

Capítulo III

Reflexiones sobre el derecho civil

1. La tutela judicial efectiva y su relación con los formalismos procesales en el derecho familiar mexicano.

El derecho humano al debido proceso puede entenderse como una manifestación del Estado para proteger al individuo a través de un conjunto de garantías frente a las actuaciones de la autoridad, procurando en todo momento el respeto a todas las formalidades propias dentro del juicio.

Entender la dimensión del debido proceso como un derecho humano permite proyectar la necesidad de ciertos formalismos procesales, pues en el derecho la forma y el fondo van de la mano, situación que es comentada en el trabajo desde la óptica jurisprudencial del Estado mexicano y del sistema interamericano.

El debido proceso es un derecho humano que tiene un trasfondo más profundo, pretende lograr un equilibrio de oportunidades entre las partes, en la materia familiar se puede observar de una mejor manera ese equilibrio.

Abordar el debido proceso con la salvaguarda del interés superior de la niñez, ayuda a fijar criterios que vinculen a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos en los procedimientos que afecten sus derechos fundamentales.

La administración de justicia debe correr a cargo de los tribunales, mismo que son puestos a disposición del ciudadano como forma de protección de sus derechos, los cuales se activan a través de un conjunto de garantías establecidas en las leyes y la constitución. El proceso judicial se da a través del ejercicio de la función jurisdiccional desempeñado por los integrantes del poder judicial, es decir, los jueces y magistrados.

¿Cuándo se habla de una tutela judicial efectiva? Este derecho humano ciertamente envuelve el actuar de las autoridades judiciales, a fin de que dirijan sus actuaciones de modo que se eviten dilaciones y entorpecimientos indebidos que puedan frustrar

o retardar injustificadamente dichos fines.¹⁰² Una de los muchos rostros de la tutela judicial efectiva es el denominado plazo razonable, el cual funge como regla del debido proceso legal o derecho de defensa procesal, sin embargo, este plazo razonable posee ciertas excepciones para desarrollar el proceso como son; a) complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, c) la conducta de las autoridades judiciales¹⁰³, y d) la afectación generada por la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso¹⁰⁴. Cada una de las excepciones señaladas con anterioridad requiere un especial análisis antes de poder decretarse dicha acción, analícese brevemente cada excepción:

- a) **La complejidad del asunto**; refiere a una dificultad para valorar las pruebas recabadas, la pluralidad de sujetos procesales y el tiempo que transcurre desde la violación¹⁰⁵ y el cese de la actuación de la autoridad. En el derecho de familia la valoración de las pruebas se concatena con los hechos narrados en cuestión, a fin de probar las pretensiones y excepciones de las partes.
- b) **La actividad procesal del interesado**; las partes dentro de un procedimiento se encuentran en absoluta libertad de interponer cuantas acciones legales les sean convenientes para poder resolver la controversia judicial, pero no debe perderse de vista que no se puede culpar a la autoridad si el inculpado recurre a maniobras dilatorias¹⁰⁶.
- c) **La conducta de las autoridades judiciales**; importa la celeridad con la cual resuelvan el asunto, a fin de garantizar una tutela judicial efectiva, por lo que

¹⁰² Cfr. Corte IDH. Caso Valenzuela Ávila Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de octubre de 2019. Serie C No. 386, párr. 131

¹⁰³ Cfr. Corte IDH. Caso Geni Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997 Serie C No. 30, párr. 77

¹⁰⁴ Cfr. Corte IDH. Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C No. 398, párr. 182. Corte IDH. Caso Perrone y Preckel Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2019. Serie C No. 384, párr. 142. Corte IDH. Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316, párr. 203

¹⁰⁵ Cfr. Corte IDH. Caso Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397, párr. 110

¹⁰⁶ Márquez Roa, U (2018). Medidas extremas: Derechos humanos, Derecho Civil y Familia, México. Flores editor y distribuidor, p. 67. Cárdenas Rioseco R (2007). El derecho a un proceso justo sin dilaciones indebidas. México: Porrúa. p. 80

se requiere que los procedimientos de ejecución sean llevados sin obstáculos o demoras indebidas¹⁰⁷. En el derecho de familia es importante observar que los requerimientos hechos por la autoridad y medidas precautorias que dicte no violentan la esfera más íntima de los lazos familiares.

- d) **La afectación generada por la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso**; las autoridades deben actuar con mayor diligencia en aquellos casos donde de la duración del **proceso** depende la protección de otros derechos de los sujetos del *proceso*¹⁰⁸, tratándose de materia familiar como la que nos ocupa sería la fijación de las pensiones alimenticias, guarda y custodia, la asignación del régimen de convivencia.

Estos parámetros fijados por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en un inicio operaron para la materia penal, sin embargo, se pueden hacerse extensivos prácticamente a cualquier materia, como es el derecho familiar.

En materia familiar debe comprenderse que la tutela judicial efectiva formalmente comienza desde la presentación de la demanda y culmina con el dictado de una sentencia, sin embargo, materialmente puede comenzar con los medios preparatorios a juicio. Es importante comprender que las sentencias deben poder ser ejecutadas, la falta de ejecución de las sentencias tiene vinculación directa con la tutela judicial efectiva para la ejecución de los fallos internos, esto cobra una relevancia ya que permite contabilizar el término de duración de un proceso¹⁰⁹, con el fin de determinar si existió un plazo razonable para su resolución, pues si la justicia es lenta se considera justicia denegada.

En México el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la obligación de los órganos jurisdiccionales por privilegiar la solución de conflictos por sobre los formalismos procesales, a fin de garantizar una

¹⁰⁷ Cfr. Caso Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397, párr. 119

¹⁰⁸ Cfr. Corte IDH. Caso Villamizar Durán y otros Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 364, párr. 116

¹⁰⁹ Cfr. Corte IDH Furlan y familiares vs Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia el 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246.

tutela judicial efectiva. Ello implica que si las partes lo desean pueden llegar en cualquier momento del procedimiento a un acuerdo y terminar la contienda. Este crecimiento vertiginoso de la impartición de justicia por parte de los tribunales engloba a los medios alternativos de solución de conflictos los MASC o conceptualizados desde el sistema anglosajón con la denominación *alternative dispute resolution* o ADR. Lo que se busca es crear una justicia mucho más accesible y expedita para que las personas confíen en el sistema de impartición de justicia.

En el derecho familiar es común observar el uso de estos mecanismos para la resolución del conflicto, primero por la celeridad que le dan al procedimiento, y en un segundo por poner a las partes en una igualdad procesal, quienes en un mismo acto podrán exponer sus pretensiones y excepciones, a fin de probar su versión de los hechos con alegatos primordialmente orales. Además, en estos medios existe una participación activa de las partes, el papel del abogado se torna el de un mero facilitador de la comunicación, a fin de que los contendientes sean quienes lleguen a la mejor solución de los conflictos, de esta manera el abogado se vuelve un brindador de certeza jurídica, un mero facilitador y crítico que les señalará si su solución se encuentra apegada a los parámetros de las normas jurídicas.

La tutela judicial efectiva va de la mano con el debido proceso. Este último es un derecho humano activado a través de las garantías constitucionales y legales, constituyendo las denominadas “formalidades esenciales del procedimiento”, las cuales consisten en la notificación del inicio del procedimiento y de sus consecuencias; la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas; la posibilidad de formular alegatos, y la certeza de que el litigio será decidido con una resolución que dirima las cuestiones debatidas¹¹⁰. En el derecho familiar debe comprenderse que la tutela judicial efectiva formalmente comienza desde la presentación de la demanda y culmina con el dictado de una sentencia que causa estado, sin embargo,

¹¹⁰ Tesis Aislada de registro 2019394 [Febrero de 2019] recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2019394>

materialmente puede comenzar con los medios preparatorios a juicio¹¹¹ o bien alguna providencia precautoria¹¹², en cualquiera de los dos supuestos se busca afianzar y salvaguardar los derechos de las partes dentro del procedimiento. Es importante comprender que las sentencias deben poder ser ejecutadas, la falta de ejecución de las sentencias tiene vinculación directa con la tutela judicial efectiva para la ejecución de los fallos internos, esto cobra una relevancia ya que permite contabilizar el término de duración de un proceso¹¹³, con el fin de determinar si existió un plazo razonable para su resolución.

Las formalidades esenciales del proceso, implican una serie de principios tales como; la presunción de inocencia, *non bis in idem*, contradicción, de preclusión, de eventualidad, de inmediación, de concentración, de publicidad, entre otros. Todos estos principios enunciados con anterioridad garantizan una adecuada defensa, al punto de no ser juzgado con arbitrariedad, por ello, tres son los puntos prácticos enunciados en la jurisprudencia¹¹⁴ y los cuales deben tenerse en consideración:

1. La buena fe de las partes durante el proceso.
2. La no arbitrariedad de los Jueces.
3. La seguridad jurídica.

Las tres mantienen una estrecha relación y deben vigilarse durante todo el procedimiento en sus etapas previas a juicio, durante juicio y una vez concluido el mismo, a fin de que no exista una mala praxis por parte de las autoridades o de los

¹¹¹ Los medios preparatorios han sido definidos por la doctrina como determinadas diligencias casi todas de prueba, que el actor o el demandado necesitan llevar a cabo antes de iniciarse el juicio, para que éste proceda legalmente o para afianzar mejor sus derechos, a fin de que el actor o el demandado puedan probar su acción y excepción respectivamente. OBREGÓN Heredia Jorge. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. México: Editorial Obregón y Heredia. 1981, p. 171

¹¹² Las providencias precautorias son el remedio creado por el derecho para obviar de alguna manera los riesgos del proceso en orden a su eficacia, se hacen principalmente para evitar que la persona se ausente del lugar donde se entabló la demanda, o, para impedir en materia familiar que el deudor alimentario eluda su obligación de dar alimentos. Gutiérrez Sirvent C (1998). Derecho Procesal. Vol. 4 en Biblioteca Diccionarios Jurídicos Temáticos. México: Ed. Harla. p. 167.

