



Colección La Zanja

Diversos estudios sociojurídicos de la costa sur de Jalisco con perspectiva de acceso a la justicia

Coordinador: Enrique Flores Terríquez

Autores: Laura Georgina Fong Gollaz | Teresa Magnolia Preciado Rodríguez | Peter R. W. Gerritsen |
Jaime Hernández Ortiz | Enrique Flores Terríquez | Wilberth Orozco González | Aldo Cárdenas Osorio |
Rogelio Palomera Moreno | Miguel Zamora Araiza | Elizabeth García Uribe

Diversos estudios sociojurídicos de la costa sur de Jalisco con perspectiva de acceso a la justicia

Coordinador: Enrique Flores Terríquez

Autores: Laura Georgina Fong Gollaz | Teresa Magnolia Preciado Rodríguez | Peter R. W. Gerritsen | Jaime Hernández Ortiz | Enrique Flores Terríquez | Wilberth Orozco González | Aldo Cárdenas Osorio | Rogelio Palomera Moreno | Miguel Zamora Araiza | Elizabeth García Uribe

Colección La Zanja



**Universidad
de Guadalajara**

Centro Universitario de la Costa Sur

**CUCOSTA SUR
GRANA ●**

Centro Universitario de la Costa Sur
Universidad de Guadalajara

Primera edición, 2017

D.R. © Universidad de Guadalajara
Centro Universitario de la Costa Sur
Av. Independencia Nacional Núm. 151
Autlán de Navarro, Jalisco, México, C.P. 48900

Impreso y hecho en México
Printed and made in México

ISBN:

D.R. © Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, traducida, almacenada o transmitida de forma alguna, ni por ningún medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo de los editores

Introducción

Enrique Flores Terríquez

Los trabajos que aquí se presentan son el resultado de estudios realizados por profesores y alumnos de la maestría en derecho del Centro Universitario de la Costa Sur de la Universidad de Guadalajara. Su divulgación a través de esta edición se materializa mediante apoyos que la propia Universidad de Guadalajara propicia a través de programas especiales, como en este caso, el Programa de incorporación y permanencia del posgrado en el programa nacional de posgrados de calidad (PROINPEP).

Esto es acorde al hecho de que en el Plan de Desarrollo Institucional 2014-2030 establece en el eje temático de investigación y posgrado el objetivo 6, donde encontramos como estrategia acreditar nacionalmente los posgrados existentes y los de nueva creación, avanzando también en su acreditación internacional. Además de que la actual administración de nuestra Universidad se plantea la necesidad de mejorar la calidad de los servicios educativos en los posgrados, con el objetivo de formar recursos humanos de alto nivel para incrementar la generación de conocimientos que mejoren la comprensión y solución de los problemas del entorno.¹

Al ser una tarea estratégica el desarrollo con calidad de los programas de posgrado de la Universidad de Guadalajara, esta maestría recibió apoyos orientados a fortalecer acciones académicas con la tendencia a evaluarse dentro de los indicadores de calidad que establece el Consejo Nacional de

¹ Parte de la Justificación del Acuerdo No. RG/006/2016 que emite los lineamientos para la Operación del Programa de Incorporación y Permanencia del Posgrado en el PNPC (PROINPEP).

Posgrado (CNP) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt). Situación que aconteció favorablemente, así lo precisa la comunicación realizada el 9 de enero de 2017 al Centro Universitario de la Costa Sur, de parte de la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Posgrado, al señalar que, derivado del análisis del documento conformado para la evaluación y de los medios de verificación que se remitieron, dicho Consejo Nacional de Posgrado determinó integrar al Padrón del Programa Nacional de Posgrados de Calidad, la Maestría en Derecho del Centro Universitario de la Costa Sur.

La narración anterior resume una serie de trabajos académicos y administrativos cuyas sinergias coincidieron para el logro del resultado final. Destacándose aquí el agradecimiento al equipo humano que contribuyó para el logro del desenlace favorable. Especialmente el apoyo y completa disposición para impulsar este tipo de acciones de la rectora del CUCOSTASUR, doctora Lilia Victoria Oliver Sánchez. Sin dejar de mencionar el apoyo brindado en las gestiones previas para esta edición, al Dr. César Amador Díaz Pelayo, en su carácter de coordinador de servicios académicos del CUCOSTASUR.

