas que consagran conceptos contraepistémicos y aplicar estrategias de intervención para proteger valores no epistémicos sin sacrificio de los epistémicos, como es el caso de la imparcialidad.

Tercera. Se enfoca en la realización de un estudio de derecho comparado y en el análisis de la conveniencia de llevar a cabo trasplantes normativos a partir de otras leyes de Iberoamérica, a efecto de incorporar la protección de las virtudes epistémicas que contienen sus normas.

Cuarta. Se basa en la necesidad de promover la epistemología jurídica aplicada y la Tegecel para que nuestros legisladores tomen en cuenta las contribuciones de la epistemología jurídica y perciban cómo esta podría impactar en las leyes.

Quinta. Es conveniente promover la Tegecel no solo entre las universidades, como parte de cursos de epistemología, sino también entre órganos legislativos y judiciales.

Fuentes consultadas

Cáceres Nieto, Enrique, “Constructivismo jurídico, gobierno conductual y *nudges* como base de políticas públicas para impulsar el cambio comportamental durante la pandemia de la COVID-19”, en González Martín, Nuria y Cáceres Nieto, Enrique, *Emergencia sanitaria por COVID-19: constructivismo jurídico, gobierno, economía y cambio conductual*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6309/3a.pdf>

_____, “Epistemología jurídica aplicada”, en Fabra Zamora, Jorge Luis y Spector, Ezequiel (coords.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, vol. 3. Disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3876-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-tres>

Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 10.^a ed., México, Oxford, 2012.

Laudan, Larry, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, trad. de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid, Marcial Pons, 2013.

López Olvera, Carmen Patricia, *La teoría general de la competencia epistémica legislativa. Una investigación sobre el grado en que las leyes adjetivas contribuyen u obstaculizan la determinación de la verdad, con referencia especial al derecho procesal penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2023. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/15/7099/15.pdf>

Pérez Osorio, Carlos (dir.), *Las tres muertes de Marisela Escobedo*, documental, México, Vice Studios Latin America, Scopio, 2020.

Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos*, trad. de Daniela Accatino Scagliotti, Madrid, Marcial Pons, 2010.

Indemnización derivada de responsabilidad civil*

Edmundo Vásquez Martínez**

La indemnización derivada de la responsabilidad civil, aunque no es una figura de reciente creación, no ha tenido modificaciones legislativas importantes; sin embargo, lo que hace necesario un análisis detallado es que su evolución se ha dado fuera del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México).

A lo largo de la presente exposición se estudiará cómo la reforma constitucional en materia de derechos humanos modificó la responsabilidad civil, ya que generó un punto de toque entre ambas en lo concerniente a la indemnización; asimismo, se analizará cómo el tema de la responsabilidad civil se está expandiendo fuera del Código Civil (pues este no ha sido modificado), sin situarse fuera de la ley, ya que el artículo 14 constitucional apunta que las controversias en materia civil se resuelven atendiendo a la letra de la ley, a su interpretación jurídica –es decir, la jurisprudencia como fuente formal del derecho– o a los principios generales del derecho.

* Conferencia presentada el 26 de abril de 2022.

** Juez Cuadragésimo Séptimo Civil de la Ciudad de México.

Si bien –insisto– las modificaciones o las nuevas ideas concernientes a la cuantificación de la indemnización no están en el Código Civil, es posible ver cómo se permea cada día más la figura civil con aquellas derivadas de los derechos humanos, ya que luego de la reforma constitucional de 2011, a la responsabilidad civil se le dio un nuevo enfoque que busca proporcionar una visión distinta respecto a la impartición de justicia. Antes de dicha reforma se decía que lo que importaba más en una resolución judicial era la legalidad como asidero de seguridad jurídica, pero después de ella el legislador se dio cuenta de que una sentencia legal puede no siempre ser justa y que eso en realidad no beneficia a los gobernados que son quienes solicitan el servicio de impartición de justicia, no de legalidad.

Los gobernados confieren al Estado la facultad jurisdiccional de resolver controversias y, si es necesario, de ejecutar esas sentencias aun en contra de la voluntad del obligado; esto es, ya no se trata de la ley del más fuerte, ya nadie puede aprovecharse de otro y someterlo por la fuerza, lo cual tiene que ver en esencia con la creación del Estado: el ser humano se reúne en sociedad fundamentalmente por dos situaciones, una es que como población exista una forma de defenderse respecto de otra nación, así como defenderse en lo individual respecto de las acciones u omisiones de cualquier persona; la responsabilidad civil es importante porque obedece a una necesidad de la sociedad en la que cuando alguien recibe un daño, lo mínimo que espera es que el ordenamiento jurídico reaccione para compensarlo o indemnizarlo por ese daño. Es por ello que derechos humanos y responsabilidad civil tienen una relación estrecha.

Las instituciones jurídicas nacen, se modifican y a veces incluso se extinguen con base en las ideas que se generan en las aulas, en el ámbito académico o en la jurisprudencia. Por ejemplo, con las reformas al Código de Comercio de 2008 y al Código de Procedimientos Civiles de 2009 y 2012 –las cuales tienen que ver con la introducción de tesis convertidas en obligatorias por el hecho de ser jurisprudencia–, el legislador reconoce la existencia de nuevas formas de analizar situaciones diversas. Actualmente, aunque haya tesis que no se encuentran en la legislación, no significa que no se atiendan, pues al estar en jurisprudencia, si es definida es obligatoria y si es una tesis aislada, será un criterio orientador.

Así pues, el primer criterio orientador respecto de algunas tesis es la 1a.CLXXXIX/2018(10a.) con registro digital 2018646 y rubro DERECHO A UNA JUSTA INDEMNIZACIÓN POR VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS. SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE DAÑOS:

[...] las materias civil y administrativa cuentan también con una serie de reglas y principios que rigen la cuantificación de las indemnizaciones y la individualización de las medidas de reparación que puedan dictarse. Así, en términos de los artículos 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo importante será que las reglas previstas en cada materia permitan que las indemnizaciones que resulten procedentes, sean compatibles con el derecho a una justa indemnización, atendiendo a la naturaleza del procedimiento en que se actúa.¹

1 Cursivas del autor.

La tesis se refiere a diferentes materias en las que se puede reclamar una compensación o indemnización por responsabilidad civil. Puede verse que remite al artículo 1º constitucional en donde se dice que la violación a derechos humanos debe ser indemnizada y al 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual establece el concepto de una indemnización justa.

Francesco Cornelutti definía la responsabilidad civil como la obligación de soportar la reacción del orden jurídico en contra del hecho dañoso. Dicho concepto viene traducido en nuestro Código Civil y aún es vigente, pues se refiere a cómo reacciona el Estado en contra de quien ilícitamente causó daño a otra persona, y con la reforma en materia de derechos humanos el juzgador está obligado a atender los artículos 1º y 63.1, así como dos características especiales que no se establecen en el Código Civil: la primera se refiere a la sensibilidad que debe tener el imparlidor de justicia y la segunda a la conciencia social. El tema de la responsabilidad civil es delicado pues está inmerso en una amplia esfera de problemas (*bullying* escolar, violencia intrafamiliar, mala atención médica, entre otros), así que si el juez no tiene la sensibilidad necesaria solo se generará un desencanto en el ciudadano.

Cornelutti habla de un *hecho dañoso*, la palabra *daño* en materia de responsabilidad civil se emplea esencialmente de dos formas, si recordamos las clases de Introducción al Estudio del Derecho en donde se establecía que los conceptos jurídicos se pueden contemplar desde un sentido amplio y un sentido estricto, será posible deducir que en la definición de Cornelutti y en el Código Civil, el concepto

daño se refiere a un sentido amplio, se trata de cualquier menoscabo a un interés legítimo y debe analizarse a la luz de los derechos humanos, sin que ello implique que no existen las formalidades y que todo se presumirá. Cuando entró en vigor la reforma de 2011, se pensó que las formalidades, los términos procesales, entre otros aspectos, desaparecerían; lo cierto es que el artículo 17 constitucional se reformó para establecer el privilegio de la resolución de fondo sobre las formalidades y aunque se deban atender los derechos humanos, deberá hacerse de una forma objetiva, pues la responsabilidad civil y la indemnización pueden llegar a caer en el terreno de lo subjetivo. Por ello, en el presente análisis se aportarán elementos objetivos, casi a manera de catálogo, que se podrán tomar en cuenta para no caer en un terreno peligroso, ya sea argumentando en la demanda como litigante o argumentando en la sentencia como juzgador, se requieren cuestiones objetivas, asideros que permitan aducir y convencer al auditorio.

Los derechos humanos y la responsabilidad civil son dos conceptos disímiles, tienen orígenes distintos y su intención es diferente, pero tienen un punto de toque, como ya he mencionado: en ambos casos, con violación de derechos humanos o responsabilidad civil, hay una indemnización.

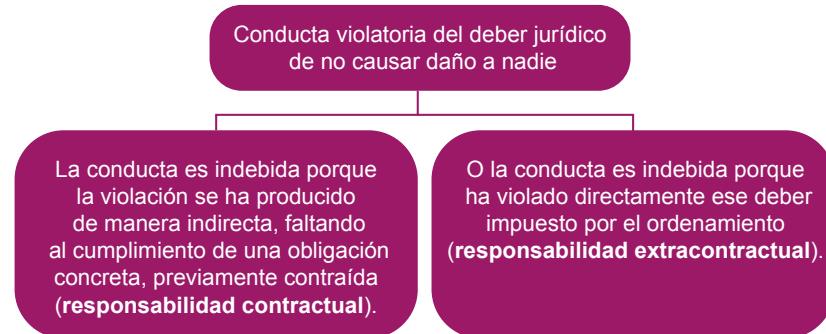
Ahora bien, el hecho ilícito es la acción u omisión de una persona que provoca un daño como resultado de: 1) incumplir un deber genérico de no causar daño a otro, 2) incumplir una obligación establecida en la ley, o bien 3) incumplir una obligación contractual. Dicha conducta puede ser dolosa o culposa: existe dolo cuando el agente ha obrado con la intención de causar el daño, a diferencia

de la culpa en la que no hay intención de causarlo, pero se hace por inadvertencia, falta de acción o de cuidado. Al respecto, el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) expresa: “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”. La responsabilidad civil a que se refiere este artículo doctrinalmente se puede dividir a su vez en dos, es decir, puede referirse que el *género* es la responsabilidad civil y que existen dos *especies*: una contractual y otra extracontractual. Esencialmente solo existen esas dos, subrayo que es una distinción doctrinal porque no se encuentra en el Código Civil y aunque el gobernado no está obligado a usar el término jurídico doctrinal, hacerlo conlleva un beneficio, pues en materia de la cuantificación de la indemnización tiene una conveniencia supina, es decir, mayor. Desde el momento en que se define el tipo de responsabilidad que se reclama, si es contractual o extracontractual, ya hay una luz en el camino para saber qué tipo de daño fue el causado y cómo se debe cuantificar.

Por un lado, la responsabilidad contractual tiene que ver con el incumplimiento total o parcial respecto de una obligación adquirida entre las partes por medio de un contrato y genera un menoscabo comúnmente patrimonial para alguna de ellas, de forma accidental se puede producir también un perjuicio, a diferencia de la responsabilidad extracontractual. Por otro lado, en la responsabilidad extracontractual no hay contrato, no hay un vínculo jurídico y esta deriva de que

alguien incumplió con un deber genérico de no dañar a otro, como se ilustra en el siguiente esquema:

Esquema 1. Responsabilidad



Ahora bien, analicemos las diferencias entre ambas responsabilidades con base en la siguiente tabla:

Tabla 1. Diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual

	CONTRACTUAL	EXTRAContractUAL
Origen	Incumplimiento de un contrato	Violación al deber jurídico de no dañar a otro
Vínculo	Anterior (contrato)	Nace por la realización del hecho dañoso
Elemento psicológico	Ausente. Basta con que se incumpla con la obligación pactada.	Presente en responsabilidad subjetiva, ya sea porque existe la intención de dañar o porque se incurre en descuido o negligencia. Ausente en la responsabilidad objetiva.
Impacto del hecho lesivo	Generalmente unidimensional. Daños preponderantemente patrimoniales	Multidimensional. Incluye tanto el sufrimiento de la víctima como la cadena de impactos negativos desatada por la lesión.

En lo relativo al vínculo, es posible ver que la responsabilidad contractual es anterior al hecho dañoso, es decir, las partes ya habían asumido derechos y obligaciones; a diferencia de la extracontractual en donde el vínculo nace por la realización del hecho dañoso, por ejemplo, si una persona atropella a un transeúnte es ahí donde nace el vínculo, pues anterior a eso no se conocían.

A su vez, la responsabilidad civil extracontractual se divide en objetiva y subjetiva. El elemento psicológico solo existe en esta última, ya sea porque hay una intención de dañar o porque se incurre en descuido o negligencia. Cabe mencionar que el elemento psicológico está ausente en la responsabilidad objetiva porque esta deriva del uso de un mecanismo o de una sustancia peligrosa en sí misma, por lo que tampoco es importante para el ordenamiento jurídico si existía la intención de dañar o no, por ejemplo, en el caso del atropellamiento no importa si había intención, se trata de una responsabilidad civil objetiva.

Otro elemento de diferencia es el impacto del hecho lesivo. Generalmente, en materia de responsabilidad civil contractual, los daños son unidimensionales y de carácter patrimonial, se habla de pesos y centavos porque hay un incumplimiento de contrato, por lo que es más fácil llegar a una indemnización. En el tema de responsabilidad extracontractual, el impacto del hecho lesivo es multidimensional, incluye tanto el sufrimiento de la víctima como la cadena de impactos lesivos y se multiplican los daños, no solo existen para la persona que resulta afectada, sino inclusive para sus familiares, por ejemplo, el daño derivado de una mala atención médica que no solo perjudica la salud, tendríamos que ver qué otras

afectaciones tiene además de la física y eso ya no tiene que ver con pesos y centavos porque no puede determinarse cuánto vale monetariamente la angustia que se le genera a una persona por una mala atención médica. Así pues, el primer paso para decantar qué tipo de indemnización se reclamará y cuál se va a conceder es que el abogado, como actor, defina en qué tipo de responsabilidad se está (contractual o extracontractual) y si es objetiva o subjetiva, en caso de ser extracontractual.

La existencia de dos tipos de responsabilidad no significa que en cada demanda se deba elegir entre una u otra, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Amparo Directo 5/2016 de la Primera Sala establece que “la responsabilidad contractual y extracontractual pueden coexistir en una misma demanda, al no existir un principio o disposición jurídica que lo prohíba, independientemente que cada una tenga sus propios presupuestos”. Lo ideal sería, entonces, definir en qué campo se está (en la contractual o en la extracontractual) y si se está en la extracontractual precisar si es subjetiva u objetiva; si en el caso en particular se generaron las dos, es posible, aunque sería lo excepcional, pues la generalidad de los asuntos podría decantarse por una u otra.

Retomando la definición de Carnelutti respecto al *daño*, decía que el concepto *daño* en materia jurídica se puede analizar desde dos puntos de vista: uno en sentido amplio y otro en sentido estricto, como se señala a continuación:

Tabla 2. Daño resarcible

DAÑO RESARCIBLE (sentido amplio) Toda lesión a un interés legítimo	“Daño consecuencia” (implicaciones procesales)
	<ul style="list-style-type: none"> • Económico (daño emergente en “sentido estricto” o lucro cesante, “perjuicios”) • Función = indemnización (equivalente por lo general) • Moral. Afecta bienes o derechos inmateriales • Función = compensación (satisfactoria, imperfecta)

Así pues, la doctrina entiende el daño resarcible como un *daño consecuencia*, el cual está regulado en la legislación civil y tiene implicaciones procesales. Por regla general, cuando se habla de responsabilidad civil, existen tres elementos de la acción: la conducta o la omisión ilícita, el daño y un nexo causal que va a conectar el hecho ilícito con el daño, es por ello que tiene consecuencias procesales, porque el *daño consecuencia* va a integrar los elementos de la acción.

El *daño consecuencia* se puede subsanar o compensar con base en dos aspectos: un daño económico o un daño moral, considerando que solo hay estos dos tipos de daños en el Código Civil. A su vez, el daño económico se divide en daño emergente y lucro cesante, ambos traducidos en el Código Civil (artículos 2108 y 2109) como daños (daño emergente) y perjuicios (lucro cesante), y ambos conceptos, de acuerdo con el mismo ordenamiento en el artículo 2110 “deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación”, tratándose de responsabilidad civil. El daño

y el perjuicio tienen que ver con pesos y centavos, tienen una función de indemnización, por ello en la doctrina se habla de indemnización y de compensación, que no son conceptos equivalentes, aunque en la práctica los utilizamos casi como sinónimos. La indemnización se relaciona con la equivalencia: son diez monedas del daño, entonces son diez monedas de la indemnización; son previsiblemente diez monedas de perjuicios, pues también son diez monedas de indemnización. En el tema moral es más complicado, pues este afecta bienes o derechos inmateriales, ya no puede hacerse referencia a pesos y centavos. Líneas arriba apuntaba que nadie puede saber cuánto vale la angustia de una persona luego de recibir una mala atención médica, o bien la tranquilidad de un padre que pierde a su hijo, por ejemplo, por lo que en estos casos lo único que se puede hacer es compensar, ya no se habla de una indemnización.

Con ayuda de los anteriores conceptos (daño emergente, lucro cesante y daño moral) podemos dibujar el tema de prestaciones de la demanda o la condena que se va a imponer en la sentencia. Tenemos pues tres conceptos de los cuales empieza a nacer la cuantificación de la indemnización.

Los conceptos de daños y perjuicios se encuentran en el Código Civil; ahora veamos cuáles no se hallan en dicho ordenamiento y que también sirven para cuantificar una indemnización, como los daños punitivos que nacen de la tesis 1a.CCLXXI/2014 (10^a.), con registro digital 2006959 de la Primera Sala y que actualmente se emplea en los reclamos y en las sentencias de indemnización por daño derivado de responsabilidad civil:

DAÑOS PUNITIVOS

- La compensación tiene un efecto disuasivo de las conductas dañosas, lo que prevendrá conductas ilícitas futuras. Tiene una doble función:
 - a) Las personas evitarán causar daños para evitar el pago.
 - b) Resultará conveniente desde un punto de vista económico sufragar todos los gastos necesarios para evitar causar daños a otras personas.

Por otra parte, en la tesis V.3o.C.T.20 C (10a.), registro digital 2021970, cuyo rubro es DAÑO MORAL. DERECHO A UNA JUSTA INDEMNIZACIÓN CON MOTIVO DE UNA INTERRUPCIÓN DE EMBARAZO PROVOCADA POR EL CONSUMO DE ALIMENTOS CONTAMINADOS EN UN ESTABLECIMIENTO COMERCIAL, se expresa:

En este orden de ideas, dada la gran afectación a los derechos de la víctima, el alto grado de responsabilidad del demandado y su capacidad económica media, se estima que la víctima tiene derecho a obtener una justa indemnización, esto es, el quántum debe ser acorde al daño ocasionado, pues sólo a través de tal sanción ejemplar, se procura una cultura de responsabilidad, en la que el desatender los deberes legales de cuidado tiene un costo o consecuencia real.²

² Cursivas del autor.

Se trata también de un asunto del ámbito civil, apuntaba al inicio que el juzgador necesita ver las cosas con conciencia social y no fríamente, pues si la sanción es ejemplar entonces aquellos lugares que se dedican a vender alimentos se preocuparán por el hecho de que la comida no genere un daño.

La tesis 2a.XXXVIII/2018 (10a.), registro digital 2016929 de rubro INDEMNIZACIÓN POR DAÑO PERSONAL POR LA ACTIVIDAD IRREGULAR DEL ESTADO. PARÁMETROS QUE DEBEN CONSIDERARSE PARA EL CÁLCULO DE SU MONTO POR EL DAÑO CAUSADO A UN MENOR, menciona:

[...] se traduce en una afectación directa a su bienestar físico que, a su vez, deriva en limitantes para llevar a cabo *un proyecto de vida* [...] debiendo contabilizarse también el costo de oportunidad de todas aquellas actividades que el afectado no podrá llevar a cabo durante su vida. Así, es necesario considerar *las limitaciones al acceso a un empleo, a las posibilidades de tener medios de subsistencia y a otras cuestiones que constituyen el plan de vida de una persona*, para cuyos efectos es necesario considerar la edad de la víctima, su expectativa de vida, su historial y atributos específicos, así como el tipo de daño causado.³

Esta tesis introduce un concepto de derechos humanos en la materia de responsabilidad civil: proyecto de vida. El daño ocasionado se va a proyectar al futuro, en este caso se habla de un asunto que tiene que ver con un menor y el daño se va

3 *Idem.*

a generar para toda su vida, así que cabe preguntarse si va a poder trabajar, estudiar, permanecer solo en casa o requiere de una enfermera que lo atienda durante el día y la noche, si requerirá de tanques de oxígeno durante el resto de su vida, etcétera, todos son conceptos que no contemplaba el Código Civil, pero que ahora las tesis sí lo hacen.

La tesis 1a. I.4o.C.70 C (10a.), con registro digital 2019694 y rubro OBLIGACIÓN DE RESARCIR DAÑOS Y PERJUICIOS POR IMPAGO DE UN CHEQUE. ARMONIZACIÓN CON EL DERECHO CONVENCIONAL A LA JUSTA INDEMNIZACIÓN (Interpretación del artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), expresa:

[...] el significado que se le debe dar al precepto analizado es que contiene una presunción iuris tantum que, como regla general, dispone que en los casos en los cuales ocurran los hechos descritos en la primera parte del artículo, la indemnización por daños y perjuicios siempre se presumirá causada por el mínimo del veinte por ciento del valor del cheque, *disposición que no contraviene el derecho a la justa indemnización prevista en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, pues esta presunción admite prueba en contrario, que permita al enjuiciado desvirtuarla, acreditando que los daños y perjuicios no se occasionaron o que se generan por una suma menor.⁴

Conforme a este criterio de derechos humanos no es inconvenencial la indemnización del 20 % porque el actor

⁴ *Idem.*

está en posibilidad de reclamar y de acreditar que es más, pero el demandado también está en posibilidad de acreditar que no se generó ningún daño o que se generó menos del 20 %, entonces nuevamente el tema derechos humanos aterriza en la materia civil para demostrar que existe un punto de toque en la indemnización.

Así, se tiene que la valoración del daño consiste en determinar su entidad cualitativa, es decir, establecer el tipo de derecho o interés lesionado y el grado de afectación. Por ejemplo, si se lesionó el buen nombre de alguien, su reputación, hay que determinar el grado de la afectación, el cual puede ser leve, medio o grave; si el grado de afectación es leve, la indemnización será leve, y así sucesivamente.

Finalmente, ¿qué parámetros de derechos humanos pueden traerse de esa materia a la responsabilidad civil? La tesis 1a.CXC/2018 (10a.), de registro digital 2018645, cuyo rubro es DERECHO A UNA JUSTA INDEMNIZACIÓN. PARÁMETROS QUE RIGEN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS MONTOS QUE LA INTEGRAN, establece:

- No es lo mismo analizar violaciones a derechos humanos que hechos ilícitos en general.
- Existen diferencias dependiendo de si el estudio se realiza en sede administrativa –jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional– o en una acción de responsabilidad civil o en amparo, pues cada vía admite cierto tipo de medidas reparadoras y tiene reglas para determinar su procedencia.
- No obstante, centrando la cuestión en la individualización de indemnizaciones, lo importante en cada

caso es revalorizar las indemnizaciones de modo que se consideren justas o integrales.

- Las indemnizaciones serán consideradas justas cuando su cálculo se realice con base en el encuentro de dos principios:
 - El de reparación integral del daño
 - El de individualización de la condena según las particularidades de cada caso.
- ¿Cómo se logra la individualización?
 - (I) La naturaleza y extensión de los daños causados, esto es, si son físicos, mentales o psicoemocionales;
 - (II) la posibilidad de rehabilitación de la persona afectada;
 - (III) la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales;
 - (IV) los daños materiales, incluidos los ingresos y el lucro cesante;
 - (V) los perjuicios inmateriales;
 - (VI) los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos, psicológicos y sociales;
 - (VII) el nivel o grado de responsabilidad de las partes;
 - (VIII) su situación económica; y
 - (IX) demás características particulares.

No podría haber justicia si todos los casos se tasan de la misma forma, por ejemplo, los casos de *bullying* escolar se van a tasar en X, entonces no sería posible hablar de una indemnización justa porque quizás el *bullying* ocurre

en una escuela particular, en una escuela de gobierno, en un kínder o en una secundaria, es decir, cada caso tiene particularidades que implicarán indemnizaciones de una cuantía distinta. Como impartidores de justicia, tratemos de que haya una indemnización justa e integral, pues si no existen esos dos aspectos, la justicia y la integralidad, no habrá una indemnización adecuada.

A manera de conclusión, deseo hacer tres reflexiones:

Primera. El afectado por un acto ilícito tiene derecho a ser compensado o indemnizado, es innegable, es parte de la esencia del Estado, pues para eso se crean las instituciones, con esa finalidad existe el Poder Judicial al que se le delega la facultad jurisdiccional y la impartición de la justicia que claman las víctimas de algún hecho ilícito. Jueces y litigantes representan un binomio indisoluble: si hay una demanda bien planteada, pero hay un juez deficiente, no va a haber justicia; y de forma inversa, si hay un buen juez, pero hay un litigante que presenta una demanda o tramita un juicio deficientemente, tampoco habrá justicia. Los jueces y los litigantes se encuentran al servicio del gobernado, a los litigantes se les paga por sus servicios profesionales y a los jueces por desempeñar la labor jurisdiccional; así pues, como binomio indisoluble no se pueden desatender estos aspectos porque se generará un desencanto en la sociedad que provocará que la gente no esté satisfecha ni con los abogados en general ni con el tribunal en particular.

Segunda. La indemnización tiene su origen en la ley, pero también en la jurisprudencia y en la doctrina, es decir, se puede argumentar desde otras áreas que no sea específica o exclusivamente la legislación, ya está el

camino andado por la Suprema Corte de Justicia en el que se abre la posibilidad de atender otro tipo de daños y otro tipo de compensaciones que no están previstas en la ley.

Tercera. No se debe llevar esto al punto de situarse en un campo de inseguridad o falta de equidad, al contrario, siempre que se piense en derechos humanos, con una técnica adecuada de argumentación, se debe permanecer en un ambiente de justicia y seguridad, si no se hace así y se argumenta por argumentar, se puede caer en un terreno resbaloso. Así pues, la invitación es que se haga uso de los derechos humanos en el tema de la responsabilidad civil, pero un uso responsable, objetivo, con el ánimo de prestar un servicio adecuado, ya sea como litigantes o como juzgadores, a nuestro cliente que es el ciudadano, de esto vivimos, el litigante vive de plantear juicios y el juzgador del trabajo de la impartición de justicia.

Ejecución de sentencias en materia civil con perspectiva de derechos humanos*

Yaopol Pérez Amaya Jiménez **
Eliseo Juan Hernández Villaverde***

Yaopol Pérez Amaya Jiménez

Aunque el presente tema es un poco difícil y puede prestarse a debate, esperamos dejar la semilla para que a partir de estas reflexiones las nuevas generaciones de jueces y los ya existentes trabajemos en una “fórmula” para ejecutar las sentencias en materia civil.

* Conferencia presentada el día 3 de mayo de 2022.

** Magistrado de la Séptima Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

*** Magistrado de la Tercera Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. Comisionado en la Secretaría de Gobernación como secretario técnico de la Comisión para la Coordinación del Sistema de Justicia Civil y Familiar (COCIFAM).

Como antecedente, cabe mencionar que el debido proceso, contenido en los artículos 14 y 16 constitucionales, cumple con una demanda, un emplazamiento, la oportunidad de desahogar pruebas y el dictado de sentencia; sin embargo, posteriores análisis sobre derechos humanos señalan que una sentencia fundada, motivada, con un argot argumentativo y de razonamiento de excelencia no sirve de mucho –salvo para la publicación en Anales de Jurisprudencia–, pues lo importante es la ejecución, ya que parte del acceso a la justicia radica en la ejecución efectiva de la sentencia definitiva conforme a derechos humanos. Dicha idea se acomodó en nuestro sistema jurídico con la interpretación de que si la sentencia ya tiene la categoría de cosa juzgada tanto material como formalmente, entonces se va a ejecutar pase lo que pase y por encima de quien se tenga que pasar, es decir, si ya es cosa juzgada, ya se contestó, se tuvo la oportunidad de ofrecer pruebas, de alegar y hubo una condena, solo resta la ejecución, ya sea para un lanzamiento, un remate, un embargo de bienes o adjudicaciones directas.

Los abogados litigantes y las personas actuarias del Poder Judicial tienen el conocimiento de que no existen lineamientos o protocolos al momento de llevar a cabo un lanzamiento y todo se desarrolla según las circunstancias, la zona, la hora, el bien inmueble y si está protegido por algún tipo de asociación, etcétera, pero generalmente los lanzamientos, tratándose de ese tema, eran violentos. Tal es el antecedente y no hemos logrado rebasarlo.

Sin embargo, la ejecución efectiva de una sentencia no es como se ha entendido: aquella que se llevó con un

debido proceso y que al final tiene una sentencia definitiva; no lo es porque en la actualidad el sistema jurídico ya no se basa únicamente en el Código Civil Federal y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) en su artículo 426 y demás relativos a la firmeza de las resoluciones judiciales, sino que se encuentran presentes también las normas e instrumentos que debemos aplicar al momento de ejecutar una sentencia.

Quienes aprendimos derecho positivo de ejecución directa hacia cosa juzgada pensaremos: ¿cómo vamos a negociar la ejecución de una sentencia? Parecería una falta de respeto a las sentencias definitivas, pero se ha llegado a la conclusión de que la solución más práctica para ejecutar una sentencia es la negociación de lo que se tiene que cumplir, es decir, el actor y el demandado en ese punto todavía están en posibilidades de negociar. Actualmente, el juez debe buscar la negociación en la etapa de ejecución de sentencia, aunque existen también los avisos de audiencias de avenencia, a través de los cuales se cita a los involucrados para negociar una sentencia definitiva que ya adquirió la categoría de cosa juzgada.

Ahora bien, el primer punto que debemos tomar en cuenta para que una sentencia eficaz cumpla con parámetros de derechos humanos es que busque la negociación para el cumplimiento voluntario de la sentencia. Este aspecto podría ser de los más discutibles porque como jueces de proceso escrito tenemos la percepción de que si ordeno el lanzamiento, tengo necesariamente que lanzar la primera vez que vea al actor, pues si se le notifica, se le cita o se pide de favor que se salga o se le conceden unos días, ya

no se llevará a cabo el lanzamiento. La idea generalizada es actuar inmediatamente, así que cuando expresamos que primero es necesario negociar para poder llevar a cabo la entrega voluntaria antes de un desalojo forzado, genera ciertas sorpresas.

¿Hay experiencia en este sentido? Sí, en justicia de proceso oral civil y mercantil cuando el juez explica la sentencia y se va a llevar a cabo la entrega de un bien inmueble, desde ahí invita a las personas a que lleven actos de negociación para el cumplimiento voluntario de la sentencia y si se trata de personas en estado de vulnerabilidad establece medidas de protección. Incluso si no hay personas en estado de vulnerabilidad, el juzgador le explica la sentencia a quien perdió el asunto e inquiere sobre qué hará al respecto, si tiene algún lugar al cual pueda irse, algún familiar que pueda recibirla en su casa, etcétera. En uno de los casos de los que me ocupé, por ejemplo, al cuestionarle al demandado a dónde iría llegado el momento en que mi sentencia quedara firme, su sobrina tomó la palabra de entre el público y le dijo que podría irse con ella, de esa manera la persona previene el quedarse en situación de calle una vez ejecutada la sentencia.

El segundo parámetro de derechos humanos es buscar en todo momento un desalojo forzado sin causar grandes consecuencias en los derechos de la persona que va a ser lanzada, es decir, la persona que pierde un asunto y que es condenada a una sentencia no deja de tener derechos humanos, se atiende al principio de ponderación, sigue subsistiendo el razonamiento lógico del juez para ponderar cómo va a ser la ejecución a la que tiene derecho la parte

actora, pero sin lastimar los derechos humanos de quien va a cumplir su obligación de terminar una sentencia definitiva.

Se cuenta con algunos antecedentes respecto a este tipo de protección de derechos humanos, principalmente cuando se trata de personas en estado de vulnerabilidad. Un ejemplo de ello es la ley que regula la protección para personas adultas mayores, la cual es muy clara en cuanto a sus derechos económicos, sociales y culturales, y señala que no se les puede dejar en estado de calle.

Así pues, ¿qué condiciones deben existir para llevar a cabo un desalojo forzado? Que haya una sentencia, que se realice una negociación, buscar una entrega voluntaria y, si no es posible, el siguiente punto sería llevar a cabo medidas de protección de la persona que se encuentra en estado de vulnerabilidad y dependerá de la situación de quien se encuentre en ese estado para efecto de que se emitan medidas cautelares o de protección.

Es de capital importancia que, cuando se trate de desalojos forzados conforme a derechos humanos, los abogados litigantes nos auxilien dentro del procedimiento, ¿cómo pueden hacerlo? Los jueces que conocen un asunto donde se está pidiendo la desocupación y entrega de un bien inmueble para casa habitación deben realizar avisos preventivos a las partes con la finalidad de que les informen si existen personas adultas mayores, menores de edad o incluso mascotas, y así los juzgadores puedan emitir medidas de precaución durante el procedimiento, como solicitar apoyo al gobierno –en este caso de la Ciudad de México– para que si se trata de una persona adulta mayor y no tiene familiares se le busque un asilo y

no dejarla en situación de calle; o si se trata de menores de edad, dar vista al DIF o a trabajo social y que, al momento de que se lleve a cabo el lanzamiento, los menores tengan alguna protección e incluso que no estén presentes el día de la diligencia y sean restituidos con sus padres cuando estén colocados en un lugar, pues no sabemos qué tanta repercusión en sus emociones pueda tener tal situación, entre otras.

Estas medidas precautorias deben generarse durante el procedimiento porque si se hace cuando el actuario se presenta a tratar de llevar a cabo el lanzamiento, muy seguramente vendrá la queja de los actores y de sus abogados y se suspenderá la ejecución. Debemos saber quiénes viven en el domicilio y es más fácil percibir estos detalles en los juicios orales, en los que podemos conocer directamente a las personas involucradas, pues nos da la pauta para llevar a cabo una negociación para el cumplimiento voluntario, una petición de cumplimiento voluntario –aun cuando haya negociación– y las medidas cautelares desde la sentencia, o antes, para su efectiva ejecución.

En síntesis, el efectivo cumplimiento de una ejecución de sentencia se da cuando se cumple con los parámetros que marcan los derechos humanos como son la negociación, la búsqueda del cumplimiento voluntario y la emisión de medidas de precaución dentro del procedimiento o en ejecución de sentencia, protegiendo siempre a las personas en estado de vulnerabilidad.

Eliseo Juan Hernández Villaverde

La ejecución de una sentencia con óptica de derechos humanos tiene muchos matices. A través de estas reflexiones, no tratamos de convencerlos de que las cosas se hagan de cierta forma, sino de generar una sensibilización tanto en las personas juzgadoras como en las personas litigantes para efecto de lograr una ejecución de sentencia que cumpla con el principio de legalidad, es decir aplicando la norma, pero con perspectiva de derechos humanos.

Esto cobra especial trascendencia no solo para los desalojos, sino para cualquier forma de ejecutar una resolución en materia civil, mercantil o familiar. ¿Por qué es trascendental la ejecución desde la óptica de derechos humanos? Porque vivimos momentos históricos en los cuales la ejecución de sentencias, y el desalojo entre ellas por su naturaleza, ha tenido un gran impacto social, político y económico en varios países, como pudo verse en Europa en la época en que las hipotecas se dispararon en España, por ejemplo, y lo vemos también en América Latina constantemente; así que la importancia de que los derechos humanos se respeten es fundamental porque hay consecuencias legales que, incluso aunque no están expresamente reguladas en nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, las tenemos que asumir tanto las autoridades como las personas, en este caso el ejecutante.

Una de las grandes ventajas que tuvimos a partir de la reforma a la Constitución que incorporó a nuestro sistema jurídico los derechos humanos es que ahora tenemos una

mayor fuente jurídica de normas que nos ayudarán a resolver ciertos problemas y, desde esa óptica, la ejecución de la sentencia con perspectiva de derechos humanos resulta fundamental, pero si no somos conscientes de ello, vamos a generar responsabilidad.

En principio es importante precisar un vocabulario con perspectiva de derechos humanos: no se trata de un lanzamiento, sino de un desalojo legal, tal es el término correcto. Desalojo legal es aquel que se ejecuta no nada más en el marco de la legalidad, sino además dentro del respeto de los derechos humanos. En cambio, el desalojo forzoso, aun cuando puede ser ordenado legalmente, se ejecuta en violación a los derechos humanos y, por lo tanto, genera responsabilidad –civil y de derechos humanos– al Estado y al ejecutante, que es lo más significativo; es decir, se trata de un desalojo forzoso cuando incluso habiendo emplazado al demandado y agotado los recursos, se haya violado su derecho humano al patrimonio porque al desalojarlo se lanzaron sus cosas a la calle y se dañaron, o bien cuando se desaloja a una persona con una condición de vulnerabilidad y no se generan las condiciones de igualdad (medidas de protección o ajustes razonables) con la finalidad de que sea digno.

Este problema no es exclusivo de la Ciudad de México, está presente en toda la república mexicana y a nivel internacional porque la mayoría de las legislaciones solo ordenan que en caso de que se incumpla la sentencia acordada en la entrega de un inmueble, se proceda al desalojo, pero no dicen más y, sobre la marcha, atendiendo a la práctica o a la costumbre y al caso en concreto, los

jueces y –vale decirlo en la mayoría de los casos– los actuarios son quienes toman las decisiones fundamentales en el desalojo.

Para lograr concebir la ejecución de la sentencia con óptica de derechos humanos, los juzgadores debemos conocer en términos generales el estándar internacional que se regula en diversos países para efecto de que, a partir de él y conforme al caso en concreto, podamos ejecutar un desalojo legal con dicha óptica.

Asimismo, este tema debe analizarse desde el enfoque de la justicia abierta que requiere de la participación, colaboración y transparencia en el actuar de los operadores del derecho, es decir, de las personas juzgadoras y litigantes, como bien lo mencionó el magistrado Yaopol, pues no solo se requiere que los jueces ordenen, sino también que colaboren las partes. Si no se da este binomio entre las partes (ejecutante y ejecutado) y juez esto no va a funcionar adecuadamente.

Los estándares internacionales refieren que las personas juzgadoras, desde el momento en que reciben la demanda, deben llevar a cabo medidas preventivas que busquen adelantarse ante cualquier situación que se dé al momento de ejecutar la sentencia. El derecho humano a la tutela jurisdiccional efectiva no solo se cumple con la emisión de la sentencia, sino con la debida ejecución de la resolución; por tanto, si el juez realiza esta actividad preventiva se logrará llegar a buen puerto. Si identificamos desde la presentación de la demanda que una de las partes puede presuntamente desocupar un inmueble, estaremos en condiciones de ordenar estudios socioeconómicos,

médicos o incluso de trabajo social, giraremos oficios a efectos de averiguar las condiciones del lugar y poder conocer la situación concreta del caso y así actuar en consecuencia; incluso hay estándares internacionales donde se hace de conocimiento de secretarías de Estado o instituciones encargadas de la vivienda para que desde que se inicia el juicio se le comunique a las partes los planes para la adquisición de vivienda o renta, lo cual nos permite reducir las posibilidades de dejar a las personas en situación de calle. Es decir, a partir de estos estudios se genera una conciencia de las consecuencias que puede tener la sentencia. Si un inquilino ya sabe que va a desocupar tarde o temprano, no debe esperarse hasta el último momento, debe prevenir y preparar el lugar al que se irá para que llegado el momento lo haga dignamente y se evite la ejecución forzosa.

Insisto, estas medidas requieren de la participación de las partes, si yo genero un oficio para el estudio de trabajo social pues obviamente alguien deberá recibir al trabajador social, etcétera, no solo debe analizarse la situación desde la perspectiva del ejecutante, sino también de la del ejecutado.

Es importante mencionar que las medidas preventivas deberán realizarse en forma simultánea al procedimiento, por lo que no lo retrasarán; pues si se hace como debe de ser, el juicio irá prácticamente al mismo ritmo que las medidas y cuando se llegue al momento de la ejecución, tendremos adelantado todo el trabajo. Lo anterior permitirá que las medidas no sean discriminatorias ni jerarquizadas y sí incluyentes porque no son razón suficiente ni motivo para no aplicar la ley o no respetar la formalidad del procedimiento y porque además permiten la participación de

las partes. Las empezamos a hacer desde que se presenta el juicio y durante todo el procedimiento, pero si quizá no me di cuenta en la demanda, lo hago en la contestación de demanda; o no me di cuenta en la contestación, entonces lo hago en la audiencia en la que tengo conocimiento de que hay personas en condiciones de vulnerabilidad; incluso durante la ejecución también se llevan a cabo ciertas medidas, ya que el estándar internacional nos ordena, por ejemplo, videografiar los desalojos para efecto de garantizar una mayor integridad y transparencia en el actuar de las personas que se encargan de la ejecución, en algunos países la ejecución no se delega a un actuario, sino que es la persona juzgadora quien lo hace, para que quien tiene la mayor sensibilidad tome las decisiones adecuadas; se permite incluso el hecho de que el juez sea el que controle quién participará en el desalojo; además, los cargadores deberán estar forzosamente identificados en la diligencia con credencial porque el ejecutante será responsable de los daños y perjuicios que ellos ocasionen durante el desalojo, aunque no lo diga la norma expresamente, está incluido en los instrumentos internacionales. El juez puede ordenar el uso de la fuerza pública en rompimiento de cerradura, pero lo va a graduar atendiendo al principio de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad; cabe mencionar que existen protocolos especiales para que la fuerza pública participe en los desalojos, los cuales establecen que no participará en la ejecución directa, sino que solo se abocará a establecer cuadrantes e impedir que gente ajena se involucre y garantice la integridad y seguridad de las personas que estén en la diligencia.