¹¹³ Cfr. Corte IDH Furlan y familiares vs Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia el 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246, párr. 149

¹¹⁴ Tesis Aislada de registro 2019394 [Febrero de 2019] recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2019394>

justiciables. De esta manera el debido proceso legal es el conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los gobernados¹¹⁵. Elementos como; la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias, la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa, la oportunidad de alegar, y el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas¹¹⁶, son el referente de la justicia conmutativa, al proveer de la posibilidad de ser escuchadas las partes en la versión de sus hechos, que la decisión se encuentre fundada y motivada, a fin de garantizar que la legalidad de la actuación no sea contraria a los derechos humanos, con independencia de la condena o absolución hacia una de las partes. Lo anterior pone en igualdad de derechos a los contendientes, por supuesto en materia familiar los juzgadores suelen aplicar la perspectiva de género, no bajo un esquema de preferencia, más bien para solventar una situación histórica-sociocultural en la toma de sus decisiones.

La tutela judicial efectiva es una actividad propia del Estado, repartida entre los tribunales del fuero común y el federal, sin embargo, partir de una premisa tan cerrada como la anterior y no hacerla extensiva a los ciudadanos, genera indelegables las atribuciones al menos en relación a la estructuración como servicio público para el ciudadano, de manera que los centros de mediación en el ámbito privado carecerían de una función materialmente efectiva para solucionar el conflicto. La reconfiguración de la tutela efectiva de la justicia, debe poseer un espectro menos formalista y estricto que el derecho a la tutela judicial efectiva, siendo el primero el parteaguas por los MASC mientras el último vincula la exclusividad en el proceso judicial, cuestión que puede demorar incluso años en resolverse, en efecto ello conlleva un desgaste, físico, económico, y emocional para las partes.

¹¹⁵ Fix-Zamudio, H.(1987) Voz: Debido proceso legal. Diccionario Jurídico Mexicano. México: Porrúa UNAM, 1987

¹¹⁶ Tesis Aislada de registro 200234 [Diciembre de 1995] recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/200234>

En el debido proceso pueden existir situaciones que se vinculen con las demoras en los juicios, en ocasiones realizadas por la autoridad, por los mismos litigantes, o por la aplicación de la norma. Si bien el juicio comienza con la sola presentación de la demanda, ello no implica que el juzgador no realice un control sobre la misma, lo anterior para determinar que existe una causa razonable para el litigio, por tal razón se analizan las pretensiones, argumentos, pruebas y peticiones. El juzgador se encuentra facultado para admitir o rechazar la demanda desde un inicio, si decide declinarse por la última opción, el juzgador deberá fundar y motivar su decisión. De esta manera el derecho de acceso a la jurisdicción no tiene un carácter absoluto susceptible de ser satisfecho al margen de las condiciones o requisitos que se imponen en la norma. Los juzgadores deben distinguir en la aplicación de las normas rígidas y las flexibles, y, no supeditar la admisión de demandas o recursos al cumplimiento o desahogo de requerimientos intrascendente, propiamente lo que se desea es no sobre poner la forma sobre el fondo.

El control liminar de la demanda implica determinar con precisión por parte de la autoridad la pretensión del justiciable, bajo ese tenor, el ejercicio se realiza desde dos perspectivas diversas, formal y material. Esta situación conlleva a seguir la suplencia de la queja en determinados asuntos como es la materia familiar, aplicándose el principio general del derecho que versa “dame el hecho y te daré el derecho”. Sin embargo, el juzgador acepta que el ordenamiento establece pronunciamientos sobre el fondo y la forma, a fin de tutelar los derechos e intereses legítimos, por ello, debe primero estudiar la forma para establecer si puede ser admitida de origen o en su caso realizar un requerimiento para subsanar los errores que posea, a fin de entrar con posterioridad al estudio de fondo. En el juicio de fundabilidad o el aspecto material del control de la demanda operan elementos que corresponden al fondo del asunto, este control se realiza cuando los hechos de la demanda se aprecien como inapropiados para obtener la tutela pretendida¹¹⁷.

¹¹⁷ Tesis Aislada de registro 2019773 [Mayo de 2019] recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2019773>

El derecho familiar mexicano no se vuelve la excepción en este tipo de reglas y controles que se persiguen en los formalismos procesales, de otra manera sería guiarse sobre supuestos que no resultan efectivos y favorezcan únicamente a una de las partes en razón de su rol dentro del procedimiento, o bien, por su condición sexo-genérica, situación que resulta observable, pero no así determinante para dictar un fallo a su favor. La tutela judicial efectiva se computa desde la admisión de la demanda, sea que entre a trámite o se deseche, y concluye con la sentencia definitiva, la cual debe estar fundada y motivada no solo para cumplir con su función, sino para conocer la verdad, y evitar vicios que permitan la reposición del procedimiento y evitar con ello la dilación del último, o peor que la sentencia no tenga los medios para cumplirse.

Preguntándose una vez más ¿Cuándo se habla de una tutela judicial efectiva en el derecho familiar? La respuesta concreta al cuestionamiento es cuando se siguen las formalidades esenciales del proceso como punto de partida para decidir sobre el fondo del asunto, tomando en cuenta las condiciones de los justiciables, la validez de sus argumentos y valoración de las pruebas, a fin de que la decisión dictada por el juez se acerque a la veracidad de los hechos y cuente con una fundamentación y motivación suficiente para no dejar duda a los justiciables de la certeza jurídica de sus actuaciones, además de que resulte material la ejecución de la decisión.

2. El debido proceso más allá de un derecho humano en el derecho familiar mexicano.

El debido proceso es un derecho humano activado a través de un conjunto de garantías, los antecedentes más remotos del reconocimiento de este derecho se encuentran en la Carta Magna de 1215, el documento reconoce la protección básica del ser humano ante cualquier acto de autoridad, al punto de ser el parte aguas para la protección de este derecho humano en los tratados internacionales y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Un análisis histórico de la Carta Magna de 1215 permite establecer que sus artículos 28 y 39 mantienen una interpretación sistemática, el primero señala la substancia

del debido proceso, mientras el segundo, las formalidades esenciales del procedimiento. En el continente americano el primer preceden del debido proceso en las naciones se encuentra en las enmiendas 5ª y 14ª de los Estados Unidos de Norte América, en los cuales establece los límites a las actuaciones de la autoridad. La resonancia de estos artículos conlleva a establecer principios y reglas programáticas de actuación de la autoridad, estableciéndose en los tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8 al establecer el derecho humano al debido proceso y el cúmulo de garantías que los Estados deben observar para que las personas tengan un juicio justo, al igual que el artículo 25 que les permite tener una revisión de la decisión judicial bajo los parámetros de la legalidad, y convencionalidad. De la misma manera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 9, 10 y 14, establece los lineamientos del derecho humano al debido proceso.

En México el derecho humano al debido proceso se establece en los artículos, 14, 16 y 17 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es apreciable observar que distintas jurisprudencias del ámbito nacional e internacional se enfoca en analizar este derecho desde la óptica del derecho penal, dejando de lado otras áreas como son la civil-familiar. La razón no resulta tan compleja en cuanto al estudio más amplio, ello se debe a que el bien jurídicamente tutelado en el derecho penal es la libertad, lo cual le da un orden de prelación en su estudio. No obstante, el debido proceso debe ser analizado a profundidad en el derecho familiar, ya que la familia es el núcleo primigenio de la sociedad y requiere de una protección especial, sea en la regulación normativa o bien en la aplicación e interpretación de la misma.

El texto constitucional mexicano establece la pauta para la interpretación y aplicación del derecho humano al debido proceso en las contiendas civiles y familiares. Véase los apartados respectivos:

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna

[...]

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan

las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

[...]

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

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

Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.

[...]

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

De esta manera puede comprenderse que el debido proceso refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos¹¹⁸. Por ello el debido proceso en la actualidad no se constriñe a limitar los poderes de un sistema opresivo como en su inicio, ni asegurar los derechos mínimos en la defensa, funge como puente para la complementación de la justicia. Por ello el desarrollo del debido proceso en materias como el derecho civil y familiar se encamina a proteger los derechos humanos de los gobernados desde la sola presentación de la demanda, continúan en todo el proceso en todas sus etapas, hasta el dictado de la sentencia,

¹¹⁸ Cfr. Corte IDH. Caso Valenzuela Ávila Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de octubre de 2019. Serie C No. 386 párr. 109.

misma que debe estar fundada y motivada, así como en los actos posteriores a la misma.

La comprensión de los elementos que conforman al debido proceso debe observarse en todas las materias, dichos elementos establecen pautas para la vigilancia de una tutela judicial efectiva. Por ello, resulta apreciable en el proceso familiar determinar: a) El derecho subjetivo del ciudadano, lo cual implica un mayor reconocimiento normativo, a fin de establecerlos en un plano de igualdad jurídica, incluyendo la vigilancia del plano equitativo. b) La legalidad, busca resolver el conflicto de las partes mediante la regulación de una norma a fin de establecer el plano de certeza, respetándose las garantías y derechos constitucionales. c) Una disponibilidad que le permita al ciudadano optar por una solución del conflicto más adecuada a sus intereses y la tutela de derechos, exceptuando la materia penal. d) La mínima intervención del Estado y los poderes públicos, va de la mano con el apartado anterior al permitir que los ciudadanos al elegir la manera más adecuada de solucionar los conflictos, la autoridad solamente debe facilitar y poner a disposición del ciudadano un sistema de administración de justicia, y, ser garante de la legalidad en la resolución. e) La efectividad en la protección de los derechos, la administración de justicia, debe conseguir una solución justa y eficaz para el ciudadano¹¹⁹.