Al incluir en la denominación de esta obra la expresión *Diversos Estudios*, es con el objetivo de difundir investigaciones realizadas sobre diversos temas sociojurídicos que desarrollaron académicos y estudiantes de este programa. La visión multidisciplinar del derecho aquí expuesta representa una perspectiva regional o local de cuestiones generales de la ciencia jurídica y de su aplicación práctica.

El tópico disciplinar que pretende enlazar la temática que se deriva de los presentes estudios es el de acceso a la justicia. Debe aclararse que la expresión «pretende» se emplea en el sentido de precisar que los autores, al desarrollar sus trabajos de investigación, no tuvieron un acuerdo previo al respecto y mucho menos fue una petición específica del coordinador de la edición. En todo caso, este es un ejercicio encaminado a demostrar que en cuestiones de trabajos o investigaciones relativas a reformas procesales y sustantivas, así como de su aplicación práctica necesariamente impactarán en el principio de acceso a la justicia e incluso en el de cultura de la legalidad. Por lo tanto, el lector encontrará en el desarrollo del capítulo denominado «El acceso a la justicia como instrumento adjetivo y sustantivo para el efectivo cumplimiento de los derechos de los mexicanos», el enlace de acceso a la justicia con las diversas temáticas que se abordan en cada uno de los capítulos que integran esta obra.

Aquí vamos a encontrar temáticas del derecho procesal penal con enfoque en el tópico del nuevo sistema de justicia penal; de violencia intradoméstica; sobre mecanismos alternos para la solución de controversias de reproducción humana asistida y una perspectiva de aplicación práctica del juicio de amparo.

En lo que atañe a los puntos de vista respecto del nuevo sistema de justicia penal acusatorio, adversarial y oral nos encontraremos el estudio que se denomina «Principio de contradicción en el control de detención por flagrancia» interesante bosquejo que convoca a la discusión sobre esa específica observación que muestra que sobre la práctica se perfilan notorias omisiones legislativas, como es el caso de este estudio de tipo jurídico-instrumental, resultado del enfoque de una problemática que se presenta en aquellos casos que tratan sobre la atención de los delitos que se juzgan dentro de la modalidad procesal del sistema penal acusatorio adversarial y oral. Particularmente refiriéndose al desahogo de la audiencia inicial en la que se realiza el control de legalidad de la detención en flagrancia. Esto, bajo la consideración de que al detenido se le vulnera el principio constitucional de contradicción, ya que en la práctica se le impide controvertir los datos de prueba que presenta el ministerio público para justificar las razones de su detención. Ello porque el artículo 308 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) no prevé que el detenido pueda contradecir y justificar los datos de prueba presentados por el ministerio público para desacreditar la pretensión de la Fiscalía. Claro, el estudio se orienta en aquellos casos en que el imputado fue detenido en flagrancia o por caso urgente. Al asegurarse, que el dispositivo 308 del Código Nacional de Procedimientos Penales descontextualiza el principio constitucional de contradicción de los datos de prueba en el desahogo de la audiencia del Control de Detención en los casos de flagrancia, se expresa, en dicho capítulo, la oportunidad para reformar tal artículo e incluso realiza la propuesta correspondiente.

Fascinante se encontrará el estudio titulado «Procedimiento abreviado: lagunas y deficiencias en la legislación nacional y en los lineamientos de la Fiscalía del estado de Jalisco». Sin abundar demasiado, precisaremos como motivante para el análisis los llamados lineamientos que emitió la Fiscalía del estado de Jalisco mediante acuerdo FGEJ número 05/2016, que precisamente se emite como un acuerdo del ciudadano fiscal general del estado de Jalisco. Mediante este documento se emiten los lineamientos exclusivos de la Fiscalía para regular la solicitud que al caso emita el agente del ministerio público

ante la autoridad judicial competente, para la apertura del procedimiento abreviado, conforme lo establece el Código Nacional de Procedimientos Penales. Estos lineamientos puntualizan que regirán de manera obligatoria para los agentes del ministerio público de esa Fiscalía General; despliegan que se aplicará lo que dispone el artículo 20 apartado A. fracción VII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Determinan que la solicitud de apertura del procedimiento abreviado deberá realizarse por el agente del ministerio público cuando haya verificado que se pagó o garantizó la reparación del daño a la víctima u ofendido.

En el consecuente discurso de los lineamientos se precisa que el procedimiento abreviado debe entenderse y atenderse no como una prerrogativa del imputado para acceder a una reducción de la pena, sino como una medida de política criminal a cargo del Estado.