Es muy importante establecer que también se puede autorizar la participación de observadores y de intervenientes dentro de la diligencia, por ejemplo, con base en nuestra experiencia como juzgadores, hemos ordenado desalojos donde nos hacemos acompañar de representantes del Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores, de representantes del DIF, de la defensoría pública, incluso de observadores de la Dirección Ejecutiva de Orientación Ciudadana y Derechos Humanos del Poder Judicial de la Ciudad de México, para efectos de que se garantice el respeto a los derechos de las personas, así como un trato digno. Se han hecho desalojos acompañados de médicos, para aquellas personas que tienen alguna diversidad funcional o problemas de salud; o bien en los que se traslada a una casa de asistencia a aquellos a los que se desaloja, para no dejarlos en situación de calle, como ha sucedido con personas mayores e incluso con mujeres que viven únicamente con sus hijos y que son víctimas de violencia. Todas estas son experiencias reales que comparto, pues ejemplifican que es posible llevar a cabo el desalojo o cualquier ejecución de la sentencia con óptica de derechos humanos.

Debemos eliminar la idea de que la sentencia definitiva ejecutoriada e inmutable le da derecho al ejecutante a hacer el cumplimiento de la sentencia a como dé lugar, a sacar a la persona de manera indigna, aventarla literalmente a la calle, romper sus cosas, exhibirla para evidenciar el poder que tiene una persona sobre otra; estas prácticas tienen que desaparecer porque –repito– está reconocido internacionalmente que el ejecutado al que se le afecten y dañen sus bienes, y se viole cualquier derecho humano

puede reclamar los daños y perjuicios que le ocasionan e incluso puede establecer un reclamo a la autoridad, si fuere el caso; es algo que debe estar claro, no es necesario que esté contenido en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal o en la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías de la Ciudad de México, pues está señalado en los instrumentos internacionales. Si fuéramos conscientes de ello, los ejecutantes serían más cuidadosos al momento de realizar el desalojo, pues debe llevarse a cabo en condiciones de dignidad, y para eso el trabajo preventivo del juez es el más adecuado.

Asimismo, los estándares internacionales establecen circunstancias bajo las cuales no se recomienda hacer el desalojo: en horario nocturno, pues si se desaloja durante la madrugada a una persona, esta difícilmente va a encontrar un lugar donde dormir o resguardar sus pertenencias; el no ejecutar los desalojos en épocas de clima extremo o con lluvia; no hacerlo en periodo de elecciones estatales o federales; cuando se esté llevando a cabo una ceremonia religiosa o fúnebre; estos instrumentos incluso prevén el hecho de que no se desaloje a instituciones educativas en periodos escolares, etcétera. Los estándares no son disposiciones impositivas, es decir, imperativos categóricos que deban llevarse al pie de la letra, son recomendaciones para que, atendiendo al caso en concreto, se ejecuten; por ejemplo, habrá algún caso en el cual se justifique necesaria, razonable y proporcionalmente que se haga el desalojo a las tres de la mañana, es posible, pero debe quedar claro que para llegar a ese punto se desarrolló toda una metodología de protección de derechos humanos

que necesaria, razonable y proporcionalmente me justificó ejecutar el lanzamiento a esa hora.

Uno de los estándares internacionales más importantes que establecen estos instrumentos es el hecho de que el desalojo legal debe ser la última alternativa para ejecutar este tipo de sentencias. No se trata –como lo hacemos hoy en día– solo de requerir a alguien a que desocupe y luego ir directamente al desalojo, se trata de una actividad completamente intensa que desarrolla la persona juzgadora con las personas litigantes para poder lograr el cumplimiento de las sentencias en forma voluntaria, de buena fe. En otros países se cita a juntas de avenencia en las cuales las partes platican cómo ejecutar la sentencia. Puedo decir que, en mi experiencia, al llevar esto a la práctica real, de diez asuntos donde se veía la posibilidad de un desalojo, solamente en uno se llegó hasta ese punto y se ejecutó en condiciones de respeto a derechos humanos porque se evitó tratar con falta de dignidad a las personas.

Si se hace una revisión de la propuesta del nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles que fue presentado por la Conatrib en el Senado de la República, veremos que establece que para la ejecución de las sentencias se van a celebrar audiencias de ejecución, evidentemente está pensado para una modalidad de juicios orales, aunque cabe decir que no necesita ser juicio oral para poder desarrollarlas; el estándar internacional nos está motivando para cambiar las prácticas para una buena ejecución.

Lo anterior puede hacerse no solo para un desalojo, sino también tratándose de un embargo, de la entrega de algún otro bien; incluso en otras materias lo hemos hecho

con un resultado óptimo. Puede decirse que el estándar internacional marca la pauta de medidas que se toman antes y durante el juicio, pero también este estándar nos conduce a considerar medidas después de concluido el juicio, ahora se está buscando que los jueces no solo cumplamos con la ley con el hecho de que emitamos una sentencia y la ejecutemos, sino también que dejemos un enfoque social en las personas, por ejemplo, ¿qué hago una vez que tú, juez, me has desalojado? Algunas de las medidas que toma el juzgador están dirigidas a resolver esas cuestiones, por ejemplo, tratándose de personas adultas mayores, que el Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores busque bolsa de trabajo para esa persona a la que se desalojó, de esa forma se cumplen los derechos humanos del ejecutante y, además, se respetan los derechos humanos del ejecutado porque no se le va dejar en situación de calle.

Un aspecto importante de la justicia abierta que se está llevando a cabo en la ejecución de la sentencia son las estadísticas, pues como ha comentado el presidente de esta Casa de Justicia, Dr. Rafael Guerra Álvarez: “lo que no puedes medir, no lo puedes resolver”; necesitamos tener un control de cuántos desalojos y embargos se hacen, debemos conocer las condiciones y los inmuebles sobre los que se realizan para efecto de poder trabajar en la sensibilización de las personas juzgadoras y litigantes, así como en las mejoras que podemos implementar. Si logramos conocer verdaderamente cuántos desalojos legales se hacen sobre viviendas de interés social, viviendas de niveles económicos más altos o de inmuebles mercantiles, tendremos mucha más luz sobre este tipo de problemas.

A continuación, enlisto algunos de los instrumentos avalados por los organismos internacionales: los Principios Básicos y Directrices sobre los Desalojos y el Desplazamiento Generados por el Desarrollo, documento elaborado por la ONU en 2018; Desalojos Forzados, documento elaborado por la ONU-Hábitat en 2014; existen también instrumentos que ha elaborado Amnistía Internacional; la Observación general No. 4, realizada por la ONU sobre el derecho a la vivienda a partir de la interpretación del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; tenemos incluso instrumentos internacionales como las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, así como la Ley del Derecho a la Protección del Hogar Principal y el Hogar Familiar en Puerto Rico.

El documento más antiguo de los mencionados data de 1995, es decir, se trata de un problema que tiene relativamente poco que se ha socializado a nivel mundial. Es preciso que estemos a la vanguardia con estos temas, pues no se trata de no ejecutar una sentencia, sino de hacerlo en forma pronta y expedita, respetando siempre los derechos humanos de todas las partes.

Derechos humanos en el derecho mercantil*

Elvia Arcelia Quintana Adriano**

En el derecho mercantil vemos tres figuras permanentes que están totalmente actualizadas a pesar del tiempo y de la distancia en que se dieron: el comerciante, el acto de comercio y la actividad comercial. Estos tres pilares siguen siendo los mismos desde los orígenes de la humanidad, solo se han ido moldeando, adaptando de acuerdo con las necesidades de las personas y son uno de los factores que motivan e impulsan la civilización de los pueblos. Aunque el acto de comercio es el mismo (producir, distribuir y consumir en sus tres grandes campos), sin embargo, su legislación ha evolucionado, como puede observarse en el siguiente esquema:

* Conferencia presentada el 17 de mayo de 2022.

** Académica Emérita de la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigadora Titular C de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Investigadora Nacional Emérita - Sistema Nacional de Investigadores, CONACyT.

Cuadro 1. Derechos humanos en el derecho mercantil

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Código de Comercio
- Ley General de Sociedades Mercantiles
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
- Ley del Mercado de Valores
- Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera
- Ley Federal de Protección al Consumidor
- Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública

A dicha base para conocer el marco jurídico que rige las actividades comerciales, deben añadirse también los tratados internacionales.

Cuadro 2. Definición en la doctrina de DDHH para personas y empresas

- Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.
- Los derechos humanos universales están a menudo contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional. El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos.

Ahora bien, el marco jurídico que rige los derechos humanos es el siguiente:

Cuadro 3. Definición de derechos humanos. Constitución política

- 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.

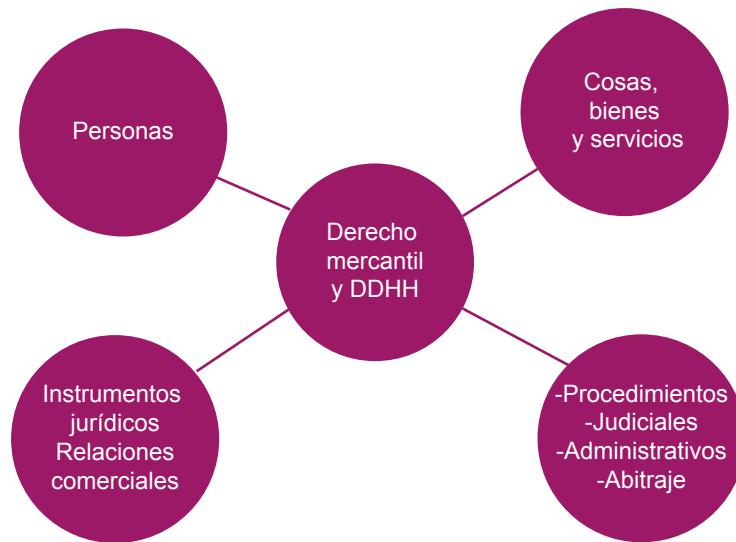
El artículo 1º constitucional señala los derechos que deben protegerse en este país, recordemos que desde el siglo XIX, concretamente, nos hemos comunicado con y nutrido de otras legislaciones europeas, fundamentalmente la francesa, la alemana y la española. Esta última llegó con la república en el momento en que México se independizó; incluso desde la Colonia, en mis investigaciones considero que la primera independencia que consiguió la Nueva España fue la de los comerciantes porque lograron constituirse y manejarse jurisdiccionalmente desde antes de que México llegara a obtener su independencia y en 1824 tuviera su primera Constitución. Estos datos siguen siendo trastocados por la modernidad que se manejó a nivel mundial en los tratados internacionales, mismos que adoptó México y los incorporó, aunque en la práctica aún se continúa con el esfuerzo por entenderlos. Asimismo, mediante el artículo 1º, la Constitución protege a su población y sus posesiones, sus fronteras y propiedades en el subsuelo, en el suelo, en el aire y en los mares.

Así pues, nuestro marco jurídico se encuentra en los tratados internacionales y en la Constitución, la cual jerarquiza la aplicación de la ley: aun cuando se mencione un tratado, atendemos lo que la Constitución indica porque prevalece dicha norma jurídica.

Debe estar claro que la Constitución protege a la persona y trata de que no haya diferencia de ninguna índole en razas, desde siempre se ha dicho que la esclavitud no existe en México, no hay diferencias tampoco en cuanto a las raíces, basta con que nazca en México para que esa persona sea mexicana y se le proteja. El cuidado del Estado consiste

en que la persona tenga trabajo, estudios, salud, es decir, tenga las oportunidades necesarias para vivir en mejores condiciones.

Diagrama 1. Estudio del derecho mercantil a través de 4 universos



Llegar al anterior diagrama me llevó casi cuarenta años, se trata de un método que se puede adoptar en cualquier materia jurídica. Para estudiar el gran universo que representa el derecho mercantil, parto de la idea de que el derecho es uno con diferentes enfoques, es decir, civil, mercantil, penal, financiero, bancario, seguros, fianzas, familia, sucesión, etcétera.

En principio, veamos cómo funciona el comercio, base del desarrollo de las civilizaciones, pues a partir de él surge todo aquello que podemos ver, gracias a él el hombre llegó a la luna, existen las bombas, basta con echar una mirada a nuestro alrededor, pues no hay una sola cosa que poseamos que no haya sido hecho por una empresa de carácter mercantil, que no sea comprado, vendido, transportado por personas físicas o por empresas mercantiles; de lo cual es posible deducir que el concepto de personas puede referirse a personas físicas o a empresas. Para el caso de esta exposición, pensemos en personas como empresas, las cuales podrán ser de diversa índole: las que producen, las que distribuyen y las que consumen. Para que produzcan, movilicen y consuman tiene que haber cosas, bienes y servicios.

Ahora bien, en el derecho mercantil, cuando interactúan personas con las cosas, bienes y servicios, entran en juego los derechos humanos. Por su parte, dependiendo de la etapa en la que la empresa se encuentre y cuando esta se conjuga (si está en venta, entrando en concurso, fusionándose, escindiéndose o liquidándose), nos situamos frente a los instrumentos jurídicos, es decir, las relaciones comerciales. Hasta mediados del siglo XIX, aproximadamente, se decía que las empresas eran un contrato, y cuando posteriormente se estudió lo que es un acto, un hecho jurídico, entonces dejó de ser un contrato y la empresa de carácter mercantil se convirtió en un negocio jurídico que realiza cosas, bienes y servicios.

Al entrar al tercer universo en el que se encuentran las relaciones comerciales, tenemos también dos toques con el derecho civil: la capacidad y legitimación, así como las

obligaciones, pero es toda la relación que tiene el derecho mercantil con el civil.

Se puede ubicar a las inconformidades en el cuarto universo, dentro del cual se estudian los procedimientos judiciales, administrativos y arbitraje, y donde también se encuentra la amigable composición y el arbitraje simple.

Ahora bien, entre los organismos que protegen al consumidor podemos encontrar:

Esquema 1. Organismos de protección al consumidor

PROFECO

(Ley Federal de Protección al Consumidor)

COFECE

(Ley Federal de Competencia Económica)

CONDUSEF

- Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros
- Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros
- Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera

IPAB

- Ley de Protección al Ahorro Bancario
- Ley de Instituciones de Crédito

Aunque en la lista se encuentra el IPAB, lo que me obligaría a hablar de la Comisión Nacional de Vigilancia de Hacienda, la Bancaria, la de Valores, la de Seguros y la de Fianzas y la CONSAR, no es el caso, porque tendríamos que situarnos en otra materia, pero aquí lo coloco porque

en cierta medida el IPAB vigila que los bancos no lleguen a concurso y no haya problemas de falta de liquidez, lo que afectaría al sistema institucional bancario que repercute en el ahorro de los mexicanos.

Ahora bien, la rectoría económica para el bienestar de los mexicanos y protección de los derechos humanos se centra fundamentalmente en los artículos 25, 26, 27 y 131 de dicho ordenamiento, este último referente al comercio exterior porque es aquí donde se da la opción a México de no trabajar improvisadamente y hacer un plan nacional de desarrollo y planes sectoriales, el ejecutivo indica que como rector de una economía mexicana debe utilizar a empresas privadas, públicas y sociales, de ahí la idea de la economía mixta. Así pues, a partir de una planeación y de una rectoría económica que maneja el Ejecutivo, a través de la distribución del presupuesto entre dieciocho secretarías de estado, es como protege los derechos humanos desde el enfoque de la economía para que el mexicano tenga un nivel de vida, no solamente óptimo, sino sustentable y pueda entonces tener educación, salud, etcétera.

Cuadro 4. Objeto: protección al consumidor. Organismos

- Artículo 20 (Ley Federal de Protección al Consumidor). La Procuraduría Federal del Consumidor es un organismo descentralizado de servicio social con personalidad jurídica y patrimonio propio. Tiene funciones de autoridad administrativa y está encargada de promover y proteger los derechos e intereses del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores.

- Artículo 10 (Ley Federal de Competencia Económica, Título II, Capítulo I, Sección I). La Comisión es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente en sus decisiones y funcionamiento, profesional en su desempeño, imparcial en sus actuaciones y ejercerá su presupuesto de forma autónoma, misma que tiene por objeto garantizar la libre concurrencia y competencia económica, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.
- Artículo 5º (Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros). La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros tendrá como finalidad promover, asesorar, proteger y defender los derechos e intereses de los Usuarios frente a las Instituciones Financieras, arbitrar sus diferencias de manera imparcial y proveer a la equidad en las relaciones entre éstos, así como supervisar y regular de conformidad con lo previsto en las leyes relativas al sistema financiero, a las Instituciones Financieras, a fin de procurar la protección de los intereses de los Usuarios.
- Artículo 67 (Ley de Protección al Ahorro Bancario, Título Cuarto, Capítulo I). El Instituto tiene por objeto:
 - Proporcionar a las Instituciones, en beneficio de los intereses de las personas a que se refiere el artículo 1º de esta Ley, un sistema para la protección del ahorro bancario que garantice el pago, a través de la asunción por parte del Instituto, en forma subsidiaria y limitada, de las obligaciones establecidas en la presente Ley, a cargo de dichas Instituciones, y
 - Administrar, en términos de esta Ley, los programas de saneamiento financiero que formule y ejecute en beneficio de los ahorradores y usuarios de las Instituciones y en salvaguarda del sistema nacional de pagos.

Cuadro 5. Derechos humanos de protección al consumidor

- Es a partir de la obtención de la ganancia, o utilidad, que se involucra a los DDHH, a través de los tres campos existentes de estudio dentro de la actividad comercial para la satisfacción de las necesidades de la población:
 1. Producción
 2. Actividad comercial
 3. Consumo
- En ellos, se observa en todo momento la existencia de los DDHH, ya que prevalece una mezcla e interrelación de intereses públicos, sociales y privados. Todo, en absoluto, tiene que ver con las personas y es a partir de esa premisa que la existencia de los DDHH es innegable.
- Poco más de la tercera parte de la CPEUM corresponde a artículos que rigen específicamente la protección de los DDHH en materia comercial o mercantil.
- El origen de los Derechos Humanos se encuentra muchas veces en la planeación y rectoría económica que repercute en empresas mercantiles. Es por ello que la combinación de empresas mercantiles y privadas debe realizarse para lograr el bienestar de la población, mismo que se ve reflejado en conceptos como la casa, el vestido, el sustento, la salud, etcétera.

En cuanto al comercio digital, no hay gran diferencia con la forma en que se realiza el comercio, pues lo único que cambia es el vehículo, el medio, ya que se incorpora la tecnología.

Cuadro 6. Derechos del consumidor: T-MEC

- Artículo 19.7: Protección al Consumidor en Línea
- 1. Las Partes reconocen la importancia de adoptar y mantener medidas transparentes y efectivas para proteger a los consumidores de prácticas comerciales fraudulentas o engañosas como las referidas en el Artículo 21.4.2 (Protección al Consumidor) cuando participan en el comercio digital.
- 2. Cada Parte adoptará o mantendrá leyes de protección al consumidor para prohibir prácticas comerciales fraudulentas y engañosas que causen daño o un potencial daño a los consumidores que participan en actividades comerciales en línea.
- 3. Las Partes reconocen la importancia de, y el interés público en, la cooperación entre sus respectivas agencias de protección al consumidor u otros organismos nacionales pertinentes en las actividades relacionadas con el comercio digital transfronterizo, con el fin de mejorar el bienestar del consumidor. Con este fin, las Partes afirman que la cooperación conforme a los párrafos 21.4.3 al 21.4.5 (Protección al Consumidor) incluye la cooperación respecto de las actividades comerciales en línea.

Cuadro 7. T-MEC

Artículo 19.10: Principios sobre el acceso y el Uso del Internet para el Comercio Digital

Las Partes reconocen que es beneficioso que los consumidores en sus territorios tengan la capacidad de:

- a. Acceder y usar los servicios y aplicaciones a elección del consumidor disponibles en Internet, sujeto a una administración razonable de la red;

- b. Conectar los dispositivos de usuario final de elección del consumidor a Internet siempre que dichos dispositivos no dañen la red; y
- c. Acceder a información sobre las prácticas de administración de redes del proveedor de servicio de acceso a Internet del consumidor.

Artículo 21.4: Protección al Consumidor

- 1. Las partes reconocen la importancia de la política de protección al consumidor y su cumplimiento para crear mercados eficientes y competitivos, y mejorar el bienestar del consumidor en el área de libre comercio.
- 2. Cada Parte adoptará o mantendrá leyes nacionales de protección al consumidor u otras leyes o regulaciones que prohíban actividades comerciales fraudulentas y engañosas, reconociendo que el cumplimiento de aquellas leyes y regulaciones es de interés público. Las leyes y regulaciones que una Parte adopte o mantenga para prohibir estas actividades podrán ser de naturaleza civil o penal.
- 3. Las Partes reconocen que las actividades comerciales fraudulentas y engañosas trascienden cada vez más las fronteras nacionales y que la cooperación y coordinación entre las Partes para abordar estas actividades eficazmente son importantes y de interés público.
- 4. Las Partes promoverán, según sea apropiado, la cooperación y coordinación en asuntos de interés mutuo relacionados con actividades comerciales fraudulentas y engañosas, incluido en el cumplimiento de sus leyes de protección al consumidor mediante actividades tales como el intercambio de quejas de los consumidores y otra información de cumplimiento. Esta cooperación y coordinación podrán basarse en los mecanismos de cooperación en existencia. Cada Parte protegerá la información confidencial de conformidad con su ordenamiento jurídico, incluida la información comercial.

5. Las Partes procurarán cooperar y coordinarse en los asuntos establecidos en este Artículo a través de los organismos públicos nacionales pertinentes o los funcionarios responsables de la política, ley o aplicación de las mismas sobre protección al consumidor, según lo determine cada Parte y sea compatible con su respectivo ordenamiento jurídico e intereses importantes, y dentro de sus recursos razonablemente disponibles.

Finalmente, ¿qué son los derechos humanos? Cuando todos los mexicanos coman, duerman en una cama, asistan a la escuela, cuenten con hospitales, tengan un suelo seguro, entre otras cosas, habremos logrado lo que los derechos humanos buscan desde la antigüedad.

¿Qué hace el gobierno para proteger al consumidor? Por un lado, controla a las empresas a través de ciertos organismos para que la competencia sea pareja y, por otro, en materia de comercio internacional, se realizan procesos como el *antidumping*, en el que, por ejemplo, si China introduce mercancía a nuestro país con un valor de treinta pesos, pero aquí cuesta trescientos pesos elaborarla, entonces dicho procedimiento establece que los comerciantes extranjeros deben vender al precio que las empresas mexicanas producen porque si no se les genera un daño y se perjudica al consumidor.

Deseo concluir con dos ejemplos de lo que representa una violación de derechos humanos: cuando se estaba estableciendo la Comisión Nacional de Derechos Humanos, se organizaron conferencias para dar a conocer al público a utilizar dicha Comisión. En Naucalpan, por ejemplo, se dio un

curso para integrantes de pandillas, pues no entendían por qué razón los detenía una patrulla cuando salían de su escuela y caminaban rumbo a su casa, por qué los revisaban, les quitaban sus cosas y los detenían: se trataba de una violación de derechos humanos; otro ejemplo, si un hambriento se roba un pan, no hay obligación de que a esa persona la presenten en la delegación por robo, no es robo y si es detenido se trataría de una violación a derechos humanos.

Mucho tenemos que impulsar a través del Poder Judicial porque es el terreno que nos toca ahora.

Incidentes en el juicio hereditario*

Andrés Linares Carranza**

I. Introducción

El objetivo de este trabajo es presentar un planteamiento teórico-práctico de los posibles incidentes que se tramitan en los juicios hereditarios, también conocidos como juicios sucesorios; para alcanzar este fin resulta necesario hacer un análisis somero de la tramitación de los juicios hereditarios, con el propósito de que el lector conozca su naturaleza. En ese sentido, se debe precisar que su objetivo es la transmisión del acervo o masa hereditaria y que los sujetos de la herencia son los sucesores, tanto herederos como legatarios, así como otros que participan en su tramitación para lograr la distribución de los bienes de los cuales fue titular el *de cuius*. En otras palabras, una vez que fallece una persona resulta necesario identificar a los sucesores, es decir, a quienes recibirán el citado acervo hereditario. De igual manera, se debe formular el inventario y realizar

* Conferencia presentada el 24 de mayo de 2022.

** Consejero de la JUDICATURA DE LA CIUDAD DE MÉXICO.

el avalúo de los bienes que lo integran, para conocer lo que se va a transmitir, cobrar los créditos que existan a favor del autor de la sucesión, además de pagar sus deudas y adjudicar el saldo favorable de tales bienes a quienes les correspondan.

Para lograr este objetivo se realiza un planteamiento metodológico de estudio de la naturaleza y características del derecho hereditario, en especial, de lo que debemos considerar *derecho procesal hereditario*. En un principio, todo lo que no era penal era civil; después, lo que no era civil se convirtió en administrativo. En el derecho penal ahora existen jueces de ejecución; en materia civil, jueces mercantiles, y, desde 1973, jueces familiares en la Ciudad de México. Del mismo modo, aquí se presenta la propuesta de la existencia también de un derecho procesal hereditario.

Ya lo decían grandes estudiosos del derecho, entre ellos el maestro Cipriano Gómez Lara, el derecho procesal tiene principios rectores que sirven para todas las ramas. Por su parte, Gómez Lara señalaba en su obra *Teoría general del proceso* que el derecho procesal tiene un tronco común y que se subdivide en tantas ramas como de derecho sustantivo.

Originalmente existía el derecho procesal penal y el derecho procesal civil; en algunas otras participaciones he comentado la existencia del derecho procesal familiar, y bajo el mismo esquema se propone la existencia de un derecho procesal hereditario con conceptos propios, cuya regulación se encuentra en artículos y normas distintas a cualquier otro procedimiento. Lo anterior hace posible llegar a la siguiente conclusión: el derecho procesal hereditario tendría que convertirse en una rama del derecho

procesal integrada por un conjunto de normas, así como por el estudio del procedimiento de carácter universal no contencioso, cuyo objeto es la transmisión de los bienes del difunto, con todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte. Igualmente, sirve para determinar situaciones jurídicas patrimoniales relacionadas con el acervo hereditario, esto es lo que hace atrayente el procedimiento hereditario, conforme a lo contemplado en el artículo 784 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México (en adelante, CPC).

La existencia de un derecho procesal hereditario nos permite revisar y estudiar las normas procesales del juicio hereditario con un enfoque distinto. Los códigos de procedimientos civiles tienen la misma estructura en toda la república, es decir, tienen un capítulo dedicado al juicio sucesorio, sin dejar de considerar que los códigos civiles tienen una carga adjetiva importante. A manera de ejemplo, el artículo 1749 del Código Civil para el Distrito Federal (y los correlativos de los estados), en adelante referido como Código Civil, menciona que la remoción de albacea solo puede ser a través de procedimiento contencioso. Así, se puede ver que se encuentran diseminados muchos preceptos de naturaleza adjetiva en el código sustantivo.

Es importante hacer algunas precisiones sobre el concepto de *vía*. En la práctica se confunde *vía* con juicio, y la *vía* teóricamente hablando se puede entender como el camino, es decir, el procedimiento que se tendría que seguir para resolver un conflicto o determinar alguna situación jurídica.

Al hablar de uniformidad, no debe haber un capítulo de juicio ordinario, lo correcto sería hablar de *vía ordinaria*, no

obstante, el legislador confunde los conceptos *juicio*, *proceso* y *vía* —son conceptos multívocos—, y de esta forma se sumergen en la práctica. Si se hace mención del juicio, del proceso o de la vía, nos estamos refiriendo a lo mismo, por ejemplo, el artículo 255 del CPC se refiere al juicio ordinario civil y el 940, a la vía de controversia de orden familiar. Los últimos años ha surgido la vía oral, un tema muy interesante porque pareciera que el numeral 815 Bis (CPC) regula un procedimiento oral en materia hereditaria, pues se llevan a cabo las tres secciones en una sola audiencia.

La doctrina y el ordenamiento procesal señalan que la vía es el juicio, así se puede ver que existe tanto el juicio ejecutivo como el juicio ordinario, pero lo correcto sería decir: vía ejecutiva y vía ordinaria. También se ha entendido desde el punto de vista jurisdiccional como una vía gubernativa o contenciosa, asimismo, es el camino para hacer efectivo un derecho; esto es, a través de la vía, de un proceso, se hace eficaz un derecho sustantivo con la aplicación de normas adjetivas.

Se ha dicho que en materia procesal la vía contenciosa equivale a un procedimiento judicial que se sigue en jurisdicción ordinaria, lo que quiere decir que hay jurisdicción que no es ordinaria. Se puede hablar entonces de la jurisdicción especial o de las jurisdicciones de otras materias, como la agraria y la administrativa. Estos conceptos se han utilizado a veces de manera indiscriminada, como un defecto de los juristas: el abuso de la sinonimia y las apócope, expresiones cortas que se pueden confundir con otras y que se convierten en conceptos multívocos.

Se ha hablado de la jurisdicción ordinaria separada de la jurisdicción administrativa o gubernativa, además de los procesos militares. Por otro lado, siempre se han confrontado la vía ordinaria contenciosa y la no contenciosa; a la no contenciosa se le ha llamado *jurisdicción voluntaria*. El maestro José Becerra Bautista señala respecto de esta última que ni es vía ni es voluntaria, ya que finalmente se tiene que acudir al órgano jurisdiccional. En su estudio clasifica la vía de jurisdicción voluntaria en típica y atípica.

El juicio hereditario o sucesorio se tramita en una vía especial no contenciosa, aunque tampoco se puede considerar como jurisdicción voluntaria porque la vía es necesaria; no se lleva a cabo por voluntad de las partes, sino por disposición expresa. Sin embargo, en el trámite del juicio hereditario no hay partes determinadas, sino intereses concurrentes.

Los legatarios instituidos en los juicios testamentarios, los presuntos herederos en los juicios legítimos o intestamentarios concurren, mas no pugnan entre sí. El primer error que se advierte al admitir la denuncia o tenerla por radicada es que el juez solicita que se proporcione el nombre del representante común. No puede haber representación común porque cada uno de los interesados acude con un interés distinto que, incluso, puede llegar a ser excluyente. Por ejemplo, cuando concurren hijos con nietos, los nietos quedan excluidos por los hijos del autor de la herencia, pero cabe la excepción de que, si son los hijos de los hijos difuntos, concurren por estirpe, no por cabeza.

Existen muchas particularidades, por eso es importante señalar que el juicio hereditario tiene una vía especial no contenciosa, además, es un juicio universal porque abarca

todo el contenido del patrimonio del autor de la herencia, el cual se convierte en el acervo hereditario. Mutación legal o procesal, donde una persona tiene un atributo de personalidad que se extingue con su muerte y deja su contenido.

Los derechos personalísimos no forman parte del acervo hereditario, pero sí los derechos y las obligaciones que no son personales y todos los bienes del patrimonio del autor de la herencia, los que se convierten en acervo hereditario objeto de transmisión en el juicio sucesorio.

El juicio hereditario tiene como propósito transmitir, no sustituir, la personalidad, la capacidad o la titularidad del autor de la herencia en sus bienes, derechos y obligaciones, que no se extinguen con la muerte, pues todo el acervo hereditario pasa a los sucesores, también conocidos como causahabientes.

Es importante considerar que un juicio hereditario no principia por demanda, sino por denuncia. El artículo 769 del código adjetivo menciona que el juez debe actuar tan pronto sepa del fallecimiento de una persona. No hay demanda, por lo tanto, no es aplicable el supuesto del artículo normativo 255 (CPC), en consecuencia, tampoco debe haber prevención. Cuando una persona fallece hay que actuar de inmediato, siempre y cuando se estén pidiendo medidas cautelares, y para el caso de que el o los denunciantes dejen de aportar algún elemento, lo que debe hacer el juez es requerir que se cumpla con los requisitos del 790 si es testamentario, o del 799 y del 800 (CPC) si es intestamentario.

Si en el trámite del juicio sucesorio surgen algunas contiendas, estas serán microcontiendas, es decir, cuando lleguen a presentarse estarán dentro de cada una de las

secciones; aquí se hace la precisión de que no puede haber disputas que abarquen las cuatro secciones.

Es cierto que los juicios hereditarios son atrayentes, esto es, todos los juicios contenciosos singulares que se refieran a los herederos o al acervo hereditario deben acumularse en el juicio hereditario. Tal acumulación no sucede como en los juicios contenciosos, donde se acumula por la existencia de una litispendencia para sobreseer el juicio más nuevo, o por tratarse de cosa juzgada; también se acumula el juicio nuevo para sobreseerlo, y cuando se acumula por conexidad es con el propósito de resolver en una sola sentencia. En cambio, en los juicios hereditarios, se acumula para tramitarse por separado en la vía singular que corresponda a cada uno de los juicios acumulados, lo único que se va a detener es la sección cuarta.

El juicio hereditario considerado de carácter universal se caracteriza por presentar concurrencia de intereses, no intereses contradictorios ni comunes; no hay representación común entre los concurrentes. Una vez que hay declaración de herederos en los intestados o reconocimiento de herederos en los testamentarios, está resuelta la sección primera con la designación de albacea. Todo lo relacionado con el acervo hereditario se contemplará en procedimientos posteriores.

Resulta necesario formular la siguiente pregunta: ¿qué tipos de procedimientos hereditarios existen? Un procedimiento hereditario judicial o notarial. La terminación del procedimiento hereditario ante juez es judicial, y puede ser testamentario, legítimo o mixto. Cuando se trata de un juicio intestamentario y aparece la notificación de un testamento, el juez debe mandar traerlo. Si fuera un testamento

especial, debe declararlo formal en un paréntesis procesal. En otras palabras, no debe mandar a los interesados a que tramiten otras diligencias para declarar formal un testamento ológrafo.

Aun cuando las formas tradicionales de los testamentos en el Distrito Federal desde el 2012 se derogaron, es necesario considerar que antes de su derogación se otorgaron testamentos cuyos autores o testadores están falleciendo recientemente. De igual manera es indispensable indicar que cuando aparezca un testamento en un juicio intestamentario no se debe sobreseer inmediatamente este juicio, solo se debe suspender su trámite hasta en tanto no se declare formal el testamento y acudan los herederos instituidos, pero se debe considerar que es posible que el testador haya incluido todos sus bienes o que los herederos instituidos no acepten la herencia. Si esto sucediera, tendría lugar una solución: continuaríamos el procedimiento con una sucesión mixta, por lo que no habría razón para recibir el testamento, sobreseer el juicio y luego regresar. Lo que se sugiere es recibir el testamento, declararlo formal o celebrar la junta de herederos. Una vez que sabemos que el testador ha dispuesto de todos sus bienes, entonces, sí se podría sobreseer de legítimo y transformar en testamentario o mixto.

Ya con el panorama del juicio hereditario, es importante señalar que en la práctica los juicios hereditarios se están tramitando como si fueran contenciosos. Así pues, se ha dado vista a la parte contraria cuando la mayoría de las veces esta no existe. Lo correcto es que se mande dar vista a los interesados ante la inexistencia de parte contraria, siendo siempre los interesados los herederos, los acreedores,

depende del acto procesal y la sección. Si se trata de un incidente de remoción de albacea, sí es contencioso y por tanto en este incidente hay partes definidas. Esto se explicará más adelante.

II. Incidentes

El concepto de *incidente*, desde el punto de vista etimológico, viene del latín *incidere*, que significa sobrevenir, interrumpir, producirse. Eso se entiende en derecho procesal como *incidencia*, lo que sobreviene en el curso de algún asunto, negocio o pleito, cualquiera que sea su naturaleza. El autor Becerra Bautista igualmente menciona que son pequeños juicios que tienden a resolver las controversias de carácter adjetivo, las cuales tienen relación directa con el asunto principal. El maestro Becerra Bautista, uno de los procesalistas más importantes de nuestra nación, pierde de vista que existen otros incidentes.

Esta apreciación ha provocado que en la sentencia de muchos incidentes de nulidad de actuaciones, en la práctica de forma indebida, se señale que el actor probó su acción y el demandado no probó sus excepciones. Al respecto, habría que preguntarse a cuáles se refiere, si un incidente de esta naturaleza es impugnativo, no contencioso.

La pretensión del incidentista no se dirige en contra de la otra parte, sino que se intenta para atacar una actuación judicial, por tanto, no hay actor incidentista y, en consecuencia, tampoco hay demandado incidentado. Con motivo de las anteriores reflexiones debemos precisar que los incidentes no son juicios pequeños ni tampoco son

todos contenciosos. Esta reflexión no es tan clara porque existen reformas en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que nos llevan a ese error, a una interpretación inadecuada debido a la adición que se hizo al texto original del artículo 88, que es el que actualmente se conoce.

El *Diccionario Jurídico*¹ dice sobre el *incidente* que es un “procedimiento o un conjunto de actos necesarios para sustanciar una cuestión incidental”. En cuanto a la impugnación del documento, se tramita en términos del numeral 88 del CPC y aplica el artículo 346 del mismo ordenamiento para la asignación de peritos cuando no es así. La impugnación del documento se encuentra en el artículo 386 (CPC), así pues, el impugnante debe manifestar si desea cotejo del documento original u ofrece la prueba pericial en grafoscopía. El incidentado tiene derecho a ofrecer perito de su parte, pero no con base en las reglas del artículo 346, para ello existen reglas específicas. Cabe señalar que no hay actor, demandado ni sentencia interlocutoria, ya que esa determinación se tiene que resolver en la sentencia definitiva.

El *Diccionario Jurídico* también menciona que los incidentes deben ser rechazados cuando se formulen con manifiesto abuso del derecho o entrañen un fraude de ley o del proceso. Al respecto, el artículo 72 (CPC) da facultades al juez para desechar incidentes notoriamente improcedentes. Muchos jueces no resuelven de esa manera porque temen que la sala se los pueda modificar o revocar. Otro factor para el desarrollo de esta mala práctica se refiere a las resoluciones dictadas en los juicios de amparo y a las determinaciones

1 *Diccionario Jurídico*, Espasa.

de las salas, sin embargo, vale la pena analizar lo siguiente. Cuando el juez federal tiene razón se debe ajustar la decisión, cuando no la tiene se ajustan los argumentos porque estos no se basarán en principios personales o en ideas propias, pues deben estar fundamentados en las normas y en los conceptos que proporciona la doctrina; de esa manera se puede avanzar. También es cierto que la sala al resolver los recursos de apelación revoca o modifica, y muy disciplinadamente los jueces atienden, eso hace que se distorsione el procedimiento. En cambio, si se sigue insistiendo en tal criterio de interpretación en casos concretos reales y con la argumentación sustentante, es posible que la sala empiece a cambiar sus criterios de interpretación.

Un factor más a considerar está relacionado con las diversas hipótesis normativas contenidas en la legislación. Por ejemplo, existe un gran número de incidentes que tienen una regulación específica, por ello es fundamental no aplicar el artículo 88 (CPC) de la misma manera para todos los incidentes de oposición a inventario o avalúo. Por el contrario, debemos analizar qué tipo de incidente es el que se va a tramitar atendiendo a los principios generales y a los artículos específicos, ya que el precepto antes indicado se refiere en forma general a todos los incidentes, cualquiera que sea su naturaleza, pues no es lo mismo un incidente de remoción de albacea cien por ciento contencioso, que un incidente que no es contencioso, ni tampoco es una pretensión contra el albacea y que desafortunadamente la Corte interpretó mal. Una jurisprudencia señala que tener por desistido al opositor es velar por su garantía de audiencia o su legal procedimiento. Lo anterior es una aberración

debido a que los opositores al inventario o al avalúo tienen características propias. Por considerar a la incidencia en términos generales y unitarios se presentan tales problemas.

Existen incidentes que tienen regulación específica, como el artículo 74 para la nulidad de actuaciones, el 386 para la impugnación de documentos, el 824 y el 825 para la oposición al inventario, avalúo o ambos, u 851 para la oposición a la rendición de cuentas, todos estos preceptos del CPC; asimismo, existen incidentes específicos en ejecución de sentencia, como se verá más adelante.

Un concepto integral de *incidente* refiere que es “un procedimiento adyacente a un proceso o procedimiento principal, puede incidir o no en su desarrollo y puede suspender o alterar sus efectos”. Como se ve en algunas actuaciones procesales en el caso de la legislación del Distrito Federal, en otras entidades siguen existiendo incidentes de especial pronunciamiento además de la nulidad por falta de emplazamiento, pero no por defecto en él. Se habla de falta y de defecto, pero el único incidente que actualmente se encuentra en el CPC de previo y especial pronunciamiento es la nulidad por falta de emplazamiento. Ese es el mismo fundamento que tenemos en términos del artículo 271 del CPC, cuando el juez antes de dictar sentencia revisa presupuestos procesales, entre ellos el debido llamamiento.

Es importante señalar que en materia hereditaria no hay emplazamiento, por tanto, no se puede llevar a cabo. Esta diligencia es una primera notificación, sea cual sea el procedimiento. Tanto el emplazamiento como el primer llamamiento al procedimiento es solemne y debe seguir todas

las reglas que se conocen en una primera notificación. Es decir, se debe realizar en el domicilio donde vive la persona buscada, sea o no demandada, se debe entender con el interesado o la persona que vive en ese domicilio, la cual tendrá que ser mayor de edad; además, con base en las normas procesales se debe citar en un horario posterior.