La Corte interamericana ha señalado en el Caso Montesinos Mejía vs Ecuador que “Las reglas rectoras del proceso tienen el deber de dirigir y encausar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el *debido proceso* en pro del formalismo”¹²⁰, lo que se traduce en una cuestión de la burocratización de la justicia, que es constantemente combatida en la realidad jurídica mexicana. Juzgar en materia familiar implica la apreciación de criterios de fondo antes que, de formalismo legales, sin embargo, lo anterior ha llevado a la confusión al momento de argumentar y hacer valer de manera errónea ciertos principios, dejando pasar

¹¹⁹ Pedraz Penalva E (1995). El proceso y sus alternativas, Arbitraje, mediación y conciliación, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXVII, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pp. 12-13

¹²⁰ Cfr. Corte IDH. Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C No. 398 párr. 185

por alto el acervo probatorio, y solamente basarse en el dicho de alguna de las partes para dictar la resolución.

Los juicios en materia familiar no buscan la verdad, se centran en la búsqueda de la legalidad, es decir, que los actos u omisiones se encuentren ajustadas a los parámetros legales. El proceso es el lugar de conflicto, de competición y oposición entre posiciones diferentes y, por lo tanto, entre narraciones diversas de los hechos jurídicos y lógicamente relevantes, es importante destacar lo anterior, ya que no se trata de dos hechos distintos expuestos por ambas partes, en la específica situación de litigio; no es un lugar de cooperación entre varios sujetos que redactan una historia sobre cuyo contenido y veracidad se encuentran todos de acuerdo¹²¹. Las partes envueltas en el litigio poseen un mismo hecho, pero abordado desde diferentes versiones, se sobrepondrá una de la otra en razón de la convicción de sus argumentos y de la validez del material probatorio. Al final la sentencia es la última versión de esos hechos dictada por el juez conforme a su sana crítica. El juez determinará cuál de las versiones de los hechos o causas es la "verdadera", resuelve el conflicto entre las narraciones diversas, eligiendo una y descartando las otras como falsas e inaceptables, conforme al material probatorio.

En el litigio familiar el debido proceso puede abordarse desde un enfoque adjetivo, al solicitar la exhaustividad y valoración del material probatorio, lo anterior brinda certeza jurídica. De manera que la calidad argumentativa, se conforma como una triada secuencial, 1) el encuadre de los hechos a la norma jurídica, 2) la valoración del material probatoria que tenga resonancia con los hechos controvertidos por las partes y, 3) la vigilancia de los derechos humanos con base en los controles constitucionales y legales.

En materia familiar muchos juzgadores en el fuero local han dejado de realizar un examen exhaustivo de la valoración de las pruebas, para dar preferencia a la aplicación de principios relacionados con el fondo, sin embargo, ello deja de lado la

¹²¹ Taruffo, M (2014). La prueba, artículos y conferencias. México: Editorial metropolitana, Monografías Jurídicas Universitarias p. 53

garantía de una defensa adecuada, una congruencia exhaustiva, tal y como se establece en esta jurisprudencia siguiente:

GARANTÍA DE DEFENSA Y PRINCIPIO DE EXHAUSTIVIDAD Y CONGRUENCIA. ALCANCES. La garantía de defensa y el principio de exhaustividad y congruencia de los fallos que consagra el artículo 17 constitucional, no deben llegar al extremo de permitir al impetrante plantear una serie de argumentos tendentes a contar con un abanico de posibilidades para ver cuál de ellos le prospera, a pesar de que muchos entrañen puntos definidos plenamente, mientras que, por otro lado, el propio numeral 17 exige de los tribunales una administración de justicia pronta y expedita, propósito que se ve afectado con reclamos como el comentado, pues en aras de atender todas las proposiciones, deben dictarse resoluciones en simetría longitudinal a la de las promociones de las partes, en demérito del estudio y reflexión de otros asuntos donde los planteamientos verdaderamente exigen la máxima atención y acuciosidad judicial para su correcta decisión. Así pues, debe establecerse que el alcance de la garantía de defensa en relación con el principio de exhaustividad y congruencia, no llega al extremo de obligar a los órganos jurisdiccionales a referirse expresamente en sus fallos, renglón a renglón, punto a punto, a todos los cuestionamientos, aunque para decidir deba obviamente estudiarse en su integridad el problema, sino a atender todos aquellos que revelen una defensa concreta con ánimo de demostrar la razón que asiste, pero no, se reitera, a los diversos argumentos que más que demostrar defensa alguna, revela la reiteración de ideas ya expresadas.¹²²

Bajo ese parámetro es posible decir que, tratándose de la materia civil y familiar, el juzgador debe verificar que las pruebas sean congruentes para garantizar una certeza en la decisión. Entiéndase de la siguiente manera, si existe un juicio de pensión alimenticia compensatoria, al juzgador le tocará analizar las circunstancias concretas del caso, con el objeto de verificar que la obligación alimentaria sea proporcional y justa, además, deberá estudiar desde que momento se origina, su vigencia y evitando que se vuelva desproporcionada y carezca de justificación. Bajo ese parámetro la jurisprudencia ha señalado que:

Uno de los parámetros a tomar en cuenta para la fijación de la pensión, es que esta debe ser de igual duración al tiempo que duró la relación de pareja que motivó la obligación, el cual se estima razonable para que no constituya una carga desproporcionada para el deudor.¹²³

Conforme a lo anterior se obtiene que el debido proceso familiar conlleva un análisis del acervo probatorio, ejemplo de ello lo tenemos en la prueba confesional y los interrogatorios, especialmente cuando en México se está transitando hacia un sistema predominantemente oral. Considérese que la función del proceso es aplicar

¹²² Jurisprudencia de registro 187528 [Marzo de 2002] recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/187528>

¹²³ Jurisprudencia de registro 2016331 [Marzo de 2018] recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2016331>

la norma, al poner en práctica el derecho para garantizar efectivamente las libertades individuales y colectivas, al configurar la determinación de la verdad conforme a los hechos dentro del valor instrumental. Ergo, los formalismos simples de admisión a un proceso se miden en el desahogo de los argumentos, las pruebas, y el fundamento legal, de esta manera se hace efectivos los derechos de las personas ante los tribunales¹²⁴.

El proceso puede ser catalogado como injusto si el juez no practicó la valoración de las pruebas o la practicó de manera ilegal, omitiendo ordenar la práctica de aquellas que fueran necesarias para la resolución del conflicto. Los mecanismos de valoración de la prueba predeterminan el resultado, al igual que los límites del tiempo y de la *litis*, eventualmente determinarían quien tendrá la victoria o la derrota, por lo que el plano de lo justo e injusto vuelve a quedar dentro de lo subjetivo. Lo anterior expuesto se encuentra dentro de la resonancia de la calidad de la decisión judicial y la administración de justicia, ya que una reconstrucción verídica de los hechos de la causa es una condición necesaria de la justicia y la legalidad en la decisión¹²⁵.

El éxito o fracaso en las contiendas judiciales, y de la justicia, ciertamente se basa en una condición de decisión, así como, en la disposición de aceptar dicha decisión dentro de un proceso, para lo último existen los distintos recursos judiciales que pueden hacer valer los ciudadanos como las apelaciones y los juicios de amparo, pero, para que estos recursos sean efectivos, no basta con que se encuentren previstos en una ley o constitución, es necesario que provea resultados idóneos para remediar la situación¹²⁶.

El debido proceso debe verse más allá del esquema de protección de los derechos humanos, debe ser entendido como un medio para garantizar la realidad concreta

¹²⁴ Cappelletti M (1996). El acceso a la justicia: tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivo los derechos. México: Fondo de Cultura Económica. p. 41

¹²⁵ Wróblewski, J (1989). Sentido y hecho en el derecho. España, San Sebastián: Universidad del País Vasco.p. 40

¹²⁶ Cfr. Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 116 y Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 192

social que consiste en un verdadero acceso a la justicia. Es obligación del Estado tratar de aterrizar el derecho de un plano deontológico a uno mucho más ontológico, permitiendo el acceso a la justicia de forma más efectiva¹²⁷. Parte de esa efectividad se ve reflejada en la estructura de las sentencias, las denominadas sentencias de lectura fácil, como lo señala Berumen y Habermas “no considera que las normas sean justas o eficaces para que sean válidas, sino al contrario, sólo la validez o racionalidad comunicativa de las normas hará posible, en principio, que sean justas y eficaces”¹²⁸, *ergo*, la efectividad, eficacia, y validez de las normas se produce con la razonabilidad de la comunicación, para el caso las sentencias, al ser el medio de comunicación directa del juez con el gobernado debe poseer un lenguaje claro y sencillo, con un positivismo estricto¹²⁹, para hacer cumplir lo dispuesto en la norma y brindar certeza de la determinación.

Las sentencias son las formas en las cuales los jueces pueden comunicarse con los ciudadanos, sería justo pensar que los jueces evitaran la terminología procesal compleja para explicarle a los justiciables la razón de su decisión. Las sentencias deben usar un lenguaje simple y directo, evitando el uso de tecnicismo, conceptos abstractos, acercándose a un lenguaje llano, para facilitar la comprensión del texto, ello sin dejar de observar el principio de congruencia y exhaustividad¹³⁰. Las sentencias con un formato de lectura simple se utilizan principalmente para ayudar a comprender la decisión judicial a las personas con algún tipo de discapacidad. Sin embargo, estas sentencias con este formato deberían hacerse extensiva en la mayoría de los asuntos, eso daría a las personas una mayor confianza en la determinación tomada, el uso de un lenguaje llano no resta calidad argumentativa ni formalidad, por el contrario, acerca de mejor forma al juzgador con el justiciable. Usualmente el juez mexicano a diferencia de otro servidor público elegido mediante

¹²⁷ Marabotto Lugaro J (2003). Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2003, p. 292

¹²⁸ Berumen Campos A (2003) La argumentación jurídica como dialéctica comunicativa. México: UNAM., p. 374

¹²⁹ Dworkin R (1986). Law's Empire. EEUU: Harvard University Press. 1986, p. 83

¹³⁰ Tesis Aislada de registro 2005141 [Diciembre de 2013] recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2005141>

elección popular, no realiza campaña, y, para aquella parte de la población que no ejerce el derecho, tienden a ver a los juzgadores como personas insensibles, abstraídas de la realidad, de los problemas sociales, y, como simple boca de la ley, ciertamente este tipo de sentencias al hacerlas extensivas para todos los miembros de la población generaría una mayor empatía entre la impartición de la justicia y la percepción de la misma.