Dentro de la misma temática del sistema de justicia penal acusatorio, adversarial y oral. Se despliega el tópico de la prisión preventiva en el capítulo «Abuso procesal de la prisión preventiva en el sistema acusatorio adversarial (enfoque de la intervención procesal de la Fiscalía de Jalisco)». Contiene una interesante reflexión al inferir que en la Fiscalía de Jalisco, en lo que compete a su intervención en el desahogo de procedimientos dentro del nuevo sistema de justicia penal, existe un abuso, desde luego, en perjuicio del principio de presunción de inocencia. Efectivamente, se constató en el trabajo que la postura de la Fiscalía dentro de la mayoría de los procesos penales, siempre se da en el sentido de solicitar la medida cautelar de prisión preventiva. Vulnerándose con ello los derechos humanos, así como el principio *In Dubio Pro Reo*. Por qué de un catálogo de catorce medidas cautelares, dentro de las cuales, la prisión preventiva se establece como última opción, la Fiscalía de manera reiterada opta por esta medida cautelar, sin considerar cualquiera otra que dé mejores beneficios al imputado, quebrantándose entre otras cosas, el principio de proporcionalidad. Se asevera que con la conducta procesal de los agentes del ministerio público el mensaje que se muestra a la sociedad es la falta, en esencia, de un cambio en la Fiscalía en cuestiones de intervención procedimental en el nuevo sistema de justicia penal. Desde luego, el área geográfica de enfoque para este trabajo son aquellos municipios en los que jurisdiccionalmente tiene competencia el Distrito judicial número VII del estado de Jalisco cuya sede es la ciudad de Autlán de la Grana. Tales municipios son Atengo, el propio municipio de Autlán de Navarro, Ayutla, Cuautla, Ejutla, El

Grullo, Juchitlán, El Limón, Tecolotlán, Tenamaxtlán, Tonaya, Tuxcacuesco, Unión de Tula, Casimiro Castillo y Tolimán. Para fortificar el punto de vista que se vierte, se buscó conocer directamente de los fiscales, que se desempeñan en la zona geográfica de referencia, cuál es la razón jurídico-procesal donde se sustentan para solicitar de manera preferente, dentro del procedimiento penal acusatorio, adversarial y oral, la medida cautelar de prisión preventiva.

En el capítulo «La Justicia Alternativa, ¿es realmente una alternativa frente a la crisis del Estado de derecho?», encontraremos un sugestivo análisis sobre el tópico de la justicia alternativa en la solución de controversias. Esta reflexión parte de la realidad en que se ubica la nación mexicana, con relación al discernimiento de si vive un verdadero Estado democrático de derecho. Se reflexiona que el tópico acceso a la justicia sigue manifestándose como uno de los principales déficits de nuestro país, ya que de acuerdo a mediciones internacionales como la de El Proyecto de Justicia Mundial (WJP, *World Justice Project*) que sitúa a la república mexicana en el lugar 79 en el tema de impartición de justicia, muy por debajo de países como Ecuador y El Salvador en Latinoamérica. En el estudio se afirma que a pesar de las relativamente recientes reformas constitucionales como los son en derechos humanos, en materia electoral y en el juicio de amparo, que pudieran hacer pensar que hay mejores condiciones sociojurídicas en nuestro país, aún está lejano el momento de consolidar un Estado de derecho. En este tenor, se refleja el amplio movimiento internacional que impulsa, como nueva tendencia en la resolución de conflictos, la justicia alternativa. México ya realizó reformas e impulsó legislaciones que prevén como una prioridad procesal el empleo de mecanismos alternativos en la solución de controversias que a la vez se conocen como «justicia alternativa». Concretamente, el trabajo de esta colaboración es resultado de una investigación sobre los mecanismos procesales que implica la innovación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Para fortalecer lo anterior, se realiza un enfoque del debido proceso y el papel de la justicia convencional, aludiendo que los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) están paulatinamente en este país ganando espacios de eficacia al lado de los procesos jurisdiccionales, particularmente en el nuevo proceso penal mexicano. Impulsando a la cultura y que socialmente se busquen y fortalezcan medios diferentes que impidan que innumerables conflictos se ventilen en los tribunales.