Respecto de los antecedentes históricos, el Código de Procedimientos Civiles en mención data de 1932, año en que también entra en vigor el Código Civil para el Distrito Federal. El artículo 87 habla de las sentencias interlocutorias y de las sentencias definitivas. Por su parte, el 88 hablaba de los juicios sumarios, que desaparecen en esta entidad federativa a partir de 1971. Curiosamente, los sumarios se convirtieron en especiales.

Los juicios sumarios ya no se encuentran regulados en el CPC, pero sí lo están en otros códigos. El texto del artículo 88 señalaba lo siguiente: “En los juicios sumarios siempre dictará los puntos resolutivos en la audiencia de pruebas y alegatos y podrá engrosarlas dentro del tercer día”. En los juicios orales familiares se hace exactamente lo mismo, pero ahora se conocen como orales para resaltar una de sus características. En lo personal, considero que este tipo de juicios no hacían falta, pero es necesario. No hacían falta porque el artículo 943 comprende más oralidad que el juicio oral familiar. La práctica forense hizo que no figurara la inmediación, perdiendo el justiciable el contacto con el juzgador, lo cual ha hecho que los juicios orales sean más eficaces, rápidos y ágiles.

Actualmente, el texto del artículo 88, el cual se muestra enseguida, genera confusión entre los operadores jurídicos:

Los incidentes se tramitarán, cualquiera que sea su naturaleza, con un escrito de cada parte, y tres días para resolver. Si se promueve prueba, deberá ofrecerse en los escritos respectivos, fijando los puntos sobre los que verse. Si las pruebas no tienen relación con los puntos cuestionados incidentalmente, o si éstos son puramente de derecho, el tribunal deberá desecharlas. En caso de admitirlas se citará para audiencia dentro del término de diez días, diferible por una sola vez, en que se reciban pruebas, se oigan brevemente las alegaciones, y se cite para sentencia interlocutoria.

El artículo en mención se refiere a cualquier incidente presuponiendo la existencia de diversas clases, sin señalar que todos los incidentes son contenciosos, solo dice: “cualquiera que sea su naturaleza”. En conclusión, los incidentes son de distinta índole. Asimismo, indica: “se debe tramitar con un escrito de cada parte, y tres días para resolver”, esa es la raíz del procedimiento incidental no de la vía incidental porque es general, es decir, si se tramita en dicha vía esta es la forma, lo mismo se puede apreciar en algunos procedimientos que se traman como incidentes.

Un ejemplo de un procedimiento que tiene un trámite a manera de incidente lo encontramos en el artículo 684 (CPC), el cual se interpreta inadecuadamente, pues se dice que el juez no puede revocar sus propias resoluciones, no obstante, es una interpretación errónea. El juez no puede revocar sus propias sentencias, puede revocar los autos no apelables y sus decretos. La reforma que comprende el artículo 684 (CPC), el cual permite al juez revocar sus

autos no apelables y sus decretos, también agrega la regularización del procedimiento en forma incidental, dado que el recurso de revocación se tramita a manera de incidente: un escrito del recurrente, un escrito de la parte contraria o de los interesados y la sentencia. Es exactamente lo mismo que prevén estas tres líneas del artículo 88.

Posteriormente se lee: “si se promueve prueba, deberá ofrecerse en los escritos fijando los puntos sobre los que verse”. Esto no se ve en la mayoría de los incidentes, no se trata del tema de la incidencia en materia familiar, ahí no se cumple con este requisito.

Después, el artículo 88 indica: “Si las pruebas no tienen relación con los puntos cuestionados incidentalmente, o si éstos son puramente de derecho, el tribunal debe desecharlas”. Como ejemplo de este supuesto normativo tenemos el incidente de oposición al inventario en el cual no es admisible la prueba confesional debido al objeto de este incidente, lo que nos obliga a desecharlo con fundamento en los artículos 72, 88 y 824 del CPC.

En cuanto al texto del artículo 88 que se cita enseguida: “En caso de admitirlas [las pruebas] se citará para audiencia dentro del término de diez días, diferible por una sola vez, en que se reciban pruebas, se oigan brevemente las alegaciones, y se cite para sentencia interlocutoria”, es sabido que el término de diez días es imposible por la carga de trabajo; del mismo modo, respecto a diferir la audiencia, se conoce que no sucede de esa manera en los incidentes que se tramitan en los juicios hereditarios. El último fragmento del artículo 88, que se refiere a la sentencia interlocutoria, también causa muchos problemas,

pues no todos los incidentes deben terminar con ese tipo de sentencia. Si se trata de un incidente de impugnación de documento este se resuelve con la definitiva, de igual manera el incidente de tacha de testigos; además, hay otros incidentes que no tienen sentencia.

El único incidente que se va a tramitar por *cuerda separada* es el de medidas cautelares. El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal habla de providencias precautorias en el artículo 237. El artículo 88 es la norma general para cualquier incidente, pero en su contenido especifica: “según su naturaleza”; en este sentido, se tiene que aplicar el numeral 88 y además lo concerniente a las particularidades de la naturaleza del incidente, como va a suceder en materia sucesoria. En lo que atañe a las pruebas, se pueden ofrecer, pero deben estar relacionadas con el incidente y no todos los incidentes deben terminar con sentencia interlocutoria.

El texto del Código de Procedimientos Civiles, en 1932, en su artículo 430 fracción I, en relación con el artículo 88, solamente tenía dos líneas que señalaban que “todos los incidentes surgidos en los juicios ordinarios y universales se van a tramitar sumariamente”. ¿A qué se refiere “sumariamente”? Lo anterior significaba que debía presentarse un escrito por cada parte, además, si existían pruebas se tenían que calificar y admitir. Esto es, el texto del precepto mencionado se trasladó al artículo 88 y se amplió su texto al derogarse estos juicios. Entonces, el legislador reacomodó los preceptos que estaban en ese capítulo y los llevó a otros. Ahora hay otra reforma legal que rompe el antecedente histórico y genera muchos problemas. Es un antecedente histórico que se ha perdido de vista.

Las dos reformas posteriores al artículo 255 conllevan ciertas dificultades porque se interpreta exegéticamente y no con la integralidad del artículo 88. Así, en el artículo 255 se señala:

Toda contienda judicial, principal o *incidental*, principiará por demanda, en la cual se expresarán: [...] IX. Para el trámite de incidentes, la primera notificación se llevará a cabo en el domicilio señalado en autos por las partes, si se encuentra vigente el juicio principal, y para el caso, de que haya resolución firme o ejecutoriada, o haya inactividad procesal por más de tres meses, se practicará en el lugar en el que resida la parte demandada incidentista.

Anterior a esta reforma, el artículo no comprendía la contienda incidental, solo la principal. Así pues, se adicionó la fracción IX, pero si el incidente no se dirige a una parte demandada incidentista entonces no aplica dicha fracción, como los incidentes de nulidad de actuaciones operando solo cuando haya contienda. Las pretensiones para modificar la sentencia definitiva deben ser motivo de acción principal y no de una demanda incidental.

La segunda reforma al artículo 255 comprende el siguiente texto:

IX. Para el trámite de incidentes en materia familiar, la primera notificación se llevará a cabo en el domicilio señalado en autos por las partes, si se encuentra vigente el juicio principal, y para su caso, de que haya resolución firme o ejecutoriada, o haya inactividad procesal por

más de tres meses, se practicará en el lugar en el que resida la parte demandada incidentista.

Como se puede advertir, se agregó la especificación “en materia familiar”, lo que genera confusión porque se integran, se solicitan o se tramitan los incidentes de la misma manera sin importar su naturaleza. Se realizan interpretaciones exegéticas parciales cuando se debe hacer una interpretación integral amplia. Esa es una primera propuesta.

La existencia de algunos mitos sobre los incidentes afecta la práctica forense, así, los que se deben refutar son los siguientes. Primero, es importante borrar el mito de que todo incidente o incidencia debe terminar con una sentencia interlocutoria, debido a que se verá el resultado según su naturaleza.

Otro mito que nos ha afectado se refiere a que todo lo que no es principal es incidental, pero los incidentes no siempre son accesorios.

El artículo 237 del CPC indica: “Las providencias precautorias establecidas por este Código, podrán decretarse, tanto como actos prejudiciales, como después de iniciado el juicio respectivo”. Si es iniciado el procedimiento, deben tramitarse en incidente por cuerda separada. Estos sirven para resolver las providencias precautorias, pero no llevan sentencia interlocutoria.

Se debe evitar aquella idea de que el incidente es un procedimiento contencioso asimilado, los únicos procedimientos de este tipo se llaman *tercerías*, y curiosamente no caben en los juicios hereditarios, solo son admisibles en procesos contenciosos. El Código de Procedimientos Civiles para el

Distrito Federal señala que toda tercería debe tramitarse de la misma manera que el juicio principal, sin embargo, en juicios hereditarios, por su naturaleza, no caben las tercerías. Solo son admisibles en los juicios singulares contenciosos acumulados a los hereditarios, pero no en el procedimiento hereditario, en el que no existen partes contendientes, sino interesados que concurren al juicio.

¿Cómo clasifica la doctrina los incidentes?

- *De previo y especial pronunciamiento.* Se suspende el procedimiento, se resuelven y se continúa. Solo queda el incidente de nulidad de actuaciones por falta de emplazamiento.
- *Por cuerda separada.* No están relacionados con el principal. Se sugiere que todas las medidas cautelares tengan un cuaderno por separado, ya que estas deben ser aplicables en todos los juicios ordinarios a pesar de que haya sentencia. Se suspende la jurisdicción del juez, no así para las medidas cautelares.
- *A manera o forma de incidente.* No significa que se debe utilizar el artículo 88. A manera de incidente se llevan las excepciones procesales, las cuales van a iniciar su trámite con el escrito de contestación a la demanda. Este es el escrito del incidentista o excepcionista, con vista a la parte contraria que es el actor, quien debe desahogar la vista que se le manda dar y en suceso debe ofrecer contrapruebas, no generar una contienda pequeña. Lo mismo sucede al oponerse la excepción superveniente, existe el trámite en forma de incidente en el recurso de revocación o

reposición y algunos otros incidentes o trámites que inician de forma incidental o a manera de incidente (un escrito de cada parte y la resolución, que puede ser o no una sentencia interlocutoria).

- *Incidentes impugnativos.* Son aquellos que atacan las actuaciones judiciales, el ejemplo más destacado es el de nulidad de actuaciones. Hay otros incidentes impugnativos previstos en los artículos 214 y 252 del CPC; el 214 se refiere a un incidente de inconformidad y el 252 a un incidente de reclamación. El primero, respecto de la separación de personas, alimentos y custodias provisionales, es cuando alguno de los cónyuges o concubinarios no está de acuerdo y tramita el incidente de inconformidad. Se caracteriza por tener una sentencia irrecusable. Lo mismo se puede aplicar por analogía en todas las medidas provisionales decretadas en juicios familiares. En cambio, el numeral 252 se basa en la reclamación de la providencia precautoria y, si no hay taxativa, es apelable. Esta naturaleza es muy parecida a la de los incidentes en los juicios hereditarios.
- *Incidentes que se resuelven con la sentencia definitiva.* Entre estos, la impugnación de documento, la tacha de testigos y la nulidad de confesión. En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal se regulaba la nulidad de confesión, pero se reformaron los artículos. Lo anterior no significa que no se pueda tramitar. La confesión que se hace a través de absolución de posiciones es expresión de voluntad, y esta provoca su nulidad.

- *Incidentes especiales o de trámite adecuado.* Los incidentes en juicios hereditarios son incidentes *ad hoc*.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal tiene una gama amplia de incidentes, por ejemplo, nulidad de actuaciones (artículo 74), inconformidad (214), reclamación (252), pruebas supervenientes (97 y 98), excepciones procesales (268). En este caso, los juicios especiales que no tienen audiencia previa de conciliación y excepciones procesales deben tramitarse en forma de incidente. Se descarta el juicio oral familiar, dado que tiene audiencia previa y junta anticipada, pero, en todo proceso especial que no tiene una audiencia previa, las excepciones procesales y las supervenientes se deben tramitar como incidente. Tacha de testigos, impugnación de documentos, nulidad de confesión, incidentes en ejecución de sentencia, pero no la ejecución de sentencia, debido a que esta no se tramita en vía incidental, sino en vía de apremio, incluyendo los juicios hereditarios. Esto es importante porque algunos jueces en materia hereditaria declaran sentencia de adjudicación y consideran que su quehacer terminó. De acuerdo con el artículo 500 del CPC, el juez que dicta la sentencia es el juez competente para su ejecución, entonces, no hay incidente de ejecución de sentencia, hay una gama de incidentes que se pueden tramitar en ejecución de sentencia. Incidentes de indemnización en obligaciones de no hacer, o bien de liquidación, de homologación de sentencia extranjera y finalmente de regulación del procedimiento con base en el artículo 684 (CPC), que dice:

Los autos que no fueren apelables y los decretos pueden ser revocados por el juez que los dicta, o por el que lo substituya en el conocimiento del negocio, sea por la interposición del recurso de revocación o por la regularización del procedimiento que se decrete de oficio o a petición de parte, previa vista a la contraria por tres días, para subsanar toda omisión que exista en el procedimiento o para el solo efecto de apegarse al procedimiento.

Los incidentes que se tramitan en los juicios hereditarios son un tema sencillo, pero si se contextualiza de forma errónea sin contar con la información anterior se genera una serie de confusiones que ha venido complicando su entendimiento.

Los incidentes que se tramitan en los juicios universales, al tener estos una naturaleza especial, también tienen esta condición particular. En un juicio contencioso existen diversos incidentes, asimismo en los hereditarios, sin embargo, se tienen que estudiar por cada una de sus secciones.

El artículo 784 del CPC menciona que todo juicio hereditario debe estar integrado por cuatro secciones, con sus cuadernos correspondientes; el legislador señala que “deben[nopodrán]iniciarselas secciones simultáneamente”. No obstante, en la práctica, se forma la sección segunda hasta que no hay declaratoria de herederos, aunque teóricamente se puede hacer de manera simultánea cuando sea necesario. Respecto de las secciones, la primera es de sucesión, la segunda, de inventarios y avalúos, la tercera, de administración y rendición de cuentas y

la cuarta es de partición y adjudicación. Cada sección tiene su propia naturaleza, provocando a su vez que los incidentes que lleguen a tramitarse también tengan su naturaleza específica. Algunos son contenciosos, otros son impugnativos con su particular forma para ser tramitados, razón por la cual procedemos a su análisis en cada una de las secciones, con independencia de que puedan ser testamentarios o intestamentarios.

III. Sección primera, de sucesión

En esta sección es donde se presenta el incidente de verdad contencioso, el de remoción de albacea, aun cuando por regla general siempre vemos el trámite de estos incidentes; de igual manera, existe la posibilidad de que se traten incidentes de separación de tutor, tal como lo nombra el Código Civil para el Distrito Federal, que no habla de remoción, sino de separación cuando se trata del cargo de tutor. Esto lleva a la conclusión de que lo correcto es hablar del incidente de remoción de albacea y del incidente de separación de tutor, según sea el caso.

Lo antes indicado se desprende de que conforme al artículo 1749 del Código Civil y el 913 del Código de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal, los incidentes de remoción de albacea o separación de tutor deben ser contenciosos dado que se tienen que basar en una causa prevista en las normas tanto sustantivas como adjetivas y, en consecuencia, el albacea que se pretende remover o el tutor que se pide separar tienen derecho a una legítima defensa y, en su caso, a justificar sus omisiones o el

incumplimiento de alguno de sus deberes. En ese sentido, los incidentes tendrán que presentarse cumpliendo con el presupuesto procesal, que será la falta de cumplimiento de algunos de sus deberes. Si se solicita la remoción del albacea porque ha transcurrido más de un año sin que haya terminado la sucesión, se requieren pruebas; de igual manera, este tiene derecho a justificar por qué transcurrió el tiempo sin dar cumplimiento o alguna otra causa. El Código es específico, si el albacea continúa será por dos razones, porque los herederos así lo consienten de manera tácita o, incluso, de manera expresa. La ley indica que el albacea puede continuar si se aprueban las cuentas, y los únicos que pueden aprobarlas son los herederos.

Existe entonces una interpretación fáctica. Si no se re-mueve al albacea al transcurrir un año, significa que se está aprobando tácitamente su nombramiento. Sin embargo, si alguien decide promover la remoción de albacea por el transcurso del tiempo, no tiene que ofrecer ninguna prueba. Al respecto, se tiene que dar vista a la parte contraria, es decir, al albacea, quien tendrá que justificar por qué transcurrió más de un año sin haber terminado con su encargo sin haber rendido cuentas.

En términos del artículo 1706 del Código Civil, el albacea puede tramitar en el desempeño de su cargo juicios contenciosos que pueden o no estar acumulados. Hay factores predecibles, pero si ese incidente está relacionado con el término de un año que tiene el albacea, el incidentista no tendrá que probar nada, será el incidentado quien al plantear su defensa deberá acreditar su dicho o los hechos. Lo mismo sucede en la remoción de albacea por incumplimiento

en la formación de los inventarios en tiempo oportuno, no se necesitan pruebas confesionales ni testimoniales, las actuaciones del procedimiento serán suficientes. Tal incidente debe tramitarse en cuaderno por separado, pero agregando la sección primera. Luego entonces los incidentes de remoción de albacea o de separación de tutor pertenecen a la sección primera, así lo decreta el artículo 785 del CPC. Son contenciosos y el contenido de la sentencia debe ser la remoción o la separación del cargo, según sea el caso, determinando una nueva junta de herederos para la designación de otro albacea, o bien de un tutor diferente, conforme a las reglas previstas en el Código Civil.

La remoción de albacea conlleva aspectos específicos, por ejemplo, se debe tener especial cuidado al tratarse de un juicio testamentario, ya que no tiene que citarse la junta del 805 del CPC, sino la del 790 del mismo ordenamiento; en caso de ser intestamentario, se cita la junta del 805. Cuando el incidente de remoción de albacea es promovido por la mayoría de los herederos desde su escrito inicial de remoción, estos pueden emitir voto. En tal caso, la sentencia de remoción comprenderá el nombramiento de albacea y no se necesitará junta; asimismo, al requerir al albacea para que rinda cuentas debe percibirlo en términos de los artículos 519 a 522 del CPC, y no resulta eficaz que se dicten medidas de apremio; de aplicarse estas sugerencias se ahorrará tiempo y el procedimiento será más ágil. El juez debe darse cuenta de que los actores o coactores en el incidente integran la mayoría de los herederos.

En cuanto a la separación de tutor, se tiene que identificar si es un tutor testamentario, legítimo o interino,

pues, en caso de ser este último, el juez separará al tutor y designará a uno nuevo. Si es testamentario, tendría que ver si hay tutor sustituto para convocarlo. Cuando el menor con interés en la sucesión tenga más de dieciséis años, se separará al tutor y se solicitará al menor proponer a otro.

No hay necesidad ni razón de que los incidentes de remoción de albacea comprendan una cantidad exorbitante de papeles ni de que los incidentes contenciosos sean voluminosos cuando el objetivo es la remoción por incumplimiento de deberes.

Existe otro trámite para la vía incidental, dado que es posible que se gestione en la sección primera conforme a lo previsto en el artículo 797 del CPC —únicamente en este ordenamiento—: la impugnación de autenticidad o la existencia del testamento, lo que es distinto a la acción de nulidad de testamento que tiene que tramitarse en vía autónoma y principal aun cuando este proceso se deba acumular con posterioridad. También es posible redarguir de falso el propio testamento o cualquier otro documento que se exhiba para acreditar el entroncamiento, según las reglas de impugnación de documento y el artículo 386 del CPC y los correlativos de cada entidad.

IV. Sección segunda, de inventario y avalúos

Conforme al artículo 816 del CPC, el albacea dentro de los diez días de aceptado su cargo tiene que iniciar la sección segunda, lo que no significa que deba concluirla en ese término, pues cuenta con sesenta días para ello. Esto es, tiene diez días para iniciar la sección segunda antes

indicada y sesenta para concluirla. A la par, el artículo 819 (CPC), en el mismo término de diez días, prevé que los herederos designen perito valuador por mayoría; en caso de no ponerse de acuerdo, el juez debe designarlo de entre las propuestas. El albacea no tiene por qué exhibir el avalúo *motu proprio*, este debe presentarse con el juez en términos del artículo 816 una vez iniciada la sección segunda, para que los herederos, de acuerdo con el numeral 819, propongan perito valuador. Si el albacea también es heredero, se debe presentar para proponer perito valuador de su parte e iniciar la sección segunda, con base en el artículo 816 mencionado. De igual manera, se requiere a los demás herederos por el mismo motivo; en caso de no presentarse, se tendría que designar al perito del albacea por ser la única propuesta, y por ser el albacea coheredero.

El inventario debe formularse con base en los artículos 817, 818 y 820 del CPC. El 817 se refiere al inventario solemne, cuando la mayoría de los herederos son menores de edad o personas con discapacidad intelectual. El artículo 818 establece que a la formación de inventarios se tiene que citar a los herederos, los legatarios, los acreedores y al cónyuge sobreviviente. Si en la práctica se cumpliera con esta formalidad sería una forma eficaz de evitar incidentes de oposición, ya que no puede oponerse un heredero que propuso perito valuador, que además acudió a la formación de inventario y dio su consentimiento. Ante esta práctica podríamos aplicar de forma tangible lo previsto en el artículo 829 (CPC), que señala que el inventario beneficia a todos y perjudica a quien lo hace y a quien lo aprueba.

Otro aspecto que debemos tener presente es lo previsto en el artículo 818 (CPC), sobre todo en los juicios intestamentarios. En la sección primera existen complicaciones, por ejemplo, cuando el autor de la herencia se casa dos veces y concurren su viuda y su excónyuge, ¿qué carácter tendría su excónyuge? La respuesta es sencilla, se le debe considerar como acreedora al estar pendiente, en su caso, la liquidación de la sociedad conyugal; también es el momento para que acudan todos los acreedores, entre ellos los alimentarios, solo tratándose de pensiones devengadas, según el 818 (sección segunda).

Si se forma el inventario según lo previsto en el artículo 820 (CPC), y si el perito designado por los herederos es quien formula el avalúo, entonces, con base en el numeral 824 (CPC), si no acudieron a la formación del inventario, se dará vista a los interesados por el término de cinco días. Cuando el inventario es firmado por todos los herederos no es necesario darles vista, pero si solo comparecieron y firmaron algunos de ellos se da vista a los que no firmaron.

En caso de que alguna de las personas que no comparecieron esté en desacuerdo, su oposición debe hacerla valer a través de un incidente de oposición; solo cuando se refiera al inventario es en contra del albacea, y con el propósito de adicionar bienes siempre y cuando se acredite la propiedad de tales a favor del *de cuius*. Así pues, se debe precisar que a pesar de ello no existen intereses contrarios al albacea, porque son concurrentes con los intereses de todos los sucesores, en particular, de los herederos. Como consecuencia, el incidente de oposición al inventario se lleva a cabo entre uno o varios de los herederos opositores con la

misma o diferente pretensión. Dicho de otra manera, uno de los herederos podría argumentar que faltó incluir algún bien en el acervo, como podría ser un coche, la cuenta bancaria o las joyas; es importante señalar que se tienen que acompañar de los títulos de propiedad que justifiquen que el bien se tiene que agregar al acervo hereditario. Son incidentes de oposición individuales respecto de bienes distintos, sin embargo, todas las oposiciones deben desahogarse en una sola audiencia.

En relación con el incidente de oposición al avalúo, el incidentista tiene que precisar el monto del valor que está atribuyendo a los bienes, dirigiendo su pretensión al perito valuador que hizo el dictamen inicial que se acompañó al inventario, y para ello su documento fundatorio debe ser un avalúo distinto, pero no es lógico ni procedente que el incidente se enderece en contra del albacea, quien carece de legitimación pasiva para tal efecto. Tampoco es válido que se ofrezca, admita y desahogue en este incidente la prueba pericial en materia de valuación en términos de los numerales 346 y 347 del CPC. No debe aplicarse lo previsto en el primer numeral, ya que no puede tratarse de perito único ni debe llevarse a cabo en vía contenciosa, incluso, el peritaje en materia de valuación tampoco está previsto en el artículo 347, sino en el tercer párrafo del artículo 353 (CPC).

Las valuaciones de cualquier bien en juicio contencioso deben hacerse a través de institución bancaria o corredor público, no por medio de peritos valuadores, excepto en juicios hereditarios, pues en este juicio el perito es designado por el heredero sin las reglas del artículo 347 (CPC), de acuerdo con lo previsto en el 819 del mismo ordenamiento.

Por esta razón, al intentarse la oposición al avalúo, el opositor debe acompañar su propio avalúo y el juez tiene que citar a los peritos que practicaron la valuación, tanto en la sección segunda como al iniciar el incidente. En la audiencia, se tiene que discutir el dictamen de cada uno de ellos, resolviendo así la oposición al inventario.

Existen dos momentos muy importantes. Dentro de la formación del inventario pueden incluirse o excluirse bienes cuando sea necesario. No obstante, se tendrán que presentar pruebas de lo dicho, por ejemplo, si se expresa que el autor de la herencia es dueño de cierto terreno, se tendrá que exhibir el título de propiedad, en caso contrario, no se prueba la sección segunda y se tendría que requerir al albacea que excluya ese bien del inventario como tal, debiendo listarlo como derechos derivados al autor de la herencia, no porque no pertenezca al autor de la herencia, sino porque no se acredita.

Conforme a lo previsto en la norma sustantiva, son dos momentos procesales diferentes: 1) la formación del inventario acompañado de los títulos que justifiquen la propiedad o titularidad, 2) el momento donde el opositor quiera agregar. No suena lógico que alguno de los herederos titulares de un patrimonio común quiera que este se disminuya (artículos 1986 y 1988 del Código Civil), por tanto, no es admisible el incidente de exclusión de bienes; asimismo, no se puede incluir bien alguno si no se acredita la propiedad del mismo a favor del *de cuius*, sin embargo, debe quedar a salvo su derecho para su adición en el momento procesal oportuno. Así pues, en el incidente de oposición al inventario se agregan bienes o derecho, pero nunca se

excluyen. La exclusión de forma específica debe llevarse a cabo en juicio ordinario tal como lo contempla el último párrafo del artículo 829 del CPC, con relación a lo previsto en el artículo 1714 del Código Civil para el Distrito Federal y los correlativos de cada entidad federativa.

La oposición se realiza al inventario debido a que se van a agregar bienes; en ese sentido es evidente que se tiene que añadir también el valor. Cuando la oposición es procedente, el juez tiene que aprobar el inventario con lo que se adicionó y el avalúo con el valor que se está agregando. Si no fuera procedente, debe aprobar el inventario y los avalúos formulados en autos (en autos, porque puede formularse por el heredero o por el albacea).

El artículo 1750 del Código Civil refiere que el albacea está obligado a formular el inventario, pero el 1751 menciona que si no lo hace él lo podrá hacer cualquiera de los herederos. El incidente de oposición al inventario o al avalúo, incluso a ambos, puede hacerse por cualquiera de los herederos o por varios de ellos. Esto debe hacerse adicionando más bienes, justificando la propiedad en favor del *de cuius* o asignándoles un valor distinto.

El juez debe citar a los interesados a una sola audiencia, aun cuando sus objeciones sean diferentes. Si alguno de ellos no se presenta, se le tendrá por desistido; lo anterior se debe a la falta de interés o a que no se puede agregar ese bien.

Los tribunales federales, en una interpretación inadecuada, indican que se trata de una violación al debido proceso, pero deja de ser asertiva esta reflexión, ya que la naturaleza del juicio hereditario no es contenciosa; por

tanto, la oposición en la sección segunda tampoco es de esa índole; en consecuencia, no es necesaria una demanda contenciosa. Aun así, hay juicios especiales en donde se tiene por desistido al actor que no acude.

Si el incidente de oposición al inventario o avalúo, o ambos, fueran improcedentes y la sentencia interlocutoria debe resolver y aprobar el inventario formulado en autos, no sería necesario repetir el avalúo preexistente. En caso de que el incidente fuera procedente, no se debe requerir al albacea formular nuevo inventario, se deben agregar los bienes del opositor y establecer el valor, así termina la sección segunda, con una sentencia interlocutoria; al respecto, el artículo 825 del CPC menciona que, si los herederos no se pronuncian o no se conforman con el inventario, el juez debe dictar un auto aprobando inventarios y avalúos.

V. Sección tercera, de administración y rendición de cuentas

Por costumbre de esta sección solo se le da relevancia a la parte de rendición de cuentas y, en el 99 % de los casos, se soslaya la parte de administración, en la que el interventor, el administrador, el cónyuge supérstite o el albacea realizan lo mejor de su gestión, esto es, aquí es donde se deben mostrar las acciones que se realizan para defender los bienes del acervo hereditario fuera de juicio. Como todo buen administrador, se deben conservar los mismos en el estado en que se reciben o en mejores condiciones; se deben cobrar créditos, pagar deudas, entre ellas las mortuorias, gastos de mantenimiento, de la sucesión, de

legados, etcétera, gestiones que se deben hacer con el consentimiento de los herederos o la autorización del juez, lo que —insisto— se deja de hacer y entretiene el trámite y genera inconformidades innecesarias. Además, como resultado de tal omisión, los incidentes en esta sección normalmente se presentan solo en contra de la rendición de cuentas, la mayoría de los casos en contra de las que rinden los albaceas, aunque también están obligados a realizarlas el interventor, el administrador y el cónyuge supérstite, quienes difícilmente vemos que lo hagan.

Esta práctica que se ve en los tribunales motiva la realización de algunas aclaraciones, en particular, para que en la costumbre se corrijan usos y prácticas que hay en el foro, y con ello se reduzcan los incidentes, sobre todo aquellos que se tramitan de manera ociosa. Como ya se precisó en líneas previas, en esta sección existe tanto la administración como la rendición de cuentas, por eso resulta importante que se ubique muy bien la primera parte de esta, ya que consiste en la administración de los bienes, la cual en esencia corresponde al albacea, pero en algunos casos, con cierta frecuencia, lo hace el cónyuge supérstite casado bajo el régimen de sociedad conyugal, donde coinciden los bienes del acervo hereditario con los del régimen patrimonial del matrimonio; a pesar de que nunca se ha visto que un mandatario rinda cuentas o que, en su caso, lo haga el interventor administrador designado por el juez como medida cautelar.

En un juicio hereditario no solo es el albacea el obligado a rendir cuentas, también debe hacerlo el apoderado que siguió administrando los bienes hasta que los herederos

se hicieron cargo. La rendición de cuentas también debe hacerla un interventor administrador designado como medida cautelar al albacea, el cónyuge supérstite que administra los bienes, en términos del artículo 832 del CPC; igualmente es el deber de los albaceas especiales al terminar su encargo y del albacea definitivo. Este último debe hacerlo por lo menos anualmente y realizar su rendición de cuentas general, también puede rendir cuentas mensuales o bimestrales, si fuera necesario.

Cuando la administración se lleva a cabo de forma debida, la rendición de cuentas no reviste mayor problema si la persona obligada la hace con base en los principios rectores de ese cargo, principalmente, en los tiempos y autorizaciones que se establecen en el Código Civil, bajo el principio general del derecho que establece: "Todo aquel que administra bienes ajenos está obligado a rendir cuentas". Reiterando, el albacea no debe disponer libremente de los bienes del acervo hereditario, sino contar con el consentimiento de los herederos para realizar una serie de gestiones, como son: los gastos de administración, el pago de los gastos de la sucesión, así como establecer arrendamientos por más de un año, otorgar el uso a título gratuito, entre otros. Si la persona encargada de la administración hiciera todo esto, la rendición de cuentas debería ser tersa y sin problemas.

Un punto a destacar para aquellas personas que deben rendir cuentas, aun cuando el capítulo de juicios hereditarios en el código adjetivo y la parte sustantiva de las herencias no señalan reglas para tal efecto, de acuerdo con lo previsto en los artículos 18 y 19 del Código Civil,

es la aplicación de los artículos 519 a 521 del CPC en lo conducente, para subsanar tal omisión en la rendición de cuentas y que sea la más adecuada. Este es el primer paso, hacer la introducción de la causa por la cual se van a rendir, enseguida, se tiene que hacer una lista de los activos y pasivos, es decir, la indicación de las sumas recibidas y gastadas y el balance de las entradas y salidas, acompañándolos de los documentos justificativos, como recibos, comprobantes de gastos y demás.

Es importante precisar que a diferencia de lo previsto para las secciones segunda y cuarta, en las que solo se requiere la conformidad de la mayoría de los herederos tal como lo prevén los artículos 1682 y 1683 del Código Civil para el Distrito Federal y sus correlativos, en la sección tercera, para obtener su aprobación se requiere la conformidad de todos los herederos, o bien que no exista oposición de ninguno de ellos a la rendición de cuentas; basta que uno de ellos no esté conforme para impedir la aprobación de la sección. En ese caso se deberá iniciar el incidente de oposición a la rendición de cuentas respectivo, el cual analizaremos más adelante.

Como ya se señaló, además del albacea están obligadas a rendir cuentas todas las personas que por alguna razón lleguen a administrar bienes del acervo hereditario. Si bien es cierto que por costumbre se hace referencia a la cuenta general del albacea y a que debe ser un requisito para continuar en su encargo, pocas veces vemos este tipo de cuentas y con menos frecuencia se presentan las de tipo mensual en aquellos casos en donde es necesario pagar sueldos y gastos de administración de forma constante; tampoco se ve a

menudo la rendición de cuentas bimestrales, que se refieren al pago de los frutos que debe hacer el albacea según los artículos 1605 del Código Civil y 854 del CPC. En todos estos casos la persona que rinde las cuentas debe cumplir con los requisitos ya señalados en líneas precedentes.

Para obtener un procedimiento más ágil, en los trámites de la sección tercera resulta importante depurar el procedimiento, evitando la gestión de incidentes ociosos de oposición a la rendición de cuentas, para eso se sugiere que el juzgador, una vez que el albacea deba rendir cuentas por cualquier motivo previsto por la ley, lo requiera para que las haga de acuerdo con los principios contenidos en los artículos 519 a 521 del código adjetivo, invocando y aplicando estos preceptos por analogía.

Otra propuesta para establecer buenas prácticas en el trámite de los juicios hereditarios sería que en aquellas sentencias en las que se determine remover a los albaceas, o a la administración del cónyuge supérstite si no ha cumplido adecuadamente con sus gestiones de administración, en los puntos resolutivos de la sentencia respectiva el juzgador requiriera a dicha persona que se esté removiendo o revocando rendir cuentas, evitando los apercibimientos con medidas de apremio, lo cual no resulta eficaz, primero, porque son poco coercitivas y, segundo, porque se van a provocar recursos y hasta la interposición del amparo de forma innecesaria. En cambio, para dar mayor eficacia al cumplimiento de este punto resolutivo, se sugiere que el apercibimiento consista en que se proceda en contra de la persona a quien se le condene a rendir cuentas y no lo haga en el tiempo prudente indicado, lo anterior

con base en las reglas previstas en la vía de apremio o ejecución de sentencia en las entidades federativas donde no esté prevista la vía de apremio.

VI. Sección cuarta, de partición y adjudicación

En esta sección se debe hacer la división del saldo del acervo hereditario, lo que significa que el albacea, o un perito partidor designado para el efecto, deberá presentar un proyecto partitorio en el que se establezca la porción que corresponde a cada uno de los herederos y los bienes que atañerán al cónyuge sobreviviente por concepto de gananciales, según el régimen patrimonial bajo el cual contrajo matrimonio con el autor o la autora de la sucesión, procedimiento regulado en los artículos 860 en adelante del CPC.

En esta sección el único incidente admisible será el de oposición al proyecto de partición; al respecto, también se puede disminuir su tramitación al máximo con el solo cumplimiento de los preceptos antes señalados, que el albacea indique si hará la partición por sí mismo o en su caso pedirá la designación de un perito partidor. Este o el albacea, antes de realizar el proyecto partitorio, deben solicitar instrucciones a los interesados (solo herederos y cónyuge supérstite) para formular dicho proyecto, con la posibilidad de realizar un convenio sobre el particular, en el que los interesados pueden realizar toda clase de convenios para la partición de los bienes que integran el acervo hereditario. Si se lleva a cabo de esta forma, se estaría suprimiendo cualquier inconformidad de los coherederos, con ello se evita cualquier oposición y, por ende, las incidencias respectivas.

Si los herederos no son convocados a la junta para escuchar sus propuestas para la partición, como sucede generalmente, una vez que se les mande dar vista conforme a lo previsto en el artículo 864 del CPC, dentro del término concedido de diez días, cualquiera de los herederos tendrá la oportunidad de oponerse al proyecto tal como lo previene el artículo 865 del ordenamiento referido. Como presupuesto procesal, el incidentista debe expresar concretamente cuál es el motivo de la inconformidad y cuáles son las pruebas que se invocan como base de la oposición; sin tales requisitos, el juez conforme a lo previsto en el artículo 72 del mismo ordenamiento adjetivo podrá desechar de plano el incidente. Ahora bien, esta circunstancia se facilita cuando los interesados no son convocados a la junta antes indicada, porque no tuvieron la oportunidad de dar su parecer para la elaboración del proyecto partitorio.

En este supuesto, si son varios opositores, como sucede en la sección segunda, debe ser una audiencia común y su pretensión opositora se tiene que dirigir en contra del partidor, que no siempre es el albacea; cuando sea él quien formule el proyecto se le debe considerar procesalmente con el carácter de partidor.

Cabe señalar, tal como se hace al inicio de esta exposición, que los incidentes cuentan con una naturaleza propia y, por tanto, el resultado no puede ser de la misma forma que como se maneja en los incidentes contenciosos, donde de forma tradicional se les trata como resolutores de contiendas. Aquí es diferente, en caso de que la oposición sea procedente, el juez debe dictar sentencia de adjudicación conforme a los elementos del proyecto partitorio,

considerando los elementos de la oposición, *pero nunca mandar a realizar otro proyecto partitorio*, lo que va en contra de la naturaleza de la sucesión y de la propia estructura de esta sección de partición; de ser improcedente debe dictar sentencia de adjudicación según el proyecto formulado por el albacea en carácter de partidor o (muy raro por cierto) por el perito partidor.

No se debe confundir este incidente de oposición al proyecto de partición, el cual solo puede intentarlo alguno de los herederos y el cónyuge supérstite, con la oposición que pueden realizar los acreedores hereditarios legalmente reconocidos (que hayan comparecido en la sección segunda), cuando ya estuviere vencido y cuando no lo estuviere, pero no se le asegure debidamente el pago, y los legatarios de cantidad, de alimentos, de educación y de pensiones mientras no se les asegure el pago correspondiente. En caso de que esto llegue a ser necesario bastará un escrito sencillo para solicitárselo al juez, conforme a los principios contenidos en el artículo 797 del CPC, en el que se le indique que deberá suspenderse la adjudicación hasta en tanto no se resuelvan otros asuntos.

Nota final. En los juicios hereditarios no caben otros incidentes sino los antes señalados, de tal forma, debe ser desecharo cualquier otro, ya que únicamente entretienen indebidamente los procedimientos, lo que los hace largos y tediosos de manera innecesaria.

Fijación de pensión compensatoria con perspectiva de género*

Gloria Elena Ptacnik Preciado**

El Código Civil para el estado de Baja California no contempla la figura de divorcio sin expresión de causa o divorcio incausado, sino que los juzgadores hemos venido aplicando los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que a partir de julio del año 2015 consideran innecesaria la acreditación de las causales de divorcio cuando se pretende la disolución del vínculo matrimonial, y como tal se ha estudiado la pensión compensatoria. Para entrar de lleno al tema se recordarán algunos conceptos que hablan de los alimentos.

La obligación de dar alimentos es recíproca, es decir, la persona que tiene el deber de dar alimentos también puede exigir y pedir que se le otorguen. Los alimentos como es bien sabido, no solo comprenden la comida, sino también la asistencia en casos de enfermedad, la habitación y la vestimenta. No obstante, se presume que la persona que se

* Conferencia presentada el 31 de mayo de 2022.

** Jueza Segunda de lo Familiar de la Ciudad de Ensenada, Baja California.

haya dedicado preponderantemente al cuidado del hogar y de los hijos durante el matrimonio o el concubinato necesita los alimentos, por tanto, se va a partir de la diferencia entre la pensión alimenticia y la pensión compensatoria.

El Código Civil de la Ciudad de México y el del estado de Baja California establecen que existe una reciprocidad entre los cónyuges de darse alimentos. Cuando se disuelve el vínculo matrimonial a través del divorcio esa obligación se extingue, pero puede mutar, según las circunstancias del caso, en algo que se ha denominado doctrinariamente como *pensión compensatoria*. A diferencia de la pensión alimenticia que tiene su sustento en la ayuda mutua y la solidaridad que debe existir recíprocamente entre los cónyuges o concubinos, esta pensión surge de una situación resarcitoria y asistencial, aunque no en todos los asuntos donde se declare disuelto el vínculo matrimonial deberá establecerse o fijarse una pensión compensatoria, pues, como lo ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se fijará en aquellos casos en donde el divorcio o la disolución del vínculo matrimonial deja a uno de los cónyuges en una situación de desequilibrio que no le permita acceder a una vida adecuada y digna.

Lo anterior es un presupuesto básico que ha establecido la Suprema Corte de la Nación para fijar una pensión compensatoria, luego entonces, como se mencionó, no en todos los asuntos donde se declare disuelto el vínculo matrimonial el juez tiene que fijar una pensión compensatoria, se hará conforme al contexto y a cada caso particular. Esto es, se analizará si alguno de los cónyuges se encuentra en esa situación de desequilibrio

que conlleva la disolución del vínculo matrimonial. Es importante considerar varios aspectos, entre ellos, la edad de los cónyuges, su estado de salud, su capacidad para satisfacer por sí mismos sus necesidades y, sobre todo, si se encuentran en una situación de vulnerabilidad o sufren de alguna discapacidad.