Dentro del debido proceso en materia familiar es posible observar que algunos jueces no observan los principios de exhaustividad y congruencia, el juzgador debe decidir las controversias que se sometan a su conocimiento, tomando en cuenta todos y cada uno de los argumentos aducidos tanto en la demanda, como aquellos en que se sustenta la contestación a ésta y demás pretensiones hechas valer oportunamente dentro de juicio¹³¹. La jurisprudencia en laboral ha dictado determinados cánones que pueden ser aplicables bajo igual razón a la materia civil-familiar, en cuanto hace a la violación de la tutela judicial efectiva estos son:

1. Que se resuelva de manera incompleta la litis.
2. Omitir la valoración de forma conjunta el acervo probatorio, haciéndose de manera fragmentada.
3. La determinación se vuelve incongruente al contener pronunciamientos incompletos¹³².

De esta manera se obtienen puntos en los cuales se pueden violentar el proceso, téngase en consideración que el cumplimentar los derechos de exhaustividad y congruencia forman parte de la garantía de defensa, la cual debe ser observada por el juzgador, realizándose una concordancia sistemática de estos tres puntos. El principio de congruencia se desarrolla mediante una doble dirección, lo cual implica que el juez deba pronunciarse sobre todo lo que se pide y lo que se le pide al juez, o sea, sobre todas las demandas sometidas a su examen de manera integral, es decir, alegatos y pruebas. El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados

¹³¹ Tesis Aislada de registro 2021943 [Agosto 2020] recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2021934>

¹³²dem

Unidos Mexicanos fija una regla programática en la cual el juzgador debe abordar todos los planteamientos realizados por las partes, ello no significa que el juzgador debe dictar sentencias sumamente largas en las que sus fallos expresen, renglón a renglón, punto a punto, a todos los cuestionamientos, más bien consisten en un estudio integral del problema que se le plantea, por lo cual debe aclarar a las partes cuando se trata de argumentos substanciales para el litigio, y cuando los litigantes solamente están reiterando sobre ideas ya expresadas¹³³.

El recurrir la resolución de una autoridad mediante un recurso garantiza a las personas una revisión de la determinación judicial, con la finalidad de confirmar, revocar, o modificar esa sentencia, todo lo anterior se realiza para dar certeza jurídica respecto de la protección de sus derechos humanos.

La tutela judicial efectiva prevista en el artículo 17 constitucional prevé en primer término el acceso a la jurisdicción, es decir, el gobernado tiene la oportunidad de recurrir a los tribunales para ser oído y vencido en juicio con las formalidades esenciales del proceso. En un segundo instante, el derecho a obtener una sentencia dictada por la autoridad en las cuales se haga un estudio de la forma y del fondo respecto de lo planteado en las pretensiones, excepciones y defensas, esta sentencia además debe ser pronta, completa e imparcial, todo lo anterior para que este en concordancia con el artículo 14 constitucional que protege a las personas de no ser privadas de sus bienes, libertad, posesiones y derechos, sin que hubiese una defensa previa. En un tercer punto, se otorga el recurso judicial mismo que debe ser efectivo, sencillo y rápido mediante el cual los Jueces y tribunales tutelen de manera eficaz el ejercicio de los derechos humanos de toda persona que lo solicite, se debe eliminar toda formalidad que resulte innecesaria, pues la tutela judicial efectiva debe entenderse como el mínimo de prerrogativas con las cuales cuentan los sujetos¹³⁴, por ello si el justiciable se equivocó de vía, lo más adecuado sería

¹³³ Jurisprudencia de registro 187528 [Marzo de 2002] recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/187528>

¹³⁴ Jurisprudencia de registro 2002096 [Octubre de 2012] recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2002096>

que la autoridad remitiese al órgano competente la promoción, sin perjuicio de que se analice la oportuna presentación del medio de defensa.

Impera destacar que la justicia debe encontrarse más próxima al ciudadano, lo que implica tutelar de mejor manera sus derechos. La rama privada del derecho, enfoca su principal preocupación en dirimir conflictos de interés que surgen en las relaciones entre los individuos mediante la administración de justicia y sucesivamente procurar el bienestar de los ciudadanos defendiéndolos de los perjuicios que pueden derivar el desfogue del particularismo egoísta de los sujetos¹³⁵, *ergo*, no habría que impedirle tratándose de grupos tan sensibles como la familia. Por ello el debido proceso va más allá de ser considerado como un derecho humano, se relaciona directamente con la justicia, desde la filosofía de Ihering se obtiene:

El objetivo práctico de la justicia es el establecimiento de la igualdad; la justicia material, la igualdad interior, es decir el equilibrio entre el mérito y la recompensa entre el castigo y la culpa; el de la formal, la igualdad exterior, es decir la uniformidad en la aplicación de la norma establecida en todos los casos¹³⁶.

Por ello el debido proceso si bien es un derecho humano, se encuentra conformado de principios y reglas programáticas, que ayudan al justiciable a tener un acercamiento, con la búsqueda de justicia y la exacta aplicación de la norma. Al final la justicia no es dictada por la voz de uno o de algunos, sino que es un coro en el que todas las voces se unen para formar una¹³⁷.

3. Algunos aspectos del debido proceso tratándose de niños, niñas y adolescentes en el ámbito familiar.

El proceso posee características instrumentales específicas distintivas según sea el derecho material que encause, si se tutelan los derechos de grupos vulnerables se

¹³⁵ Bobbio N. (2014) Estado, Gobierno y Sociedad, Por una teoría general de la política. México: Fondo de Cultura Económica. p. 55

¹³⁶ Von Ihering R. El fin en el derecho, Tomo I., Puebla. Cajica. 2000, p. 268

¹³⁷ Márquez Roa, U. (2018) Medidas extremas: Derechos humanos, Derecho Civil y Familia, México: Flores editor y distribuidor.

requiere de una mayor diligencia procesal para evitar o restablecer el derecho que hubiere sido violado.

Los seres humanos tienen derecho a un debido proceso, pero no a un proceso perfecto. Téngase en cuenta que al ser un derecho perfectible es preciso establecer en la mayor medida de lo posible todas las condiciones que permitan que el proceso sea justo. Así mismo, se posee un mínimo de garantías para proteger a las personas que pudiese encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico por pertenecer a algún grupo vulnerable, como suele ser el caso de las niñas, niños y adolescentes, ejemplo de ello es la notificación que se realiza a quienes ejerzan su patria potestad y tutela¹³⁸.

Tratándose de niños, niñas y adolescentes la administración de justicia y el debido proceso presentan ciertas características especiales como son un trato digno y empatía a lo largo de todo el procedimiento, prestando importancia a las necesidades individuales, físicas y conforme a su edad que pudieran necesitar. Por ello los operadores de justicia deben usar un lenguaje comprensible en las entrevistas, así como evitar entrevistas innecesarias que puedan causar una injerencia en la vida privada del niño¹³⁹.

Ciertamente los jueces en el ámbito familiar deben llevar a cabo el procedimiento y tomar sus decisiones con base en la perspectiva de la infancia. El juzgar con esta perspectiva implica escuchar al menor a fin de que forme parte activa del procedimiento. Toda vez que entraña para ellos el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia, se trata de un elemento importante, pues la decisión que adoptará el juzgador debe ser con base en todos los elementos que ayuden a esclarecer el litigio, por ello las opiniones de los menores cobran especial relevancia, de acuerdo con su edad y grado de madurez¹⁴⁰. Sin embargo, no

¹³⁸ Jurisprudencia de registro 2005716 [Febrero de 2014] recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2005716>

¹³⁹ Naciones Unidas. Directrices de Naciones Unidas sobre la Justicia de los Niños Víctimas y Testigos. E/2005/INF/2/Add.1

¹⁴⁰ Tesis Aislada de registro 2022471 [Noviembre de 2020] recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2022471>

escuchar al menor en razón de su temprana edad conlleva una violación al artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, mismo que a la letra dice:

Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

De la primera porción normativa se destaca el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados, en ese sentido, dentro del procedimiento familiar los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, imponiendo no solo a la familia, también a la sociedad y al Estado la obligación de asistir y proteger al niño, con la finalidad de permitir el pleno ejercicio y la eficacia de sus derechos, se puede lograr de manera efectiva si se le escucha de forma directa por parte de la autoridad. Conforme a la segunda porción se establece la oportunidad que tienen los niños, niñas y adolescentes de participar de forma activa en los procedimientos judiciales y administrativos, los primeros con una naturaleza de resolución de conflictos mediante el orden jurídico, la supremacía constitucional o el principio de legalidad, mientras los segundos establecen el beneficio del interés general siendo más ágil, rápido y flexible, sin embargo, en ambos casos se procuran de una serie de garantías que facilitan el debido proceso.

Impera destacar que el trato digno y empático dentro del debido proceso implica que los menores de edad tengan la valoración de su opinión en los procesos jurisdiccionales que involucren una decisión que pueda afectar su esfera jurídica, debe hacerse en función de su edad y madurez, pues se sustenta en la premisa ontológica del niño como sujeto de derechos, dada su condición de menor edad se encuentra en el desarrollo de su autonomía, la cual adquiere de forma progresiva en la medida que atraviesa sus etapas de crecimiento y desarrollo físico, mental y emocional, hasta alcanzar legalmente la mayoría de edad.

La intervención del menor en el proceso de manera activa, aunado a la atención de sus opiniones conforme a la edad y madurez que posea para formarse su propio juicio, permite realizar una evaluación casuística de cada caso que los involucre, al igual que sus circunstancias, ponderando, su edad, su desarrollo físico e intelectual, sus habilidades cognitivas, su estado emocional, su experiencia de vida, su entorno, la información que posee sobre las cosas respecto de las cuales opine. El hecho de que un niño o niña se encuentre en su primera infancia, no descartar que pueda ejercer su derecho a ser escuchado y que su opinión se tome en cuenta, será labor del juez determinar conforme a las circunstancias del caso lo que más le convenga para el sano desarrollo del infante.