Por otro lado, se presenta una perspectiva entorno a la violencia familiar en el capítulo «Acercamiento sociojurídico a la violencia familiar en el municipio de Autlán de Navarro, Jalisco», que, de manera puntual, visualiza la violencia familiar como un problema social en crecimiento. El estudio tiene como punto de referencia el municipio de Autlán de Navarro, Jalisco. En este trabajo se buscó entender los dos aspectos básicos de la violencia intra-doméstica. Por una parte, la perspectiva de los sujetos sociales afectados por estas recurrentes conductas. Y como segundo punto, identificar y precisar el contexto jurídico que regula este tipo de acciones.

La perspectiva de los sujetos sociales, se obtuvo mediante la aplicación de encuestas formalmente estructuradas, desde luego, dirigidas a una muestra de la población que vive el fenómeno, con el objetivo de identificar las formas de violencia que viven que les afectó más. Así también, se cuestionó a los entrevistados cómo consideran que podrían erradicar y prevenir la violencia familiar. Se consultaron archivos de la instancia municipal que atiende la violencia intrafamiliar en el municipio de Autlán de Navarro. Obviamente, para entender el contexto jurídico se llevó a cabo una revisión de leyes que inciden en el tema de estudio, entre ellas, Ley de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; Ley para la Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar, el Código Civil de la Ciudad de México, el Código Penal del estado de Jalisco y por lo que ve a la convencionalidad se hace una revisión a los principios que se establecieron en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. El lector en este capítulo encontrará datos precisos de la violencia que más se aplica y cómo impacta en las familias.

Diferente a la temática antecedente. Para esta obra, se seleccionó el estudio: «Percepción Deontológica Jurídica de la Reproducción Humana Asistida», donde las autoras perciben la reproducción humana como un derecho fundamental que se sustenta en la libertad de decidir la procreación de un nuevo ser humano. Inferen que las parejas que conforman una unión conyugal, ya sea a través de matrimonio o mediante concubinato, pueden tener como objetivo general concebir sus descendientes, ya que con esto se da la preservación humana y el fortalecimiento de la familia. Sin embargo, muchas parejas, que por cuestiones de salud o de otra índole, viven la limitación de la concepción y precisan recurrir a prácticas de reproducción humana asistida (RHA). En este análisis se afirma que no se tiene un conocimiento claro

y preciso sobre los tratamientos clínicos, y que, además, existe una falta de regulación jurídica. Estos factores ocasionan que los participantes en este tipo de procesos, como los son los propios pacientes, el personal médico e incluso instituciones de salud se conduzcan con excesos, lo que puede provocar una afectación a la salud de los cónyuges participantes y, desde luego, al producto de la reproducción.

Se otorga claridad de conceptos principalmente de la RHA y se realiza una breve reseña de la trayectoria de la reproducción humana asistida, principalmente en este país. Se resalta el desarrollo de las técnicas tanto en el sector público como en el privado y, desde luego, el correspondiente análisis normativo que regula esta actividad. Las autoras aluden acerca del impacto de los avances científicos en el cambio del pensamiento y conducta de las personas individual y colectivamente, e incluso, abordan perspectivas deontológicas sobre el problema de estudio y afirman que el Estado debe regular la RHA y no dejarse al arbitrio del médico y su práctica. También, se debe fortalecer las capacidades de los profesionales de la salud en el ámbito de la genética y sensibilizar a los legisladores para que, de manera especializada, con base en resultados de investigación, aborden la regulación jurídica de la problemática que se estudia.

Sin descartar que en las reformas y nuevas legislaciones sobre el tema se considere como un fenómeno sociojurídico. Pero además, con un enfoque con base a los derechos fundamentales, dentro de los cuales concurren el derecho a la vida, a la salud, a la libertad de decisión y, desde luego, a la procreación humana. Debe precisarse que el estudio empírico tuvo como referencia a personas que habitan en los municipios de Autlán de Navarro y Unión de Tula, ambos del estado de Jalisco.