Un aspecto importante es cómo fijar los alimentos en la pensión compensatoria. Primero, se tomará en cuenta la capacidad de los cónyuges para trabajar y su situación económica. Aquí entra la facultad del juez familiar de recabar medios probatorios para conocer la capacidad y la situación económica que prevalecía en el matrimonio antes de la disolución del vínculo matrimonial; puede ser por medio de estudios socioeconómicos y de la investigación ante diversas instancias de la capacidad que tiene el cónyuge obligado y la necesidad que tiene el otro cónyuge de recibir una pensión alimenticia al término del matrimonio. Los juzgadores pueden aplicar el principio para mejor proveer y allegarse de elementos que permitan conocer cómo era el contexto de esta pareja antes de disolverse el vínculo matrimonial. De tal suerte, si el divorcio o la separación de los cónyuges sitúa a uno de ellos en una posición de desequilibrio o de desventaja económica que le impida lograr un nivel de vida adecuado, procede fijar una pensión compensatoria; en este tenor, se deben valorar y analizar las capacidades de cada cónyuge. En ese sentido, se toma en cuenta la edad y la capacidad en cuanto a las posibilidades de acceder a un empleo.

Es importante no solo basarse en el binomio tradicional relacionado con la pensión alimenticia y su establecimiento

de acuerdo a la situación del acreedor y a las posibilidades del deudor, sino ir más allá y establecer su duración. Igualmente, se debe conceder siempre a favor del cónyuge necesitado y debe atender situaciones de vulnerabilidad y de desequilibrio económico.

La Corte ha establecido que la pensión alimenticia compensatoria persigue un fin resarcitorio, por ejemplo, la mujer —me refiero a la mujer por cuestiones históricas— ha realizado mayormente los roles correspondientes al cuidado y a la educación de los hijos, y el permanecer mayor tiempo en el hogar durante la relación o el matrimonio al cuidado de los hijos le impidió de alguna manera desarrollarse profesionalmente o adquirir las herramientas para poder salir adelante una vez disuelto el vínculo matrimonial. Es una especie de compensación, se podría decir, por haber contribuido al cuidado del hogar y de los hijos.

El Código Civil para el Estado de Baja California establece que ambos cónyuges tienen la obligación de aportar alimentos al hogar en la medida de sus posibilidades, en ese sentido se considera que el trabajo que realiza la mujer en el hogar, el cuidado del mismo y de los hijos, es parte de la aportación de los alimentos, por ello las características que vemos en la pensión compensatoria son una situación asistencial y resarcitoria.

Un tema muy importante es el *límite temporal* de la pensión compensatoria, el cual se torna un tanto complejo de determinar. Pudiera ser que la pensión compensatoria se fijara por el tiempo que duró el matrimonio, esto con el fin de que sea proporcional y justa, pues tampoco se debe llegar a un punto en donde sea desproporcionada. Es fundamental

establecer la temporalidad al fijar una pensión compensatoria. Se insiste en esto porque la idea de fijarla es proveer al cónyuge de las herramientas o los medios para que en un futuro pueda satisfacer por sí mismo sus necesidades apremiantes y lograr una vida decorosa y digna.

Se maneja en primer término que la pensión compensatoria puede tener como duración la temporalidad del matrimonio, es decir, si los cónyuges contraen matrimonio y esta relación dura cinco o diez años, la pensión alimenticia, atendiendo siempre a las circunstancias del caso, puede fijarse por el mismo tiempo. Sin embargo, no hay que perder de vista que también como excepción se puede fijar una *pensión compensatoria vitalicia*, esto es, de por vida o por el tiempo que el cónyuge lo requiera, pero aquí se van a tratar situaciones relacionadas con la edad, la vulnerabilidad y la falta de acceso a un trabajo que le permita vivir dignamente.

Se ha visto en la práctica que el límite de la pensión compensatoria se fija conforme al tiempo que duró el matrimonio. Una jurisprudencia referente al tema es la contradicción de tesis 2/2021, sustentada entre dos tribunales colegiados del Séptimo Circuito, en donde se estableció que para determinar la duración de la pensión compensatoria se deben tomar en cuenta las condiciones objetivamente demostradas en que quedan los cónyuges al momento de la disolución del matrimonio, y no las circunstancias futuras e hipotéticas basadas en la edad que eventualmente tendría quien recibe dicha pensión al término de esta.

En otras palabras, el Pleno determinó que la pensión no debe sujetarse a situaciones hipotéticas futuras en las que

se va a encontrar el cónyuge al término de la duración de esta, porque —se reitera— la idea de fijar o imponer una pensión alimenticia compensatoria es dotar a este cónyuge de las posibilidades de acceder a una situación que le permita satisfacer sus necesidades por sí mismo. Como ejemplo se hace referencia al caso de una pareja que contrae matrimonio o vive en concubinato durante diez años, cuyo vínculo matrimonial se disuelve cuando la pareja cuenta con cuarenta años de edad. Entonces, al término de la temporalidad de la pensión, el cónyuge va a tener aproximadamente cincuenta años, y puede suceder que al llegar a esa edad su salud se encuentre mermada y no pueda cubrir sus necesidades, por ello, la idea es que en el lapso en que se fijó la pensión compensatoria pueda reanudar sus actividades. Como podría suceder en el caso de una pareja de profesionistas que contrae matrimonio o vive en una relación estable de concubinato, en el cual la esposa decide quedarse en casa al cuidado de esta y de los hijos, administrando los ingresos que el cónyuge proveedor lleva al hogar, razón por la que no puede ocuparse de las actividades propias de su profesión.

El objeto estriba en que al dotar a la persona de la pensión compensatoria pueda reactivarse en las labores que desarrollaba antes del matrimonio, pero es importante establecer cuál es la situación de la pareja en el momento y no la que va a prevalecer una vez que se disuelva el vínculo matrimonial o se dé por terminada la relación de concubinato.

Es importante resaltar cuáles son las circunstancias que debe tomar en cuenta el juez cuando va a fijar una

pensión alimenticia compensatoria. Primero, la pérdida de la capacidad, el perjuicio que le provoca al cónyuge porque al momento en que se dedicó al hogar y al cuidado de los hijos no tuvo oportunidad de desarrollarse profesionalmente en un trabajo que le permitiera solventar sus necesidades. Los perjuicios que puede ocasionarle son que al quedarse en el hogar no obtiene un trabajo, por tanto, tampoco la protección de una seguridad social, y probablemente en un futuro no pueda solucionar sus problemas médicos, situación contraria a la del cónyuge que se dedicó a trabajar.

La jurisprudencia de contradicción de tesis 530/2019 menciona que la pensión compensatoria no procede en el juicio de alimentos entre los cónyuges si durante su substanciación se disuelve el vínculo matrimonial en un juicio de divorcio. Al tener la pensión compensatoria características distintas a la pensión alimenticia, que surge de la solidaridad y de la ayuda mutua, debe demandarse en el juicio de divorcio o en un juicio autónomo, ya que al terminar el vínculo matrimonial también cesa la obligación de los alimentos entre los cónyuges. Por tal razón, si se inició un juicio sumario civil de alimentos entre cónyuges y se decretó una pensión alimenticia, esta concluye al momento de disolverse el vínculo matrimonial. Por eso es importante que en los juicios de divorcio se establezca la necesidad de recibir, que se imponga al otro cónyuge el pago de una pensión compensatoria.

¿Por qué establecer como tema de esta plática el juzgar la pensión compensatoria con perspectiva de género? Es sabido por todos nosotros que el juzgar con perspectiva de género es una obligación tanto constitucional como

convencional que opera de oficio para todos los órganos jurisdiccionales de cualquier instancia. El juzgar con perspectiva de género permite a los jueces percibir si hay una situación en donde se ven afectados los derechos humanos o se esté haciendo uso de la discriminación. Cuando se fija una pensión alimenticia compensatoria se tiene que hacer con perspectiva de género, porque históricamente la mujer, por los roles de género, ha permanecido en el hogar al cuidado de los hijos, y al momento en que se decreta la disolución del vínculo matrimonial se encuentra en una situación de desequilibrio y desventaja.

En algunos casos, inclusive, cuando se demanda el divorcio y se pide una pensión alimenticia compensatoria bajo el argumento de que la cónyuge se dedicó al hogar y al cuidado de los hijos, el demandado suele argumentar que el cuidado de los hijos es obligación de la mujer. Esto es, el considerar que las mujeres deben realizar en mayor medida los quehaceres del hogar es un estereotipo; por eso es importante cuando juzgamos con perspectiva de género aplicar el método de analizar los hechos, de tal forma que se hagan a un lado todos los estereotipos y roles, para efecto de atender cuando las partes se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

El juzgar con perspectiva de género beneficia a la mujer y al hombre porque, por ejemplo, anteriormente se consideraba que la mujer era la más apta para cuidar a los hijos que había engendrado; ahora, conforme al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el hombre y la mujer son iguales, y lo que debe atender un juez cuando va a resolver sobre una cuestión de

custodia o convivencia es la idoneidad, es decir, ¿cuál de los progenitores es el más apto para ejercer la guarda y cuidado de los hijos?

El marco jurídico del tema que nos ocupa comprende el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en su parte pertinente establece que todas las personas deben acceder a una vida digna y decorosa; la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; el artículo 16, numeral I, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 23, numeral 4, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 17, numeral 4, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 16, numeral I, inciso c), de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

Asignación y reasignación de sexo. Retos para la medicina y el derecho*

María del Pilar Hernández Martínez**

La Suprema Corte de Justicia de la Nación recientemente resolvió la acción de inconstitucionalidad 73/2021, relacionada con las infancias trans. Respecto del eventual retroceso en torno a los derechos humanos, pareciera un juego de serpientes y escaleras. En cuanto a las escaleras, serían el ascenso en términos de conciencia de conocimiento de los derechos humanos, que ciertos sectores como el de los abogados, los expertos en derecho internacional, manejan. En el tema de asignación y reasignación de sexo, también se puede mencionar a médicos, psicólogos, psiquiatras, sociólogos, etcétera. Eventualmente, los contextos son propicios para que en este juego del ascenso nos topemos con una serpiente que sirva como una especie de resbaladilla y existan retrocesos.

* Conferencia presentada el 7 de junio de 2022.

** Investigadora titular C de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

En el tema de asignación y reasignación de sexo se han tenido grandes avances o grandes ascensos. Esta parte de los derechos humanos está relacionada con la esencia de lo humano, y toca la diversidad. Desde que nacemos, nos vamos desarrollando y nos perfilamos con una personalidad, con una identidad, y en esa identidad nos vamos haciendo también muy diversos.

La biología humana es el primer ingrediente que nos toca después de la fecundación, pero hay un segundo momento, que es cuando empieza la socialización en el reducto más cercano que es la familia, después, en el ámbito colectivo y en otros mucho más amplios, como la sociedad. La cultura está muy vinculada a estas esferas sociales, entonces, también se entremezcla la biología con la culturización de lo que somos, con la diversidad de las latitudes, de los grupos humanos a los que pertenecemos.

El sexo es parte de la biología humana y lo que hace que existamos y que existamos como somos, al menos biológicamente: machos o hembras. El sexo, además, es una suma de elementos que involucra no solo los genitales, sino también los cromosomas, incluso se habla del sexo cromosómico; las glándulas, propiamente se habla de un sexo gonadal; los genitales, sexo genital, y, desde luego, las hormonas. Este concepto lo establece la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

El género está en razón del contexto de socialización, y se relaciona con cómo se genera la identidad, cuáles son las funciones para otros, los roles de género que se desempeñan, los atributos que se construyen dentro del contexto familiar, colectivo y —al hablar de un círculo concéntrico más

amplio— de la sociedad. Esto aporta una forma de vestir, una forma de expresarse y está relacionado no solo con lo que implica ser hembra o macho, mujer u hombre, sino también con el significado social y cultural que se le atribuye a las mujeres y a los hombres. El género tendría que ser definido como la culturización del sexo; además, tiende a diferenciar entre lo femenino y lo masculino.

Los contextos biológicos o la determinación biológica y el contexto social que seamos mujeres u hombres, pero también que seamos más femeninas o más masculinos.

La identidad de género, como lo determinan los Principios de Yogyakarta, se asocia con cómo la persona se autopercebe interna e individualmente de acuerdo con su adscripción. Por ejemplo, una persona de sexo biológico mujer y con identidad de género femenino se identifica con la compatibilidad entre su sexo y su género, es decir, se podría decir que es una persona *cisgénero*. La identidad de género se refiere a la forma en que cada persona se experimenta. Existen casos en que se presenta una incompatibilidad entre el sexo biológico, el sexo biológico que verdaderamente determina a la persona y el género con el cual se identifica. Si no hay una compatibilidad entre la autopercepción y el sexo asignado se dice que hay una situación de incompatibilidad o de *disforia de género*.

Los Principios de Yogyakarta también mencionan que la identidad de género puede corresponder o no al sexo asignado. La diferencia que eventualmente se podría presentar entre el sexo biológico y la autopercepción implica también la posibilidad de transitar hacia la compatibilidad a través de mecanismos o medios quirúrgicos médicos, o de otra

índole, para vivir de manera plena en aras de la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad y la autoaceptación.

La asignación de sexo es realizada por quien funge como médico, médica, ginecólogo, ginecóloga o partera o partero, ya que en un primer momento verifican el sexo a través de la vista, constatando la parte genital; esto es, si tiene vagina es niña, si tiene pene y testículos es niño. En ese orden de ideas, existe otra condición: la intersexualidad.

Debido a que la asignación de sexo en un primer momento se realiza a simple vista, y las personas intersexuales mujeres tienen masculinizados los genitales y los hombres los tienen feminizados, hay una errónea asignación de sexo, lo que más adelante va a acarrear una serie de condiciones que se tendrán que solucionar a través de lo médico quirúrgico y lo jurídico.

La asignación del sexo tiene un segundo momento, el primero es por la vista, en el cual se expide un certificado que dará lugar al segundo momento: la asignación legal del sexo. Esta se verifica ante los oficiales del registro civil y se asienta en el acta de nacimiento; permite que surja el derecho a la identidad, el primer momento en que las personas cuentan con una personalidad jurídica, es decir, a través de la partida de nacimiento la persona tiene ya una existencia propiamente jurídica.

El tercer tipo de asignación es el social, muy importante para las infancias trans. En el momento en que los progenitores deciden la reasignación de sexo de su hijo menor de edad, de su niña, niño o adolescente, el acompañamiento es realizado por dos operadores, uno jurídico y un psicólogo; este último, relacionado con la identidad y la personalidad,

acompañará a la familia en el proceso. La reasignación social se verifica en el momento en que la niña, el niño o el adolescente, sobre todo en el caso de las infancias trans, dice “soy una niña”, “soy un niño”, y entonces toda su expresión de género cambia, por ejemplo, de fémina a varón. Así pues, su expresión, su vestimenta, tendrá que hacerse compatible, primero en un círculo muy cercano, que es el de la familia, después en el colectivo, ya sea el de la escuela, los amigos, los clubes, etcétera, y posteriormente en un ámbito mucho más amplio, que es el social.

¿Cuáles son las dimensiones del sexo? Existe la dimensión del sexo cromosómico o genético, determinado por el cariotipo o la dotación de cromosomas sexuales, XX en la mujer y XY en el varón, también se denomina sexo genético. Se dice que por el cromosoma Y los hombres son quienes determinan el sexo de los hijos.

El sexo gonadal tiene que ver con la diferenciación de las gónadas, ovos o huevos que pasarán a ser testículos u ovarios. En la condición de intersexualidad sucede que quedan indiferenciados y se les denomina *ovotestis*, es decir, no llegan a ser un ovario, pero tampoco un testículo.

La parte genital interna o gonadofórica se relaciona con los conductos deferentes y las vesículas seminales en el caso de los hombres, y con el útero y la parte superior de la vagina en el caso de las mujeres.

Finalmente, los genitales externos o urogenitales se forman entre los sesenta días y el quinto mes de vida intrauterina. El surco urogenital indiferenciado se transforma propiamente en los genitales externos masculinos y femeninos. Esto se relaciona con los testículos, las bolsas

escrotales, el pene, el meato urinario, los labios vaginales, el clítoris y el orificio vaginal. Esta parte de lo genital o lo urogenital es lo que da lugar al sexo asignado o a la asignación de sexo.

Hay asimismo una parte psíquica que coincide con el género y con la identidad de la persona, con cómo se *autoidentifica* y se *autopercebe*; además, se despliega una serie de roles o de papeles respecto de esa identidad. Es una identificación externa que eventualmente se relaciona con la orientación sexual; por su parte, esta se refiere a la inclinación con base en una atracción. La parte del sexo comportamental propiamente es la que las personas despliegan. Cabe señalar que si estos elementos coinciden nos permiten adoptar un rol sexual esperado culturalmente.

La identidad de género está relacionada con la situación autopercebida, es decir, que la persona se identifique como mujer, *queer* (no ser macho ni hembra, sino estar en una zona intermedia) u hombre. Es una cuestión propiamente de carácter psicológica de identidad. Hoy en día, de acuerdo con la identidad, también hay personas no binarias y entran en una categoría.

La orientación sexual se refiere a la inclinación o a la atracción sexual o física hacia una persona del mismo sexo, de sexo diferente o de ambos sexos. En otras palabras, establece si la persona es homosexual, heterosexual o bisexual.

El sexo biológico, por su parte, es el que nos determina, y se refiere a que la persona es mujer, hombre o intersex.

La expresión de género se asocia con la identidad, por ejemplo, ser femenina o masculina; igualmente, hay una línea intermedia que no implica de forma alguna la

orientación, eso es un equívoco, se relaciona con los seres humanos andróginos, cuyo fenotipo no los adscribe en el ámbito de lo femenino o lo masculino.

Si el sexo biológico no concuerda con la identidad de género o el sexo psíquico, se dice que hay una incompatibilidad o una discordancia del rol social o familiar que se esperaba de la persona, denominada *disforia de género*. Así pues, se adopta una identidad de género distinta y eventualmente se puede transitar hacia una condición transgénero. Antes estas condiciones eran conocidas como trastornos o desórdenes de la identidad sexual o de la identidad de género, en inglés, *gender identity disorder* (GID).

La identidad de género es el resultado del juicio que cada persona realiza acerca de su propio cuerpo, por el cual se autoidentifica con el sexo masculino o el sexo femenino.

El género tiene una expresión colectiva, pero también individual. Respecto de la colectiva, implica la adaptación de las personas a las expectativas sociales que se marcan para cada uno de los sexos. Esto es, cumplen con roles de género. En cuanto a la vertiente individual, se refiere a cómo cada persona, según su autopercepción, vive su propio género. Así, se vive como hombre o mujer y se mantiene la individualidad. Se habla también de sentimientos, cogniciones y comportamientos relativos al hecho de ser mujer u hombre. Este proceso se adquiere a través del desarrollo psicosocial durante las distintas etapas evolutivas.

La identidad de género se desarrolla en etapas. De acuerdo con la sentencia 73/2021, las infancias trans ya han sido reconocidas. Anteriormente, había una serie de incomprensiones que no permitían dimensionar de forma

objetiva que una niña de tres o cuatro años dijera que no quería ser niña, o que un niño que no quiere ser niño pidiera que se le dejara el cabello largo, se le pusiera ropa de determinados colores o de niña.

La autonomía de la voluntad, a partir de 1995, es el núcleo duro de la teoría de las obligaciones, de la teoría de los contratos. Esta autonomía de la voluntad no tiene que estar viciada, es la manifestación más libre, prístina, en conciencia, de lo que queremos, de nuestra volición. Para los niños y las niñas también hoy en día ha sido reconocida, no solo a través de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en el caso del Estado mexicano, sino también de grandes sentencias extranjeras, particularmente las de la Corte Constitucional de Colombia, que desde 1995 han contribuido a proporcionar los perfiles de la autonomía progresiva de la voluntad. Los niños y las niñas tienen voluntad y son capaces de expresarla.

Hoy en día, entendemos cada vez más que la identidad y la personalidad de los niños y las niñas se fija a determinadas edades. La identidad de género también va aparejada con el desarrollo de la consolidación de la personalidad. Alrededor de los dos años, las niñas y los niños toman conciencia de las diferencias físicas entre los hombres y las mujeres, empiezan a autorreconocerse a través de los espejos, y por medio del juego comienzan a ver las diferencias que existen.

Al tercer año de edad, la mayoría de las niñas y los niños se puede identificar como hombre o mujer, incluso, en esta identidad de género de lo masculino y lo femenino pueden

elegir la ropa, los accesorios y los colores: azul para los niños y rosa para las niñas; cuestión cultural completamente arbitraria, pero los niños y las niñas que son parte de una culturización, de un desarrollo propiamente antropológico contextual, se inclinan por elegir conforme a los patrones.

A los cuatro años la mayoría de las niñas y los niños tiene un sentido estable de su identidad de género. Durante esta misma época aprenden el rol de género, las cosas que hacen los varones y las que hacen las féminas. Las preferencias entre los géneros cruzados y el juego son parte de la exploración y el desarrollo del género, independientemente de la futura identidad de género.¹

La expresión y la identidad de género están relacionadas, pero son conceptos completamente diferentes, a veces se tocan, a veces no. La identidad de género de un niño o de una niña no siempre es indicativa de una expresión de género en particular, y la expresión de género no siempre es indicativa de una identidad de género. En un video danés se pueden apreciar las imágenes de un padre y su hijo; el padre llega a su casa y ve a su hijo de 12 o 13 años jugando con dos muñecas Barbie, una rubia y una morena. Al señor le llama poderosamente la atención y hace un gesto de reprobación a su hijo. En una segunda escena, el señor abre la puerta de la habitación del niño y lo encuentra dormido, en el brazo izquierdo tiene la rubia y en el derecho, la morena; así pues, el señor sigue con el gesto de reprobación. En el momento en que se cierra la puerta,

1 Vinueza Beltrán, Ana María et al., “La psicología educativa estratégica para construir la identidad de género en la primera infancia”, *Dominio de las Ciencias*, 2023, v. 9, núm. 1, p. 28.

se muestra la imagen de lo que está soñando el niño, a saber, sueña que está con unas chicas adolescentes muy guapas en plan de galán.

Al despertar encuentra dos luchadores sobre su mesa de noche, y él es quien hace ahora el gesto de reprobación. Entonces, abre la puerta de su cuarto y ve a su papá desayunando; se imagina a su papá y a dos luchadores con trajes de piel. Así pues, lo que proyecta es una relación propiamente homosexual.

Este ejemplo hace referencia a los errores en los que se incurre cualificando una expresión de género como si fuera una identidad u orientación sexual. La expresión de género constituye uno de los elementos de la identidad sexual junto con el sexo biológico, la identidad de género y, desde luego, la orientación sexual.

La medicina y la biología humana entendieron la diversidad sexual y de género de los seres humanos. En el ámbito jurídico esta transición no ha sido tan pacífica, mucho menos en términos de regulación normativa ni de reforma constitucional. Todo se ha hecho a golpe de sentencia por los tribunales constitucionales, por los tribunales de apelación y, particularmente, a través de otra acción de gobierno, las políticas públicas de manera diferencial.

La medicina enfrenta ciertos retos, pero también los juristas, ya que las diferencias y la diversidad se hacen cada vez más presentes. Al resolverse los casos específicos, y paradigmáticos, se convierten en casos que obligan, a pesar de los retos de la interpretación normativa del derecho nacional y de las normas de fuente convencional, sobre todo respecto de las reformas de marzo y junio de 2021

en materia de precedente, en lo que a la actuación del Pleno de la Corte se refiere.

A fuerza de sentencias se ha abierto el camino a la regulación normativa del reconocimiento pleno de los derechos de las personas trans. El derecho continúa su propio recorrido con más conocimiento de las causas y de la diversidad.

La Ciudad de México fue parteaguas, con las reformas de 2008 al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles, en cuanto al reconocimiento de la reasignación de sexo para la compatibilidad sexo-género y al juicio especial para el cambio de nombre.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sentencia de amparo en revisión 6/2008, determinó en un caso de pseudohermafroditismo masculino la autorización, sin estigmatización y sin atestado, de la nueva partida de nacimiento expedida debido al cambio de hombre a mujer.

Consecuentemente, estos procedimientos también se pueden llevar a cabo por la vía administrativa. Es muy importante que no sea a través de un juicio porque estos pueden ser tardados y muy pesados. Ahora puede llevarse a cabo en las treinta y dos entidades federativas por medio de un trámite ante el registro civil, lo que no implicará mayores problemas, sobre todo porque ya no son exigibles muchos requisitos, como asistir a un psiquiatra y tener cinco años de tratamiento, estar tomando hormonas de reemplazo, entre otros, sobre todo en las personas transexuales respecto de la eventual y próxima operación de reasignación para compatibilidad sexo-género.

¿Cuáles son los casos de asignación y reasignación sexual? Son tres. Las personas transgénero, la transexualidad

y la intersexualidad implican de manera necesaria casos de reasignación propiamente sexual.

Las personas transgénero son aquellas que hacen compatible su identidad de género con su sexo, no hay una reasignación de compatibilidad sexo-género de carácter quirúrgico, pero sí de caracteres primarios, como son las mamas y la ingesta de hormonas de reemplazo; consecuentemente, un hombre se feminiza y una mujer se masculiniza. Es importante indicar que en el caso de las personas transgénero las diferentes legislaciones determinan la procedencia del cambio de nombre y de sexo.

Actualmente, se conocen embarazos de personas transgénero masculinizadas que no se han hecho la extirpación de la matriz, y que pueden gestar a un ser humano al dejar de tomar las hormonas de reemplazo.

Las personas transexuales, por su parte, son aquellas que autoperciben una incompatibilidad entre su sexo biológico y su género, por lo que se someten a las cirugías correspondientes de reasignación.

Las personas intersexuales se caracterizan por una ambigüedad genital dentro de una escala de severidad, lo que se puede manifestar en cualquier momento, desde el nacimiento hasta la adultez. Son conocidas también como hermafroditas. Al respecto, existen personas hermafroditas verdaderas y pseudohermafroditas.

Las personas intersexuales, por un mensaje hormonal, presentan una diversidad de condiciones que se verá más adelante. Algunas de ellas mantienen su condición de intersexualidad, pero la mayoría, por la incomprendión de los endocrinólogos, de los médicos, son sometidas a

cirugías quirúrgicas de reasignación de sexo a temprana edad, en la primera o segunda infancia. Esto es, no es un acto voluntario, sino impuesto, por lo que muchas de ellas ante el rechazo de la asignación impuesta de su sexo, que no es compatible con su género, pueden transitar hacia una condición de transexualidad y realizarse cirugías de reasignación; procedimiento quirúrgico para cambiar características sexuales y hacer concordantes la identidad de género y la biología.

Respecto de la literatura, aun cuando hay casos muy conocidos, en 2005 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos generó una relatoría que visibiliza la intersexualidad, condición humana que siempre ha estado presente.

Los derechos que involucran estos procedimientos de asignación y reasignación se encuentran en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los estudios para la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como en las sentencias de la Comisión, los instrumentos internacionales, convencionales, particularmente, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, los Principios de Yogyakarta y la Declaración de Montevideo. Estos comprenden derechos como la dignidad, la igualdad y no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad, la identidad personal, la identidad sexual, la salud (integral, física y mental), la vida privada y la intimidad. En el caso de las niñas, los niños y los adolescentes, el interés superior y la autonomía de la voluntad.

Los instrumentos convencionales relacionados con la integración de las normas de fuente internacional, que en aras del imperativo del artículo 133 de la Constitución mexicana conforman el bloque de constitucionalidad a través del cual los ministros, los magistrados y los jueces resuelven este tipo de casos, son algunos documentos paradigmáticos, como la Declaración sobre orientación sexual e identidad de género de las Naciones Unidas, los Principios de Yogyakarta: principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, la Declaración de Montreal sobre los Derechos Humanos de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales y la Declaración de Montevideo, ambas de 2006. No son documentos de larga data, pues se encuentran a quince años de distancia.

El pseudohermafroditismo masculino se refiere a pacientes con cariotipo XY y testículos inmaduros, genitales externos incompletos o erróneamente diferenciados. Consecuentemente dan una apariencia de feminización y esto hace que, en cuanto al sexo asignado, se les adscriba como tipo XX y no XY.

El pseudohermafroditismo femenino se refiere a personas con el cariotipo XX, genitales internos femeninos y genitales externos ambiguos. Se pueden apreciar un micropene y unas bolsas escrotales, pero son el clítoris y los labios vaginales que dan la apariencia de genitales masculinos debido a una oclusión, por una cuestión del mensaje genético y la operación de las hormonas que no terminan de madurar.

El hermafroditismo verdadero se refiere a un sexo cromosómico XX, en el 75 % de los casos, y a uno XY

con mosaicismo (dos o más poblaciones de células que difieren en su composición genética). Al ser hermafroditas verdaderos las líneas de las células y de las hormonas que dan lugar a la definición biológica sexual gonádica y genital caminan de manera paralela, son células que se reproducen y no se diferencian, por lo que dan esta apariencia. De forma característica, presentan tejido testicular y ovárico, genitales externos ambiguos, grados variables de desarrollo de los conductos *wolfianos*, en el caso de los hombres, y *müllerianos*, en el caso de las mujeres.

La disgenesia gonadal implica, en cuanto a la intersexualidad, anomalías cromosómicas como la monosomía XO o síndrome de Turner, las aneuploidías, como XXY o el síndrome de Klinefelter, el mosaicismo (dos o más estirpes celulares en un mismo individuo) y las alteraciones, como la hiperplasia suprarrenal congénita, que dan como resultado una condición de intersexualidad.

Los avances en la materia se pueden apreciar en las reformas al Código Civil para el Distrito Federal y al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en los cuales se determinan estos juicios especiales. Asimismo, en la resolución 6/2008 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en las reformas de 2015 al Código Civil para el Distrito Federal en materia de identidad de género y re-signación para la concordancia sexo-género, en las cuales se determinó la procedencia en trámite administrativo del levantamiento de una nueva acta de nacimiento para el reconocimiento de esa identidad.

En cuanto a las sentencias sobre identidad de género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se encuentran

la 1317/2017, que establece la adecuación del acta de nacimiento a la identidad de género autopercibida; el amparo en revisión 101/2019; las contradicciones de tesis 353/2017 y 346/2019.

Respecto de las infancias trans, por medio del amparo en revisión 155/2021, resuelto por la ministra Norma Lucía Piña Hernández, y la acción de inconstitucionalidad 73/2021, que determina procedimientos para la modificación de las actas de nacimiento, se puede apreciar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede determinar una serie de lineamientos que después serán normativizados.

La acción de inconstitucionalidad 73/2021 señala que los procedimientos relacionados a la infancia trans deben ser ágiles, expeditos, gratuitos, sencillos, eficaces; igualmente, debe haber consentimiento libre e informado de la niña, el niño o el adolescente, autonomía de la voluntad y estar diseñado con perspectiva interseccional. Se debe permitir rectificar nombre y demás componentes de la identidad, como el sexo, por medio de la expedición de una nueva acta, para que la persona no se vea obligada a detentar otra identidad que no represente su individualidad. No se pueden exigir requisitos basados en prejuicios o estereotipos, y debe efectuarse a través de tutores o de un representante legal con la voluntad expresa de la persona menor de edad. Asimismo, se debe prever una vía alterna cuando los representantes no consientan. Además, debe ser confidencial y los efectos no deben alterar la titularidad de los derechos y las obligaciones jurídicas contraídas previamente.

Existen veinticinco años de distancia de las sentencias de Colombia, pero ya se puede ver una luz al final del túnel. Las

entidades federativas que prevén protección a la identidad de género son la Ciudad de México con la reforma de 2021 al Código Civil, en relación con el trámite administrativo. Igualmente, otras entidades han avanzado respecto de la asignación y la reasignación de sexo para compatibilidad de personas transgénero, transexuales e intersexuales, como Coahuila, Chihuahua, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Oaxaca, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora y Tlaxcala.

En una acción de inconstitucionalidad en Puebla se exigió que la persona fuera mayor de dieciocho años para la reasignación legal, requisito que también establece el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y que la Suprema Corte está cuestionando. Solo Jalisco y Oaxaca reconocían el derecho a la expedición de actas de nacimiento por identidad de género o por reasignación para la compatibilidad sexo-género.

La opinión consultiva que ha servido a la Ciudad de México y a la mayor parte de los estados nacionales es la OC-24/17, la cual habla de las obligaciones que tienen estos en relación con los procedimientos de identidad de género y de reasignación de sexo. Por otra parte, se encuentra la opinión consultiva asociada con la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género, algunos términos y estándares relevantes, del año 2012. Asimismo, en 2014 entró en funciones la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex. Además, la opinión consultiva 24/2017 destaca que los procedimientos para la expedición de documentos de identidad deben ser esencialmente de naturaleza administrativa.

Ha habido muchos avances relativos a la reculturización de los operadores jurídicos que aplican el derecho, estos se pueden ver en los protocolos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expedido, como el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género, de 2014. Y el Protocolo para el acceso sin discriminación a la prestación de servicios de atención médica de las poblaciones lésbico, gay, bisexual, transexual, travesti, transgénero e intersexual, de 2019.

Existe también una serie de normas oficiales mexicanas, particularmente, la norma oficial NOM-034-SSA2-2013, Para la prevención y control de los defectos al nacimiento, la cual comprende el tamiz neonatal ampliado, que permite exámenes de laboratorio cuantitativos a los recién nacidos en busca de errores congénitos del metabolismo antes de que causen daño. Contempla los siguientes grupos de enfermedades: hipotiroidismo congénito, hiperplasia suprarrenal congénita (una de las condiciones que da paso a la intersexualidad), trastornos de los aminoácidos de cadena ramificada y del metabolismo de los ácidos grasos, galactosemia, fibrosis quística, inmunodeficiencia combinada, hemoglobinopatías y otras, si representan un problema de salud pública.

Los dilemas asociados a la asignación y la reasignación de sexo se encuentran sobre todo en la parte jurídica, en el grado de tutela y focalización de la situación de las niñas, los niños y los adolescentes trans, la parte de reasignación social, el respeto de la autonomía progresiva de la voluntad y las cirugías de reasignación para compatibilidad

sexo-género, así como la reasignación jurídica. En el caso de los adultos, se encuentran en las cuestiones relacionadas con el impacto. En cuanto al derecho civil y de familia, en la regulación de las situaciones en que una de las personas progenitoras decide ser transgénero o transexual. Así como en las familias integradas por una persona transexual, transgénero o travesti que ejerce su paternidad o maternidad, cuya denominación de *transparentalidad* se debe a la identificación y transición genérica de alguno de los progenitores; proceso que rebasa las fronteras de lo individual, ya que la transición genérica y la paternidad o la maternidad confluyen en la práctica.

El derecho al trabajo implica que se está abatiendo la brecha entre mujeres y hombres. En ese sentido, las mujeres aún tienen techos de cristal y pisos pegajosos, como se dice en el lenguaje feminista. Y ahora se ha visibilizado otro grupo: las personas trans.

En el ámbito del derecho del trabajo, implicaría el derecho humano al trabajo y condiciones justas, equitativas y satisfactorias; que no haya situaciones de exclusión del trabajo de las personas trans y de género diverso: 1) que no haya barreras para el ingreso al mercado laboral; a) existe falta de reconocimiento de la identidad de género, b) prejuicio y discriminación, c) antecedentes penales (cuando se solicitan se rompe la secrecía que se ha tratado de custodiar y se deja expuesta a la persona); 2) la discriminación y el acoso laboral, y 3) alternativas de supervivencia: trabajo por cuenta propia y trabajo sexual.

El derecho al deporte tiene grandes casos, como el de la exatleta especialista en vallas, María José Martínez Patiño,

suspendida en 1986 por tener un cromosoma masculino (XXY). Compitió en los juegos olímpicos de 1992, después de que la Federación Española de Atletismo le diera la razón en su apelación.

En 2009, a la corredora de profundidad Caster Semenya se le retiró el triunfo olímpico por presentar una anomalía cromosómica, a saber, no tenía útero ni ovarios, sino testículos internos; ovotestis, como se mencionó anteriormente. Consecuentemente, se le sometió a una serie de pruebas pese a que apeló ante el Tribunal Supremo de Suiza y se establecieron ciertas reglas sobre el porcentaje de testosterona o de estrógenos que una persona puede tener para competir.

Los casos de la halterófila Laurel Hubbard, de 43 años, y la nadadora Lia Thomas reflejan una encendida polémica, ¿las mujeres trans compiten con ventaja o en igualdad respecto de las mujeres biológicas? El Comité Olímpico Internacional (COI) dispuso la primera norma que permitía competir a las deportistas transexuales en las pruebas femeninas en 2003, pero la modificó en 2015. Estableció como requisito para la participación de una persona transexual que se declare mujer un tope en los niveles de testosterona de diez nanomoles por litro de sangre.

Algunos de los retos para la medicina son el derecho a la salud, las terapias de afirmación de género para las personas trans, la reducción de hormonas, las políticas de información del sector salud en el uso adecuado y no abuso de las hormonas de reemplazo, la atención institucional y las necesidades específicas, así como las cirugías estéticas y funcionales.

Análisis de algunas reformas necesarias para eficientar el sistema procesal penal acusatorio*

Ramón Alejandro Sentíes Carriles**

El objetivo del presente trabajo es visualizar algunas de las reformas necesarias para eficientar el sistema procesal penal acusatorio. Se debe partir de la idea de que han transcurrido siete años desde que dicho sistema inició su vigencia en esta ciudad respecto de delitos culposos y perseguibles por querella o acto equivalente, así como seis años desde su vigencia en torno al resto de los delitos, una vez que entró en operación desde el 6 de junio de 2016. En este lapso, muchos han criticado al aún llamado “nuevo sistema”, siendo de las críticas más destacables aquellas que lo consideran una puerta giratoria para quienes cometan conductas delictivas, así como que quienes lo operan tiene una actuación deficiente.

* Conferencia presentada el 28 de junio de 2022.

** Magistrado de la Sexta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

Sin embargo, el cuestionamiento esencial es: ¿para qué se requieren las reformas? Y existen múltiples respuestas:

- I. Retomar un verdadero sistema acusatorio.
- II. Eficientar el actual sistema de justicia.
- III. Adecuar nuestro sistema a nuestra realidad social (tropicalizarlo).
- IV. Corregir deficiencias o establecer conceptos esenciales.

I. Retomar un verdadero sistema acusatorio

En un verdadero sistema acusatorio, en esencia:

- A. Todos los delitos son de querella
- B. Los acusadores deben ser:
 - Acusador público
 - Acusador privado
 - Acusador particular
 - Acusador popular

Si este es el objetivo, en principio todos los delitos son perseguitables por querella, lo cual debe tener un soporte para que tenga viabilidad, es decir, es necesario que la acción penal pueda ser ejercida de distintas formas y se requieren cuatro tipos de acusadores: público, privado, particular y popular. El acusador público es el ministerio público, hoy fiscal; el acusador privado está orientado a los delitos que trasgreden el honor o conceptos particulares de las personas; el acusador particular posee la potestad

del ejercicio de la acción penal de manera más amplia, y el acusador popular observa delitos de lesa humanidad. Bajo esta óptica, cualquiera de los intervenientes puede ejercer la acción penal y comparecer ante un juez para judicializar algún tema.

Otro concepto para considerar un verdadero sistema acusatorio es la prisión como medida cautelar, la cual solo se impone bajo los siguientes estándares internacionales:

- peligro de fuga (objetiva)
- posible ocultamiento de pruebas
- peligro de agresión a testigos
- peligro de agresión al ofendido
- sin olvidar que en algunas latitudes todos aquellos que son sometidos a la potestad de un juez tienen derecho a la libertad (fianza)

Si bien es cierto que nuestro Código retoma algunos de estos conceptos para poder limitarla, existe un dilema con la prisión preventiva oficiosa que trastoca estos estándares internacionales.

En un sistema acusatorio, si lo vemos como un concepto amplio, el Ministerio Público es esencialmente acusador; la Policía es la encargada de la investigación y el Estado renuncia en esencia a conocer la verdad legal o histórica (únicamente esclarece los hechos), no le interesa readaptar o resocializar al sentenciado (solo lo reinserta) y tampoco está interesado en sancionar al delincuente (procura que no quede impune). El Estado cree en la recomposición del tejido social afectado, aunque actualmente existe

una mezcla *sui generis* de la protección de bienes jurídicos para la tutela bajo los tipos penales.

Así pues, si al Estado no le interesa sancionar porque esa recomposición se puede dar a través de distintos medios, serán estos medios los que van a ayudar a establecer que el sistema funcione. México tiene firmados diversos tratados internacionales que son la base para establecer el *ius puniendi*, el cual es el parámetro que indica que un Estado es democrático y de derecho, así como respetuoso de los derechos humanos.

En esta reforma requerimos:

- A. Que todos los delitos sean perseguibles por querella de parte.
- B. Establecer los distintos tipos de acusadores.
- C. Que todos los delitos admitan el derecho a la libertad o restringirla solo bajo estándares internacionales, eliminando la prisión preventiva oficiosa.
- D. Limitar funciones y facultades del fiscal, ya que en nuestro sistema el ministerio público tiene esa dualidad, investiga y es parte en los juicios; en otras latitudes que poseen un sistema acusatorio puro es la policía la única que investiga y el ministerio público es la parte.
- E. Aperturar los distintos mecanismos de salidas alternas y anticipadas (creando más y adecuando los ordenamientos para que sean de mayor acceso y alcance).