Es importante destacar que la actuación de las autoridades con los menores de dieciocho años debe ser mucho más empática, principalmente al momento de llevar a cabo las entrevistas ya que son tratos directos y puede implicar una intimidación si el tono de voz o postura de la autoridad no es la adecuada. Máxime cuando en el derecho civil y familiar las pruebas consistentes en los interrogatorios tienen un peso muy importante, para su valoración es necesario el análisis conjunto tanto de las preguntas como las respuestas, si el cuestionario fue indebidamente formulado necesariamente genera una respuesta incorrecta¹⁴¹.

A los niños, niñas, y adolescentes les resulta difícil en ocasiones el responder preguntas directas que impliquen la especificidad de alguna circunstancia de modo tiempo y lugar, basadas en el uso de ordenadores lingüísticos como los siguientes “cómo, cuándo, qué, dónde” por ello se les deben realizar entrevistas, en las cuales indiquen de forma narrativa, sin limitación, ni interrupción y en la forma que les resulte más cómoda los acontecimientos que recuerden. La evaluación de un infante como testigo implica el considerar su capacidad para recordar acontecimiento pasados, así como su capacidad para reproducir acontecimientos de forma independiente.

¹⁴¹ Jurisprudencia de registro 167870 [Febrero de 2009] recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/167870>

Los niños de seis años tienen la capacidad suficiente para distinguir entre eventos reales e imaginarios, sin embargo, presentan el problema de la sugestibilidad, misma que es entendida como la disposición para integrar informaciones posteriores en su sistema de pensar, recordar, así como el relatar los hechos vividos¹⁴². Para lograr r detectar la sugestibilidad, hay que tomar en cuenta: 1) La consistencia lógica en la declaración a fin de que esta sea acorde con los otros medios de prueba presentado. 2) La presentación no estructurada, el niño que declara sobre un hecho que realmente aconteció puede saltar y mantener la congruencia entre los hechos de su relato, mientras que el niño que inventó la información es muy cuidadoso de no perder el hilo conductor de contexto. 3) Las declaraciones inventadas reducen el número de detalles, a fin de recordar solamente los más esenciales para la congruencia de su historia. 4) Las declaraciones verídicas contienen información sobre los lugares y el tiempo, capaz de ser corroborada con otro medio de prueba¹⁴³.

Se debe ser muy cuidadoso a fin de realizar una correcta valoración del testimonio del menor para no contaminar el debido proceso, el juzgador deberá ser lo bastante astuto para detectar cuando el niño o niña se encuentra alienado o bien cuando está inventando información. Autores como Gagnon y Cyr señalan que los niños y niñas en su primera infancia (de los tres a cuatro años de edad) tiene la capacidad de relatar un acontecimiento vivido o experimentado¹⁴⁴, no obstante, en esa etapa de su vida requieren del apoyo de un adulto por medio de una plática para poder relatar los acontecimientos, toda vez que carecen de las facultades cognitivas avanzadas en los procesos de aprendizaje del lenguaje para lograr presentar un relato independiente.

¹⁴² Schade, B (2019). La declaración de niños menores de edad (preescolares) como testigos en casos de un supuesto abuso sexual, Chile: Scielo recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992013000200008

¹⁴³ Fontes, L., & Tishelman, A(2016). Language competence in forensic interviews for suspected child sexual abuse. EEUU: Child Abuse & Neglect. 2016

¹⁴⁴ Gagnon, K., & Cyr, M (2017). Sexual abuse and preschoolers: Forensic details in regard of question types. Child Abuse & Neglect, recovery from <https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2017.02.022>

Todo lo anterior refiere a la importancia de juzgar con perspectiva de la infancia y se vincula directamente con el derecho humano al debido proceso, pues los niños y niñas no poseen las facultades cognitivas tan desarrolladas como un adulto, por ello los procesos deben ser amigables y empáticos para que puedan comprender de lo que tratan y participar de manera directa, sin la necesidad de que pierdan el formalismo y la solemnidad que la impartición de justicia representa.

4. Lo jurídicamente tangible, lo constitucional, y lo deontológico del derecho familiar.

Dentro del juicio de amparo, podemos determinar la existencia de aquello considerado como constitucional y legal, estos tienen ámbitos de aplicación diferentes. No obstante, se vinculan con el dominado imperio de la ley y lo directamente proporcional al derecho humano al debido proceso, salvaguardando con ello bienes jurídicos, tales como, la libertad, la dignidad, de manera que se pretende garantizar el derecho de las personas sometidas a proceso a fin de que se respeten sus derechos fundamentales. Recursos como el *habeas corpus* o el juicio de amparo resultan de vital importancia, al establecer un límite al imperio de la ley, dicho límite se consagra en la no interferencia en la esfera jurídica del gobernado, sin que medien razones objetivas, proporcionales y razonables, para garantizar la necesidad de esa interferencia. Es decir, todo esto forma parte del denominado proceso constitucional típico, el cual posee una triple distribución; el control constitucional de la ley, la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales, y la garantía de la distribución del poder.

El control constitucional de las leyes, es una competencia propia del tribunal supremo en las declaraciones de constitucionalidad, facultad hecha extensiva a los tribunales federales y locales con la declaración de inaplicación, para que las leyes ordinarias logren mantener sus límites.

Propiamente el denominado imperio de la ley, respondía a la eterna paradoja –¿Qué vale más tener la mejor de las leyes o al mejor de los jueces? - Ciertamente, establece una constante contraposición entre las doctrinas *ius positiva* y *ius*

naturalista, así como, entra la teoría pura del derecho de Kelsen y la teoría Ecológica del Derecho. Doctrinas que representan las dos caras diferentes de la moneda, bien el *ius positivismo* y la teoría pura del derecho parten del principio jurídico *dura lex sed lex*, no resulta menos cierto que la teoría Ecológica partía de la sana crítica del juez, retomando algunos postulados del *ius naturalismo*, tales como, aquellos dados a conocer por *Gustav Radbruch* sobre la desobediencia de las leyes que resultasen injustas, estas no conformaban derecho, entendiendo a este último como “el arte de lo justo y bueno”, principio jurídico dictado por *Celso*. Esta forma de pensar concretó la creación de los denominados controles de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, pues al final estos tres controles parten de la práctica jurídica, consagrada actualmente como el realismo jurídico, la cual a su vez deriva de aquello que señaló Hermogeniano “Todo derecho ha sido constituido por causa de los hombres”. No obstante, al ser creado por hombres tiende a corromperse o bien a ser perfectible, por ello los controles mencionados funcionan como una constante revisión del imperio de la ley.

La creación de controles tales como, el **concreto y abstracto, el objetivo y subjetivo**, el realizado por vía **principal o incidental**, así como, el **directo e indirecto**, responden a una necesidad de protección de los derechos humanos, al igual, que un freno para que las actuaciones del Estado no resulten arbitrarias, sea desde su esfera legislativa o ejecutiva, así como, del mismo poder judicial, ello forma un círculo de protección sobre las esferas de los gobernados. Es fácil equivocarse y pensar que este tipo de controles solo lo realizan los jueces, sin embargo, es tarea de todas las autoridades llevar un control exhaustivo, a fin de no violentar los derechos de los gobernados.

El **control abstracto** se efectúa por un tribunal constitucional al analizar la compatibilidad lógica entre dos normas; por un lado, la constitución, y por otro, la ley impugnada a través de dicho proceso de control. Permite el análisis de

compatibilidad de la norma con la ley y se efectúa antes o con posterioridad a la promulgación de la norma.¹⁴⁵

El **control concreto**, es realizado teniendo como referente un caso judicial determinado, lo que implica tener en cuenta las circunstancias del mismo. Es de suponer que siempre será a posteriori, la ley se aplica al caso judicial ordinario cuando ya está promulgada y ha entrado en vigor, pues va aplicarse al mismo.¹⁴⁶

El **control directo** es aquel en que la pretensión procesal consiste en la impugnación de la constitucionalidad de la ley. Mientras en el control indirecto la pretensión procesal es otra. El interés por vía principal o incidental, refiere al control de constitucionalidad, configurado procesalmente como un incidente, lo que implica la existencia de un juicio principal diferente al control de constitucionalidad que se pretende con el incidente. Todo control puede ser directo y principal, contrario al indirecto, el cual puede ser en vía principal o incidental.¹⁴⁷

El **control objetivo** define el interés general, por lo que la legitimación para incoarlo recaerá en personas que defienden tal interés, al menos desde la teoría. Mientras el control subjetivo defiende el interés particular del legitimado activamente, lo cual también se considera que sucede cuando se defiende competencias propias de quien interpone la acción.¹⁴⁸

El **control a priori positivo** es aquel que impide la entrada en vigor y aplicación de una ley que resulte inconstitucional, además, no afecta al ordenamiento. El **control a priori negativo** se da cuando es evidente el riesgo de politización y el desconocimiento de cómo se va aplicar realmente el proyecto de ley.¹⁴⁹

El **control a posteriori** tiene lugar después de la promulgación y entrada en vigor de la norma fiscalizada. Este tipo de control permite superar los inconvenientes del

¹⁴⁵Quiche Ramírez Manuel Fernando (2013) El control de la constitucionalidad, Bogotá, Universidad del Rosario, p. 105

¹⁴⁶ Ídem

¹⁴⁷ Ídem

¹⁴⁸ Ídem

¹⁴⁹ Ídem

control previo y operar sobre una ley ya en vigor ajustándola al momento histórico en el que se produce tal control.¹⁵⁰

No resulta extraño establecer una sinergia entre los controles dentro de un mismo proceso, siempre y cuando por su naturaleza no resulten contradictorios entre sí. Dentro del juicio de amparo en materia familiar, el uso de estos controles se ha vuelto una práctica diaria dentro de la vida de los juzgadores y abogados, el ejercer estos controles no es exclusivo del poder judicial. Véase una tesis judicial muy interesante de la décima época, la cual a la letra dice:

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIÓN. AL NO SER UNA ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL FEDERAL DEJÓ DE SER OPTATIVA LA IMPUGNACIÓN DE LEYES CONFORME A LA FRACCIÓN XIV, TERCER PÁRRAFO, DEL ARTÍCULO 61 DE LA LEY DE AMPARO. El juicio de amparo es un medio extraordinario de defensa; de esa idea deriva el principio de definitividad del acto reclamado, lo que significa que el juicio de amparo sólo procede contra actos definitivos, es decir, aquellos respecto de los cuales no hay un juicio, recurso o medio ordinario de defensa susceptible de revocarlo, anularlo o modificarlo; la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos regula este principio en su artículo 107, fracciones III, inciso a) y IV; y la Ley de Amparo, en el artículo 61, fracciones XIX y XX. Ahora bien, el principio de definitividad del acto reclamado encuentra su justificación en el hecho de que, al tratarse de un medio extraordinario de defensa de carácter constitucional, el quejoso debe, previamente a su promoción, acudir a las instancias que puedan producir la insubsistencia del acto de autoridad que le produce afectación. Este principio tiene excepciones, entre las cuales se encuentra la prevista en la fracción XIV, tercer párrafo, del artículo 61 citado, en la que tratándose del amparo contra leyes establece: "Cuando contra el primer acto de aplicación proceda algún recurso, será optativo para el interesado hacerlo valer o impugnar desde luego la norma general en juicio de amparo. ...". Esta excepción tiene una razón lógica, ya que hasta antes de la reforma constitucional de 2011, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación negaba a los tribunales ordinarios la oportunidad de realizar control difuso de normas, ya que se había interpretado hasta ese momento, que en México la revisión judicial de normas sólo se podría hacer mediante control concentrado, esto es, que sólo los tribunales federales, mediante el juicio de amparo estaban autorizados para revisar la constitucionalidad de una ley, por tanto, el recurso ordinario sería inútil contra la inconstitucionalidad de ésta, al no poder la autoridad ordinaria que lo conozca, pronunciarse respecto del planteamiento de inconstitucionalidad de la norma que se le hubiera formulado. La razonabilidad de esa excepción carece de justificación, pues en la actualidad, el control judicial de la Constitución dejó de ser una facultad exclusiva del Poder Judicial de la Federación, en tanto que ya puede ser ejercido por los tribunales ordinarios, conforme a la fracción XIV, tercer párrafo, invocados.¹⁵¹

De la siguiente tesis judicial podemos advertir, una serie directrices establecidas en sus distintas porciones normativas:

¹⁵⁰ Ídem

¹⁵¹ [T.A] 10a Época VII.2o.C.69 K S.J.F y su Gaceta Libro 74, Enero de 2020, Tomo III pág. 2554 de registro 2021457

- De sus porciones normativas, se establecen que el juicio de amparo es un medio de defensa extraordinario, este juicio no es una revisión en sí misma de la decisión de la autoridad, más bien se trata de una revisión del procedimiento a fin de que dentro del mismo no se hubiesen violentado los derechos del gobernado. El principio de definitividad del acto reclamado, implica que el juicio sólo procede contra actos definitivos, es decir, respecto de los cuales no hay un juicio, recurso o medio ordinario de defensa susceptible de revocarlo, anularlo o modificarlo. De lo anterior puede decirse que esta definitividad se refiere a su acepción vertical, es decir, el sentido tradicional consiste en la obligación de agotar el recurso o medio de defensa legal dentro del procedimiento por virtud del cual puedan ser modificados, revocada o nulificada la resolución del tribunal judicial, administrativo o de trabajo. Mientras el sentido horizontal de la definitividad, implica la posibilidad de promover un juicio de amparo contra actos dentro de juicio que no tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación, lo que implica que el gobernado deberá esperar hasta que se dicte la sentencia de fondo para controvertir la posible violación.¹⁵² Ha de entenderse que para efectos del juicio de amparo, el juicio comienza con la sola presentación de la demanda, dentro de todo procedimiento jurídico o administrativo seguido en forma de juicio, existen actos iniciales, actos intermedios y finales, por lo cual si el juicio inicia con la sola presentación de la demanda si existe recurso ordinario se agota y se tiene una resolución que pone fin al procedimiento. Sin embargo, en los actos intermedios, que son donde propiamente se aprecia de mejor manera el principio de definitividad horizontal, pueden existir violaciones procedimentales o actos de imposible reparación. Para determinar si se trata de un acto de imposible reparación, se debe agotar el recurso ordinario correspondiente, y si tuvo una trascendencia dentro de la sentencia definitiva o laudo (materia laboral) se podrá acudir al juicio de amparo

¹⁵² Tesis aislada de registro [2004747](https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2004747) [Octubre 2013] recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2004747>

directo, planteando las distintas violaciones al procedimiento, el no plantearlas, impide que el juzgador federal se pronuncie sobre de ella. Por tanto los actos de imposible reparación son aquellos que afecten materialmente derechos sustantivos tutelados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, es decir, sus consecuencias deberían ser de tal gravedad que impidieran en forma actual el ejercicio de un derecho, y no únicamente que produzcan una lesión jurídica de naturaleza formal o adjetiva que no necesariamente llegará a trascender al resultado del fallo.¹⁵³

- Señala la tesis judicial que el juicio de amparo sólo procede contra actos definitivos, es decir, aquellos respecto de los cuales no hay un juicio, recuso o medio ordinario de defensa susceptible de revocarlo, anularlo o modificarlo. Propiamente el amparo se vuelve la última medida para establecer un control de la legalidad y constitucionalidad.
- La tesis judicial la Suprema Corte de Justicia de la Nación negaba a los tribunales ordinarios la oportunidad de realizar control difuso de normas, pues se realizaba únicamente el control concentrado. Por medio del juicio de amparo los tribunales federales eran los autorizados para revisar la constitucionalidad de una ley, dígase de la siguiente forma, los tribunales federales en México eran quienes mantenían un monopolio en cuanto a la constitucionalidad y aplicación de la norma. A partir de la interpretación del expediente varios 912 se le otorgó facultad para que los juzgadores de los tribunales ordinarios pudieran realizar dicho control.

Ha de señalarse que el control de convencionalidad *ex officio* permite a los jueces realizar una valoración, sin llegar al grado de analizar expresamente y en abstracto

¹⁵³ Tesis aislada de registro [2006589](https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006589) [Junio 2014] recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006589> Esta jurisprudencia se ve reforzada con lo establecido en el artículo 107 fracción V de la Ley de amparo

cada resolución, esto quiere decir que, los jueces de todo el sistema jurídico mexicano, en sus respectivas competencias, deben acatar el principio *pro persona*, pero no significa dictar sentencia favorable a las pretensiones de los gobernados. Consiste en brindar la protección más amplia al gobernado, conforme a lo contenido en la Constitución y los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos. Conforme a lo establecido en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deben verificar los requisitos de procedencia de los recursos nacionales para la interposición de cualquier medio de defensa, las formalidades procesales son la vía que hace posible arribar a una adecuada resolución,¹⁵⁴ no obstante, sin llegar al formalismo extremo, lo que en ocasiones provoca la burocratización de la justicia.

Los jueces al analizar conforme al principio *pro persona*, deben establecer un margen dentro los medios de control concentrado de la constitucionalidad, a fin de establecer un control sobre el imperio de la ley, como se ha mencionado anteriormente. El realizar un control *ex officio* sobre la constitucionalidad del orden jurídico puede basarse conforme al principio *pro persona*, y en caso de que la ley aplicable resulte contraria a la constitución o violatoria de los derechos humanos del gobernado consagrado dentro de un tratado pueden inaplicar dicha ley. Sin embargo, si un juez no advierte oficiosamente que la norma violente derechos humanos, a fin de sostener la inaplicación de la norma considerada como inconstitucional, el juez no debe revisar cada caso en concreto, pues haría ineficaz e irrealizable el desarrollo de la función jurisdiccional. Lo prudente es mencionar dentro de la demanda de amparo la violación de un derecho humano por parte de la autoridad sea mediante la aplicación de una norma o un acto, debiendo resolver la litis conforme al principio *pro persona*, a fin de determinar si el acto reclamado es o no contrario a derecho.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Tesis aislada de registro [2005717](https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2005717) [Febrero 2014] recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2005717>

¹⁵⁵ Tesis aislada de registro [2017668](https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2017668) [Agosto 2018] recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2017668>

La interpretación conforme y el principio *pro homine*, debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, es decir, dar una preferencia entre aquella norma que salvaguarde de mejor manera los derechos, entendiendo por norma en un *lato sensum*. Estos dos principios de interpretación, antes de considerar inconstitucional una norma jurídica, deben agotar todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; en caso de existir más de una interpretación debe preferirse la que salvaguarde mejor los derechos y no se contraponga a la norma fundamental. Bajo esa perspectiva cualquier método de interpretación jurídica, debe encaminarse en buscar esa máxima protección, por ello la interpretación conforme y el principio *pro persona* no puede realizarse a partir de atribuir a la norma un significado que no tiene de acuerdo a los métodos de interpretación jurídica, porque en ese caso, la norma sujeta a escrutinio ya no será la misma, sino que habría sido cambiada por otra,¹⁵⁶ y pierde su esencia al someterse a los caprichos del juzgador, por ello resulta dudoso afirmar que el juzgador es solamente la boca de ley.