En este trabajo, las autoras realizaron un ejercicio de derecho comparado de la legislación mexicana con las regulaciones normativas para la RHA de España, Alemania, Italia y Francia. El estudio comparativo se extiende a conocer la regulación del consentimiento informado. Advierten que países como Francia aplican prácticas discriminatorias, en el sentido de que para autorizar la reproducción asistida las parejas deben comprobar que están unidos por matrimonio. Por su parte, Italia sí autoriza el tratamiento a parejas de diferente sexo sin que sea relevante que estén casadas o que vivan unidas mediante una relación de convivencia. Sin embargo, también se perciben prácticas discriminatorias porque excluye a personas individuales y a parejas

del mismo sexo. Por último, se realiza un ejercicio comparativo de las leyes estatales mexicanas con regulación de la RHA. Encontrándonos el análisis de la codificación civil y familiar de la Ciudad de México, Michoacán, el Estado de México, Tabasco, San Luis Potosí y Jalisco.

Finalmente, este libro contiene el capítulo «El avance hacia la procedencia del amparo contra las omisiones legislativas», que aborda una interesante crítica a ciertas resoluciones emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Alude a los pronunciamientos de la corte con relación a la improcedencia del amparo contra las omisiones legislativas. Ello a pesar de la reforma paradigmática de 2011 a la Constitución Mexicana, relativa a la impartición de justicia ampliada para la efectiva protección de los derechos humanos.

Los pronunciamientos de la SCJN a través de tesis aisladas se otorgan en el sentido de que el amparo sigue siendo improcedente contra las omisiones legislativas, a pesar de que estas vulneren derechos humanos. En el capítulo se asegura que el poder legislativo violenta la Constitución al generar omisiones legislativas que producen inconstitucionalidad con las cuales se afecta el debido respeto y protección de los derechos fundamentales previstos por la propia carta magna. Abunda en el debate académico sobre el tema al reflexionar acerca del reto de cómo combatir dichas omisiones legislativas. Ya que reiteradamente la SCJN ha resuelto que el amparo es improcedente, en consecuencia, estamos frente a la ausencia de un mecanismo procesal idóneo para combatir las omisiones legislativas. Se apunta en algunos casos que la corte resuelve a través del procedimiento de inconstitucionalidad, sin ser precisamente el medio procesal adecuado, ya que son necesarios instrumentos procesales eficaces que establezcan la sistematización para resolver esta carencia de las omisiones legislativas.

Debemos mencionar que el producto académico que en sí representa la coordinación y la edición de este libro es también un trabajo para cumplir objetivos del cuerpo académico (CA) *Acceso a la Justicia y Cultura de la Legalidad* del Centro Universitario de la Costa Sur de la Universidad de Guadalajara, porque en esta obra participan dos integrantes y un colaborador de dicho cuerpo académico.

El acceso a la justicia como instrumento adjetivo y sustantivo para el efectivo cumplimiento de los derechos de los mexicanos

Enrique Flores Terríquez¹

Ningún aspecto de nuestros sistemas Jurídicos modernos
es inmune a la crítica.
Mauro Cappelletti y Bryant Garth

Resumen:

Las reformas legislativas constitucionales de 2008, 2011 y las posteriores y recientes reformas a la Ley de Amparo sí constituyen un adelanto en el ámbito jurisdiccional que se reflejan en los procedimientos judiciales que, desde luego, propician una mejora en el acceso a la justicia. Sin embargo, esta expresión debe trascender a la protección de derechos no precisamente de la pauta judicializables, sino que es preciso también, del tipo de derechos que tienen relación con el cabal desarrollo humano, y así favorecer al cumplimiento efectivo de los de los mexicanos.

Introducción

Tres reformas jurídicas sustanciales constituyeron la pauta para enlazar dos tópicos básicos en la nueva organización jurídica de este país: los derechos

¹ Profesor titular C adscrito al Departamento de Estudios Jurídicos y Miembro del Núcleo Académico Básico de la Maestría en Derecho del Centro Universitario de la Costa Sur de la Universidad de Guadalajara.

humanos y el acceso a la justicia. Las reformas que se aluden son la del sistema de justicia penal acusatorio, de los derechos humanos y la Ley de Amparo, que al asociar sus efectos o alcances jurídicos de su aplicación se tendrá en la sociedad mexicana, a mediano plazo, eficacia procedimental en materia penal y de ordinario en las relaciones jurídicas entre las personas.

Al entrelazar la temática jurídica derivada de las reformas legislativas, con el término *acceso a la justicia*, se constituyen los contenidos, en cuyo entorno se desarrollan los enfoques temáticos que inciden en la presente edición.