Tales serían las reformas necesarias para incursionar en un verdadero sistema acusatorio, es verdad que trae consecuencias muy complejas por cómo está estructurado en

nuestro país, pero no transgrediríamos los tratados internacionales y, al contrario, entraríamos en un sistema con una protección aún más garantista, aunque indiscutiblemente perdería cierta rectoría y control el Estado.

II. Eficientar el sistema penal

- Existen tópicos que es necesario adecuar, a efecto de poder hacer más ágiles los procedimientos.
- Caso concreto.
- En la Constitución existe la oportunidad de crear dos tipos de salidas anticipadas al proceso, de las cuales solo se ha incorporado en nuestra legislación una de ellas (el juicio abreviado).

Es importante tener presente que el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) fue creado por estudiosos de distintas orientaciones, lo que trajo como consecuencia que las incorporaciones de nuestro Código estén sesgadas o que sea complicado entenderlas porque son figuras de un sistema acusatorio puro y no las hemos sabido aterrizar y plasmar en nuestros ordenamientos para que sean mucho más amplios. Por ejemplo, en el caso del juicio abreviado, su fundamento esencial constitucional está en la fracción VII del apartado A del artículo 20 constitucional, el cual señala:

Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del imputado, se podrá decretar su *terminación anticipada* en los supuestos y bajo las modalidades

que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, *su participación* en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando *acepte su responsabilidad*.¹

Existen dos figuras y aunque haya quien considere que hubo un error del legislador, no es así, es cierto que hay errores de redacción, pero es diferente la *participación* de la *responsabilidad*, es distinto expresar “acepto que participé en la comisión de un delito mas no acepto que soy responsable, participé bajo un supuesto de una causa de antijuridicidad, o una legítima defensa”, a admitir lisa y llanamente una responsabilidad al decir: “sí lo hice y lo quería hacer”.

Así pues, del artículo 20 constitucional se deduce que existen dos tipos de reconocimiento por parte del imputado en el delito:

- Acepta su participación.
- Acepta su responsabilidad.

De los que se derivan dos tipos de juicios:

- Juicio abreviado (reconocimiento de participación). Acepta medios de prueba, existe valoración directa de la prueba, puede ser sentencia condenatoria o absolutoria y *no existe ninguna disminución de la pena*.
- Juicio simplificado (reconocimiento de responsabi-

¹ Cursivas del autor.

lidad). No admite medios de prueba (solo permite valoración indirecta), debe ser sentencia condenatoria y *existe una disminución de la pena*.

Es necesario realizar un análisis comparativo entre figuras similares en otras latitudes, como el caso de Chile, donde existe el procedimiento “abreviado” y el “simplificado”, a decir de Mauricio Duce Julio, ambos se sustentan en la lógica de la negociación y el consenso, es decir, comparten naturaleza, puesto que operan sobre la base de reconocer un espacio de negociación y consenso entre el fiscal y el imputado, bajo la hipótesis de admisión de responsabilidad de este último. Esto tiene mucha coherencia para la recomposición del tejido social porque el Estado renuncia a imponer una pena al tener salidas alternas.

En términos generales, el “juicio abreviado” permite realizar la valoración de la prueba y, portanto, individualizarla, que es lo que lo distingue del simplificado. El mismo autor en comentario expresa que, a partir de la confesión, el sistema está en condiciones de dictar una sentencia, sin necesidad de realizar una audiencia de juicio. Dicha sentencia será normalmente condenatoria (pero puede ser absolutoria), ya que en la base de estos procedimientos está la idea de que el consenso suprime la necesidad de presentar medio de prueba (por ello no es necesario realizar una audiencia de juicio para dictarla) y, por lo mismo, se exige muy poca evidencia adicional e incluso, en algunos casos, ninguna para llegar a tal resultado.

En esta lógica, los jueces tienen escaso poder de control de la evidencia o antecedentes efectivamente disponibles en el caso. Esto genera el riesgo de que sean procedimientos

muy vulnerables a la posibilidad de tomar decisiones erradas si es que la confesión prestada por el imputado fue falsa o no tan apegada a la verdad. Es decir, los jueces brindan la oportunidad de emitir una sentencia más adecuada; en nuestro sistema podría resumirse como: “te vas a juicio y entonces veremos si eres absolutamente inocente” o “en un abreviado de cualquier manera te impondré una sanción”, y en ocasiones los imputados lo hacen para obtener un sustitutivo o un beneficio de manera rápida mas no porque les interese admitir esa responsabilidad.

Por tanto, a partir de este breve análisis comparativo, se propone incorporar a nuestro sistema mexicano el procedimiento simplificado, adecuando el juicio abreviado para evitar el riesgo de condenas erróneas y bajo la posibilidad de desahogo y valoración de la prueba, así como individualizar la pena para que el juez no sea un espectador y un verificador de esas constancias.

Finalmente, otra reforma necesaria en este punto es ampliar las salidas anticipadas y un mayor número de tipos penales que sean perseguitables por querella de parte.

III. Adecuar nuestro sistema a nuestra realidad social (tropicalizarlo)

- Dentro de esta gama de alternativas, centremos nuestra atención en el *procedimiento abreviado*, mismo que en la práctica ha tenido un grado de aceptación óptimo.
- Sin embargo, ¿cuáles son los aspectos técnicos cuya reforma convendría realizar en torno a esta figura?

Ampliar la posibilidad de acceder a:

- Juicio abreviado (una disminución de la pena con criterios definidos o que proceda a solicitud del imputado).
- Definir si se van a otorgar o no los sustitutivos penales y el beneficio de la suspensión condicional del proceso a prueba, antes de que el imputado acepte el juicio abreviado.
- Limitar o, en su caso, ampliar las facultades del juez respecto de las reglas del concurso en la imposición de penas.
- Establecer si el juez va o no a valorar la prueba de manera amplia, que la fracción III, inciso e del artículo 201 del CNPP señala que “acepte ser sentenciado con base en los medios de convicción que exponga el Ministerio Público” (casos de reparación del daño).

Respecto al primer punto, cabe resaltar que la experiencia con algunos otros estados que empezaron a incorporar antes de la reforma constitucional este tipo de sistema en el que se le daba control a las partes reflejó un gran problema (incluso de corrupción), pues existía cierto recelo de los operadores al creer que se estaba pervirtiendo el sistema; sin embargo, no podemos, por una cuestión de esta naturaleza, dejar que el ministerio público tenga la potestad en la acción penal y si bien es cierto que existe este tipo de salidas, se perversa al no dejar que opere funcionalmente.

Ahora bien, para imponer una sanción, la pena debe sustentarse en criterios objetivos, como juzgadores contamos con la *dosismetría legal*, la cual nos proporciona los

lineamientos necesarios para poder imponer una sanción, por ejemplo, en los delitos dolosos necesitamos, además del artículo 410 del Código Nacional de Procedimientos Penales, los artículos 70 y 72 del Código Penal; si se trata de delito culposo tenemos que ver los artículos 70 y 72 y el mayor o menor cuidado que debió tener la persona; si nos situamos ante un delito tentado tenemos también los artículos 70 al 72 y la mayor aproximación al momento consumativo; si se trata de servidores públicos también recurrimos a los artículos 70 y 72 y las diferentes categorías respecto de los estadios de los servidores públicos, como pueden ser la categoría, la antigüedad, el puesto, el nivel, etcétera.

Respecto a definir si se van a otorgar o no los sustitutivos penales y el beneficio de la suspensión condicional del proceso a prueba antes de que el imputado acepte el juicio abreviado, debe traducirse como el proporcionar una certeza con la finalidad de que la parte sepa si puede o no acceder a este tipo de salidas. En la práctica sucede que tenemos varias apelaciones en los juicios abreviados porque el sujeto dice “no sabía que no iba a tener derecho o no tenía la oportunidad de poder acceder a esto”, lo cual trae cierta indefinición. Si se está “tropicalizando” para darle mayor viabilidad, entonces podemos establecer si tiene o no derecho a los sustitutivos o a los beneficios.

Además de las anteriores, se requieren otras reformas tales como:

- Ampliar la posibilidad de la participación en la acción penal por particulares (superar los tres años de prisión como límite). Por las punibilidades que tienen

nuestros tipos penales, está muy limitado y lo que puede llegar a dar viabilidad para una figura de estas tendría que darle pauta para una gran gama de delitos. Si el legislador ya aceptó que existiera esta acción penal por particulares, se podría ampliar.

- Compactar o adecuar algunas audiencias como podría ser la de lectura y explicación de sentencia. En la práctica tenemos varias audiencias y cada una de ellas tiene su razón de ser (fallo, individualización de sanciones, lectura y explicación de sentencia); son tres audiencias con diferencias temporales y eso colapsa el sistema, se podrían compactar y abbreviar algunas de ellas.

IV. Corregir deficiencias o establecer conceptos esenciales

La gama de reformas para superar deficiencias es muy amplia y solo me referiré a algunos supuestos, como son:

1. Es necesario establecer quiénes pueden y tienen derecho a apelar y bajo qué supuestos.
 - Si bien se establecen las resoluciones que son apelables (artículo 467 del Código Nacional de Procedimientos Penales),
 - no se precisa el por qué en artículo por separado se establecen los supuestos en los que la víctima o el ofendido pueden imponer apelación (artículo 459 del Código Nacional de Procedimientos Penales).
 - En qué casos puede interponer la apelación el asesor jurídico.
 - Cuál es el requisito para el imputado o sentenciado

en lo tocante a la parte técnica en la formulación de agravios.

En este tema tenemos graves problemas en el Código, pues es necesario establecer quiénes pueden y tienen derecho a apelar y bajo qué supuestos. El legislador, en el artículo 467 del Código Nacional de Procedimientos Penales, señala los casos de las resoluciones que pueden ser apelables, pero aplica también el artículo 459 en el que expresa los supuestos de las víctimas en los que pueden apelar. Aunque existe jurisprudencia al respecto, podría haber mayor claridad sobre quiénes son los que pueden establecer estos recursos. Incluso también es necesario diferenciar el tema de los agravios, el cual es muy técnico, cuando se habla de la defensa decimos que se trata de un binomio compuesto por una parte técnica (producida por el imputado) y una material (producida por el defensor); sin embargo, cuando el imputado o el sentenciado interponen un recurso de apelación, les requerimos conceptos técnicos y en ningún dispositivo se expresa: “cuando el sentenciado o el imputado interponga una apelación se le debe dar vista al defensor para que formule agravios” o bien hacer algún engranaje para que estos conceptos tengan viabilidad y lógica.

2. Establecer de forma literal el recurso de nulidad o de casación.
 - Este recurso no existe de una manera nominada en nuestro CNPP, sin embargo se contempla en el capítulo de la apelación.

- Existe una mala praxis en lo tocante a los alcances del recurso de apelación, ya que este permite confirmar, revocar o modificar, mas NO reponer el procedimiento, pues este es propio de la nulidad o casación.
- Aunque nuestra legislación mezcla dichos recursos mencionándolo únicamente como recurso de apelación, el contenido del recurso de nulidad o casación puede apreciarse a partir del artículo 480 del CNPP.

En los sistemas acusatorios existe el recurso de nulidad, que se refiere a verificar el error en el proceso o en la sentencia; la casación, por su parte, conlleva estos dos conceptos más la figura del sobreseimiento. Como ya mencioné anteriormente, el Código Nacional de Procedimientos Penales fue elaborado por un grupo de estudiosos y académicos que incorporaron figuras y las mezclaron. En este caso, si se lee lo relativo a la apelación, encontramos una serie de supuestos que difícilmente se entienden porque están *revueltos*, es decir, en un sistema acusatorio existe la apelación, pero esta figura es para resoluciones antes de la sentencia, no para las resoluciones definitivas, en este caso no funciona porque los sistemas acusatorios son procedimientos uniinstanciales por los principios que rigen esta misma naturaleza, de lo contrario, habría que aceptar que la segunda instancia tiene los mismos principios. No tenemos esa misma viabilidad y por ello la valoración de la prueba es diversa.

Existe una mala praxis en lo tocante a los alcances del recurso de apelación, ya que este permite confirmar, revocar o modificar, pero no reponer el procedimiento, el cual es propio de la nulidad o casación. Aunque el Código Nacional

de Procedimientos Penales mezcla ambos recursos mencionándolo únicamente como recurso de apelación, el contenido del recurso de nulidad o casación puede apreciarse a partir del artículo 480 del mismo ordenamiento. Si se lee el CNPP hasta el artículo 479, vamos a encontrar el contenido lógico de la apelación y hasta ese punto todo está claro. Para el recurso de nulidad, como segunda instancia, verifico si hay un error en el proceso o un error en la sentencia o incluso una causa de sobreseimiento, esto nos da como pauta que si encuentro un error en el proceso, repongo el procedimiento (ya sea ante el mismo tribunal o ante uno diverso, dependiendo de la nulidad que esté produciendo), y cuando veo una transgresión en la sentencia, entonces repongo el procedimiento para que se dicte la resolución bajo ese concepto o, bajo ciertos estándares, el sobreseimiento.

Artículo 480. Efectos de la apelación por violaciones graves al debido proceso

Cuando el recurso de apelación se interponga por violaciones graves al debido proceso, su finalidad será examinar que la sentencia se haya emitido sobre la base de un proceso sin violaciones a derechos de las partes y determinar, si corresponde, cuando resulte estrictamente necesario, ordenar la reposición de actos procesales en los que se hayan violado derechos fundamentales.

El legislador expresa que a partir de dicho numeral se interpone el recurso de apelación no para confirmar, modificar o revocar una resolución, sino por violaciones graves, lo cual se refiere entonces al recurso de nulidad, solo que el legislador omitió ponerle nombre en dicho ordenamiento.

Aunque se encuentre dentro de los estándares de la apelación, cualquier litigante o intervidente podría interponer la apelación bajo los efectos del artículo 480 y tendría que ser no para confirmar, modificar o revocar una sentencia, sino para reponer. Por su parte, el artículo 481 dice: “Interpuesto el recurso de apelación por violaciones graves al debido proceso, no podrán invocarse nuevas causales de reposición del procedimiento; sin embargo, el Tribunal de alzada podrá hacer valer y reparar de oficio, a favor del sentenciado, las violaciones a sus derechos fundamentales”.

El artículo 482, por su parte, señala las causas de reposición:

Habrá lugar a la reposición del procedimiento por alguna de las causas siguientes:

- I. Cuando en la tramitación de la audiencia de juicio oral o en el dictado de la sentencia se hubieren infringido derechos fundamentales asegurados por la Constitución, las leyes que de ella emanen y los Tratados;
- II. Cuando no se desahoguen las pruebas que fueron admitidas legalmente, o no se desahoguen conforme a las disposiciones previstas en este Código;
- III. Cuando si se hubiere violado el derecho de defensa adecuada o de contradicción siempre y cuando trascienda en la valoración del Tribunal de enjuiciamiento y que cause perjuicio;
- IV. Cuando la audiencia de juicio hubiere tenido lugar en ausencia de alguna de las personas cuya presencia continuada se exija bajo sanción de nulidad;

- V. Cuando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por este Código sobre publicidad, oralidad y concentración del juicio, siempre que se vulneren derechos de las partes, o
- VI. Cuando la sentencia hubiere sido pronunciada por un Tribunal de enjuiciamiento incompetente o que, en los términos de este Código, no garantice su imparcialidad.

En estos supuestos, el Tribunal de alzada determinará, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, si ordena la reposición parcial o total del juicio.

La reposición total de la audiencia de juicio deberá realizarse íntegramente ante un Tribunal de enjuiciamiento distinto. Tratándose de la reposición parcial, el Tribunal de alzada determinará si es posible su realización ante el mismo Órgano jurisdiccional u otro distinto, tomando en cuenta la garantía de la inmediación y el principio de objetividad del Órgano jurisdiccional, establecidos en las fracciones II y IV del Apartado A del artículo 20 de la constitución y el artículo 90. de este Código.

Para la declaratoria de nulidad y la reposición será aplicable también lo dispuesto en los artículos 97 a 102 de este Código.

En ningún caso habrá reposición del procedimiento cuando el agravio se fundamente en la inobservancia de derechos procesales que no vulneren derechos fundamentales o que no trasciendan a la sentencia.

En el artículo 483. Causas para modificar o revocar la sentencia, se enlista:

Será causa de nulidad de la sentencia la transgresión a una norma de fondo que implique una violación a un derecho fundamental.

En estos casos, el Tribunal de alzada modificará o revocará la sentencia. Sin embargo, si ello compromete el principio de inmediación, ordenará la reposición del juicio, en los términos del artículo anterior.

El artículo 484 señala la prueba respecto del recurso de casación, no para la apelación, pues la posibilidad de las pruebas se encuentra en ese sentido, al expresar:

Podrán ofrecerse medios de prueba cuando el recurso se fundamente en un defecto del proceso y se discuta la forma en que fue llevado a cabo un acto, en contraposición a lo señalado en las actuaciones, en el acta o registros del debate, o en la sentencia.

También es admisible la prueba propuesta por el imputado o en su favor, incluso relacionada con la determinación de los hechos que se discuten, cuando sea indispensable para sustentar el agravio que se formula.

Las partes podrán ofrecer medio de prueba esencial para resolver el fondo del reclamo, sólo cuando tengan el carácter de superveniente.

En el último párrafo del artículo 484 encontramos el sobreseimiento, la parte fundamental de las pruebas del recurso

de nulidad que permite establecer la distinción. En esta visualización de las reformas, sugiero entonces corregir este tipo de errores y que se ponga el verdadero título a esta parte de la legislación ya existente.

Ahora bien, ¿quién tiene derecho a la adhesión y bajo qué supuestos? En segunda instancia puede interponerse el recurso de apelación por adhesión, si pensamos que dicho término no tiene contenido jurídico, pues uno solo expresa “yo me adhiero al que interpuse el recurso”, tendríamos que aceptar que es una doble oportunidad que se tiene de interponer una apelación, “se me fue en el primer plazo y entonces lo interpongo en el segundo”, pero no es así, la figura de la adhesión tiene su raíz en los conceptos generales del derecho, y de manera palpable podemos verlo en la Ley de Amparo, cuyo artículo 182 expresa:

La parte que haya obtenido sentencia favorable y la que tenga interés jurídico en que subsista el acto reclamado podrán presentar amparo en forma adhesiva al que promueva cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio del que emana el acto reclamado, el cual se tramitará en el mismo expediente y se resolverán en una sola sentencia. La presentación y trámite del amparo adhesivo se regirá, en lo conducente, por lo dispuesto para el amparo principal, y seguirá la misma suerte procesal de éste.

El amparo adhesivo únicamente procederá en los casos siguientes:

- I. Cuando el adherente trate de *fortalecer las consideraciones vertidas en el fallo definitivo*, a fin de no quedar indefenso; y

II. Cuando existan violaciones al procedimiento que pudieran afectar las defensas del adherente, trascendiendo al resultado del fallo.²

En la práctica, ocasionalmente el sentenciado interpone la apelación y luego el defensor se adhiere, ¿el defensor se está adhirriendo a los razonamientos del juez o está a favor del sentenciado?, ¿o lo hace la víctima y el ministerio público se adhiere? Esa falta de precisión se debe a que no está establecido de forma textual en el Código bajo qué conceptos se deberá realizar la adhesión, para así conseguir cierta lógica.

Son muy amplias las reformas que habría que hacer en ese tenor en nuestros ordenamientos, pero es importante dejar constancia de algunas de ellas.

² Cursivas del autor.

El papel de las y los jueces de ejecución en contextos de emergencia*

Luz Eloisa Martínez Salazar**

La ejecución de sentencias es un tema apasionante e interesante, pero poco explorado y trabajado por el foro litigante. Para llegar a la hipótesis que plantea esta conferencia, que es la función de las y los jueces de ejecución en contextos de emergencia, primero se debe entender qué es y de qué se trata la ejecución penal. Después de ello, se podrá pasar a las funciones que la Ley Nacional de Ejecución Penal les otorga junto con los demás órganos que limitan, mas no constriñen, el actuar de las y los jueces de ejecución; para luego cerrar con aquellas situaciones de emergencia en las que trabajan las y los jueces de ejecución, no sin antes poder distinguir cuáles son situaciones de urgencia y cuáles son de emergencia, así como determinar el contexto que maneja la Ley Nacional.

* Conferencia presentada el 5 de julio de 2022.

** Defensora pública del estado de Tamaulipas.

Lo primero que se debe plantear es de dónde surge la ejecución penal. En junio de 2008 hubo una transformación en el sistema de justicia que posteriormente dio pie a la reforma de los artículos 18 y 21 constitucionales, de la cual emana la figura del juez de ejecución en 2011. Se debe entender la ejecución de la pena fuera del sistema acusatorio, recordando que en el artículo 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales no está enunciada la ejecución de la pena como tal, por tanto, no tiene una naturaleza acusatoria, sino una adversarial, ya que las peticiones son a instancia de parte.

¿Cuál es la naturaleza del juez de ejecución? Tiene una calidad de garante, es decir, la obligación de velar por el bien jurídico tutelar, pero ¿cuál es? El cumplimiento sin exceso ni defecto del título ejecutivo que hoy se conoce como sentencia, declaración que proviene de un juez de proceso, quien a través de esta debe garantizar los derechos a los que se va a constreñir, así como el cumplimiento, las obligaciones y la temporalidad de la misma, además de los alcances de esta.

El juez de ejecución, como contrabalanza, deberá garantizar todos los derechos de internamiento no limitativos de las personas privadas de la libertad, bajo el más amplio sentido de protección de los derechos humanos. Así pues, el Poder Judicial tiene la facultad exclusiva, a través del juez de ejecución, de la declaración, la modificación y la extinción de las penas, y todos sus efectos.

No se debe entender la ejecución como proceso o procedimiento, es una instancia porque el sistema de ejecución que marca la Ley Nacional habla de una cuestión

de instancia. En ese sentido, tiene un aspecto administrativo, esto es, las condiciones internas o las condiciones de internamiento se limitan a la autoridad penitenciaria; además, tiene otro aspecto de controversias judiciales, jurisdiccionales, que conoce directamente el juez de ejecución. Cuando esta cuestión administrativa no da cumplimiento a lo solicitado por la persona privada de la libertad, agotando el principio de definitividad, se acudirá al juez de ejecución en su papel de garante de la tutela de derechos.

La tutela de derechos tiene la naturaleza de depender de la urgencia de la tutela del derecho que se está solicitando. Conforme a los términos del numeral 115 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, cuando está comprometida la cuestión de dignidad, mínimo vital de vida de la persona privada de la libertad, se tendrá por extinguida o excluida la cuestión de agotar la instancia, para acudir directamente a ser escuchados por el juez de ejecución.

Ahora bien, en la ejecución de la pena como instancia, se plantea primero agotar el recurso administrativo y después acudir con el juez de ejecución. Se debe entender que esa instancia controla todo lo referente al título declarativo de la ejecución de esa pena. Asimismo, esa instancia tiene el control del cumplimiento y vigilancia de su exacta aplicación. En contrasentido, la autoridad penitenciaria tiene el control administrativo de las condiciones de seguridad, condiciones de instancia de cumplimiento de las mismas, que conlleva su cumplimiento y el control del estado de internamiento de esa persona privada de la libertad.

No se puede perder de vista que la instancia de ejecución no solamente tutela a aquellos que tienen un título de ejecución

ya declarativo, sino también a aquellos que se encuentran privados de la libertad por la imposición de una medida de seguridad. El juez de ejecución, igualmente, verificará en su calidad de garante las condiciones de internamiento y vigilará que se respeten sus derechos humanos estrictamente.

La instancia de ejecución de la pena se encuentra fuera de los arbitrios del artículo 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales, por tanto, la ejecución como tal no tiene una naturaleza acusatoria, sino adversarial oral, bajo los principios de igualdad, inmediación y oralidad. Por lo que, una vez ubicados en la instancia de ejecución penal, esta tiene una naturaleza de carácter particular, y las facultades que se le dan al juez de ejecución tienen tintes especiales a diferencia de las adjudicadas a los demás jueces de oralidad y de proceso.

¿Cuáles son las facultades que otorga la ley al juez de ejecución? Conforme a los artículos 24 y 25 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, tienen como principal objetivo la tutela de la garantía de los derechos fundamentales que le atan a la persona privada de la libertad, si no se ven restringidos en el título de ejecución que dio origen a esa privación de libertad o a esa medida cautelar.

De acuerdo con la clasificación que otorga el maestro Miguel Sarre, los derechos de las personas privadas de la libertad se pueden agrupar en tres rubros: 1) derechos explícitamente limitativos, es decir, los que conlleva esa privación de libertad, ya sea por sentencia o por medida cautelar; a saber, el libre tránsito, alguna cuestión en particular a la que de manera expresa esté constreñido el sujeto a tutela, 2) derechos que conserva la persona

privada de la libertad, esto es, todos aquellos que no están limitados y que están exentos de ser cuestionados en obligación de la carga del Estado, como la dignidad, la salud, el mínimo vital de vida, los derechos humanos, derecho a una visita, a tener un espacio libre y sano, a una alimentación favorable conforme a su género y edad, como lo marca la Ley Nacional sobre la tutela de los derechos de dignidad humana mínimos respecto de todas aquellas personas privadas de libertad, sin perder de vista que es un grupo vulnerable en sí mismo al estar limitados sus derechos, 3) los derechos robustecidos por la Constitución y las leyes al estar la persona privada de la libertad, por ejemplo, los derechos aspiracionales a tener de manera eventual, conforme a la Ley Nacional o a la Carta Magna, acceso a un traslado cerca de su domicilio según lo marcan los artículos 18 y 21 constitucionales, derecho a un beneficio que le puede otorgar la ley en cuanto cumpla sus requisitos, a ser escuchado y a tener una dignificación de su persona en reclusión. Los bienes jurídicos propios para la tutela en la instancia ejecutiva penal, independientemente de que sea la reinserción social de manera enunciativa, son todos aquellos cuyo objetivo es que la conducta de la persona privada de la libertad se desvincule totalmente de aquella que la llevó ahí.

El objetivo de esta instancia es buscar que la conducta que llevó a la persona a este punto de su vida se desvincule bajo los ejes que marca la reinserción social: educación, capacitación, deporte y cultura, en un marco de derechos humanos. No obstante, no se verán como ejes, sino como puntos de oportunidad para un cambio conductual de la

persona privada de la libertad, no como un tratamiento, no como un medio ocupacional, como lo plantea el querido maestro Sarre, sino como un medio para alcanzar el objetivo de la reinserción social que, conforme a la Ley Nacional de Ejecución Penal, es la restitución de todos sus derechos.

Ahora bien, a la luz de la Ley Nacional de Ejecución Penal, las facultades del juez de ejecución no son limitativas, sino enunciativas porque tienen esa calidad de garante. Se debe entender que, con base en el principio pro persona y el artículo 1º constitucional, ante todo se tiene que visualizar al juez de ejecución, quien tiene en su amplia facultad de investidura la facultad de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas que se encuentran privadas de la libertad, bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Esto sin perder de vista la obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar aquellas violaciones que pudieran ser de su conocimiento para la restitución de esos derechos. Todos los órganos, los estados y las instituciones tienen esta carga u obligación.

Lo anterior se robustece y va de la mano con la Recomendación General sobre las Condiciones de Autogobierno y/o Cogobierno en los Centros Penitenciarios de la República Mexicana (37/2017), de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). Tal recomendación es del 8 de mayo de 2017 y marca los parámetros de los focos de emergencia que tienen que vigilar la autoridad penitenciaria y el juez de ejecución para que no se propicien situaciones de emergencia en los conatos de autogobierno.

¿Cuáles son las situaciones de emergencia y gobernabilidad que debe haber en el centro para que exista el ambiente adecuado y se dé este pilar que es la tutela de los derechos de todas aquellas personas privadas de la libertad y el respeto a la misma? En otro orden de ideas, estas facultades que desglosa la recomendación mencionada dan un parámetro de cuáles son los puntos a seguir para que un centro no caiga en una situación de autogobierno o cogobierno.

Ya se conoce cuál es la cuestión de la instancia de ejecución penal, ahora se verán las facultades que le otorga la ley concretamente al juez de ejecución.

El artículo 25 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, en la fracción primera, señala que el juez de ejecución garantizará “a las personas privadas de la libertad, en el ejercicio de sus atribuciones, el goce de los derechos y garantías fundamentales que le reconoce la Constitución, los Tratados Internacionales, demás disposiciones legales y esta ley”. Las facultades del juez de ejecución no son limitativas, son enunciativas porque tiene esa calidad de garante, puede calificar cualquier acto de violación que se esté cometiendo en contra de una persona privada de la libertad en exceso.

De aquí se parte al siguiente punto, que es el objeto de la tutela del juez de ejecución. ¿Cuál es la naturaleza de sus funciones, de su investidura? Como se ha mencionado, la ejecución tiene por objeto, para que se pueda dar la reinserción social, la desvinculación del comportamiento anterior de la persona privada de la libertad y un comportamiento distinto en reclusión, que dé como resultado la posibilidad de aspirar a la restitución de todos sus derechos, ya sea por un beneficio, por compurgación de la pena o por un sustitutivo que se le puede otorgar.

El comportamiento exigible durante la reclusión a todas las personas privadas de la libertad se va a limitar a que no afecte la gobernabilidad del centro y no altere el bien común carcelario. Esto va de la mano con las situaciones de emergencia, en las cuales tiene que intervenir el juez de ejecución, punto medular de esta conferencia.

El objeto del juez de ejecución, ante todo, es la tutela de estos derechos, de la dignidad, del cambio de comportamiento, la desvinculación del mismo, cuidar, garantizar que no se afecten los valores de gobernabilidad del centro donde se encuentra, porque esta tutela interna está a cargo de la autoridad penitenciaria, pero las personas que se encuentran bajo esa tutela de supervisión y vigilancia están a cargo, competencia y jurisdicción del juez de ejecución. Hay que saber diferenciar las competencias.

Los casos urgentes que marca directamente la Ley Nacional de Ejecución Penal en el numeral 115 son peticiones cuyo objeto se desvanecería o quedaría sin materia si las dejamos pasar o no las atendemos de manera pronta, es decir, son aquellas que se pueden ventilar bajo la lupa del artículo 22 constitucional, que van en contra de la vida, torturas, penas inusitadas, o que van en contra de la dignidad y el mínimo vital de vida que toda persona privada de libertad debe tener, y por su urgencia, por su naturaleza, no se debe agotar el principio de definitividad de la petición administrativa; pasará directamente a conocimiento del juez de ejecución, en su investidura de garante. En ese momento, el juez de ejecución tiene esa investidura a nivel de juez de garantía de derechos, casi a la par de un juez de amparo de protección de los derechos de las personas

privadas de la libertad, que ampara y protege esa tutela, el bien jurídico de esos derechos.

En estos casos en particular, el juez de ejecución de oficio suspenderá de inmediato el hecho, el acto o el motivo que da nacimiento a esa petición, con todos sus efectos. Tratándose de omisiones o cuestiones que han sido pasadas por alto por la autoridad penitenciaria, el juez de ejecución determinará las acciones a realizar para subsanar aquellas situaciones en que ha sido omisa dicha autoridad. Los jueces de ejecución deben recibir todas las promociones y, en un punto de estudio de esas promociones, determinar a cuáles darán trámite, cuáles regresarán a la autoridad penitenciaria para que les dé trámite, a cuáles darán entrada o inicio para abrir una controversia. Se debe agotar en todo caso, en todo momento, la visión crítica de cuáles son los casos urgentes, y el principio de definitividad debe estar bajo el paradigma de que la premisa mayor del bien jurídico a tutelar sea la vida, la dignidad y el mínimo vital de vida de las personas privadas de la libertad, para el respeto de manera integral de sus derechos humanos.

El calificativo de urgente y emergencia se van separando. Ya se vio lo que es urgente y en qué situaciones urgentes de manera directa, expedita e inmediata tiene que intervenir el juez de ejecución. Ahora, en contrasentido, se verán cuáles son las situaciones de emergencia. ¿En qué contexto las y los jueces de ejecución tienen esa facultad o esa jurisdicción? Como defensora, para una persona privada de la libertad todo es urgente, todo es emergencia porque está privada de la libertad, sobre todo bajo el principio de que se encuentra en un grupo de personas vulnerables.

¿Qué es urgente y qué es emergencia? Sin constreñirnos a casos subjetivos, sino a casos objetivos, prácticos y materiales que la Ley Nacional de Ejecución Penal marca, esa hipótesis de las cuestiones de emergencia en las que tiene contexto la intervención del juez de ejecución se limita concretamente a aquellas que enumera el artículo 51 de la ley en mención.

¿Cuáles son las cuestiones de emergencia y de qué naturaleza son? Son aquellas que van de la mano con la recomendación 37/2017 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, las que ponen en peligro la gobernabilidad del centro, las cuestiones de bien común de la población penitenciaria y las condiciones de la persona privada de la libertad. Esas condiciones de emergencia se encuentran en el numeral 51 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, donde textualmente se mencionan los traslados involuntarios:

El traslado involuntario de las personas privadas de la libertad procesadas o sentenciadas deberá ser autorizado previamente en audiencia pública por el Juez de Control o de Ejecución, en su caso. Dicha resolución podrá ser impugnada a través del recurso de apelación. En audiencia ante el Juez de Ejecución se podrá solicitar el traslado. La Autoridad Penitenciaria podrá solicitar el traslado involuntario en casos de emergencia por cualquier medio.

La hipótesis de la presente conferencia se basará en esta idea del artículo 51 de la Ley Nacional de Ejecución Penal: “La Autoridad Penitenciaria podrá solicitar el traslado

involuntario en casos de emergencia por cualquier medio”. Esto va de la mano con la recomendación 37/2017 de la CNDH, pues en esta se señalan los casos de emergencia, que son los de autogobierno, cogobernabilidad y los que refieren que el centro se encuentra en peligro o en una situación de ingobernabilidad, hacinamiento, autogobierno, grupos de poder, grupos de choque, inestabilidad y cuestiones de salud y de internamiento, cuya pauta ha marcado la recomendación mencionada.

Concretamente, el artículo 51 de la ley mencionada, en lo conducente a la solicitud del traslado involuntario por la autoridad penitenciaria en caso de emergencia “por cualquier medio”, se refiere a la vía telefónica, correo electrónico, fax, mensaje de WhatsApp, siempre y cuando se justifique. Respecto de la justificación, ¿cuál es la verdadera herramienta por la que las y los jueces de ejecución penal actúan en situaciones de emergencia conforme a la Ley Nacional de Ejecución Penal? Aquellas señaladas en el numeral 51, cuestiones de emergencia de ingobernabilidad, peligro de estabilidad del centro y peligro de la propia persona privada de la libertad.

Para entender esto se tiene que hacer un poco de análisis en el sentido de la judicialización de la misma, para lograr los fines que persigue la reforma constitucional planteada, en la cual nace la figura del juez de ejecución como tal en 2011, se debe entender que todo lo que tenga que ver con la modificación, declaración, extinción y condiciones de internamiento deberá tener esa potestad de judicialización. Es decir, tendrá que pasar a través de la jurisdicción de un juez de ejecución competente, el más cercano al centro,

el que conoce sobre la competencia de esa persona privada de la libertad. En ese sentido, se afirma que los dictámenes, los traslados o la visión del legislador tienen como fin darle la formalidad judicial o de judicialización a esa instancia, pero en especial a aquellos actos relacionados con modificaciones de instancia de situaciones de reclusión de todas las personas privadas de la libertad, ya sea en su calidad de ejecutoriados o de procesados.

La Constitución en el artículo 21 establece puntualmente la imposición, la duración y la modificación de las penas en las cuales faculta única y exclusivamente a los órganos jurisdiccionales para la declaración de las mismas, por ende se debe entender que cualquier determinación que tenga que ver con la justificación de una situación de emergencia en la que se ponga en peligro el centro o el bien común de la estabilidad penitenciaria está relacionada con la situación de emergencia en la cual tendrá que intervenir el juez de ejecución de manera inmediata, bajo la petición de la autoridad penitenciaria, por cualquier medio, solicitud justificada en términos del numeral 51 de la Ley Nacional de Ejecución Penal. Por tanto, se puede determinar que adoptar el motivo o la causa por la que se pone en peligro la estabilidad de un centro de ejecución es uno de los matices de mayor conato de emergencia, en el cual tiene que intervenir el juez de ejecución, darse esta investidura y ese control al juez de ejecución y esas determinaciones.

Hay situaciones de emergencia que salen de este contexto, y hay otras cuestiones objetivas que se tienen que valorar y que, conforme a cada caso concreto, el juez de ejecución en su momento —bajo la subjetividad y los

matices del mismo— calificará en el sentido de si se agota o no la cuestión del principio de definitividad ante la petición administrativa o directamente conocerá la ley. En este sentido, se tiene que resolver o analizar que estas funciones de emergencia van de la mano con la seguridad de los mismos centros de ejecución de penas, los centros reclusorios.

Hay tesis que hablan de las competencias sobre la calificación del traslado y la naturaleza misma de los trasladados en términos del 50 y 52 de la Ley Nacional de Ejecución Penal. Me he atrevido a compartirles a ustedes esta hipótesis, en términos del artículo 51 de la ley mencionada, la cual nos ha transmitido el magistrado Juan Manuel García Arreguín en su obra *43 preguntas básicas para comprender la Ley Nacional de Ejecución Penal*. Esta propuesta o hipótesis de emergencia, en la que tiene que intervenir de manera directa e inmediata el juez de ejecución, es un planteamiento realizado por el magistrado y se sustenta en la ley. Para lo anterior se tiene que saber diferenciar cuál es urgencia y cuál es emergencia. En este contexto el juez de ejecución realizará, en su calidad de garante, la protección de esos derechos.

Reflexiones actuales en torno a los beneficios preliberacionales*

Benjamín Armando Avilés Plazola**
Gladys Fabiola Morales Ramírez***

Benjamín Armando Avilés Plazola

Agradezco a mi compañera ponente, a la maestra Gladys Fabiola Morales Ramírez, subdirectora de Investigación y Análisis del Instituto de Estudios Judiciales. Estoy muy agradecido con la invitación, y espero que podamos tener una conversación amena, así como adentrarnos en este mundo de la ejecución de sanciones penales. Cedo el uso de la palabra a la maestra Gladys para que haga su presentación.

Gladys Fabiola Morales Ramírez

Muchas gracias, su señoría, igualmente es un placer compartir este panel con usted y con nuestra audiencia. Nuestro

* Conferencia presentada el 12 de julio de 2022.

** Juez de Ejecución de Sanciones del Sistema Procesal Penal Acusatorio de la Ciudad de México.

*** Investigadora jurisprudencial en el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

propósito en este espacio será construir una plataforma de diálogo y reflexión, a la cual por su puesto estarán invitadas todas las personas que conforman la audiencia.

Benjamín Armando Avilés Plazola

Para empezar, quisiera comentar brevemente que hace unas semanas cuando me invitaron a participar en este Ciclo de Conferencias de inmediato le dije que sí al personal del Instituto, cuya colaboración agradezco porque son gente muy profesional con la que siempre se cuenta. Después recibí una llamada en la que me preguntaron si tenía problema con que participara una de sus compañeras del Instituto especialista en derechos humanos, a lo que de inmediato comenté que no tenía ningún problema. Es exactamente lo que comenta la maestra Gladys, tenemos que entablar un diálogo, empezar a debatir, a hablar de los temas de ejecución de sanciones penales, por eso, bienvenida, bienvenido el diálogo que menciona la maestra para ir construyendo las figuras de las que vamos a hablar a lo largo de la sesión.

Los beneficios preliberacionales se encuentran contemplados en el título quinto de la Ley Nacional de Ejecución Penal; actualmente, son dos: la libertad condicionada y la libertad anticipada. La primera se encuentra en los artículos 136 al 140 y la segunda, en el artículo 141. Este será el primer tópico a tratar.

No se puede hablar de los beneficios preliberacionales sin hacer antes un repaso breve de la evolución que ha tenido la ejecución de la pena de prisión en el país. En

Méjico se han presentado tres modelos distintos respecto de la evolución de la ejecución de la pena de prisión. El primero de ellos atiende a un modelo de regeneración social, el segundo es el modelo de readaptación social —todos han tenido tiempos diversos de duración— y el tercer y actual modelo es el de la reinserción social.

Los tres modelos obedecen a conceptos distintos. El primero de ellos encuentra su fundamento constitucional de la ejecución de las sanciones penales en el artículo 18 constitucional. Dicho numeral de la Carta Magna ha tenido diversas reformas a lo largo de su historia; en su texto original establecía que el objetivo del sistema penitenciario era lograr la *regeneración social* del sentenciado. Era un concepto de índole moral cuyo período de vigencia fue breve, y únicamente aludía al trabajo como un medio para lograr la regeneración social. Básicamente, era un concepto de índole moral.

En 1965 se realizó la primera reforma al artículo 18 constitucional, la cual introdujo el concepto de *readaptación social*, es decir, el segundo modelo. Este atiende a un concepto clínico-criminológico y abarcó de 1965 a 2008, cuando se planteó la reforma en materia de justicia penal que todos conocemos. En 2008 se introdujo esta reforma al artículo 18 constitucional y se adoptó el modelo vigente, el de la *reinserción social*, concepto de índole jurídico. Para hablar de los beneficios preliberacionales tenemos que ir a estos antecedentes para tener claro de lo que estamos hablando.

Los modelos mencionados y la forma en la que fueron evolucionando las reformas constitucionales se pueden advertir bien en las leyes secundarias. El primer modelo se

encontraba instaurado en la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, una ley de orden federal que en ese momento ya hablaba de los beneficios de la libertad anticipada. Había dos tipos de beneficios del tratamiento preliberacional y la remisión parcial de la pena. Posteriormente, en la Ciudad de México, hasta el año de 1999 se publicó y promulgó una legislación en materia de ejecución de sanciones penales, que contempla cuatro tipos diferentes de beneficios de libertad anticipada; tienen las mismas denominaciones, pero son distintos: el tratamiento en externación, el tratamiento preliberacional, la libertad preparatoria y la remisión parcial de la pena. Aun cuando esta segunda legislación era acorde con el segundo modelo, el de la readaptación social, también abarcó en su momento la propia Ley que Establece las Normas Mínimas.