El aplicar controles difusos conlleva un examen de compatibilidad de los actos frente a la constitución, de manera incidental se realiza un análisis de la norma individualizada, la cual se infiere o deduce a partir de la norma general, pero adecuándola o relacionándola con los hechos o circunstancias del caso concreto. Por tanto el juzgador parte de un ejercicio argumentativo basado en premisas, bajo un enfoque de cascada, es decir, a fin de que pueda realizar una comparación de las líneas argumentativas, teniendo como premisa mayor la disposición normativa consagrada en el texto constitucional, tratado internacional o jurisprudencia, frente a la premisa consolidada a partir de la norma secundaria aplicada al caso concreto. Bajo esa concepción los juzgadores construyen premisas normativas que otorgan la mejor solución al conflicto, por lo que el control difuso actúa dentro del contingente que impone una comprobación constitucional, para determinar si la norma debe ser aplicada o inaplicada al caso concreto, de ahí que se le considere que su efecto es

¹⁵⁶ Tesis aislada de registro [2018696](https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2018696) [Descimbre 2018] recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2018696>

inter partes. Crea un sentido amplio del bloque de constitucionalidad, al permitir la aplicación de este control por cualquier tipo de juez, para inaplicar una norma al caso concreto, previa interpretación conforme con los tratados y la constitución, de manera que se elige el bloque más acorde.¹⁵⁷

Como se ha podido observar el juicio de amparo en gran medida fue el parte aguas para que se ejerzan los diferentes controles, sin embargo, como esto se ha combinado con la denominada ponderación, ha conllevado a una nueva redimensión de los derechos humanos, sin embargo, esto también ha entorpecido al sistema de impartición de justicia, ya que no se ha establecido un piso fijo de derechos. Ciertamente es que la dimensión doctrinaria de las generaciones de derecho, solamente sirven como una mera clasificación educativa, más no formal y materialmente válida, debido a que se considera que no puede existir un grado de preferencia entre derechos, no obstante, la ponderación precisamente rompe con este esquema, al someter una valoración y determinar un grado de preferencia entre los derechos.

¿A qué se debe este entorpecimiento en la ponderación? Primero debe considerarse que la ponderación ha dejado de ser ocupada como herramienta de trato excepcional, para convertirse en una de uso diario, actualmente en la mayoría de los casos la ponderación se convirtió en una moda antes que en una herramienta. Pareciera ser que los jueces mientras más asuntos ponderan se vuelven mejores en la impartición de justicia y la interpretación jurídica, cuestión que no resulta cierta. Los jueces deben guiarse por la prudencia y las directrices dentro de los sistemas normativos, y de ahí pueden realizar la libre interpretación, que hace referencia Carlos Cossio en su teoría egológica del derecho.

En cualquier sistema jurídico la aplicación de las normas jurídicas se puede realizar de dos maneras, por subsunción o por ponderación, sin embargo, la segunda es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente

¹⁵⁷ Tesis aislada de registro [2003523](https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2003523) [Octubre 2013] recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2003523>.

lo que debe hacerse, sino que ordenan “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales y existentes”.¹⁵⁸

La ponderación implica como se mencionó previamente, las posibilidades jurídicas determinadas por los principios y reglas puestas, la posibilidad real que derivan de los enunciados fácticos. Esto quiere decir que no basta con su consagración en el cuerpo jurídico, si no que puedan traer un resultado efectivo. Autores como Bernal Pulido hacen referencia en que la ponderación es la forma de resolver la incompatibilidad entre normas *prima facie*, para tal la ponderación no garantiza una articulación sistemática material de todos los principios jurídicos que había cuenta jerarquía,¹⁵⁹ello quiere decir que los juzgadores deben estar mucho más consientes en revisar los precedentes, así como, la estructura argumentativa basada en pruebas *iuris et de iure*, antes de realizar ejercicios donde pretenda establecer una jerarquía entre los derechos en conflicto.

La ponderación en cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro. Al definir el grado de la no satisfacción del principio que juega en sentido contrario, definida la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.¹⁶⁰ Así mismo, el grado de afectación de un principio en un caso concreto puede ser leve, medio o intenso, la variable del peso abstracto de los principios relevantes, se funda en el reconocimiento de que, a pesar de que a veces los principios que entran en colisión tengan la misma jerarquía en razón de la fuente de derecho en que aparecen, de manera que la seguridad de la apreciaciones empíricas que versan sobre la afectación de la medida examinada. Lo anterior implica una complicación, los juzgadores han comenzado a ponderar reglas programáticas sobre principios, lo cual resulta imposible, conlleva a que se principalicen reglas de trato, lo cual entorpece los criterios para la ponderación.

¹⁵⁸ Alexy R. (1997) Teoría de los derechos fundamentales. Traducción Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, p. 86 Y 97

¹⁵⁹ Bernal Pulido C. (Mayo/agosto 2006) Estructura y límites del a ponderación. Revista española de derecho constitucional, Número 7 p. 52

¹⁶⁰ Robert A. (2002,) Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales traducción de Carlos Beranal Pulido, Madrid, Redec No 66 p. 32

México en materia jurídica enfrenta un problema muy serio, el cual se centra en su falta de visión en materia legislativa, en diversas obras se ha mencionado que la pluralidad en la legislación del país ha generado que la maquinaria jurídica se entorpezca, no existe una armonía entre sus disposiciones normativas,¹⁶¹ ello impide establecer un lenguaje jurídico común que resulte compatible entre los estudiosos de la materia.

En México lo jurídicamente tangible y lo constitucional, operan en distintos vectores, rara vez coordinados, la convergencia solamente se produce cuando el Poder Judicial Federal dicta una sentencia que obligue a hacer tangible lo constitucional, o bien que aquello jurídicamente practicado se sujete a los mandatos constitucionales. Por ello es que lo constitucional queda como un ideal que difícilmente puede materializarse, véase el siguiente ejemplo, con la base constitucional del derecho familiar, es decir, el artículo 4º. La reforma al anterior en fecha del 8 de mayo de 2020, genera una proyección que raya en el esquema de lo ideal, frente a un Estado jurídica y económicamente desgastado, analícese la presente reforma conforme a la literalidad de sus palabras.

Artículo 4o. [...]

[...]

Toda Persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. La Ley definirá un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social.

[...]

El Estado garantizará la entrega de un apoyo económico a las personas que tengan discapacidad permanente en los términos que fije la Ley. Para recibir esta prestación tendrán prioridad las y los menores de dieciocho años, las y los indígenas y las y los afromexicanos hasta la edad de sesenta y cuatro años y las personas que se encuentren en condición de pobreza.

¹⁶¹Márquez Roa U (2018) Medidas extremas: Derechos Humanos, Derecho Civil y Familiar. México, Flores Editor y Distribuidor.

Las personas mayores de sesenta y ocho años tienen derecho a recibir por parte del Estado una pensión no contributiva en los términos que fije la Ley. En el caso de las y los indígenas y las y los afromexicanos esta prestación se otorgará a partir de los sesenta y cinco años de edad.

El Estado establecerá un sistema de becas para las y los estudiantes de todos los niveles escolares del sistema de educación pública, con prioridad a las y los pertenecientes a las familias que se encuentren en condición de pobreza, para garantizar con equidad el derecho a la educación. Conforme al texto constitucional se determinan las siguientes cuestiones consideradas como esquemas jurídicamente posibles, aquello considerado como un ideal y lo políticamente conveniente.

Conforme a la primera porción de la reforma al artículo 4º se obtiene, como obligación del Estado garantizar el derecho a la salud, sin embargo, el Estado deja en claro que se trata de un derecho programático, es decir, existen ciertas modalidades para acceder a este, las bases de este acceso se encuentran conforme a la Ley General de Salud. Así como, la concurrencia de la federación y las entidades federativas, con ello lo que se pretende es no sobresaturar el servicio de salud, actualmente la cobertura mexicana en este servicio es deplorable, si bien existe una inversión bastante fuerte para el sector salud, el problema es que no se distribuye de manera adecuada el gasto, muchos hospitales carecen de insumos médicos y material, o bien la infraestructura es deficiente. Crear nuevos programas e institutos como el que se pretende elaborar en el plan nacional de salud 2019-2024 de nada sirve, si la base no se resuelve. Ciertamente es que el plan detecta los principales problemas que enfrenta el sector salud, los cuales son correlacionados y se encuentran en escalada.

- Las instalaciones abandonadas.
- La sobrecarga de los servicios.
- La falta de personal.
- La falta de medicamentos e insumos básicos.
- Tiempos de espera prolongados.

- Atención deshumanizada.

Estos problemas, no son nada novedosos, en sexenios pasados ya se habían detectado, y han sido los problemas que ha permeado en diversos gobiernos. El Presupuesto de Egresos de la Federación aprobado para el ejercicio 2019, contempla un gasto neto total de \$5,838,059,700, mientras que en 2020 sector salud recibió un incremento de 37 mil 241 millones. Lo cual es insignificante, conforme al nivel de recaudación federal.¹⁶²

Conforme a lo anterior en esa misma porción normativa la reforma señala que conforme a la fracción XVI del artículo 73 constitucional, la ley definirá un sistema de salud para el bienestar, a fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social. Esta denominada ley refiere técnicamente a la interpretación sistematizada y funcional de la Ley General de Salud, la Ley de Ingreso y Egreso, el Código Fiscal de la Federación. El numeral citado con anterioridad, establece entre las facultades del congreso el dictar leyes en materia de salubridad general de la República, ello conforme a las directrices del Consejo de Salubridad General dependerá directamente del presidente de la República, *ergo*, si se tiene un presidente que prefiere generar una dependencia de la población hacia los programas sociales, rara vez se establecerá un incremento significativo que ayude al desarrollo del sector salud.

En su segunda porción señala que el Estado garantiza la entrega de un apoyo económico a las personas que tengan discapacidad permanente en los términos que fije la Ley, ¿cuál ley? no lo señala, no obstante, si se parte de lo anterior podemos observar que hace referencia a los múltiples programas de asistencia y ayuda social que existen en México.