Relevante en el contexto de las reformas nombradas, es la fortaleza constitucional que obtiene el principio de acceso a la justicia al adquirir la categoría de un derecho fundamental. Sustantiva y adjetivamente, inferimos que las reformas multicitadas son del tipo de adecuaciones legislativas que interpretamos se encausan hacia el progreso del sistema jurídico para que la sociedad mexicana pueda ejercer un efectivo acceso a la justicia.

Los capítulos que integran este libro son enfoques descriptivos y críticos con relación al sistema penal acusatorio, mismo que en junio del año 2017 cumplió un año de su plena vigencia nacional. Otro de ellos, atañe al juicio de amparo. Uno más enfoca la violencia intradoméstica, otro afronta los mecanismos alternativos de solución de controversias y finalmente se desarrolla un capítulo que trata lo relativo al derecho a la reproducción humana con perspectiva de derecho fundamental derivado del artículo 4to. de la carta magna, por lo corresponde al derecho de toda persona el decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos; incluso, en aquellas situaciones donde biológicamente la persona no tenga la capacidad de procreación.

Cada caso aquí descrito, cada discusión y conclusiones se correlacionan y sitúan como una oportunidad para aplicar mejoras en las relaciones jurídicas entre las personas, tanto en el contexto regional motivo de los enfoques de estudio, como en el ámbito estatal y nacional. Seguros de que en cada uno de los tópicos se fortalece el principio de acceso a la justicia.

El acceso a la justicia

El acceso a la justicia, como movimiento de investigación y de reforma, tiene como pioneros a Mauro Capelletti y Bryan Garth.² El estudio de esta temática representa un movimiento que, en los últimos decenios, ha llevado a una importante y radical transformación del pensamiento jurídico. Incluso, ha motivado reformas normativas e institucionales en un número creciente de países. Como movimiento intelectual y de investigación expresa una potente reacción contra la postura dogmático formalista que identifica el fenómeno jurídico solo en el complejo de las normas, especialmente de derivación estatal, de un determinado país.

«Las palabras “acceso a la justicia” no se definen con facilidad, pero sirven para enfocar dos propósitos básicos del sistema jurídico por el cual la gente puede hacer valer sus derechos y/o resolver sus disputas, bajo los auspicios generales del Estado. Primero el sistema debe ser igualmente accesible para todos; segundo, debe dar resultados individual y socialmente justos» (Capelletti & Garth, 1996, 9-10). Este enfoque, de acuerdo con sus pioneros, se niega a aceptar como inmutables cualquiera de los procedimientos e instituciones que caracterizan la maquinaria de la justicia, porque una de las premisas básicas será que la justicia social, como la buscan las sociedades modernas, presupone que todos tengan un acceso efectivo a la justicia.

De forma general, *acceso a la justicia*, puede definirse como «un acceso total y equitativo al sistema legal de un país» (Richard Wilson, 1996, cita de Abarca, 2002). Para tener una comprensión más completa del término, se puede analizar el planteamiento de Luis Bates (cita de Abarca, 2002), quien señala que este elemento es uno de los componentes que integran el «Sistema de Justicia» de un país, y que el «acceso» corresponde a «la igualdad de oportunidades para que los derechos de todas las personas tengan una

² La idea del acceso a la justicia, no obstante que se ha desarrollado a partir de los años setenta, en realidad ya había sido anticipada con anterioridad en obras señeras del pensamiento procesal: Couture, E. J., «Las garantías constitucionales del proceso civil», De Palma, Buenos Aires, 1978. en esta misma obra: «Protección constitucional de la justicia gratuita»; Calamandrei, Piero, «Proceso y democracia» (trad. Fix-Zamudio, H), Buenos Aires, Ejea, 1960, p. 78. (nota de Roberto O. Berizonce, «Algunos obstáculos al acceso a la justicia», en *Administración de justicia en Iberoamérica*, José Ovalle Favela, Coordinador. Editorial UNAM, México, 1993. p. 42).

protección y vigencia reales, independientemente de su condición económica, social y cultural». Y profundiza al señalar que este concepto tiene a su vez dos significados desde los cuales se le puede entender: en un sentido genérico, «como igualdad de oportunidades para acceder a las instituciones, órganos o Poderes del Estado que generan, aplican o interpretan las leyes y regulaciones normativas con especial impacto en el bienestar social y económico de las personas de escasos recursos». Y en un sentido más específico, se le puede entender «como el conjunto de medidas que se adoptan para que las personas de escasos recursos resuelvan sus conflictos y protejan sus derechos ante los Tribunales de Justicia».