¿Quién era el encargado de la ejecución de las sanciones penales en el antiguo modelo? La autoridad administrativa que se encontraba a cargo del Poder Ejecutivo. Esto quiere decir que la ejecución de las sanciones penales propiamente se encontraba a cargo del Poder Ejecutivo y de las figuras y las instituciones que dependían directamente de él. ¿Cómo lo hacían? A través de un tratamiento clínico-criminológico. Se trata de un modelo clínico derivado del positivismo donde se consideraba al delincuente un enfermo social, por tanto, era necesario darle un tratamiento con base en la propia criminología. Lo que se buscaba en ese momento era lograr la readaptación social del sentenciado.

Es importante hablar de este antiguo modelo porque tuvo gran trascendencia. Fue un avance significativo en su momento pues establecía claramente una metodología y un objetivo:

la readaptación social. Si bien es cierto que hoy se podría estimar inadecuado y un desatino considerar como enferma a la persona delincuente, en su momento fue un gran avance, ya que establecía una metodología clara y específica.

La Ley de Ejecución de 1999 del entonces Distrito Federal, ahora Ciudad de México, establecía que tal metodología era a través de un régimen progresivo y técnico. Era progresivo porque comprendía diversas fases, asimismo, era técnico porque se llevaba a cabo con la ayuda de diferentes disciplinas que se aplicaban al sentenciado para que este pudiera llegar al proceso de readaptación social. Si bien el modelo ya no está vigente, era muy claro, eso se debe reconocer; metodológicamente tenía definidos sus objetivos y los caminos. En la legislación de 1999 de la Ciudad de México se establecía que había un primer período de estudio y diagnóstico, es decir, como enfermo, la persona primero tenía que llegar al médico, ser evaluada y recibir un diagnóstico; después, con base en este, se proporcionaba un tratamiento. Había una fase de tratamiento en internación, aunque posteriormente podía ser en externación también. Ahí es donde entraba la fase de tratamiento preliberacional, donde se establecían los beneficios preliberacionales, e incluso, un tratamiento pospenitenciario.

Las fases del régimen progresivo técnico eran muy claras, lo que actualmente no existe en nuestra legislación secundaria. Es ahí donde considero se encuentra la confusión en relación con el nuevo modelo que impera actualmente, no es tan claro en su ley secundaria respecto a la forma, el método y los caminos de los objetivos que se buscan. Esta es la parte que sería óptimo rescatar del modelo anterior, lo que no significa

que se vuelva a aplicar el modelo en su totalidad. Lo anterior no quiere decir que el modelo actual no sirva, únicamente se reconoce que hay cuestiones rescatables, sobre todo metodológicas; conceptos muy bien determinados.

Respecto de las leyes secundarias del tercer modelo, el de la reinserción social, hubo una primera Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social para el Distrito Federal, vigente a partir del 17 de junio de 2011. Si bien es cierto que la reforma de justicia penal de 2008 estableció una *vacatio legis* única de diez años para toda la implementación del sistema penal, por la parte penitenciaria y de ejecución de penas, en su transitorio quinto señalaba un máximo de tres años para empezar a implementarla, por eso es que desde 2008, contando tres años, es decir, 2011, el legislador local publicó esta legislación de reinserción social, que también incluía los denominados beneficios penitenciarios, entre los que se encontraban la reclusión domiciliaria con monitoreo electrónico a distancia, tratamiento preliberacional, libertad preparatoria y remisión parcial de la pena.

La ley de reinserción social de 2011, ya con base en un nuevo modelo, era mucho más clara que la ley actual, la Ley Nacional de Ejecución Penal; incluso, en ciertos beneficios se establecía que para poder determinar algunos de los requisitos para la concesión o no de estos beneficios se debía tener un informe de la evaluación de la evolución, en otras palabras, esta ley seguía considerando que tenía que haber una evolución en la conducta del sentenciado con base en el tratamiento o en el plan que se le diseñaba por parte del centro penitenciario. Seguía estableciendo una determinada metodología, ya no en el orden clínico

ni basándose en el positivismo ni considerándolo como un enfermo social, sino como garante de derechos de acuerdo con la reinserción social, pero con algunos elementos necesarios para lograr este cambio conductual.

En esa fase, entre 2011 y 2016, hubo un gran avance en relación con los beneficios penitenciarios de esta ley secundaria en la Ciudad de México, y fue entonces, a partir del 16 de julio del 2016, que se implementó ya como ley nacional derogando todas las leyes locales y la propia Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados —que era federal— y cobró vigencia la Ley Nacional de Ejecución Penal actualmente vigente, la cual contempla solo dos beneficios: la libertad condicionada y la libertad anticipada; definidos como beneficios preliberacionales basados en la reinserción social.

¿Cuál es la cuestión que se advierte? Esta legislación no es tan clara en el orden de su metodología, ya no parece establecer con claridad qué es lo que busca y cómo es que lo busca. Parece que esta ley en cierta forma se queda corta, pues se dan diversas interpretaciones del concepto de reinserción social.

En el modelo de la reinserción social, a partir de la reforma del 2008, la autoridad judicial y el Poder Judicial son quienes se encargan de la ejecución de las sanciones penales a través de la independencia de este último, el respeto a principios jurídicos y el establecimiento de procedimientos judiciales —muy importante hablar de este tema—. Ya no es la autoridad administrativa —y que no se conoce— la que resuelve en un cuarto oscuro, sino es por medio de audiencias públicas en donde los juzgadores

tienen que emitir resoluciones con base en el respeto a todos los principios procesales que conocen en materia penal respecto a las controversias que son planteadas, entre ellas, la solicitud de beneficios preliberacionales. Todo ello, por supuesto, siempre con respeto a los derechos humanos.

El primer tópico a resaltar es la reinserción social. ¿Qué es la reinserción social?, ¿qué busca?, ¿cómo funciona? En cuanto a la exposición que estamos realizando el día de hoy, si bien es un análisis de los beneficios preliberacionales, la maestra Gladys y yo acordamos realizar un estudio de los artículos 136 y 141 relativos a los beneficios, pero con énfasis en determinados tópicos. El primero de ellos es la reinserción social.

La afirmación de que la Ley Nacional de Ejecución Penal se queda corta respecto del concepto de reinserción social se refiere precisamente al contenido del artículo 4º de dicha legislación, que establece que por reinserción social se entiende: “Restitución del pleno ejercicio de las libertades tras el cumplimiento de una sanción o medida ejecutada con respeto a los derechos humanos”. Esto es, únicamente se restaura el ejercicio de las libertades y parece que se da por hecho la reinserción a la sociedad; eso es lo que parece indicar este artículo. Tal modelo está vigente desde el 2008 y no solo es el fin último de la pena privativa, sino un derecho humano relacionado con la dignidad, la integridad y el libre desarrollo de la personalidad.

Ante la implementación de la reinserción social, la conducta deja de ser considerada patológica, ya no se trata a la persona como enferma social —con base en un derecho

penal de autor—, para entrar en un derecho penal del acto, es decir, se decanta por un derecho penal sancionador de delitos, no de personalidades.

¿Qué es entonces la reinserción social? Efectivamente ya no es un concepto moral, clínico ni criminológico, sino un concepto jurídico, pero no por ello es un concepto de menor alcance o menor trascendencia. Es un concepto que aún está en construcción, es un punto medio entre los dos extremos que se buscaban; por un lado estaba el modelo clínico del enfermo social que buscaba regresarlo a la sociedad “curado”, por llamarlo así, y en el otro extremo se encuentran los promotores y los doctrinarios que impulsaron la Ley Nacional de Ejecución Penal, ultragarantistas que señalaron que la reinserción social se logra al recobrar todos los derechos. Así pues, se puede advertir que son dos pulsiones efectivamente antagónicas muy extremas.

La reinserción social en mi consideración tiene que adoptar un punto medio, esto es, ya no se trata de un concepto clínico, sino de uno jurídico; la persona ya no es un enfermo, sino un ente dotado de derechos y de obligaciones. En ese punto medio, si la persona desea obtener un beneficio preliberacional tiene que participar activamente en el proceso de reinserción social para que le sea concedido, porque a consideración de los ultragarantistas esos beneficios ya estaban prácticamente dados, aunque algunas tesis e interpretaciones han señalado que no. Los beneficios preliberacionales tienen un carácter premial, no son derechos fundamentales consagrados en la Constitución; el sentenciado tiene que llevar a cabo actividades determinadas y demostrarlas para entonces poder acceder a estos beneficios.

¿Qué busca entonces la reinserción social? ¿busca algo la pena? Claro que busca algo. Existen teorías de la pena, teorías absolutas, relativas y mixtas. No se busca el castigo por el castigo, como indican las teorías absolutas, tampoco únicamente la prevención general; se busca todo junto. Según las teorías de la pena, estamos en un concepto de teorías mixtas. Se buscan diversos tipos de prevención, entre ellas, la prevención especial; que las personas que han cometido algún delito, y por ende se les ha impuesto una pena privativa de la libertad, no vuelvan a dañar a la sociedad; esto es, prevenir la reincidencia. En términos concretos, se busca un cambio conductual. Esto se puede afirmar con base en el contenido del artículo 18 constitucional, que nos dice: "El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir". Cuando se habla de procurar que la persona no vuelva a delinquir es entonces afirmativo, hablar de la búsqueda de un cambio conductual lo es. Por ello no es suficiente con que sea un concepto jurídico y que esos beneficios ya estén ganados y sean derechos; en mi consideración no es así. Una vez que se demuestre este cambio conductual, se puede acceder a ellos.

¿Cómo funciona la reinserción social? Funciona en términos de lo que hace la prevención terciaria. La prevención primaria se refiere a aquellas acciones de índole macro establecidas por el Estado, en donde aún no se han presentado conductas delictivas, pero se empiezan a tomar medidas para prevenirlas, como el fomento

del deporte y los programas sociales; diversas acciones del gobierno en un doble marco.

La prevención secundaria es la que se da en grupos vulnerables que tienen tendencias a la comisión de delitos, por ejemplo, los jóvenes en comunidades con extrema pobreza o donde es muy probable la comisión de delitos. La prevención terciaria es la dirigida a las personas que han cometido delitos; se busca que ya no los cometan, se procura que no reincidan como lo establece el artículo 18 constitucional, en el cual la reinserción social constituye un proceso en el que participa el Estado a través de sus instituciones, el propio sentenciado con su contribución en el plan de actividades —una participación activa—, e incluso, la misma sociedad.

En relación con este primer tópico que se resalta, una vez que se tiene claro, entonces, se puede partir de cómo funcionan los beneficios preliberacionales.

Gladys Fabiola Morales Ramírez

Con el ánimo de abonar a este diálogo, coincido completamente en que el sistema de reinserción social, sus alcances y aspiraciones —enmarcadas en la reforma constitucional en materia penal—, se encuentra en construcción. La Ley Nacional de Ejecución Penal estuvo precedida por una larga y compleja discusión y su implementación no ha estado libre de obstáculos.

Desde el paradigma de los derechos humanos, el eje rector de la reinserción social es considerar que muchas de las personas que llegan a la prisión por la comisión de un

delito provienen de contextos de exclusión social. Miguel Sarre menciona en muchas de sus conferencias que el sistema de reinserción social mexicano se debe pensar de esta forma: ¿Por qué el sistema de reinserción social y lo establecido en la Constitución dicen que el programa de actividades que deben cumplir las personas privadas de la libertad se desarrolla en torno al acceso a la educación, salud, deporte, trabajo y capacitación para el mismo? Miguel Sarre llama a esto la cláusula de la pobreza, ¿por qué las personas en prisión requerirían que el Estado les proveyera de estas actividades? Solo aquellas que no han tenido a lo largo de su vida acceso a estos servicios esenciales como la educación, la capacitación para el trabajo y la salud terminan involucrándose en cadenas delictivas. En este sentido, un porcentaje considerable de las personas privadas de la libertad nunca accedieron a los espacios reservados para los sectores más privilegiados de la sociedad.

Por supuesto esto no sucede en todos los casos. Hay personas que cometen delitos de manera muy consciente y hay diferentes perfiles criminales entre las personas involucradas en el delito. Sin embargo, en México las estadísticas penitenciarias revelan que las prisiones están llenas de personas en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, de mujeres, madres solteras, que terminan recibiendo mil pesos a cambio de introducir droga a un centro penitenciario, que no tienen seguridad social, que fueron abandonadas por sus parejas y tienen tres hijos. En otros casos, la cárcel termina siendo el hogar de personas que cometieron robos menores de ochocientos pesos.

¿Quién roba un objeto de menos de ochocientos pesos arriesgándose a pasar más de cinco años en prisión?

La perspectiva derecho-humanista de la comisión del delito no excluye que haya sujetos criminales o delitos graves. No obstante, considera que el hecho de que las prisiones en México estén saturadas en muchos casos se debe a que un porcentaje significativo de la población penitenciaria proviene de familias pobres o en extrema pobreza que nunca tuvieron acceso a servicios básicos como el deporte, el trabajo y la educación. Cuando se involucraron en actos delictivos tampoco pudieron pagar un abogado o abogada y sus casos terminaron siendo uno de los miles de expedientes archivados en las defensorías públicas. Por esta y otras razones, la columna vertebral de la Ley Nacional de Ejecución Penal es la reinserción social.

El sistema de justicia penal en su conjunto —esta es una de las grandes críticas— también es poroso y tiene matizadas. Por una parte, mantiene la promesa de la reinserción social, pero al mismo tiempo se trata de un sistema profundamente punitivista. Las autoridades mexicanas hacen un uso indiscriminado de la prisión preventiva, el incremento en las penas es prácticamente la única política de combate al crimen, los procedimientos de preliberación son inaccesibles para gran parte de las personas y se han explorado muy poco los mecanismos de justicia restaurativa.

En el terreno de la reinserción social una de las reflexiones más interesantes es: ¿qué tipos de delitos son aquellos que entran en el paradigma de reinserción?, ¿o cuál es el perfil de las personas involucradas en actos delictivos que caben en esta aspiración de reinserción social

de la Ley Nacional de Ejecución Penal?, ¿cuál es el otro catálogo de delitos? Es difícil pensar cómo se va a crear un modelo de reinserción cuando hay una pena de prisión de sesenta y ocho años, por ejemplo. ¿Cabe este sistema de reinserción social en un sistema altamente punitivista que recurre a la prisión no como la última sanción, sino como la sanción cotidiana o la respuesta a la violencia o al crimen?

Por otra parte, también se debe considerar el tema del acceso a los beneficios de preliberación. Aunque son un derecho de las personas privadas de la libertad, para acceder a una terminación anticipada de la pena o un sustituto de la sanción, se deben de cumplir requisitos específicos. Es decir, tienen derecho a solicitar que se les libere anticipadamente, pero en cada caso la o el juez de ejecución penal deberá decir si se acreditan las condiciones establecidas en la Ley Nacional. Como señalaré más adelante, estos procedimientos no son accesibles para el grueso de la población penitenciaria.

Benjamín Armando Avilés Plazola

Definitivamente coincido, maestra. Se tiene el derecho a la solicitud a acceder al procedimiento, a hacer la petición, pero ello no garantiza la concesión del beneficio, como lo comentó hace un momento. Este tiene un carácter premial; hay algunos autores que consideran que es un derecho fundamental establecido en la Constitución, pero ya lo han resuelto los tribunales federales al hacer estas interpretaciones y han dicho que no, que el hecho de que se condicione y establezcan requisitos para acceder al beneficio no vulnera

ningún derecho fundamental del sentenciado; que tiene un carácter premial y que será su propia participación, sus propios méritos, el medio por el que lo alcance.

Este proceso es una amalgama de participación; el Estado y el centro penitenciario tienen la obligación de aportar los medios, pero también el sentenciado tiene la obligación de participar y contribuir en este proceso de reconstrucción y de reinserción, sí a la sociedad, pero de reconstrucción de su propia personalidad y del cambio conductual. Esto se da sobre todo en las diferentes naturalezas de los delitos. No es lo mismo un sentenciado por un delito de carácter sexual que un sentenciado por un delito de carácter patrimonial, son factores completamente distintos, endógenos y exógenos como lo menciona la criminología. Hay circunstancias externas que influyen en cada uno de ellos, pero también circunstancias internas.

¿Qué son los beneficios preliberacionales y cuál es su naturaleza jurídica? Al respecto surgieron dos posturas, por un lado, se consideraba que eran un derecho fundamental casi concedido y, por el otro, que eran mecanismos de carácter premial que incentivaban la participación de la persona en el proceso de reinserción. Ya está superada la primera postura, y es precisamente la segunda, la de los mecanismos de carácter premial, la que subsiste.

La libertad condicionada y la libertad anticipada se encuentran establecidas en los artículos 136, la primera, y 141, la segunda. ¿Cuál es la diferencia? La diferencia entre un beneficio y otro estriba en los efectos que tienen.

El efecto de la libertad condicionada es la libertad antes de la conclusión total de la pena establecida, pero el efecto

más importante es que el sentenciado que la obtiene está sujeto de alguna manera a vigilancia, no se extingue la pena de prisión, continúa vigente. Por ello se establecen dos modalidades, puede ser con monitoreo o sin monitoreo electrónico, porque, si bien es cierto que el sujeto sale de prisión y va a la calle, a su casa, eso no significa que tenga una libertad total; él continúa bajo la vigilancia de la autoridad penitenciaria.

El artículo 138 establece la posibilidad de la suspensión de las obligaciones; el artículo 139, la reducción de las obligaciones y el artículo 140, la cancelación del propio beneficio, incluso, podría ser revocado, es decir, este primer beneficio no es garantía de la obtención de la libertad al cien por ciento, sino que la persona todavía está sujeta a la vigilancia durante el resto del tiempo de la pena que le falta por cumplir.

A diferencia del primer beneficio, el efecto de la libertad anticipada es que si es concedido extingue por completo la potestad del Estado para ejecutar la pena privativa de la libertad. En esta segunda figura ya no se está bajo la vigilancia de ninguna autoridad y la libertad es absoluta; ya no hay pena por cumplir y evidentemente no podría ser revocada. Son importantes los efectos y la distinción de cada uno de los beneficios; en este sentido, también establecen diversos tipos de requisitos mínimos, pero significativos en el fondo.

Existe también un régimen de excepción, es decir, en cuanto a algunos delitos hay improcedencias en el acceso a los mecanismos mencionados. A saber, no gozarán de la libertad condicionada o anticipada los sentenciados por delitos en materia de delincuencia organizada, secuestro y trata de personas. Entonces, respecto de la reflexión

que hizo la maestra hace un momento, tácitamente la legislación reconoce que para estos delincuentes no habrá reinserción social o no hay una forma de reinserción social porque son delitos que están excluidos debido a la gravedad de las conductas; son delitos que presentan un *quantum* de la pena muy elevado. ¿Dónde se encuentra la reinserción social respecto de estos delitos? Por lo menos a través de los beneficios preliberacionales no se encontraría.

El primer requisito que se establece en los artículos 137 y 141, idéntico para ambos beneficios, es que no se haya dictado diversa sentencia condenatoria firme. Esta primera fracción refiere que se trate de una persona que no tiene ingresos anteriores a prisión, que sea la primera vez que ha delinquido o se le ha sancionado.

El segundo tópico que se busca destacar es precisamente el de la fracción segunda de los artículos 136 y 141 de la Ley Nacional de Ejecución Penal. El requisito consiste en que no exista un riesgo objetivo y razonable, con su externamiento, para la víctima u ofendido, los testigos que depusieron en su contra o para la sociedad.

¿Quién está obligado a acreditar dichos requisitos? Llevó algo de tiempo dilucidar este debate, pues para resolverlo había cuatro criterios. El primero establecía que era el promovente, en su caso y por la naturaleza de la solicitud, el sentenciado y la defensa. Después surgió otra postura que hablaba de la carga dinámica de la prueba, postura que tuvo más auge y aceptación en los tribunales en los últimos tiempos, derivado de una jurisprudencia en materia administrativa relativa a la solidaridad procesal; entonces, la carga dinámica de la prueba se refería a que se podía

mover entre las partes. Otro criterio atendía al principio de presunción de inocencia —que ya no existe—, en el que se consideraba que el ministerio público debía mostrar su improcedencia con base en este principio. El cuarto criterio, que actualmente cobra mayor vigencia a través de una tesis pronunciada por tribunales federales, señala que el requisito está en sentido negativo y que por ello corresponde al ministerio público probarlo; esto es, se invierte la carga probatoria y es entonces al ministerio público a quien le toca.

Respecto al riesgo objetivo y razonable, *riesgo* es la posibilidad de que una amenaza se materialice. Ello no implica que se trate de cualquier riesgo, sino que deberá ser objetivo y razonable. Por *objetivo* se entiende que exige actuar atendiendo a criterios objetivos, es decir, relacionados con el objeto sometido a consideración y nunca con base en cuestiones subjetivas. Es aquello que pertenece al objeto independientemente del sujeto que lo conoce. *Razonable* se refiere a que ese riesgo no debe partir de una mera posibilidad, por el contrario, quien sustente esa razón deberá demostrar dicho evento como probable, y no meramente como posible, en el sentido de que la opción de ocurrencia del suceso supere (en la medida que fuere) a la de no acaecimiento. Por ello debe encontrarse plenamente probado.

La tesis aislada con el rubro LIBERTAD CONDICIONADA. NO CORRESPONDE AL SENTENCIADO ACREDITAR LA INEXISTENCIA DE UN RIESGO CON SU EXTERNAMIENTO PARA LAS PERSONAS A QUE SE REFIERE LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 137 DE LA LEY NACIONAL DE EJECUCIÓN PENAL, COMO REQUISITO PARA OBTENER DICHO BENEFICIO PRELIBERACIONAL, con número de registro

2023951, empieza a dar luz y a evidenciar cómo se están empezando a mover los criterios en relación con la concepción de beneficios preliberacionales.

La justificación de la tesis establece: “para el análisis del citado requisito y obtener el beneficio de libertad condicionada opera la presunción de inocencia en su vertiente de carga de la prueba, pues al ser un aspecto negativo no es susceptible de demostración por el solicitante sino, en todo caso, corresponde al agente del Ministerio Público probar ese extremo”. Esta tesis fue publicada el viernes 10 de diciembre de 2021. El segundo tópico que se quiere destacar, en relación con la segunda fracción de la tesis, es el estado actual de la evolución y el comportamiento de los beneficios preliberacionales, por ello concedo el uso de la voz a la maestra.

Gladys Fabiola Morales Ramírez

En las intervenciones anteriores encontramos varios puntos de coincidencia. Al igual que el juez, observo la falta de una metodología o de criterios específicos para decidir qué implica la existencia de un riesgo objetivo razonable en los procedimientos de preliberación y, sobre todo, cómo se demuestra la existencia o inexistencia de tal riesgo. Este es uno de los temas donde existe realmente un vacío doctrinal sobre cómo acreditarlo, incluso en términos de precedentes judiciales. La tesis que comentó el juez Avilés Plazola presupone la capacidad material de las personas privadas de la libertad para demostrar la inexistencia de este riesgo objetivo inminente. En principio, ¿a quién le

interesaría acreditar que existe? A la parte acusadora, en este caso el ministerio público. Pero pensemos en el contexto penitenciario. El procedimiento exige cumplir ciertos requisitos, entre ellos demostrar que la liberación anticipada o condicionada de la persona no implica un riesgo para quienes estuvieron involucrados en el acto delictivo como víctimas, que no es un riesgo social. Las personas privadas de la libertad tienen pocos recursos materiales para demostrarlo; solamente el hecho de reunir los otros requisitos y acceder a la representación legal para solicitar los beneficios ya es un trayecto complejo materialmente para quienes se encuentran en condición de prisión.

Además, ¿cómo se mide el riesgo? Una de las propuestas teóricas que se han estado planteando, sobre todo desde las organizaciones civiles, es cómo realizar este ejercicio de manera objetiva y metodológica, para evitar que se reproduzcan sesgos y estereotipos que puedan afectar el comportamiento de una persona que estuvo en algún momento involucrada en actos delictivos.

Es un ejercicio muy complejo. La propuesta no se materializa aún, pero la Defensoría Pública Federal y algunas organizaciones han ido proponiendo —esto lo dejamos en debate también para la audiencia— si es posible aplicar algunos criterios que se han desarrollado para, por ejemplo, el otorgamiento de medidas cautelares o de medidas de protección en casos de violencia de género, los cuales tienen tres elementos básicos: uno es el perfil específico de la persona, las condiciones de vulnerabilidad, el contexto objetivo y el contexto subjetivo, es decir, quién es y en qué contexto se desenvolvió antes, durante y, quizás,

después de la prisión, y además evaluar esto como primer elemento. Después, las posibilidades relacionadas con el contexto externo a la prisión, que tiene que ver con la existencia de relaciones familiares, vínculos, una voluntad individual de la persona para no volver a delinquir, etcétera. Posteriormente, las personas a las que podría afectar el externamiento, por ejemplo, en casos de delitos sexuales también hay que considerar el perfil de las víctimas.

Así, son tres elementos desarrollados para los casos relacionados con violencia de género. Si se tienen estos tres elementos claros, esto es, el carácter individual de la persona, las condiciones de contexto y las víctimas que podrían estar en riesgo, entonces, es más sencillo generar evidencias idóneas y suficientes para proporcionar a las personas juzgadoras la información necesaria para tomar una decisión.

El sistema de reinserción social busca acreditar una situación de riesgo, en lugar de limitarse a decir: “esta persona estuvo involucrada en un delito vinculado a los narcóticos, entonces, las personas involucradas en casos de drogas están vinculadas con redes del crimen organizado”, aunque su participación en la cadena delictiva haya sido mínima. Hablo mucho de las mujeres porque una de mis principales líneas de trabajo es el acceso a la justicia con perspectiva de género. No es lo mismo pensar en la cabeza de una red delictiva que en las mulas, como se ha llamado a las mujeres que son captadas por el crimen organizado para introducir drogas en sus cuerpos. Sin embargo, para la sociedad todas son personas involucradas en casos de drogas y, por tanto, se puede caer en el riesgo de estereotiparlas y considerar que pertenecen a las altas esferas del crimen organizado.

Si se deja el delito de lado por un momento y la conducta por la cual la persona ya fue sancionada, para evaluar a la persona en el momento actual, cuando se van a conceder los beneficios a través de criterios claros y evidencias, entonces, la decisión judicial no solamente es más transparente, sino que está mejor fundada y va más allá de clasificar a las personas en buenas o malas. En su lugar, la Ley Nacional de Ejecución Penal exige situarlas en el momento cercano a cumplir una pena privativa de la libertad por una conducta por la cual ya fueron sancionadas; así se evita una doble sanción o una pena trascendente en el momento de solicitar los beneficios de preliberación.

Benjamín Armando Avilés Plazola

Completamente de acuerdo, es una de las grandes incógnitas que estableció la Ley Nacional de Ejecución Penal con su publicación. Cuando se empezó a revisar el tema de los juzgadores, de los beneficios preliberacionales, y nos encontramos con esta segunda fracción, fue una novedad completa porque en las otras legislaciones mencionadas, que ya se expusieron en la sesión, en todos esos otros mecanismos de libertad anticipada, beneficios preliberacionales, nunca se atendía un requisito que aludiera a la víctima. Esto fue completamente novedoso, pero también sembró esa dificultad que en un inicio le fue causada al propio solicitante, al sentenciado y a la defensa. Ya se están moviendo, es precisamente uno de los objetivos de la sesión de hoy destacar cómo se empiezan a mover los criterios. Empieza a haber una interpretación en la que

los tribunales federales comienzan a dejar claro qué le toca al ministerio público. Pero qué bien que se pudiera lograr la metodología que usted comenta para que el ministerio público, en caso de que pudiera acreditar esta segunda fracción, la siguiera, la estableciera y, al momento de presentarse como elemento probatorio ante el juzgador, el análisis y acreditación de este riesgo fuera más fácil para el mismo, para la emisión del propio fallo.

La fracción tercera de los dos beneficios, del artículo 136 para la condicionada y del 141 para la anticipada, establece que debe haber tenido una buena conducta durante su internamiento; para tener por acreditado este requisito resulta fundamental el informe que rinde al respecto el centro penitenciario. De este informe hay que destacar varias cuestiones: el número, el tipo y la temporalidad de las sanciones; las actas del comité técnico en su momento donde se puede evaluar si hubo un debido proceso para la imposición de la sanción disciplinaria y que son hechos efectivamente atribuidos al sentenciado. Esto por supuesto es materia de análisis para poder solicitar o no el beneficio, y para que el juzgador revise si la persona cuenta o no con buena conducta, requisito indispensable para quien pretende acceder a un beneficio de este tipo. No se concibe que alguien con mala conducta y una mala trayectoria institucional acceda a la posibilidad de obtener su libertad antes de tiempo.

El cuarto requisito, la cuarta fracción, es precisamente haber cumplido satisfactoriamente con el plan de actividades al día de la solicitud, y es idéntico para ambos beneficios. Este es el tercer tópico que la maestra y yo queremos destacar,

el relativo al plan de actividades, el cual se encuentra establecido en los artículos 104 y 105 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, aunque todavía no se encuentra debidamente reglamentado y aún no está bien cómo van a ser las horas y cuáles van a ser las actividades. Esto por lo que hace a la ley secundaria, sin embargo, en el orden de la Carta Magna sí es muy claro que los medios para lograr la reinserción social van a ser el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte.

El sentenciado que quiera o pretenda obtener un beneficio preliberacional, necesariamente, tiene que haber participado activamente en estos medios, tiene que estar trabajando, haber participado en cursos de capacitación, en cuestiones académicas, de salud o recreativas y de deporte. No cabe la menor duda de eso, no obstante, con el surgimiento de la Ley Nacional de Ejecución Penal se planteó una nueva disyuntiva y una nueva interrogante: ¿qué pasa con las ciencias auxiliares? Esas ciencias de las cuales no había duda, en el modelo anterior era clara la participación de la criminología, la psicología y el trabajo social; tampoco había duda de la participación en el modelo clínico, eran fundamentales y esenciales porque era básicamente a través de estas ciencias como se podía demostrar, o no, tener por acreditada la readaptación social.

Vuelvo a hacer el mismo razonamiento, es el artículo 18 constitucional el que establece que esos serán los medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, ello implica un cambio conductual. En ese sentido, ¿cómo se va a medir ese cambio conductual?, ¿cuáles son las disciplinas

necesarias o fundamentales para poder medirlo y hacerlo evidente? En mi consideración son precisamente esas disciplinas, incluso, esos dictámenes y esos estudios se siguen practicando hoy en día por los centros penitenciarios cuando se solicita el plan de actividades. Dichas áreas no han desaparecido, están dentro del plan de actividades que se diseña para los sentenciados. En mi consideración, sí deben participar estas ciencias auxiliares, sí deben ser tomadas en consideración la criminología, la psicología y el trabajo social; su intervención es válida y necesaria, aunque no fundamental.

Lo que estamos estableciendo la maestra y yo en esta sesión son opiniones a título personal, eso no significa que estemos detentando la verdad, es nuestra opinión personal que, por supuesto, está sujeta a debate, pero estamos convencidos de lo que estamos diciendo. En mi opinión y por mi experiencia me parece que estas disciplinas sí son necesarias; aun cuando no son fundamentales existen otros elementos que sí lo son, como la participación en el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte. Esta participación y estos estudios marcan e indican si se han presentado o no los cambios conductuales que se esperan en el proceso de reinserción social del sentenciado.

He ahí la dificultad que impone la interpretación de la Ley Nacional de Ejecución Penal. Actualmente este modelo, como se mencionó al iniciar la sesión, no es del todo claro en su metodología a diferencia del modelo anterior que era muy explícito al respecto. Si es así y si estas disciplinas pueden participar según mi afirmación, ¿qué va a pasar con el derecho

penal del acto?, ¿no se supone que nuestro sistema penal se decanta por un derecho penal del acto y no del autor? En mi consideración, el utilizar y el auxiliarnos de estas disciplinas no vulnera para nada el derecho penal del acto, este se refiere a una etapa diversa, a la etapa de la punición, de la individualización de la pena en donde para individualizar e imponer la pena no vamos a fijarnos en el individuo en sí, en su trayectoria personal o en su personalidad; eso para la imposición de la pena. No obstante, en la ejecución de la pena de prisión sí es fundamental atender explícitamente al individuo porque es quien debe demostrar el cambio conductual sin que ello —insisto— vulnere el principio de derecho penal del acto, porque estamos en una etapa diversa, que es la de ejecución de la pena de prisión en donde el individuo es la materia de estudio para determinar si se ha cumplido o no con lo que establece el artículo 18 constitucional.

La fracción quinta de los artículos 137 y 141 muestra diferencias. En el 137 relativo a la libertad condicionada dice: “haber cubierto la reparación del daño y multa en las modalidades y excepciones establecidas en la ley”, y en el 141, relativo a la libertad anticipada, solo se menciona: “haber cubierto la reparación del daño y multa en su caso”.

Se explicará rápidamente a qué se refiere esta reparación del daño. La reparación del daño es un derecho fundamental consagrado en la Constitución política, en el numeral 17; también es uno de los fines del proceso penal de acuerdo con la fracción primera del apartado A del artículo 20 constitucional y, además, es una pena pública establecida en el propio artículo 42 del Código Penal para el Distrito Federal. El numeral 116 de dicho ordenamiento

establece que la prescripción del mismo es en un tiempo igual al tiempo de la pena privativa de la libertad.

La libertad condicionada, por lo que hace a la reparación del daño, implica la obtención de la libertad, pero no absoluta, sino, como su nombre lo indica, *condicionada* y todavía sujeta a vigilancia, la cual establece o da la posibilidad de que la reparación pueda cubrirse incluso a través de pagos parciales, es decir, se puede hacer un plan de pago acorde con el numeral 48 del código punitivo para la Ciudad de México, a eso se refiere la siguiente frase: “en las modalidades y con las excepciones establecidas en la ley”. Ello es así porque ante un probable incumplimiento sí existe un mecanismo para lograr exigirla, este sería la revocación del beneficio si se llegara a dar. En otras palabras, sí cabe la posibilidad de que la reparación del daño se dé posteriormente mientras la persona sentenciada está gozando del beneficio, ya que todavía no obtiene su libertad —tenemos a la mano al sentenciado— y ante el incumplimiento se puede ordenar su reaprehensión.

La reparación del daño en la libertad anticipada tiene que estar cubierta en su totalidad, no comprende planes de pago en parcialidades porque el efecto de la libertad anticipada, como se explicó, es la extinción de la pena y, por tanto, para poder determinar esta también debe darse el cumplimiento de la reparación del daño; en caso de que no se cumpliera con ella, no habría un mecanismo para exigir su cumplimiento. Por eso es que, a diferencia de la libertad condicionada, la reparación del daño tendría que estar completamente cubierta en este segundo beneficio.

La multa evidentemente se tiene que cubrir, lo que puede

ser por medio de su pago, su prescripción o la sustitución por jornadas de trabajo. Lo anterior solo para el caso de la libertad condicionada donde todavía el sentenciado está sujeto al cumplimiento del resto de la pena, y no así para la libertad anticipada, porque se extingue la pena de prisión.

La fracción sexta reza, idéntico para ambos beneficios, que la persona no debe estar sujeta a otro proceso penal del fuero común o federal por delitos que ameritan prisión preventiva. Esto significa que para acreditar la fracción dentro del trámite de la solicitud del beneficio se giran diversos oficios a las autoridades penitenciarias del orden local y federal, para establecer si se encuentra actualmente en otro proceso de tipo penal y si amerita la prisión preventiva. Con el informe se debe analizar detenidamente si se encuentra o no sujeta a otro proceso federal o del fuero común. Si es así, no procede el beneficio; en el caso contrario este requisito se tendría por colmado.

La fracción séptima de ambos beneficios, esto es, de los artículos 137 y 141, relativa a la libertad condicionada y anticipada respectivamente, alude a la temporalidad. En este sentido, también hay una diferencia entre cada uno, en el caso de la libertad condicionada se establece que se haya cumplido con la mitad de la pena tratándose de delitos dolosos; para el caso de la libertad anticipada el tiempo compurgado es mayor, tendría que ser el 70 % de la pena impuesta en delitos dolosos o la mitad de la pena tratándose de delitos culposos.

Quiero destacar que, de estos dos beneficios, en lo relativo a la temporalidad que establece el legislador y que debe cumplir un sentenciado para acceder a cualquiera de los beneficios,

podemos advertir que efectivamente la reinserción social se trata de un proceso. La necesidad de estas temporalidades lo indica, asimismo, se puede inferir del propio espíritu de la legislación, ¿por qué necesitamos determinado tiempo?, porque es un proceso en el que debe participar el sentenciado para, en su caso, poder acceder al mismo.

Para alcanzar la libertad condicionada se establece el requisito de temporalidad, y en el caso de los delitos dolosos se requiere compurgar la mitad de la pena, sin embargo, estas fracciones se refieren a la temporalidad que se debe cumplir para los delitos culposos.

Evidentemente, podría considerarse que hay dos posturas, la primera es que si no lo menciona la legislación no procede, esta es una interpretación muy restrictiva y perjudicial para los sentenciados. La interpretación con base en el principio pro persona es que puede solicitarse en cualquier tiempo, siempre y cuando se cumpla con el resto de requisitos que marca la legislación, porque no establece una temporalidad.

Respecto de la libertad anticipada, para acceder a esta, la ley establece el requisito de temporalidad del 70 % de la pena en delitos dolosos, mientras que en los culposos es la mitad de la pena; lo anterior cobra sentido si se atiende a que es una temporalidad más alta porque este segundo y último beneficio implica la extinción de la potestad del Estado para ejecutar la pena de prisión, y con ello, en caso de concederse, la obtención de la libertad absoluta de la sentencia.

Este es el panorama del asunto, quisimos destacar los puntos y los tópicos anteriores, así como hacer un análisis muy breve de los beneficios preliberacionales. Tengo entendido

que ya en este mismo foro se ha hablado del tema, por lo que quise darle un toque distinto y destacar el estado actual de las cosas, es decir, cómo va evolucionando y cómo se están comportando los beneficios preliberacionales actualmente en la Ley Nacional de Ejecución Penal, destacando el tópico de la reinserción social que es la base y la clave para poder entender cómo funcionan los beneficios; el tópico del riesgo objetivo, que toca y corresponde acreditarlo a la representación social; la parte del plan de actividades que, si bien es cierto se basa en los medios de reinserción que establece el artículo 18 constitucional, también lo hace en la participación de las ciencias auxiliares que es necesaria, aunque no fundamental. De igual manera se buscó establecer y dejar bien claro que ello no implica vulneración al principio del derecho penal del acto, que es por el que se decanta nuestro sistema penal, ya que en la fase de la ejecución de la sanción penal es al individuo al que hay que atender, al igual que al cambio conductual que se busca, para poder establecer si estamos en condiciones de la concesión de los beneficios en estricto cumplimiento de lo que establece el propio 18 constitucional.

Gladys Fabiola Morales Ramírez

Quisiera destacar un punto sobre el cumplimiento del plan de trabajo en el marco de los procedimientos de preliberación. Es importante destacar que, si bien es una responsabilidad de las personas privadas de la libertad cumplir con el plan de trabajo y demostrar que han desarrollado actividades específicas en cada una de las categorías establecidas en

el artículo 18 constitucional, este requisito está sujeto a las posibilidades materiales que ofrece el centro penitenciario. ¿Qué quiere decir esto? Con base en los hallazgos de los diagnósticos anuales que realizan la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las comisiones locales sobre el funcionamiento del sistema penitenciario, se debe pensar en las condiciones de internamiento que existen en México. ¿Cuántos centros ofrecen realmente acceso a un programa de actividades deportivas, educativas, laborales, etcétera? Y además de ofrecerlos, ¿cuál es el acceso real que tiene la población penitenciaria? Como ejemplo pensemos en Santa Martha Acatitla, donde trabajé en la defensa de mujeres privadas de la libertad, previo a incorporarme al Poder Judicial de la Ciudad de México. Hay muchas mujeres en Santa Martha Acatitla que tienen a sus hijos e hijas viviendo con ellas, sobre todo bebés. Tienen la obligación de estar siempre con ellos porque, aunque hay un Centro de Desarrollo Infantil (CENDI), fuera del horario de atención no hay lugares donde puedan dejar a los niños y las niñas.

Las mujeres que son madres no pueden acceder a los mecanismos de capacitación para el trabajo porque los horarios no coinciden con el horario del CENDI y tienen que estar al cuidado de ellos o de ellas todo el tiempo. Entonces, cuidan a sus hijos o hijas o van a los talleres de formación profesional. O bien tienen que trabajar de manera informal para acceder a ciertos insumos básicos e incluso apoyar económicamente a sus familias. Además, los horarios de trabajo y las jornadas laborales no se respetan, de manera que no pueden realizar las otras actividades contempladas en el plan de trabajo. Estos elementos tienen que ser

analizados de manera concreta en cada caso, atendiendo a cuáles son los servicios que efectivamente brinda el centro penitenciario para decidir si está bajo la potestad de la persona privada de la libertad cumplir con este plan o no.

Migración, derechos humanos y delincuencia organizada*

Sara Patricia Orea Ochoa**

Migración, violencia, infancia y adolescencia, ¿cómo confluyen estos conceptos y qué importancia pudieran revestir para el estudio de la ciencia jurídica? Sin duda, los dos primeros términos constituyen fenómenos sociológicos; la migración se define no como el simple cambio de residencia, sino como el desplazamiento (voluntario, forzoso, legal, irregular o permanente) de personas de una región a otra. Por su parte, de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, la violencia la conforma el poder físico (de hecho) o psicológico (como amenaza de facto) para someter a un ser humano, grupo o comunidad, con el fin de causar lesiones, la muerte, daños (ya sean psicológicos o económicos), trastornos en el desarrollo o la privación de diferentes derechos.