La legislación raya en lo absurdo al establecer como parámetro constitucional el recibir un apoyo económico, máxime cuando destaca un núcleo determinado de

¹⁶² Maricarmen Velázquez Ramírez, Presupuesto público para salud 2019, revista Canifarma, de fecha febrero 2019 <https://codigof.mx/presupuesto-final-2019-para-el-sector-salud/> y Maricarmen Velázquez Ramírez, Presupuesto público para salud 2020 revista Canifarma, de fecha octubre 2019 <https://codigof.mx/presupuesto-publico-para-salud-2020/>

población como son los menores de dieciocho años, indígenas, afroamericanos, y las personas en condición de pobreza. Resulta peor, la misma legislación usa la preposición “hasta”, misma que se utiliza para marcar límites, de tiempo, espacio o cantidad.¹⁶³ En una interpretación sistemática funcional se obtiene que entonces cualquier persona con las características dadas con anterioridad, (considerando que los menores de dieciocho es una categoría muy amplia que puede incluir a cualquier persona de diferente estrato social) pueda recibir apoyo económico del gobierno hasta que cumpla los sesenta y cuatro años. Con ello se genera una dependencia económica de las personas, bajo la figura de un gobierno paternalista, afirmando implícitamente que el gobierno mexicano técnicamente puede mantener a cualquier persona que lo solicite, esto conlleva un incremento en la tasa de impuestos, además, las personas optaran por tener una vida sostenida por el gobierno. La interpretación legal, es la operación que consiste en establecer algún significado de las normas jurídicas que forman el derecho legislado, de esa manera los ejercicios de interpretación son una operación destinada a establecer el o los significados posibles que tienen los enunciados lingüísticos de los cuales se ha valido el autor de las leyes para establecer y comunicar su mensaje normativo,¹⁶⁴ este último implica que el significado varia conforme a las circunstancias políticas y sociales de cada sociedad.

Pareciera absurda la comparación, pero pensemos si todas las personas del mundo le pidieran a Dios ganarse el premio mayor de la lotería, y él se lo concediera a todas, el premio mayor tendría que repartirse entre todos los que compraron boletos, por lo tanto, los millones que conlleva la bolsa acumulada del premio, debería dividirse entre los miles que compraron boleto, entonces no les alcanzarían ni siquiera para recuperar lo invertido en la compra del boleto. Ejemplo que pudiera parecer ridículo, pero es lo que está propiciando este tipo de legislaciones.

En su tercera porción la norma señala que la persona tiene derecho a recibir por parte del Estado una pensión no contributiva en términos que fije la ley. Esto

¹⁶³ Lope Blanch J M (2008). El español americano, Colegio de México, México, p. 48

¹⁶⁴ Squella, A (2011) Introducción al derecho, 2a. ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 597.

nuevamente deja a la interpretación con la misma interrogante ¿qué ley? lo cual hace pensar que sea la Ley del Seguro Social, la del Trabajo, el código fiscal o la propia constitución. Tener una pensión no contributiva como adulto mayor, en ningún sexenio anterior ha tenido algún tipo de gravamen dicha pensión, ya que, las mismas provienen de los programas de asistencia social como 70 y más, son grabadas y otorgadas a partir de los impuestos que se pagan. Además, dentro de esta misma disposición se señala un grado de preferencia al borde de la discriminación, ya que, señala que, al tratarse de indígenas y afro mexicanos, la pensión se le otorgará a los sesenta y cinco años, mientras que al resto que no pertenece a este grupo es hasta los sesenta y ocho. Esto crea implícitamente adultos mayores de primera y de segunda categoría, generando una situación de preferencia, tácitamente admite que en México existe discriminación, y que la misma es aceptable, si se ajusta a las condiciones deseadas de la política social.

En su última porción similar a la anterior se genera una brecha, entre que puede catalogarse como una situación vinculada con la exclusión y preferencia, ya que no se puede a nivel constitucional establecer una situación de preferencia, simplemente no puede garantizar de esta manera la equidad. Jurídicamente hablando ni siquiera se puede invocar la creación de una denominada categoría sospechosa. La constitución requiere por su naturaleza un carácter distinto, del resto de las leyes, debido a la jerarquía, al ser portadora del sustrato de valores y principios de una comunidad política,¹⁶⁵ pero no así de los ideales políticos del grupo que se encuentra en el poder.

Lo anterior es así ya que para este tipo de legislación se requiere una justificación robusta, así como, un objetivo constitucionalmente importante, y no simplemente una finalidad constitucionalmente admisible¹⁶⁶ como fue el objeto de esta reforma, primeramente ya que las llamadas garantías individuales y políticas, o conocidas como derechos públicos subjetivos del Estado liberal se transforman en derechos

¹⁶⁵ Arias Ruelas, Salvador F. (julio-diciembre de 2011) "La reforma constitucional de derechos humanos y la transversalización de los derechos", Revista IUS, año V, núm. 28, p 70.

¹⁶⁶ Tesis aislada de registro [2003284](https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2003284) [Abril 2013] recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2003284>

fundamentales e incorporan valores, principios constitucionales, y derechos socioeconómicos en el Estado social de derecho.¹⁶⁷

Con la redacción de esta reforma al artículo 4º constitucional, no será posible, establecer un parámetro para decretar su inconstitucionalidad, la denominada distinción legislativa aparentemente está estrechamente vinculada con la finalidad constitucionalmente imperiosa,¹⁶⁸ que es la ayuda social y la erradicación de la pobreza, pero deja de lado el derecho a la igualdad de las personas, para favorecer por categorías, estableciendo una política de clases. Las motivaciones legislativas se vinculan con la existencia de los antecedentes fácticos o circunstancias de hecho que permitan colegir que procedía crear y aplicar las normas correspondientes. Sin embargo, esto no permite una distinción clara y notoria, por lo que la justificación sustantiva, expresa, objetiva y razonable, de los motivos por los que el legislador determinó la emisión del acto legislativo de que se trate,¹⁶⁹ cuestión que no fue apreciable ni justificado durante la reforma.

Al final ésta reforma se aplicará como en su momento se hizo con el arraigo, una figura que era violadora de derechos humanos, pero que continuaba aplicándose por el simple hecho de estar en el texto constitucional. Lo planteado con anterioridad conllevará a que dentro de un corto a mediano plazo el país quiebre económicamente, todo lo anterior en pro de los derechos humanos.

Lo que hay que reconocer es la astucia con la cual fue planteada la presente reforma, bajo un falso discurso del principio de progresividad, dicho principio rige en materia de los derechos humanos, lo cual implica dos vertientes una gradualidad y el progreso. El primero refiere generalmente a la efectividad de los derechos humanos, no de manera inmediata sino paulatina, con metas a corto, mediano y largo plazo, es decir, una planeación, cuestión de la cual carece el estado mexicano.

¹⁶⁷ Landa, C, (2011) "La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales", en Bazán, Víctor y Nash, Claudio (eds.), Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución, Montevideo, KAS, p.24

¹⁶⁸ Tesis aislada de registro [2003254](https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2003254) [Abril 2013] recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2003254>

¹⁶⁹ Jurisprudencia de registro [165745](https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/165745) [Diciembre 2009] recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/165745>

Mientras el progreso implica que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar.¹⁷⁰ El principio de progresividad de los derechos humanos se relaciona no sólo con la prohibición de regresividad, cuestión que no se observa en la reforma al artículo 4º ya que, al establecer una categoría de preferencia, no implica que con ello se esté generando una situación de discriminación en sentido positivo, lo que está reafirmando es la existencia de clases sociales. Lo establecido en el texto constitucional, no debió aplicarse como un mandato, sino que hubiera sido mejor aplicarlo como política pública.

El constituyente permanente en el Estado mexicano tiene el mandato constitucional de realizar todos los cambios y transformaciones necesarias en la estructura económica, social, política y cultural del país, de manera que se garantice que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos.

Hay una exigencia a todas las autoridades del Estado mexicano, en el ámbito de su competencia, para incrementar el grado de tutela en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos. La no regresividad, implica adoptar medias que sin justificación constitucional disminuyan el nivel de la protección a los derechos humanos de quienes se someten al orden jurídico del Estado mexicano, como ha sucedido durante la reforma al artículo 4º constitucional. No basta dejar una libre interpretación a la normas el interpretar es atribuir un sentido o un significado a símbolos dentro de determinados parámetros.¹⁷¹La jurisdicción constitucional no deberá entender a los derechos fundamentales como derechos subjetivos individuales, ya que ello resulta ser insuficiente en la actualidad, más bien debe ser mediante una eficacia integradora que tenga la materialización de los derechos en la realidad social.¹⁷²El interpretar una disposición constitucional debe contrastar con la realidad social y económica, al igual que los valores supremos y los principios fundamentales, de manera que al momento de interpretar las

¹⁷⁰ Jurisprudencia de registro [2019325](https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2019325) [Febrero 2019] recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2019325>

¹⁷¹ Nogueira Alcalá, H, (2006) Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos, Santiago, Librotecna, p. 25.

¹⁷² Dworkin, R. 2002) El imperio de la justicia, 2a. ed., Barcelona, Gedisa, p. 166-170

disposiciones de la reforma al artículo 4º constitucional dentro de los casos en concretos, será la catástrofe. Si viene la actividad interpretativa tiene como finalidad el llevar a cabo procesos reconstructivos, no debe ser tomado como un ideal, y pareciera ser que es así donde quiere ir el Estado mexicano, por ello se crean juicios de ponderación que no deberían existir.

Con base en lo expuesto con anterioridad podría decirse que México en su sistema jurídico familiar posee tres aspectos, que implícitamente los hemos tratado dentro del presente apartado. Pero a fin de finalizar este apartado valdría la pena exponerlos de manera expresa. Lo ideal, responde al plano deontológico, la voluntad para que todo justiciable reciba justicia pronta y expedita, así como, la resolución de los conflictos con base en la claridad de la norma jurídica. Lo constitucional, como hemos visto responde a ese factor de aspiraciones que posee México, pero difícilmente puede hacerlos realidad, requiere de los ejercicios de interpretación constante, además de responder a los intereses nacionales y supra nacionales de este país. Por último, se obtiene lo jurídicamente tangible que lamentablemente responde las situaciones fácticas y de la realidad mexicana, donde realmente la aplicación constitucional resulta forzosa, la ponderación se lleva a extremos inconmensurables, las interpretaciones de los distintos textos constitucionales sin que muchos de ellos existan armonización y esta deba ser creada mediante los ejercicios de interpretación, así como, la lenta aplicación de la justicia.