Isabel González Ramírez (2005) considera el acceso a la justicia como el principio esencial de todo sistema jurídico, mismo que implica no solo que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos, sino además, que sus conflictos sean solucionados adecuada y oportunamente. Desde esta perspectiva, nuestro tema tiene relación con un concepto amplio de la administración de justicia, la que entendemos como la oferta de servicios que incluyan, además de la jurisdicción de tutela estatal, la prevención de conflictos y promoción de derechos, fomentando una heterogénea red de solución de conflictos a través de mecanismos colaborativos, donde participen variados actores sociales del sector público y privado; además de impulsar el crecimiento entre los ciudadanos de la cultura de la legalidad. Consecuentemente, el derecho a la justicia se convierte en esencial para la convivencia humana en un país determinado, y por tanto, es un elemento imprescindible del Estado de derecho, porque:

«La vigencia de un Estado de derecho, vinculado con la función jurisdiccional en todo lo que está apareja, conduce naturalmente a este tópico de acceso a la justicia. Porque en él, se localiza un vértice para el encuentro entre el Estado, la sociedad y el ser humano. Dicho en otros términos, constituye el escenario para que el Estado acredite su moralidad y su utilidad» (García Ramírez, 1996, p. 22).

Como proyecto de reforma, el acceso a la justicia plantea la gran responsabilidad de los juristas de elaborar, inducir y proyectar reformas tales, que respondan precisamente a los criterios de accesibilidad. Como movimiento intelectual se ha inspirado por el deseo de hacer reales y no simplemente simbólicos los derechos de la gente común (Cappelletti & Garth, 1996, p. 10).

Por el lado de sus debilidades, tenemos la fuerte sensación de vulnerabilidad entre las personas que perciben y viven el quiebre entre la realidad jurídica prevista y la práctica social.

Pero ¿cómo hacer reales y no simplemente simbólicos los derechos de la gente?, cuando la estructura normativa y los conceptos fundamentales del derecho positivo, invariablemente conforman los derechos subjetivos y los deberes.

Es conocido que los *derechos subjetivos* simbólicamente se representan por una especie de poder relativo, individual y anímico, es decir, una potestad, facultad o atributo suspendido en la voluntad. También se les identifica «como un interés jurídicamente protegido» (Ihering, 1877, cita de Olivecrona, 1998, p. 12). Consecuentemente, la esencia del conjunto de las normas jurídicas, es la determinación de los derechos y deberes de las personas —incluyéndose como tal, al Estado— y su aplicación práctica. Sin embargo, también es obvio que los derechos y los deberes, «no pertenecen al mundo sensible, al mundo de los hechos» (Olivecrona, 1998, p. 8), aunque siempre hablamos de ellos como si estuvieran realmente presentes. Sobre todo cuando se trata de nuestros derechos, nos parecen perfectamente reales y siempre estamos prestos a que se nos cumplan, en ocasiones se memorizan, se repiten, se enseñan, se hace apología de ellos, se destaca su consagración.

El derecho positivo, «vincula efectos jurídicos con ciertos sucesos llamados hechos operativos. Cuando sabemos que se ha realizado un hecho operativo, nos sentimos autorizados a inferir que el efecto también se ha producido, siempre que otra circunstancia no lo haya impedido» (Olivecrona, 1998, p. 8). Entonces, la contraparte del derecho es el deber. En tal situación, los derechos humanos, en el sentido como se precisa en el artículo 1º. constitucional, representan, en el sistema jurídico mexicano, el deber del Estado de cumplir y proveer a los ciudadanos en la práctica lo que se estipula en estos derechos fundamentales. El elemento gobierno del Estado, en sus tres poderes y en su tres niveles, tendrá que cumplir y hacer efectivos los derechos —ya que el Estado solo tiene deberes y facultades— para evitar que los mexicanos estemos siempre frente a una colección de derechos inalienables e inalcanzables. Además, para revertir tendencias teóricas en el sentido de que «Hay que abandonar los intentos de identificar derechos y deberes con hechos reales, porque nunca tendrán éxito. Los derechos y deberes no son concebidos como situaciones fácticas. La idea es que la situación fáctica debe ajustarse al de-

recho o al deber [de seguir sucediendo] significaría la declaración de quiebra de la ciencia jurídica» (Olivecrona, 1998, p. 29).