* Conferencia presentada el 9 de agosto de 2022.

** Magistrada de la Primera Sala de Justicia para Adolescentes del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

Definidos *grossó modo* estos dos conceptos, ¿cómo se involucran con la población de niños, niñas y adolescentes?, o bien, ¿qué interés podrían tener en la materia de justicia penal para adolescentes o justicia para adolescentes general?

Para poder tener un primer acercamiento al tema global de este estudio, puede ayudar el conocer historias originales que ulteriormente se hicieron cuentos y que son narrados por los protagonistas de estos fenómenos: la violencia y la migración.¹

La migración no se limita tempo-espacialmente al momento que estamos viviendo, ni tampoco se centra en el triángulo norte (Centroamérica, México y Estados Unidos). La migración es, como manifestación universal, milenaria; recordemos a los europeos que migraron a América en 1492, a lo menos, históricamente, se tiene esa fecha. Previo a ello lo hicieron, de acuerdo con Darwin, los hombres y las mujeres prehistóricos que, de África, como nómadas, recorrieron y llegaron a instalarse en diferentes partes del mundo (Asia, Europa, incluso América). Dichas migraciones que ocurrieron hace muchos años se debieron a cambios climáticos o a la falta de alimentos, pero no resultan preocupantes, a diferencia de la migración como acontecimiento actual y mundial, y la forma en la que se exterioriza.

De acuerdo con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef), en África tres de cada cuatro migrantes

1 Véase <https://www.unicef.org/mexico/migraci%C3%B3n-de-ni%C3%ADos-y-adolescentes>. Brenes Herrera, Ani, Delgado Tenorio, Laura y Álvarez Keller, Daniela, *Caminos de luces y sombras: Historias de niñas, niños y adolescentes migrantes*, Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 2015, disponible en <https://rosanjose.iom.int/es/blogs/cuentos-que-no-son-cuento-ninos-y-ninas-migrantes>

huyen de la violencia, la pobreza, los cambios climáticos, pero se quedan en ese continente, solo uno migra hacia Europa, Asia, América o Australia. Anualmente, de doce millones de migrantes africanos, siete de ellos son niños y es de estos siete millones que he extraído la historia de Elizabeth, quien cuenta que huyó del conflicto armado de la República Centroafricana, en el trayecto, se separó de su familia y encontró —según pensó— un refugio, una familia que le proporcionó un albergue, pero a un costo muy alto, pues la obligaron a comprometerse con un hombre mayor que la sometía sexual y psicológicamente; un hombre que, desde luego, no conocía. En este ejemplo es posible ver cómo la migración trajo consigo violencia.

Otra historia es la de Nahil, a quien detienen en su camino hacia Estados Unidos, luego de caer en un campo de nopalos: “sin importar mi dolor, me agarraron y me llevaron con ellos, yo caminaba como un robot para que las espinas no se me metieran más. Eso fue lo más triste, ver cómo me trataban, sin importar lo que estuviera sintiendo. Así me llevaron hasta la hielera”² (el término *hielera* se emplea para describir el centro de detención para personas migrantes, el cual se caracteriza por ser intensamente frío). También Lucas detalla el viaje que hizo en tren: “Lo peor es cuando en medio de toda aquella pesadilla, se te aparece ‘la Bestia’. ¿Por algo le llaman así, no? Pero hasta que no lo vives, no lo crees. Yo antes pensaba que no era más que un tren, una máquina que cruza de país a país. Pensaba que era un viaje en tren, como cualquiera. Hasta que estando ahí te das cuenta que el miedo, los secuestros, los asaltos y la muerte también se suben”.³

2 *Ibidem*, p. 21.

3 *Ibidem*, p. 90.

Freddy salió de El Salvador a los seis años huyendo junto con su familia de una de las últimas embestidas del ejército salvadoreño contra la guerrilla. En la huida pierde a su padre, a su madre y a sus hermanos; con la ayuda de sus tíos, no sin antes sufrir explotación, engaños de polleros, de la migra, logra llegar a Los Ángeles, Estados Unidos, donde a los catorce años decide enrolarse con la Mara Salvatrucha, a pesar de contar con la ciudadanía. El pandillerismo, como es sabido, se convirtió en un problema de tal magnitud para el gobierno norteamericano que la única solución en la que se pensó fue en la deportación de todo centroamericano que fuera pandillero. Freddy, al lado de su pareja y de su hijo recién nacido, volvió entonces a una tierra que le era completamente extraña, El Salvador, con la cual ya no mantenía ningún lazo, ni siquiera la lengua. Y la pandilla fue nuevamente su refugio y su familia. Rápidamente, Freddy se metió en problemas con la Mara 18, su vida, la de su esposa y su hijo corrían peligro, por lo que sus *homies* (“hermanos”) en la pandilla organizaron su regreso a Estados Unidos. Cruzando México, Angelito, su hijo, enferma; logra que lo atiendan en una clínica de Guadalajara y conoce al Jabón, apodado así por su capacidad para limpiar los desastres o *trabajos* del cártel de Osiel Cárdenas. El Jabón reclutó a Freddy para que se uniera a ellos como sicario para arrebatar la plaza al cártel de Sinaloa, pero con Freddy ocurrió una cosa: sus lealtades seguían perteneciendo a la Mara, aunque trabajara para el cártel mexicano y, aun así, con esa lealtad doblada, Freddy se convirtió en un eficiente e impecable soldado de la delincuencia organizada. Al momento del relato, Freddy se encontraba en una prisión mexicana por robo y tentativa de homicidio,

su hijo Angelito logró sobrevivir y mientras aprende sus primeras palabras en *mexicano*, aún puede leerse en el pecho de su padre: “Por mi madre nací, por la Mara muero”.

Cuatro narrativas, cuatro percepciones, cuatro seres que huyen de conflictos armados, como es el caso de Freddy; de pobreza, como Lucas o Nahil; de guerras, como Elizabeth. Y en ninguno de ellos se refleja la esperanza. Ellos salen con la idea de cruzar fronteras, hasta que se dan cuenta, como dice Lucas, de que el miedo, el secuestro, la muerte también los alcanzan y los acompañan en sus trayectos.

Ahora bien, ¿qué pasa cuando estos chicos llegan a un país distinto? Se enfrentan a la discriminación, a la xenofobia y a toda la violencia del camino que implica la migración. Como ejemplo está la historia de Alicia y Pedro, quienes logran alcanzar el sueño americano y al llegar a Estados Unidos y conseguir su primer trabajo al ser contratados por una familia para pintar la fachada de su casa, después de la ardua actividad, de varios días de soportar el clima y de pasar hambre, al concluir piden su pago, pues requerían de ese dinero para poder mandarlo a su familia en Michoacán, su empleador les responde: “¿Cuál pago? Si no se van, llamo a la migra, mugrosos mexicanos”.

Estos niños, niñas y adolescentes, en cinco historias resumidas, nos narran la violencia que sufren en su desplazamiento voluntario, o no. Este sector de la población es vulnerable por su edad, porque todavía no tiene la capacidad real de poder hacer defender sus derechos, porque quizás ni siquiera los conoce, se encuentra en una desigualdad desde el punto de vista biológico, psicológico y como niñas, niños y adolescentes migrantes se enfrentan

a ser doble o triplemente vulnerables al tener que ser víctimas de violencia en el lugar al que llegan.

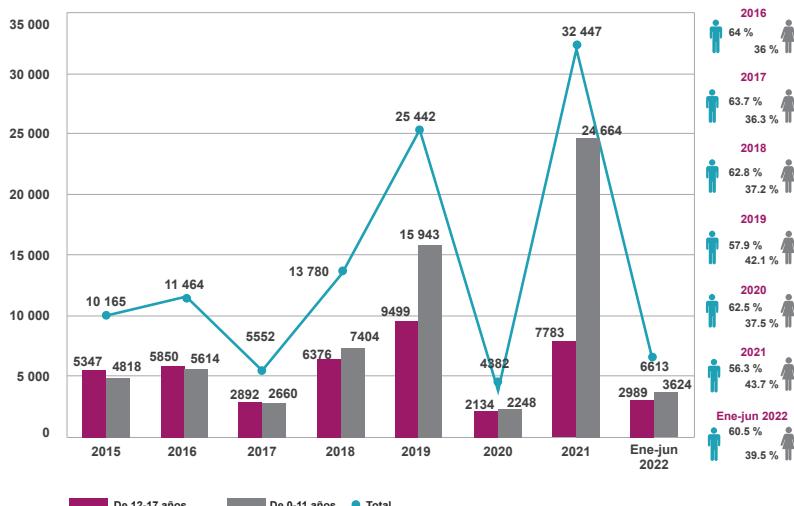
En el caso de Alicia y de Pedro, al hablar de xenofobia, creo que no es posible cerrar los ojos ante lo ocurrido en México hace unos años, cuando en el cruce de Centroamérica a México, algunos migrantes en su caravana para llegar a Estados Unidos fueron recibidos por los habitantes de Tabasco y Chiapas con ultrajes y maltratos. Por ello, no podemos decir que la xenofobia sea propia de los estadounidenses, pues también se manifiesta en México porque no se logra comprender que los migrantes son personas que solo buscan una mejor forma de vida.

Para dimensionar estos movimientos, en las siguientes gráficas se muestra el flujo de niñas, niños y adolescentes provenientes de Guatemala, Honduras y El Salvador que han sido canalizados al Instituto Nacional de Migración, de 2015 a 2022.

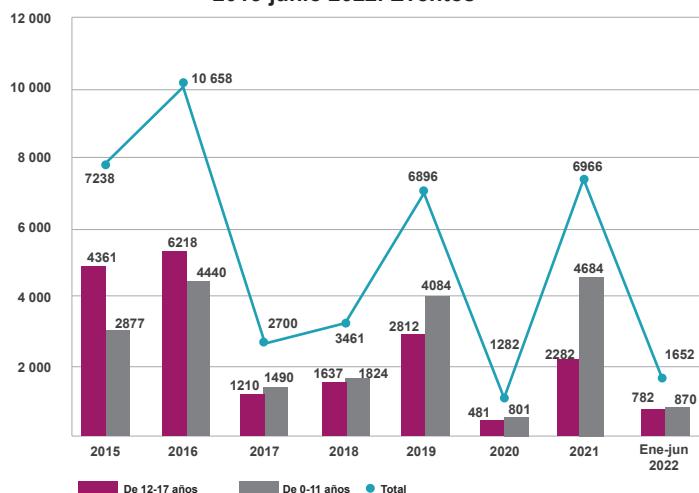
Gráfica 1. Flujo de niñas, niños y adolescentes guatemaltecos canalizados por el Instituto Nacional de Migración, según grandes grupos de edad, 2015-junio 2022. Eventos



Gráfica 2. Flujo de niñas, niños y adolescentes hondureños canalizados por el Instituto Nacional de Migración, según grandes grupos de edad, 2015-junio 2022. Eventos



Gráfica 3. Flujo de niñas, niños y adolescentes salvadoreños canalizados por el Instituto Nacional de Migración, según grandes grupos de edad, 2015-junio 2022. Eventos



En ocasiones los niños vienen acompañados de sus familias, de sus padres, pero a veces se trata de niños migrantes solitarios, ya sea para buscar a sus padres, para buscar una mejor forma de vida o bien para huir, no solo de la violencia que se sufren en su región, sino también de la violencia que sufren dentro de sus senos familiares.

Aunque el tema del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes es muy amplio, es importante conocer sobre los fenómenos de la migración, la violencia, el crimen organizado y los derechos humanos.

En la última década, México ha experimentado una grave crisis de seguridad. Recientemente, el presidente de la república decidió que la Guardia Nacional, por decreto, formara parte de la Secretaría de la Defensa Nacional (Sedena). En resumen, en esos diez años han muerto alrededor de 250 mil personas, según cifras de 2018, pero no se contabilizan los muertos que se encuentran en tumbas clandestinas. El Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) proporciona los datos anteriores, los cuales, aun sin tomar las necesarias precauciones ante estadísticas oficiales, son por demás ejemplificativos. Es un panorama desalentador.

La tasa de homicidios en México es equiparable a la existente en países en situación de guerra. Un amplio porcentaje de estas muertes se encuentra directamente relacionado con las acciones del crimen organizado y, como si esto fuera poco, dentro del peor escenario posible, la gran mayoría de esos muertos son jóvenes, a decir de Armando Bartra: “Y los matados son casi todos jóvenes si no es que niños [...] Estudiantes, maquileras, delincuentes,

soldados, víctimas accidentales..., en nuestro país se mata a los jóvenes y los jóvenes se matan entre sí".⁴ Es una afirmación bastante dura, pero en México se cuentan como víctimas a adolescentes entre quince y diecinueve años de edad, de los cuales, siete de cada diez son muertos por armas de fuego; las estadísticas de mortalidad del INEGI muestran que, a lo menos, la primera década de este siglo fueron asesinados 10 873 niños, niñas y adolescentes. Lo anterior es equiparable a las muertes que ocurren en Botsuana, en Mozambique o en Togo. Reitero lo que dice Bartra: "todos los muertos cuentan, pero cuando muere un joven, muere una vida por vivir".⁵

Respecto al tema de delincuencia organizada, algunas cifras en el ámbito académico refieren que aproximadamente treinta mil niños y niñas cooperan con grupos criminales ejerciendo diversas funciones en la comisión de alrededor de veintidós tipos penales, entre los que destacan: delitos contra la salud, secuestro, homicidio, trata de personas y extorsión. Esta circunstancia puede verse reflejada en el análisis del propio sistema de justicia penal para adolescentes, en el que se puede apreciar un incremento sostenido de adolescentes vinculados a procesos por delitos de alto impacto, sobre todo en zonas de México en donde tienen mayor presencia los grupos criminales ligados al narcotráfico, concretamente en el norte y sureste de la república.

4 Bartra, Armando, "Violencia en México. Dimensiones, claves, antídotos", *Argumentos*, México, año 28, núm. 78, mayo-agosto 2015, p. 38, disponible en https://publicaciones.xoc.uam.mx/TablaContenidoFasciculo.php?id_fasciculo=724

5 *Ibidem*, pp. 38 y 39.

Como mencioné en líneas anteriores, la violencia es sometimiento y control, y ha permeado en lo más profundo de la niñez, la cual no solo es víctima de la misma, sino también agente que la ejerce. Esto, evidentemente, no es una experiencia única del pasado reciente, se va exacerbando cada día.

No puede hablarse de esta realidad comparando a México con países de Centroamérica, quizá sea más preciso asemejarse a Colombia, a Honduras o a El Salvador; habrá países que tengan menor grado de violencia, pero no se abstraen de ella. Por ejemplo, en El Salvador existen problemas muy severos de seguridad con el tema de la Mara Salvatrucha y el presidente ha manejado una política de cero tolerancia, pero cuando la delincuencia organizada coopta a los niños y a los adolescentes es de preocupar la capacidad violenta y delictiva que les hacen introyectar.

¿Qué se puede hacer para proteger a los niños, niñas y adolescentes de la violencia? En principio, el Estado debe visibilizar este sector de la población, aspecto que no ocurre, pues desde que se implementó el sistema no se le ha designado recursos, sobre todo tratándose del tema de ejecución de sanciones penales o prevención del delito, simplemente no existen programas para ello.

El punto de partida, por obviedad, es identificar los factores que llevan a un sujeto joven al sistema de justicia penal y entonces determinar qué hacer para implementar políticas públicas que lo eviten. La obviedad poco a poco se desvanece apenas entramos al estudio: los factores son tantos y los acuerdos tan pocos; la pobreza, por ejemplo, es uno de los factores que más consenso tiene, así que

significaría equiparar al pobre con el delincuente y eso, sin duda, es un enfoque simplista y reduccionista, es un enfoque falso, por tanto, no se trata de una sola causa, sino tal vez de muchas, como la educación, la familia, el abandono, el trabajo, causas que se suman y se yuxtaponen, colocando a los adolescentes, a los niños y a las niñas en una situación de triple vulnerabilidad (si me refiero a migrantes), pues se vuelven candidatos idóneos para convertirse en carne de cañón para el crimen organizado. El joven que ingresa al sistema de justicia lo hace como victimario, pero también como víctima de una violencia que es invisible y que, como Estado y como sociedad, no se quiere ver.

El Estado mexicano ha fracasado en su combate a la delincuencia organizada, por no ver lo que no quiere ver. Las políticas públicas en materia de seguridad ciudadana y, particularmente, el combate al narcotráfico han sido impulsados en aproximadamente tres sexenios, pero son a todas luces fracasos institucionales que han exacerbado, además, los índices de mortandad violenta, porque se han empeñado en reducir al otro en un enemigo, sin importar quién sea (niño o niña, hombre o mujer). La “lógica militar” aniquila, mata al delincuente, al subversivo por haber roto el orden, pues busca preservar ese orden que no sirve ya que carece de política, puede llamarse “un orden del desorden”. Esta lógica es la misma que existió en la Alemania nazi con el holocausto judío, por ejemplo, o en la limpieza étnica de Ruanda, o los escuadrones de la muerte de Brasil o El Salvador.

Es pues necesario complejizar la ecuación, es decir, sumar pobreza, educación, trabajo, familia, ver al adolescente que delinque en todo su conjunto y entender el papel

de la violencia en su propio proceso de subjetivización. Debe recordarse que los niños y los adolescentes se encuentran en desarrollo, y la visión que pueden tener de fenómenos tales como la violencia o el crimen organizado es distinta a la de los adultos.

La violencia, en sentido amplio, es el resultado de la acción recíproca y compleja de factores individuales, relacionales, sociales, culturales y ambientales; cuando se prolonga en el tiempo se vuelve estructural y eso es lo que está ocurriendo con la violencia en los jóvenes.

Hace poco leía las declaraciones hechas por Saskia Niño de Rivera, una de las fundadoras de Reinserta, organización sin fines de lucro que busca la atención y protección para niños, niñas y adolescentes en contacto con la violencia en México, en las que decía que era muy sencillo que el crimen organizado cooptara a los adolescentes porque las sanciones eran bajas. Mayores barbaridades he escuchado constantemente; sin embargo, el crimen organizado no coopta a las niñas, niños y adolescentes porque el sistema de adolescentes sea blando; se los lleva porque, en principio, les paga menos y los ve como seres desecharables. Hay tantos niños y adolescentes que se encuentran abandonados que es muy fácil poder *atraerlos* para contar con “mano de obra”.

¿Qué ha hecho la delincuencia organizada que no ha logrado llevar a cabo el Estado? Debe partirse del hecho de que una de las características de los adolescentes es tratar de buscar pares, pertenecer a un grupo, pues como han dejado de ser niños, no desean estar en grupos de niños, pero tampoco son adultos entonces no quieren estar

con los adultos; los adolescentes buscan estar en sectores donde puedan ser escuchados y queridos. Así pues, la delincuencia organizada ha tenido la capacidad que no tiene el Estado de derecho, social y democrático: abre espacios propicios para ellos.

Ahora bien, no solo existe la delincuencia organizada, también hay grupos de trata de personas, de tráfico de infantes o de órganos, lo que muestra que un niño solitario se expone a múltiples riesgos.

Un asunto muy lamentable se suscitó hace tiempo en materia federal, pues adultos y adolescentes con discapacidad auditiva provenientes de Centroamérica fueron secuestrados cuando llegaron a territorio mexicano y llevados a diferentes partes de la república, los retuvieron en fábricas donde eran forzados a trabajar, pero además eran víctimas de abusos sexuales. ¿Cómo protegerlos, qué hacer con estos sectores? Desde el punto de vista jurídico, por un lado, se cuenta con una ley contra la trata; por otro, si las violaciones se llevaron a cabo en diferentes estados de la república, ¿qué legislación emplear?, o bien, ¿qué ocurre cuando un adolescente migrante ha cometido un delito de alto impacto en territorio mexicano?, ¿cómo resuelve la justicia para adolescentes las problemáticas propias de estos fenómenos? Actualmente se cuenta con la protección legislativa que requieren las niñas, los niños y los adolescentes, solo se debe dar vida a los derechos humanos, a través de dichos instrumentos, los cuales son, de manera general en el caso de migrantes: la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención contra la Tortura y Otros

Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, así como diversos protocolos; y en el ámbito especializado existen documentos tales como la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, así como la Convención sobre los Derechos del Niño, el más importante para nosotros.

La prueba de la discriminación de género en materia laboral*

Bernardo Javier Cortés López**

El gran cambio paradigmático que supone la implementación del nuevo sistema de justicia laboral en nuestro sistema jurídico mexicano, constitucional y legalmente, ha implicado un paradigma procedural con cien años de vigencia, un sistema de justicia al cual se sometieron todos los conflictos laborales por medio de las juntas de conciliación y arbitraje, tanto en el ámbito federal como en el local. No obstante, desde la reforma constitucional, y consecuentemente la legal, se estableció que la justicia laboral se impartiría desde los poderes judiciales en el ámbito federal y en el estatal.

En el régimen transitorio se estableció un proceso de implementación dentro de la *vacatio legis*, el cual comprendió una temporalidad de tres años, tiempo en el que de manera gradual se han ido incorporando las entidades federativas a este nuevo sistema de justicia laboral. Las últimas entidades que restaban por incorporarse ya están

* Conferencia presentada el 13 de septiembre de 2022.

** Juez del Primer Tribunal Laboral de la Región Judicial de Toluca del Poder Judicial del Estado de México.

muy próximas a hacerlo bajo un modelo de planeación muy adecuado, previsto por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social y otras autoridades. El Estado de México —en el que laboro— fue parte de la primera fase; algunas entidades con mayor número de conflictos se incorporan en la última fase por una cuestión propiamente de organización, dentro de ellos se encuentra nuestro Poder Judicial hermano de la Ciudad de México.

Ha surgido una serie de temas y cuestionamientos en esta dinámica en la que poco a poco se van a ir fortaleciendo nuevos criterios, una teoría paralela al anterior sistema de justicia laboral en la que se van a ir generando réplicas y contrarréplicas que harán cada día más fuerte este nuevo sistema.

Ya empezaron a surgir los nuevos criterios jurisprudenciales, estamos frente a un nuevo paradigma y una metateoría propiamente de la teoría general del proceso y su derivado, la teoría del proceso laboral. Respecto a la dogmática laboral, estamos ante un cambio de normativa y, derivado de este, algunas instituciones dogmáticas crearán instituciones judiciales; asimismo, con base en lo anterior, tendremos la emisión de criterios por parte de nuestro Máximo Tribunal, ergo, por los tribunales de constitucionalidad que poco a poco llevarán a cabo la revisión de nuevos criterios que, a golpe de sentencia, los tribunales irán emitiendo por la interpretación normativa.

El asunto que hoy se trata es sumamente relevante y destacable. En principio, iniciaré por comentar cómo surgió mi inquietud de establecer la metodología para el análisis de este tema. Dentro de muchos foros académicos se establecieron rubros que fueron marcando la transición del nuevo

sistema de justicia laboral, algunos, rubros torales de la propia reforma; entre ellos, el establecimiento de una etapa prejudicial obligatoria para poder instar a los órganos jurisdiccionales y someter ante estos una controversia judicial.

La Constitución en el artículo 123, apartado A, fracción XX, estableció como requisito de procedibilidad para la parte actora lo siguiente: “Antes de acudir a los tribunales laborales, los trabajadores y patrones deberán asistir a la instancia conciliatoria correspondiente”, ante el centro de conciliación estatal o federal, según sea el caso, derivado de la competencia que fijen tanto el centro como los tribunales; una vez agotada podrán acceder a la etapa judicial. En tal sentido, existen algunas competencias específicas para el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral y los centros de conciliación estatales que atienden o apelan a una naturaleza de organismos públicos descentralizados. Si se trata de un asunto de competencia federal, se tendrá que acudir al Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral para agotar la instancia prejudicial, mientras que, cuando la competencia por cuestión de materia atienda al ámbito estatal, se tendrá que acudir a los centros estatales de conciliación.

Referente a esta conciliación existen algunas situaciones que son motivo de excepción de la instancia prejudicial. Tales situaciones o circunstancias se encuentran previstas en el artículo 685 Ter de la Ley Federal del Trabajo (LFT) —que ya ha sido materia de diversos debates—, respecto a las cuales se tendrá que acudir de manera directa a la instancia judicial.

Aquí surge una pregunta: ¿cuáles son los supuestos de excepción que el legislador permanente tomó en cuenta

en el artículo 685 Ter? En relación con un convenio de la Organización Internacional del Trabajo,¹ se establecieron algunos supuestos de hecho que se encuentran exceptuados o excluidos de esta instancia prejudicial; así pues, el legislador permanente consideró la necesidad de darles un tratamiento diferenciado, es decir, un tratamiento de excepción, en otras palabras, brindarles una protección reforzada para que esos supuestos de hecho eximan de la instancia prejudicial y se acuda de manera directa a los órganos jurisdiccionales. No obstante, se trata de derechos fundamentales que encuentran una vinculación directa con el derecho laboral social por antonomasia, no solamente en el ámbito sustantivo de la Constitución, sino en diversos tratados internacionales.

Los supuestos de excepción establecen algunas situaciones de hecho a las que pueden —si se actualizan— acudir las partes o hacerlas valer y exceptuar esta instancia prejudicial. Nuestro Máximo Tribunal identifica algunas categorías sospechosas, específicamente, la discriminación en el empleo y la ocupación por embarazo, así como razones de sexo, orientación sexual, raza, religión, origen étnico, condición social o acoso u hostigamiento sexual.

1 Cfr. C190, Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190). “Artículo 5º. Con objeto de prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, todo Miembro deberá respetar, promover y llevar a efecto los principios y derechos fundamentales en el trabajo, a saber, la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, así como fomentar el trabajo decente y seguro”. Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190

En cuanto a la designación de beneficiarios por muerte, en este rubro específico hubo una modificación sustancial al procedimiento laboral toda vez que existe un procedimiento especial sumario, en el cual se encuentran vigentes algunos derechos de ciertos sectores de la población que pueden ser altamente vulnerables, como los adultos mayores, los menores de edad o los mayores de edad en condición de estudiantes, o bien personas que se encuentran con alguna situación de incapacidad, refiere la ley, del 50 %.

En este sentido, existen otras situaciones de hecho que resultaron relevantes para el legislador permanente, como las prestaciones de seguridad social por riesgos de trabajo, maternidad, enfermedades, invalidez y vida, guarderías, prestaciones en especie y accidentes de trabajo; la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, como la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo de la negociación colectiva; la trata laboral, el trabajo forzoso y obligatorio, el trabajo infantil, además de un par de supuestos más, como la disputa de la titularidad de contratos colectivos o contratos ley y la impugnación de los estatutos de los sindicatos o su modificación.

Con este motivo, surgieron algunas preguntas en los nuevos órganos de justicia laboral, preguntas legítimas, pues el artículo 521 de la Ley Federal del Trabajo establece los supuestos en los cuales se interrumpe la prescripción en el procedimiento laboral. En la fracción inicial se establece la primera actuación que deberá tener el órgano jurisdiccional frente a una solicitud de esa naturaleza, cuando el justiciable considere que se encuentra en alguno de los supuestos de excepción del artículo 685 Ter, y cuál

será la primera actuación o acto de autoridad que el órgano jurisdiccional deberá emitir frente a esta solicitud.

Establece este artículo 521 de la LFT:

La prescripción se interrumpe: I. Por la sola presentación de la demanda o de cualquiera promoción ante el Tribunal, independientemente de la fecha de la notificación. Si quien promueve omitió agotar el procedimiento de conciliación no estando eximido de hacerlo [es decir, no se actualiza alguno de los supuestos del artículo 685 Ter], el Tribunal sin fijar competencia sobre el asunto lo remitirá a la Autoridad Conciliadora competente para que inicie el procedimiento de conciliación establecido en el Título Trece Bis de esta Ley. No es obstáculo para la interrupción que el tribunal sea incompetente.

Aquí surge la inquietud —al menos en el órgano jurisdiccional del cual soy titular— de poder prever que en las primeras actuaciones que se presentaron ante este órgano jurisdiccional existía una gran posibilidad de que se tratara de un supuesto en el que el justiciable consideraba encontrarse exceptuado de la instancia prejudicial, y frente a esa actuación, frente a esa solicitud, el órgano jurisdiccional tenía que emitir un pronunciamiento.

El artículo 521 resultaba de un análisis profundo obligado, del cual el órgano jurisdiccional tenía que emitir una resolución en la que se estableciera el estándar probatorio aplicable a los supuestos de excepción previstos en el artículo 685 Ter ya mencionado, y en este caso establecer si quien plantea la demanda como tal, quien insta al órgano

jurisdiccional, colma este supuesto de excepción, pero, como una duda primigenia, cuál es el estándar probatorio —desde luego— flexibilizado, en tanto que se trata de derechos fundamentales. El artículo establece: “sin fijar competencia lo deberá remitir al centro de conciliación competente”, no obstante que la resolución que emite el órgano jurisdiccional implique la posible restricción a derechos fundamentales, porque si el órgano jurisdiccional determina que no se encuentra dentro del supuesto de excepción ello podría implicar una restricción a un ejercicio o una inminente violación a un derecho fundamental.

En tal sentido, el artículo 685 Ter establece un estándar valorativo, pero solo lo prevé en la fracción cuarta, al señalar que para la actualización de estas excepciones se debe acreditar la existencia de indicios que generan al tribunal la razonable sospecha, apariencia o presunción de que están vulnerando alguno de estos derechos; concretamente, se refiere a: “a) La libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo de la negociación colectiva; b) Trata laboral, así como el trabajo forzoso y obligatorio, y c) Trabajo infantil”. Sin embargo, en la fracción primera se refiere a la “I. Discriminación en el empleo, ocupación por embarazo, así como por razones de sexo, orientación sexual, raza, religión, origen étnico, condición social o acoso u hostigamiento sexual”. En una interpretación literal se podría considerar que el legislador permanente únicamente previó tal estándar valorativo para la fracción cuarta. Ahí es donde surgió este ejercicio que decidí realizar —y que hoy me es grato presentar— en el cual se establecieron algunas preguntas por cuestión de método que tendrían que ser resueltas.

La primera de ellas es: si la persona que promueve la demanda omitió agotar el procedimiento de conciliación, ¿está o no eximida de hacerlo? Implica una resolución para el órgano jurisdiccional que desde luego puede resultar restrictiva de derechos fundamentales. Se podría pensar que esa resolución no tendría mayor impacto, pero sí lo tiene, porque podría implicar que quien insta al órgano jurisdiccional se exceptúe de la instancia prejudicial, es decir, hacer el procedimiento mucho más breve, darle alguna calidad de sumarísimo, esto es, que no tenga que agotar la instancia prejudicial que por ley prevé una temporalidad de cuarenta y cinco días.

La segunda pregunta me parece sumamente legítima: ¿cuál es el estándar probatorio que deberá tomarse en cuenta para acreditar los supuestos previstos en el referido artículo 685 Ter? La tercera pregunta es: dados los antecedentes, ¿debe considerarse el estándar probatorio previsto en la fracción cuarta del numeral mencionado para la actualización de estas excepciones aplicable al resto de los supuestos señalados en este numeral?, en otras palabras, ¿resulta aplicable a los incisos primero, segundo, tercero, quinto y sexto?

La cuarta pregunta, que propiamente daría lugar a un tema totalmente amplificado o diverso, es: respecto al impacto que pudiera generar el reconocimiento del órgano jurisdiccional por conducto del juzgador sobre la existencia de derechos fundamentales vulnerados, o al menos en la vía de la presunción, ¿qué repercusión podría alcanzar esta determinación judicial con la solicitud de las providencias cautelares, apelando a su naturaleza?, porque así lo consideró el legislador permanente en cuanto a que algunos derechos

fundamentales encuentran una protección reforzada, y como dice el viejo adagio: “para muestra, un botón”.

El artículo 685 Ter establece en su fracción tercera prestaciones de seguridad social por riesgo de trabajo y, como segundo punto, por maternidad. La Corte ha identificado un desarrollo jurisprudencial de los tribunales colegiados del Primer Circuito del Poder Judicial de la Federación,² en el ámbito del fuero materno respecto a la protección reforzada en el período de gestación; contempla que la posible afectación no cesa con el alumbramiento, sino que se hace extensiva a la integridad personal, en relación con el derecho de la madre a la salud como el derecho a la atención médica en su concepción más amplia, como parte del derecho a la seguridad social, y después del parto se hacen extensivos a sus dependientes económicos o beneficiarios, es decir, a su menor hijo, lo cual conlleva la protección del interés superior del menor.

Por lo anterior, habrá que diferenciar de manera puntual el embarazo como causa de la conclusión de la relación de trabajo y la permanencia en el embarazo.³ Son situaciones

2 Tesis PC.I.L. J/76 L (10^a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, t. II, mayo 2021, p. 8, Registro digital, 2023113, rubro: “MUJERES TRABAJADORAS DE CONFIANZA AL SERVICIO DEL ESTADO QUE HUBIEREN SIDO DESPEDIDAS CON MOTIVO DE SU ESTADO DE EMBARAZO O DURANTE EL PERÍODO DE POSTPARTO O LACTANCIA. ES PROCEDENTE SU REINSTALACIÓN EN EL EMPLEO Y EL PAGO DE SALARIOS CAÍDOS”.

3 Al respecto, la LFT contempla en el artículo 685 Ter: “I. Discriminación en el empleo y ocupación por embarazo”, mientras que el artículo 857, relativo a las providencias cautelares, refiere: “III. Requerir al patrón se abstenga de dar de baja de la institución de seguridad social en la que se encuentra afiliada la trabajadora embarazada que haya sido despedida. [...] IV. En los casos que se reclame discriminación en el empleo, tales como discriminación por embarazo...”. Al respecto, la Organización Internacional del Trabajo conceptualiza la ocupación como: “cualquier actividad de producción de bienes o prestación de servicios a cambio de una remuneración o beneficio” (disponible en <https://ilo.stat.ilo.org/es/work-and-employment-are-not-synonyms/>).

que se han identificado de manera disagregada, y con la inminente solicitud de una providencia cautelar, dada la que hace la parte actora cuando se encuentra en una situación de vulneración por condición de embarazo, pues en el órgano jurisdiccional de mi adscripción ya se han concedido providencias cautelares una vez nacido el menor, para su protección, sobre todo también para el desarrollo de la personalidad, el desarrollo de la madre, es decir, para que puedan estar sujetos a la protección de la seguridad social. No obstante, no lo prevé así específicamente la propia ley.

Estas providencias cautelares establecen la obligación que impone el órgano jurisdiccional para que la patronal no dé de baja o no suspenda los servicios de la seguridad social cuando se apele alguna situación de despido por discriminación en el embarazo, que desde luego se encuentra íntimamente relacionada con el artículo 685 Ter; este es un claro ejemplo de ello.

Apelando a la cultura jurídica de occidente que nos es propia, con base en un Estado de derecho de libertades, generan una condición restrictiva respecto de la concesión de providencias cautelares del órgano jurisdiccional, a veces atribuyéndole alguna rigidez en el estándar probatorio para su concesión; sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido de manera reiterada que las medidas cautelares y provisionales tienen un doble carácter, uno cautelar y otro tutelar.

Mientras que el artículo 1º, apartado (a), del Convenio núm. 111 considera el término de discriminación como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación” (disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_Ilo_Code:C111).

En cuanto al carácter *tutelar*, las medidas buscan evitar un daño irreparable y preservar el ejercicio de los derechos humanos consagrados en los diferentes instrumentos que forman parte del sistema interamericano de protección a los derechos humanos. De acuerdo con el carácter *cautelar*, estas providencias cautelares tienen como propósito preservar una situación jurídica mientras está siendo considerada. Dicho carácter tiene por objeto preservar los derechos en posible riesgo hasta que se resuelva la petición que se encuentra bajo conocimiento en el sistema interamericano, ergo extensible a nuestro ámbito jurisdiccional.

¿Cuál es su finalidad? Asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo, de manera puntual, evitar que se lesionen los derechos alegados, situación que podría desvirtuar el efecto útil (*effet utile*) de la decisión final. ¿Qué sentido tendría, en caso de no acudir a estas providencias cautelares, resolver un asunto de fondo que probablemente le sea benéfico al trabajador respecto a un derecho fundamental lesionado cuando no estamos generando la sensibilidad o la empatía suficiente para preservar los mismos en este ámbito cautelar?

En tal sentido, estas medidas cautelares o provisionales permiten que el Estado, por conducto del órgano jurisdiccional pueda cumplir la decisión final y, de ser necesario, las reparaciones ordenadas para los efectos de la resolución. Sobre este rubro, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala, en los casos de su competencia, de acuerdo con el artículo 25.2 del Reglamento de la Comisión, “a. la ‘gravedad de la situación’, significa el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre

un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano”.

El segundo elemento —bastante trascendente— es “la urgencia de la situación”, la cual, según el numeral referido, “b. [...] se determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar”, es decir, atiende a un estándar probatorio flexibilizado, no se le puede dar el mismo tratamiento que a un modelo probatorio tasado o mixto como es el supuesto de las pruebas a juicio en la materia laboral; no debe tratarse de un estándar tasado porque es un supuesto que puede implicar un daño irreparable, consistente en la afectación de derechos que por su propia naturaleza no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización, en el análisis de los requisitos mencionados.

En relación con estas determinaciones, la propia ley no establece un estándar probatorio mínimo, tal parece que la resolución que debe emitir el órgano jurisdiccional se encuentra simplificada en una regulación del artículo 521 de la Ley Federal del Trabajo, relativa a la suspensión de la prescripción.

¿Qué es lo que requiere el órgano jurisdiccional para tales fines? Cierta información que permita apreciar desde el estándar *prima facie* una situación de gravedad o urgencia, que no debe estar sometida a un modelo probatorio como si se tratara de una prueba tasada. En tal sentido, existen algunos ejemplos de nuestro Máximo Tribunal, como la tesis jurisprudencial 10/2016⁴ de la Décima Época, que

4 Tesis P.J. 10/2016 (10a), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima

establece esta clasificación de categoría sospechosa y cuál debe ser su escrutinio.

El examen de igualdad que debe realizarse en estos casos se diferencia de alguna manera del que corresponde a otro tipo de derechos, desde los que el constituyente permanente ha determinado en el ámbito adjetivo algunos requisitos de procedibilidad para la admisión, pero también para el perfeccionamiento, el desahogo y la valoración de los medios de prueba. Por lo que en la clasificación que se preceptúa en el artículo 1º constitucional se establecen estas categorías sospechosas, como lo ha determinado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante la identificación de algunos supuestos de excepción.

Dentro de estos cuestionamientos se previó, en estricta aplicación al artículo 521 de la Ley Federal del Trabajo, si es posible que el órgano jurisdiccional, apelando a los presupuestos procesales, entre los que se encuentra la competencia, sin fijar esta, establezca cuál es el centro de conciliación competente, pues ya también existe un par de criterios jurisprudenciales emitidos por tribunales colegiados de circuito del estado de Tabasco en los cuales este debate ya fue resuelto;⁵ en caso de que un centro de conciliación falle o verifique un convenio y se vuelva exigible, ante su incumplimiento deberá conocerlo el tribunal de la

Época, t. I, septiembre 2016, p. 8. Registro digital 2012589, rubro: “CATEGORÍA SOSPECHOSA. SU ESCRUTINIO”.

5 Cfr. Tesis PC.X. J/3 L (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, t. III, julio 2022, p. 2995. Registro digital 2024942, rubro: “COMPETENCIA. CONVENIO CELEBRADO ANTE UN CENTRO DE CONCILIACIÓN FEDERAL O LOCAL, SU APROBACIÓN NO PREJUZGA SOBRE LA COMPETENCIA DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL AL QUE LE CORRESPONDERÁ CONOCER SOBRE SU EJECUCIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA LABORAL)”.

competencia del centro que lo falló, o bien el órgano jurisdiccional tendrá que plantear, como este presupuesto procesal, su análisis competencial en términos de lo dispuesto por el artículo 123 constitucional, apartado A, fracción XXXI, en relación con los artículos 527 y 528 de la LFT.

¿Qué implicaciones puede tener la fijación de este estándar mínimo probatorio? En tal sentido, verificando cuáles son los supuestos de excepción previstos en el artículo 685 Ter, se identificaron algunos supuestos que por la naturaleza de la prestación que se reclama no requieren un mayor estándar probatorio, verbigracia, la fracción cuarta en la cual se establece la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, específicamente relacionados con la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo de la negociación colectiva. Se podrá tener por superado este en los procedimientos que apelen a una naturaleza colectiva, con la simple presentación de la demanda. Ello es así, atento a la naturaleza especial de los procedimientos colectivos previstos en la LFT; no será así desde luego respecto del trabajo forzoso y obligatorio ni del trabajo infantil, para los cuales la ley establece un estándar mínimo probatorio. Si bien el artículo 685 Ter, fracción IV, contempla los tres supuestos antes aludidos, tanto del derecho laboral colectivo como individual, estos últimos no se superan con la simple naturaleza del procedimiento, como sí ocurre con los primeros. La ley señala que se debe acreditar la existencia de indicios que generen al tribunal la razonable sospecha, apariencia o presunción de que se está vulnerando alguno de estos derechos, es decir, el estándar probatorio se fija en el ámbito presuncional.

La fracción quinta del artículo en cita establece la disputa de la titularidad de contratos colectivos o contratos ley. Si se insta al órgano jurisdiccional, en un procedimiento inadecuado, por el desarrollo jurisprudencial derivado de la tutela jurisdiccional efectiva,⁶ como parte del subderecho fundamental de acceso a la justicia se debe establecer de manera oficiosa un reencauzamiento de la vía, esto es, el órgano jurisdiccional ante el sometimiento de un procedimiento que no sea *ad hoc* tendrá que reencauzar la vía, lo que se prevé en el artículo 17 constitucional.

Acerca de la impugnación de los estatutos de los sindicatos o modificación, todos ellos se refieren a procedimientos de naturaleza colectiva, con excepción —como ya lo reiteraba— de la trata laboral, el trabajo forzoso obligatorio y el trabajo infantil.

La fracción segunda establece un supuesto que merece la atención y que ya fue materia de pronunciamiento también por parte de la Corte, la cual se refiere a la prestación de seguridad social que enuncia algunos supuestos específicos, como son: riesgo de trabajo, maternidad, enfermedades, invalidez, vida, guarderías, prestaciones en especie y accidentes de trabajo. Ante tal planteamiento, la pregunta —sumamente válida— fue si estos supuestos contemplan la totalidad de las prestaciones de seguridad social, es claro que dichos supuestos exceptúan a la instancia prejudicial.

6 Cfr. Tesis PC.X. J/3 L (11a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 3, abril 2013, p. 2260, Registro digital 2003360, rubro: “PROTECCIÓN JUDICIAL. ATENTO A ESTE DERECHO HUMANO NO ES OBSTÁCULO PARA ADMITIR UNA DEMANDA QUE SU PROMOVENTE SE EQUIVOQUE AL SEÑALAR LA VÍA Y LA ACCIÓN, SI EL ÓRGANO JURISDICCIONAL ANTE QUIEN SE PRESENTA ES EL MISMO QUE DEBE CONOCER DE LA VÍA ADECUADA Y RESOLVER EL FONDO DE LA ACCIÓN CORRESPONDIENTE”.

¿Qué pasa con aquellos supuestos como la actualización de semanas cotizadas por jubilación o por pensión de retiro, vejez, cesantía en edad avanzada, o bien la devolución de pagos acumulados correspondientes al Instituto Mexicano del Seguro Social, al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (Infonavit) y a los rendimientos del sistema de ahorro para el retiro AFORÉ, ya que estos no se encuentran contemplados dentro de los supuestos previstos en la norma aludida, según lo disponen los procedimientos que apelan a una naturaleza de procedimiento especial, en términos del artículo 899-A de la Ley Federal del Trabajo? Al respecto, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 360/2021,⁷ consideró que debía prevalecer con carácter de jurisprudencia —frente a la contradicción de criterios—, que en las prestaciones de seguridad social, la pensión por cesantía en edad avanzada y vejez, así como la devolución y pago de aportaciones de seguridad social, no se consideran excepciones para agotar la instancia conciliatoria prejudicial, en términos de lo dispuesto en el artículo 685 Ter, fracción tercera, de la LFT.

Dicho criterio se justificó bajo el argumento de que la conciliación como instancia prejudicial obligatoria constituye uno de los ejes centrales que motivó la reforma en materia de justicia laboral, pues resulta un componente esencial

⁷ Tesis 2a./J. 19/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, t. II, abril 2022, p. 1672, Registro digital 2024532, rubro: “PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL. LA PENSIÓN POR CESANTÍA EN EDAD AVANZADA Y VEJEZ, ASÍ COMO LA DEVOLUCIÓN Y PAGO DE APORTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL, NO SE CONSIDERAN EXCEPCIONES PARA AGOTAR LA INSTANCIA CONCILIATORIA PREJUDICIAL, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 685 TER, FRACCIÓN III, DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO”.

del derecho de acceso a la justicia. Por tanto, al analizar el proceso legislativo que dio origen al artículo multicitado 685 Ter, fracción tercera, si bajo la óptica del legislador federal se suprimieron algunos supuestos de seguridad social relativos a la devolución de pagos acumulados, ello conlleva entender que tal situación particular la visualizó como un aspecto conciliable entre las partes; no así como un supuesto de excepción, verificados por el procedimiento previsto en este artículo 685 Ter.

Existe también el supuesto previsto en la fracción segunda que se refiere a la designación de beneficiarios, en lo particular, identifico al menos cinco supuestos diversos que podrían presentarse, entre los cuales será loable destacar lo siguiente: ¿qué debería pasar si únicamente se reclama la designación de beneficiarios, pero derivado de esta declaración de beneficiarios —que como procedimiento especial emita el órgano jurisdiccional— se presenta el reclamo de prestaciones? El reclamo de estas prestaciones no implica la designación, si se reclama únicamente la designación de beneficiarios y no se incorpora el reclamo de prestaciones al demandado, es decir, una vez teniendo la designación de beneficiarios firme, entonces, se puede acudir con el patrón y quien resulte beneficiario reconocido podrá reclamar estos derechos; la posible negativa de pago de los derechos del trabajador fallecido por parte del patrón dará motivo a un segundo procedimiento. No obstante, si bien esta fracción segunda establece la designación de beneficiarios por muerte, dado que el procedimiento especial es sumario por autonomía, porque se encuentran susceptibles los derechos de terceros dependientes

económicos del trabajador fallecido —el *de cuius*—; puede tratarse de menores, de estudiantes, de adultos mayores, conforme a la relación que establece el artículo 501 de la LFT. Para el caso de que estas reclamaciones superen el importe de tres meses —lo cual es muy posible— este nuevo procedimiento no será susceptible de exceptuar la etapa prejudicial, aun cuando derive de una designación de beneficiarios y se trate de personas en situación vulnerable.

Pareciera que estos supuestos de ley son excepcionales. Al inicio de las labores de los tribunales hubo situaciones atípicas por supuestos de fallecimiento por COVID-19 de personas que no estaban dentro del índice de mortalidad, jóvenes y adultos mayores que tenían el carácter de trabajadores; en algunos de estos casos con personas que dependían económicamente de ellas; el propio procedimiento especial establece una cuantía específica que no es muy gravosa.

Aquí la pregunta es, apelando incluso al principio de primacía de la realidad previsto en el artículo 685, si como órgano jurisdiccional debieran privilegiarse estos derechos derivados del pecunio que hubiera generado en vida el *de cuius*. Esto es, aunque de un momento a otro una persona incapacitada, una persona adulta mayor o menor de edad prescinden de una manutención, si la suerte que se reclama supera el monto máximo dispuesto en dicho procedimiento especial, aun así tiene que tramitarse por este medio atendiendo a la necesidad de celeridad en la resolución.

La mayoría de estos procedimientos una vez designado el beneficiario son altamente susceptibles de la conciliación porque al estar sujetos a un reconocimiento de la

legitimación procesal *ad causam*, finalmente quien acude en calidad de patrón dice: “tú dime a quién le pago, lo que yo quiero es gozar de los privilegios de este artículo 501, es decir, en calidad de patrón tengo la certeza jurídica de haber cumplido con mis obligaciones a través de un procedimiento judicial para que no pueda ser exigible este pago en un futuro por una serie de personas; lo estoy haciendo bajo el conocimiento del tribunal y respecto a quien —tú, tribunal— decidiste designar como beneficiario”.

Derivado de una designación de beneficiarios en la cual se van a reclamar las prestaciones concretamente, solo que no se tuvo la previsión de hacerlo en un acto, si de cualquier forma se tienen que agotar en la instancia prejudicial, el procedimiento del nuevo sistema de justicia laboral tiene por objeto privilegiar los medios alternos de solución de controversias sobre formalismos procesales, en términos de los artículos 685 y 873 K de la Ley Federal del Trabajo. Sin embargo, el Segundo Circuito del Poder Judicial de la Federación incorporó un nuevo contexto, la conciliación intrajudicial —habrá que dar también el crédito muy probablemente a la doctrina española—; aquí la cuestión sería que esta conciliación se encuentra vigente tanto en la etapa prejudicial como en la etapa judicial, aunque habría que tomar algunas reconsideraciones en cuanto a plantear lo siguiente: se establece una designación de beneficiarios, pero vinculada con el reclamo de prestaciones que superan la cuantía prevista en el artículo especial, ¿cuál debería ser el posible reencauzamiento de esa vía? Privilegiar el procedimiento sumarísimo, pues existen derechos de este sector respecto a los cuales la Corte y nuestra legislación,

así como el sistema interamericano, han considerado dar una protección reforzada.

Por otro lado, existen otros supuestos en los que la respuesta de la propia ley es muy orgánica; si atendemos a los supuestos de las providencias cautelares, la propia ley en este apartado fija un estándar probatorio flexibilizado, artículo 857, fracción cuarta, de la Ley Federal del Trabajo, el cual establece:

IV. En los casos que se reclame discriminación en el empleo, tales como discriminación por embarazo, u orientación sexual, o por identidad de género, así como los casos de trabajo infantil, el tribunal tomará las providencias necesarias para evitar que se cancele el goce de derechos fundamentales, tales como la seguridad social, en tanto se resuelve el juicio laboral, o bien decretará las medidas de aseguramiento para las personas que así lo ameriten. Para tal efecto, los demandantes deben acreditar la existencia de indicios que generen al Tribunal la razonable sospecha, apariencia o presunción de los actos de discriminación que hagan valer.

Nos encontramos entonces frente a un estándar de prueba flexibilizado. ¿Qué ha dicho la Corte Interamericana al respecto? ¿Cuál es el estándar probatorio que ha encontrado como mínimo, flexibilizado desde luego, para los supuestos en los que se actualiza una violación a derechos fundamentales? Específicamente, si bien la Corte establece protocolos de actuación para tratamientos diferenciados, de desigualdad, incluso para algunas situaciones de

discriminación por preferencia sexual, identidad de género y algunas otras cuestiones vinculadas a estos rubros, lo cierto es que en el desarrollo jurisprudencial vigente —me parece y lo digo muy respetuosamente— únicamente se refiere al supuesto de la existencia de políticas públicas y normativa vigente. Entonces, ¿quién resuelve la duda respecto a este estándar probatorio en un ámbito meramente adjetivo?

La Corte Interamericana ha destacado algunos criterios sumamente relevantes en diversos asuntos, concretamente, para la posible violación de estos supuestos, no siendo menor el caso del desarrollo que se ha planteado desde la existencia del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958, y su correspondiente recomendación número 111, de la Organización Internacional del Trabajo, cuyo artículo 1º define el término de discriminación de la siguiente manera: “(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de [...] sexo [...] que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

El artículo 2º de este convenio, por su parte, obliga a los países miembros a “llevar a cabo una política nacional que promueva, [...] la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”. También cabe señalar que desde la adopción de este convenio se ha generado un cambio gradual tanto en políticas públicas como en alguna configuración normativa tendente. La Ciudad de México y el Estado de México no son la excepción, han tenido una labor muy pugnante en ese sentido; se han apartado de planteamientos exclusivamente protectores

dirigidos a limitar la exposición de las mujeres a los peligros de los lugares de trabajo industriales, para aproximarse cada vez más a enfoques basados en la igualdad de derechos en el empleo y por ocupación, derivado desde luego de la naturaleza del mismo.

En tal sentido, la Corte Interamericana ha establecido ciertos parámetros vinculantes, al menos para los casos resueltos, en cuanto a que no se trate de manifestaciones aisladas dentro del escrito de demanda, es decir, que no se trate de algunas cuestiones aleatorias, sino que lo planteado en el escrito de demanda realmente genere esta presunción respecto del órgano jurisdiccional de despertar el protocolo de juzgar con perspectiva de género. Esto es, durante muchos años se me planteó un asunto en el cual tenía que llevar a cabo un proyecto mayormente dirigido a un resultado apegado a la norma, con independencia de los supuestos de posible discriminación, no solamente normativos, sino fácticos que se presentaran en el caso a resolver. Podía ser inminente la cuestión de discriminación o apelar a esos supuestos, pero estas cuestiones deben analizarse con otra perspectiva, alejados de estereotipos y teniendo en consideración la sana crítica, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia en el órgano jurisdiccional, para poder realmente advertir la posibilidad, en la vía presuncional, de la existencia de un tratamiento de diversificado, o de que se está poniendo en riesgo la permanencia en el trabajo, por alguna cuestión de discriminación.

En caso de estar en tales circunstancias, es importante privilegiar la protección reforzada ya prevista en la ley.

Ha sucedido que de alguna manera existen algunos supuestos de hecho en los cuales, incluso, la ley no prevé un supuesto normativo específico. Respecto a la providencia cautelar la LFT establece, fracción tercera del artículo 857: “III. Requerir al patrón se abstenga de dar de baja de la institución de seguridad social en la que se encuentra afiliada la trabajadora embarazada que haya sido despedida”, pero ¿y si la trabajadora nunca fue dada de alta en el seguro social y forma parte de la estadística realmente elevada de trabajadores que no tienen esta protección mínima? Entonces, habrá que hacer una interpretación prevista en el artículo 1º constitucional como parte de las herramientas hermenéuticas, y resolver una providencia cautelar tomando en consideración la ley, no en un ámbito meramente estricto, que no solo evite dar de baja a la persona, sino que se dé de alta si no lo está, ya que se encuentran en posible riesgo la madre y el interés superior del menor, además del derecho al libre desarrollo de la personalidad como parte del derecho a la salud y, en consecuencia, la seguridad social.

Debe existir una secuencia lógica, no tratarse únicamente de datos aislados, además, tendrán que ser analizados de manera integral con las pruebas ofrecidas y anexos que se agreguen, ya que, en relación con la demanda, al considerarse esta como un todo, la interpretación debe ser integral para verificar si hay indicios que hagan presumible la existencia de un posible derecho vulnerado en perjuicio de alguna de estas personas, y adicionalmente verificar si existe algún elemento material que permita robustecer la presunción.

Culmino apelando a una frase del escritor mexicano Jaime Sabines: “yo no quiero convencer a nadie de nada, tratar de convencer a alguien de algo sería indecoroso, prefiero que cada quien llegue a la verdad por sus medios”. Así pues, prefiero que ustedes lleguen a la verdad por sus medios y simplemente sirvan estas ideas para poder despertar un debate serio, ilustrativo y constructivo.

Una perspectiva práctica de la ética judicial*

Gilberto Nava Hernández**

La ética judicial es un tema muy relevante y actual, al respecto, primero se abordará una parte teórica, posteriormente los principios de la ética judicial, para finalizar con algunas reflexiones prácticas, punto toral de esta ponencia.

Un destacado autor como lo es Jorge Malem Seña, profesor de la Universidad Pompeu Fabra en Barcelona, España, se hace una pregunta muy interesante: ¿pueden las malas personas ser buenos jueces? Es una pregunta con muchas aristas que le ha dado la vuelta al mundo y que no ha encontrado una respuesta concluyente. Cabe mencionar que otro autor, Herbert Hart, conocido por su teoría del derecho, específicamente por su obra *The concept of law*, señala que un sistema jurídico moderno, como es el que tenemos en México, se caracteriza, entre otras cosas, por tener normas

* Conferencia presentada el 18 de octubre de 2022.

** Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Maestro en Derecho Procesal Constitucional y candidato a doctor en Derecho por la Universidad Panamericana. Profesor titular de Teoría General del Proceso en el ITAM. Secretario auxiliar adscrito a la ponencia del ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá, en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

dirigidas a establecer o definir cuando una persona ha infligido un precepto jurídico y, además de eso, se establecen reglamentaciones para seleccionar a aquellos que se van a encargar de decidir si alguien ha violado o no una norma. Para Hart, estas personas hoy son denominadas juezas y jueces, esenciales en nuestro sistema jurídico.

Algunas de las cuestiones más debatidas en estos tiempos son: ¿qué características, cualidades, atribuciones, virtudes deben tener esas personas que consideramos esenciales en nuestro sistema jurídico?, ¿qué virtudes deben tener y qué defectos o características no deben tener? Primero se puede abordar desde un lado positivo: ¿qué deben hacer?, ¿cómo deben comportarse?, ¿qué cualidades deben integrar su persona y de cuáles deben alejarse? Al margen de la respuesta que se dé a este punto, lo cierto es que, generalmente, se ha visto a los jueces como buenas personas, las cuales deben tener cierta honorabilidad. Desde que existe la figura del juzgador, se le ha puesto en un plano superior, como personas capaces de resolver los conflictos a los que se enfrenta nuestra humanidad, por eso se tiene a la persona juzgadora en una perspectiva de honorabilidad, como mujeres y hombres centrados que deben tener ciertos comportamientos dada la importante función que desempeñan en nuestro sistema jurídico democrático constitucional de derecho. También se ha entendido que las personas juzgadoras deben estar alejadas de ciertos intereses, como los políticos y los económicos, así como de ciertas acciones y comportamientos.

El primer punto para discernir qué es la ética judicial y cómo la hemos entendido es tener claro cuál es el papel que

desempeñan los jueces en un sistema jurídico constitucional de derecho como lo es el que tenemos en México. El 28 de mayo de 1788 se publicó *El Federalista* 78, año en el que se llevó a cabo la gran disputa para ver cuáles eran las ideas que iban a prevalecer en la constitución norteamericana que sería publicada un año después, pero este *Federalista* 78 es especialmente importante porque en él se estudió cuáles iban a ser las funciones del departamento judicial.

En *El Federalista* 78 todavía no estaba forjada la idea de *poder judicial*, se hablaba de un departamento judicial, de un área más del Estado, pero no de un poder judicial, eso se va a ver posteriormente. En dicha publicación básicamente se abordaron tres puntos: el modo de nombrar a los jueces, el tiempo que debe durar un juez en su cargo y la distribución de las competencias entre los diversos tipos de jueces.

En cuanto al primer punto, que es el modo de nombrar a los jueces, no es muy profundo el estudio que se hace al respecto, simplemente se dice que deben ser nombrados igual que el resto de los funcionarios de la unión, no se abunda en eso. El segundo es muy relevante porque es donde se asienta una idea que todavía se tiene hasta la fecha, literalmente señala que “los jueces deben durar en sus encargos mientras observen una buena conducta”. Así pues, se consideró que el Poder Judicial debido a la naturaleza de sus funciones siempre será el menos peligroso de los poderes.

La teoría constitucional ha visto al Poder Judicial, a la función judicial, no tan peligrosa como el resto de los poderes. Siempre se ha visto peligroso al Poder Ejecutivo porque tiene la fuerza militar; igualmente, al Legislativo

porque es el que aprueba el presupuesto y tiene la bolsa del dinero y, además, aprueba las normas que van a regir a una sociedad; en cambio, el Poder Judicial no tiene ninguna de estas dos características, no tiene ni la espada ni la bolsa, pero se le han encargado otras funciones. Lo cierto es que al final, erróneamente, tal vez lo que se ha entendido en relación con el Poder Judicial es que está por encima de los otros poderes, sin embargo, se ha visto que es una idea equivocada.

Se piensa que el Poder Judicial está por encima porque se considera que es capaz de declarar inconstitucional una ley y echarla para atrás cuando ya pasó —en el caso de México— por 500 diputados y 128 senadores, cuando ya pasó por el Ejecutivo. Esto no significa que el Poder Judicial esté por encima, pero sí que su función es analizar el comportamiento de los otros poderes a fin de defender la Constitución, aunque todos están al mismo nivel: la famosa teoría del *checks and balances*.

En pleno siglo XXI, se les ha encargado a los jueces el control de constitucionalidad y de convencionalidad, asimismo, son árbitros entre los poderes, resuelven controversias del orden civil, penal, en materia federal y local; tienen múltiples funciones en un juzgado y cada vez se les proporcionan más. La tendencia de América Latina, en general, es cada vez dar más trabajo a los jueces.

Nos gustó la idea del Poder Judicial, nos gustó la idea de que los jueces sean los intérpretes finales de la Constitución. Con la reforma en materia laboral se pudo apreciar que tampoco gustó la idea de las juntas, que no hubiera un tercero imparcial en una controversia para resolver

este tipo de conflictos. Entonces, la tendencia ha sido darle más funciones de última instancia al Poder Judicial. Eso no significa que esté por encima del Legislativo ni del Ejecutivo, sino que esa es la función que desempeña en el Estado mexicano a fin de defender la Constitución.

Retomando la idea de *El Federalista* 78, ya que se tiene clara cuál es la función que tiene el Poder Judicial en un orden democrático, que es esencialmente proteger la Constitución y resolver los conflictos humanos de forma judicializada, desde 1788 se cree que la independencia judicial no solamente resultaba necesaria, sino fundamental para proteger la Constitución y los derechos.

La segunda idea introducida en ese número 78 es la *buena conducta*, esto es, los jueces deben durar en su encargo mientras observen una buena conducta, y después se introduce la idea de *independencia*, aunque tampoco se abunda demasiado en ella, pero sí se menciona que es fundamental para proteger la Constitución y los derechos. Cabe señalar que en ese entonces se trataban como derechos individuales y derechos fundamentales, no existía el concepto de derechos humanos que se conoce hoy en día. Asimismo, en *El Federalista* 78 se menciona que tampoco pueden ser decisiones discretionales, esencialmente abiertas, donde el Poder Judicial pueda tomar la decisión que quiera, y aquí se concluye que los jueces debían durar en sus encargos mientras adoptaran buena conducta, siempre que fueran independientes y ajenos a las controversias; igualmente, se señalaba que los jueces tenían que estar alejados de los *calores* de las mayorías. Esto le preocupaba mucho al constituyente norteamericano en el sentido de que el Poder

Legislativo, a fin de cuentas, era electo popularmente al igual que el Ejecutivo, por ello se encargaron esas amplias funciones al Poder Judicial. Se estableció entonces que debían durar mucho en su encargo mientras observaran una buena conducta, pero no se estableció un período fijo como ocurre con el presidente o con el Congreso.

Ya que está clara cuál es la función que desempeña el Poder Judicial, ideas básicas que están escritas desde 1788, lo siguiente es determinar qué se entiende por una buena conducta. Esto es tan subjetivo como decir: “a mí me parece que tú y tú se portan mal”, “a mí me parece que esta persona se porta bien”; el objetivo es tratar de establecer mecanismos, guías y pautas que puedan definir cuando una persona se porta bien, en este caso, los jueces.

Retomando a Malem Seña, él menciona que quien desempeña el cargo de juez debe poseer ciertas características dependiendo del modelo de juez que se tenga en un Estado democrático de derecho. El profesor Malem hace una distinción muy importante de los tipos de juez; los jueces hasta mediados del siglo XIX no tenían la obligación de motivar sus decisiones. ¿Por qué se tomaban las decisiones? Porque se atendía a la persona, al juzgador como tal, no a su fallo; regularmente si un juez no está obligado a fundar y motivar sus resoluciones lo único que tiene que hacer es señalar lo siguiente: “sí, condeno a esta persona a cuarenta años de cárcel”. ¿A qué respondía lo correcto o lo incorrecto de una decisión, es decir, que se pudiera cuestionar o no? A la persona del juzgador. Por tal motivo era importante verificar que se portara bien, que fuera una persona honorable, sin vicios, que no fuera a

ninguna fiesta, que no hiciera nada; por eso surge la idea de que los jueces deben estar completamente aislados, idea que se tiene desde hace mucho tiempo.

El profesor Malem evoluciona a un segundo modelo, lo que propone —a mediados del siglo XIX—, después de este modelo en el que los jueces no tienen que fundar ni motivar sus decisiones, es uno en el que las personas juzgadoras sí tienen que fundar y motivar sus decisiones, no pueden tomar una resolución como la siguiente: “a mí me parece que esta persona es culpable, por eso la condeno a cuarenta años de cárcel”; no, tienen que dar razones, decir por qué lo consideran de un modo o de otro. Parece que entonces se empieza a diluir un poco la idea de que los jueces necesariamente tienen que estar aislados y tener un comportamiento específico en su vida privada —no es lo mismo que su vida pública— para valorar o no sus decisiones.

En el primer modelo, si un juez pronunciaba que alguien debía ser condenado era porque tenía razón, así era, y se atendía a su persona, mientras que en el segundo se atiende a su fallo. Este último ya es un modelo democrático, lo que tiene fundamento en que a mediados del siglo XIX comienza a surgir la idea de las constituciones modernas, donde se empiezan a incorporar los derechos humanos y la noción de supremacía constitucional. Ese cambio necesariamente tenía que darse, no podía ser un Estado democrático de derecho sin sus debidas consecuencias en el Poder Judicial y la forma en que vemos y entendemos a los jueces.

Con este modelo, lo importante era disciplinar a los jueces, acabar con la discrecionalidad y el arbitrio judicial, por tanto, se empezaron a poner reglas para que el Poder

Judicial funcionara y también para evaluar cuándo un juez se comportaba de la forma esperada y cuándo no. El disciplinar a los jueces fue una manera de limitar el modo en que ejercen sus funciones y, por otro lado, una forma de tutelar mejor el Estado de derecho, específicamente, el principio de seguridad jurídica y el de imparcialidad. Por seguridad jurídica se entiende que todos debemos tener clara cuál es la consecuencia esperada de la realización de una acción jurídica o de una acción social judicializada, en cuanto a que la ley ya previó una consecuencia en caso de que se actualice o no.

Ya no se puede depender de la discrecionalidad del juzgador, se tienen que tutelar los principios de seguridad jurídica e imparcialidad. Asimismo, el juez debe tener ciertas condiciones para emitir un fallo de acuerdo a la ley, no debe tomar sus decisiones —insisto— como en el primero de los modelos.

En el segundo modelo, a diferencia de lo que ocurría en el primero, se dejó de considerar la conducta de los jueces en su ámbito privado como una forma de valorar sus decisiones, se establecieron parámetros objetivos sobre la forma en que debían resolver —más adelante se abundará sobre cuáles son esos parámetros—, incluso, el cambio en la forma de ver, evaluar y apreciar la conducta de los jueces está relacionado con el cambio de la visión del derecho; pasamos a un Estado constitucional de derecho donde hay derechos humanos y ciertas garantías al abuso discrecional del poder.

Dentro de las formas de evaluar a los jueces y de observar que se estén comportando adecuadamente, se pueden encontrar trece principios básicos. Estos deben bajar a reglas

para ver que un juez se esté comportando adecuadamente. Los trece principios según el Código Iberoamericano de Ética Judicial son: independencia, imparcialidad, motivación, conocimiento y capacitación, justicia y equidad, responsabilidad institucional, cortesía, integridad, transparencia, secreto profesional, prudencia, diligencia y honestidad profesional.

A continuación, se mencionará en qué consiste cada uno. La *independencia judicial*, el primero de ellos, es el más importante de todos. En el marco de un Estado constitucional de derecho, no se trata de poner a un juez en un pedestal intocable donde se vea como una figura que siempre está por encima de todo. Lo que sí se tiene que hacer con la independencia judicial es proteger sus criterios, que las personas juzgadoras tomen sus decisiones de forma que estas no sean arbitrarias; no pueden hacer lo que quieran, tienen que atender a la Constitución y a la ley, pero tampoco se puede permitir estar presionadas por aspectos ajenos al derecho, como el poder político, el poder económico o la violencia que a veces sufren.

La figura de la independencia judicial busca que los jueces y sus decisiones estén protegidos, blindados, a fin de que sean acordes con la Constitución, la ley y el propio criterio del juzgador, es decir, que estos no se vean influenciados de forma directa o indirecta por factores internos o externos, públicos o privados, ajenos al derecho, como el poder político, el poder económico, las amenazas, entre otras cuestiones que son presiones ajena al derecho.

Esta situación deriva en que las propias personas juzgadoras tengan no solamente el derecho, sino también la obligación de pedir que se garantice su independencia

judicial y se tomen las medidas apropiadas a fin de asegurar que sus decisiones sean independientes y su criterio no se vea afectado por situaciones ajenas al derecho. Asimismo, tienen la obligación de denunciar hechos o intentos que afecten esa independencia judicial.

La independencia judicial, como se mencionó al hablar de *El Federalista* 78, es la idea clave para lograr una justicia imparcial. Mientras los jueces estén protegidos de que sus decisiones se vean alteradas por factores ajenos al derecho vamos a tener un buen Poder Judicial. Se puede ver como un derecho de los jueces a que se garantice su independencia, así como una obligación del Estado de hacerlo y también como un derecho del justiciable. La Constitución establece en su artículo 17 el derecho humano de acceder a tribunales imparciales e independientes.

La segunda característica que debe tener un juez en este nuevo modelo es la *imparcialidad*, es decir, alcanzar una decisión con objetividad. Recordemos que en el primer modelo el juez tomaba sus decisiones prácticamente de forma arbitraria y se atendía a la conducta de la persona para valorar lo correcto o lo incorrecto de la decisión. Aquí el juez ya es imparcial, tiene la obligación de fundar y motivar su decisión, y para que eso ocurra de forma imparcial tiene que ser objetivo, valorar pruebas y hechos, además de atender a lo que dicen la Constitución, las leyes, la jurisprudencia, en algunos casos, la doctrina; además, tiene que alejarse de favoritismos, predisposiciones y prejuicios propios, pero ¿cómo podemos saber que un juez tiene un prejuicio hacia cierta situación? Es un debate que aún se está explorando, no obstante, si una persona juzgadora

va a tomar una decisión en determinado sentido debe basarla en las circunstancias propias del caso particular, las pruebas y los hechos que ofrezcan las partes.

Los jueces deben abstenerse de conocer asuntos en los que se vea comprometida su imparcialidad. El tema de la imparcialidad se puede ver tanto de una forma objetiva como subjetiva; objetiva, en el sentido de que se puede valorar que sea un juez imparcial, pero para creer que un juez de verdad es imparcial debe parecerlo. Esto es de gran relevancia porque parece, o tal vez así es, que las formas son el fondo. Para considerar que un juez es imparcial no solo tiene que serlo, debe dar la imagen a la ciudadanía y al Estado mexicano de que sus decisiones son ecuánimes. Aunque una decisión sea imparcial, conforme a derecho, si no se tiene la idea de que ese juez o ese Poder Judicial lo son, será difícil confiar en las personas juzgadoras. Entre más legitimidad tengan sobre su imparcialidad más se va a recurrir al Poder Judicial; muchas veces se deja de hacer, pero tener una buena legitimidad de que los jueces van a ser imparciales e independientes es una buena forma de alentar a una mejor administración de justicia.

La independencia se refiere a proteger a los jueces de presiones y factores ajenos al derecho, y la imparcialidad, a que tomen una decisión objetiva. El tercer punto es la *motivación*, algo que se ha platicado de forma indirecta con el tema de la independencia y la imparcialidad. La motivación, la obligación de motivar, implica que las personas juzgadoras expongan de manera ordenada y clara los fundamentos de hecho y de derecho en que apoyan sus decisiones, las cuales deben ser válidas a fin de garantizar, igual que la imparcialidad, la legitimidad del juzgador. Un

buen funcionamiento del control de impugnaciones se lleva a cabo a partir de una buena motivación. Si un juez no motiva su decisión y después esta se recurre o se apela, o cualquiera que sea el medio para atacarla, seguramente va a ser procedente, porque si no está fundada y motivada se presume que fue una decisión discrecional, arbitraria.

La motivación también sirve para proteger las decisiones de los jueces. Si un juez dice: “yo arribé a esta conclusión con base en todos estos elementos”, será probable que otro juez de una instancia superior confirme esa determinación. La motivación es parte de la ética judicial, la manera en la que vemos el comportamiento de los jueces, pero también es una buena forma para que los propios jueces protejan sus decisiones de una posible revocación o de una sanción que pudiera estar establecida. Una decisión que no tiene motivación es arbitraria, y ello implica una violación a los principios que debe regir la ética judicial.

Por otra parte, encontramos que una buena persona juzgadora es aquella que tiene los conocimientos del derecho y de las circunstancias sociales. No solo se trata de saberse los mil artículos que tiene el Código Civil Federal o cualquier otro, se trata también de conocer la realidad social a la que se enfrenta. No es lo mismo juzgar en todas las sociedades, cada sociedad tiene diversos puntos de vista y diferentes perspectivas de los problemas sociales.

Un buen juzgador es objetivo y tiene conocimiento tanto del derecho como de la visión que se tiene de cierta situación que debe juzgar. Por otro lado, en este mismo punto se encuentra la capacitación, mientras tenga una buena conducta, un buen juez necesariamente se está

actualizando. El derecho es cambiante, es dinámico; probablemente, la Constitución no es la misma que teníamos hace un mes, con tantas reformas constitucionales —ya superamos las setecientas—; así pues, un buen juzgador es aquel que se está capacitando constantemente, conoce el derecho y después se actualiza para refrescar sus conocimientos.

El siguiente principio o virtud judicial es *la justicia y la equidad*. El fin de la actividad judicial es alcanzar el derecho y esta justicia se alcanza a través de la equidad. Un buen juzgador siempre aplica el derecho, pero también, a veces, atempera su criterio; no es lo mismo juzgar en todas las sociedades una misma circunstancia. El buen juzgador es sensible a la realidad social que enfrenta, y en eso se traduce el principio de *equidad*. Para alcanzar la justicia un buen juzgador debe aplicar la ley siempre sensible a la realidad que tiene enfrente.

Un juez institucionalmente responsable es aquel que cumple con las obligaciones de carácter individual que le pone la normativa del tribunal del que forma parte, pero también protege al tribunal, es decir, toma sus decisiones siempre a nombre del tribunal y lo hace pensando en su institución, en que él o ella como juzgador puede tomar una determinada decisión, pero al final de cuentas quien realmente toma la decisión es el Estado mexicano, la institución que le confió la función jurisdiccional. Un buen juzgador es aquel institucionalmente responsable, aquel que asume sus errores y las omisiones que pudieran causar alguna responsabilidad, protegiendo a su institución.

Un buen juez también es cortés, exterioriza respeto no solamente hacia sus superiores, sino igualmente hacia su personal, los litigantes y las partes. Sobre esta misma línea, un buen juez también es tolerante a las críticas y a los factores externos que llegan a cuestionar su trabajo.

Hasta aquí, no se ha mencionado nada nuevo sobre la independencia, la imparcialidad, sobre cómo funciona la ética judicial, pero algo que es de mayor relevancia es que la ética judicial ahora se ha tornado hacia la transparencia. La transparencia de las actuaciones de un juez es su mejor garantía. Si la sociedad en la cual juzga conoce los criterios del juzgador, regularmente, se va a observar un buen comportamiento en un juicio. Antes se decía que las averiguaciones eran públicas y los juicios y las sentencias eran secretas; se ha cambiado esa idea, ese paradigma. Hoy las sentencias deben ser abiertas, los jueces deben tener apertura con sus criterios, y eso tiene varias utilidades. Primero, para el juzgador es una propia defensa, pues así podría argumentar: “siempre he sostenido este criterio sobre el mismo punto y estoy actuando de manera independiente e imparcial”.

Al margen de que los jueces se puedan cuidar en ese sentido con una buena conducta, lo cierto es que un sistema transparente es útil para el justiciable, sabe cuál va a ser el posible criterio que va a sostener un juez en un caso parecido si es que se somete a su consideración. A manera de ejemplo, el 3 de febrero de 2021, la Primera Sala de la Suprema Corte resolvió el amparo en revisión 271/2020, en el que determinó que todas las sentencias pronunciadas por los tribunales de los poderes judiciales, federales, estatales,

de cualquier orden, de cualquier materia, son de interés público, por lo que ameritan ser puestas a disposición de la sociedad mediante versiones públicas. Esto tiene una doble función, y es a lo que hemos estado tendiendo en la ética judicial, a la transparencia judicial.

Un tribunal que es transparente da a conocer sus sentencias, sus criterios y la razón de sus criterios, y, en el caso de los tribunales federales que emiten jurisprudencia, da a conocer sus tesis, sus criterios, ya que es una buena forma de entender que un juez se está comportando de forma adecuada, que está sosteniendo el mismo criterio, resolviendo casos iguales en sentidos iguales sin presiones políticas; sobre todas las circunstancias antes referidas, es la parte práctica la que se debe atender en la ética judicial, que es la parte de la transparencia.

La transparencia no significa revelar todo, las sentencias tienen que ser lo suficientemente abiertas y públicas como para dar a conocer los criterios, por otra parte, también existe la obligación de los jueces de guardar el secreto profesional, ciertos datos sensibles en las sentencias, cuestiones que no deben ventilarse, como el nombre de las partes, los domicilios, las cuentas bancarias, ya que sí puede implicar un impacto fuerte en la persona que da origen al criterio.

Un buen juez debe ponderar esa transparencia para que se conozca su criterio y guardar y reservar cierta información que pudiera perjudicar a alguna de las partes. Un juez también es prudente, es quien procura que los comportamientos, las actitudes y las decisiones sean el resultado de un juicio justificado racionalmente, meditado,

disponible, a la luz de las constancias de autos y de la ley.

Esta conferencia tiene como objetivo dar a conocer una experiencia práctica de la ética judicial. Suenan muy bonitos estos principios en la teoría, en lo mencionado sobre las bases que se han sentado acerca de estos puntos, pero hay que llevarlos a la práctica. ¿Y cómo se hace? Regularmente, se ven los principios como derechos humanos o como principios constitucionales, se puede ver, por ejemplo, seguridad jurídica, audiencia, acceso a la justicia y muchos principios más, pero todo eso bajo reglas; no se ven los principios en abstracto, necesariamente se tienen que bajar a la práctica a través de reglas, aunque a veces tampoco son suficientes para abarcar todas las situaciones que se presentan en la práctica.

La ética judicial tiene que verse como este buen comportamiento que se menciona desde *El Federalista* 78, publicado en 1788. El juzgador debe ser prudente y autorregularse. No es que los jueces estén por encima de los poderes, pero sí pueden tomar decisiones de forma terminal en un Estado democrático de derecho. Los propios jueces son quienes tienen que autorregularse, ser prudentes y tomar decisiones de forma objetiva, asimismo, deben medir hasta dónde llega cada uno de estos principios en alguno de los casos que se somete a su consideración. Por ejemplo, en el artículo 51 de la Ley de Amparo se encuentran varias reglas para bajar estos principios.

El artículo 51 de la Ley de Amparo, fracción primera, señala:

Los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los magistrados de circuito, los jueces de distrito, así como las autoridades que conozcan de los juicios de amparo, deberán excusarse cuando ocurra cualquiera de las siguientes causas de impedimento:

I. Si son cónyuges o parientes de alguna de las partes, de sus abogados o representantes, en línea recta por consanguinidad o afinidad sin limitación de grado; en la colateral por consanguinidad dentro del cuarto grado, o en la colateral por afinidad dentro del segundo.

Lo anterior se relaciona con lo que se mencionó al explicarse el principio de imparcialidad. Si existe alguna relación cercana con alguna persona que es parte, el juez tendría que abstenerse de conocer del asunto, pero eso debe considerarlo el propio juez.

Existe la figura de la recusación en la que una de las partes puede señalar que el juez no está siendo imparcial, por ejemplo, al ser su pareja la parte contraria. Lo cierto es que el propio juzgador es quien tiene que ser prudente y manifestar: “en esta circunstancia no voy a conocer del asunto dado que se actualiza alguna de estas causales”.

La primera fracción del artículo antes indicado atiende a la imparcialidad, la segunda se refiere a si tiene algún interés personal en el asunto que haya motivado el acto reclamado, si tiene algún interés en que se resuelva de cierta forma; en estos casos tiene que abstenerse de conocer del asunto. Igualmente, si ha sido abogado o ha asesorado en este, si hubiera sido autoridad responsable, es decir, si emitió el acto reclamado en instancias superiores, pues la misma

persona no puede ser quien juzgue la constitucionalidad del acto y quien emitió el acto, ya que se empieza a perder la imparcialidad. Al respecto —insisto—, quien conoce todas estas circunstancias es el propio juzgador, y una perspectiva práctica de la ética judicial es que sean las personas juzgadoras quienes hagan un ejercicio de introspección del asunto que van a resolver y verifiquen todos los puntos que se acaban de resumir.

La fracción sexta del artículo 51 de la Ley de Amparo, por su parte, menciona: “VI. Si figuran como partes en algún juicio de amparo semejante al de su conocimiento”. Dicha fracción es peculiar, por decirlo de alguna forma, pues ¿quién es la única persona que conoce si el juez fue parte en un asunto similar en el que tenía la calidad de alguna de las partes que va a juzgar? Es decir, si la persona juzgadora va a resolver su propio caso con partes diferentes tiene que abstenerse de conocer del asunto, pero ¿cómo se hace eso? No se puede hacer desde lo externo; si una persona va a litigio porque no cubrió el monto por un pagaré es prácticamente imposible que conozca si el juzgador fue parte en un pleito donde también se le demandó el pago de un pagaré.

La perspectiva es que deben ser los propios juzgadores quienes hagan este ejercicio de introspección para garantizar todas estas cualidades que se mencionaron en cada uno de los asuntos que van a resolver; incluso, la propia Ley de Amparo y los ordenamientos por lo general van a mencionar: “si se encuentra en una situación diversa, pero semejante que podría implicar la pérdida de imparcialidad”. En realidad, es complicado llegar a esa situación. Parte de la ética es la reflexión, el ser humano

en general se caracteriza del resto de los animales y seres vivientes porque reflexiona su propio actuar, de ahí que se debe ver la ética judicial de una forma práctica.

Se acaba de mencionar la teoría, de dónde surge, algunos principios básicos, pero no se puede hacer nada de esta ética judicial si las personas juzgadoras no hacen un ejercicio de reflexión. Eventualmente, podría incurrirse en sanciones, en algunos mecanismos que permitan inhabilitarlos, suspenderlos o cualquiera que sea la sanción que se imponga a un juez que no acata las reglas que establece la ley. Sin embargo, la ética implica necesariamente un ejercicio práctico de introspección, el juez es el único que conoce cuáles son sus circunstancias particulares, sus prejuicios, por tanto, es el propio juzgador quien debe hacer ese ejercicio y, en su caso, separarse de los asuntos que deba conocer donde tenga el riesgo de perder imparcialidad por verse involucrados sus intereses o sus sesgos; ello sin perjuicio de que puedan implicar sanciones que de forma objetiva conlleven alguna consecuencia legal contra el juez.