La reforma legislativa constitucional y en materia de amparo

En este sentido precisamente el acceso a la justicia es el elemento que se orienta a hacer efectivos los derechos. Acciones legislativas que reflejan la intención de ir cumpliendo con esa tarea nacional de hacer efectivo el acceso están representadas por las reformas constitucionales de referencia. Porque es incuestionable que en lo que atañe a la reforma del sistema penal realmente representa un nuevo paradigma al instaurar un procedimiento eficiente en cuanto al cuidado del cumplimiento del debido proceso, del control constitucional, de respeto a la dignidad humana, de atención y cuidado de los derechos de la víctima u ofendido. En el desahogo del proceso, principalmente deben atenderse una serie de principios que se encuentran inmersos en la Constitución y particularmente enumerados en el Código Nacional de Procedimientos Penales (Poder Legislativo, 2017):

- Principio de publicidad: las audiencias serán públicas, con el fin de que a ellas accedan no solo las partes que intervienen en el procedimiento sino también el público en general.
- Principio de contradicción: las partes podrán conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte.
- Principio de continuidad: las audiencias se llevarán a cabo de forma continua, sucesiva y secuencialmente.
- Principio de concentración: las audiencias se desarrollarán preferentemente en un mismo día o en días consecutivos hasta su conclusión.
- Principio de inmediación: toda audiencia se desarrollará íntegramente en presencia del órgano jurisdiccional, así como de las partes que deban intervenir en la misma.
- Principio de igualdad ante la ley: todas las personas que intervengan en el procedimiento penal recibirán el mismo trato y tendrán las mismas oportunidades para sostener la acusación o la defensa.

No se admitirá discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condición de salud, religión, opinión, preferencia sexual, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas.

- Principio de igualdad entre las partes: se garantiza a las partes, en condiciones de igualdad, el pleno e irrestricto ejercicio de los derechos previstos en la Constitución, los tratados y las leyes que de ellos emanen.
- Principio de juicio previo y debido proceso: ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de resolución dictada por un órgano jurisdiccional previamente establecido, conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho, en un proceso sustanciado de manera imparcial y con apego estricto a los derechos humanos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen.
- Principio de presunción de inocencia: toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el órgano jurisdiccional.
- Principio de prohibición de doble enjuiciamiento: la persona condenada, absuelta o cuyo proceso haya sido sobreseído, no podrá ser sometida a otro proceso penal por los mismos hechos.

Otra cuestión procedimental relevante en este nuevo sistema de justicia penal es la relativa a las medidas cautelares, de las cuales nuestra misma fuente, el Código Nacional de Procedimientos Penales, establece catorce, de las cuales, la última enumerada es la prisión preventiva. Enlistándose a continuación:

- La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquel designe.
- La exhibición de una garantía económica.
- El embargo de bienes.
- La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero.

- La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.
- El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada.
- La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares.
- La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- La separación inmediata del domicilio.
- La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos.
- La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral.
- La colocación de localizadores electrónicos.
- El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga.
- La prisión preventiva.

Otros aspectos relevantes del nuevo proceso lo son: el procedimiento abreviado; la acción penal por particulares; la suspensión condicional del proceso; así como los múltiples beneficios que se otorgan a la víctima u ofendido, como ser parte del procedimiento y contar con un asesor jurídico.³

En lo relativo al procedimiento abreviado,⁴ para que este proceda es necesario cumplimentar ciertos requisitos que la codificación procesal penal estipula. Entre ellos:

- Que el ministerio público solicite el procedimiento, para lo cual se deberá formular la acusación y exponer los datos de prueba que la sustentan. La acusación deberá contener la enunciación de los hechos que se atribuyen

³ Importante aclarar que en esta relación de figuras procesales, las mismas no se citan siguiendo un orden específico.

⁴ Precisamente un capítulo de este libro enfoca este trámite y sustenta su crítica en el hecho de que vulnera el principio de igualdad entre las partes al establecer que solicitar la aplicación de esta figura procedimental es exclusiva de la Fiscalía.

al acusado, su clasificación jurídica y grado de intervención, así como las penas y el monto de reparación del daño.

- Que la víctima u ofendido no presente oposición. Solo será vinculante para el juez la oposición que se encuentre fundada.

Por su parte, la acción penal por particulares faculta a las personas que tengan la calidad de víctima u ofendidos puedan con ese carácter de forma directa ejercer la acción penal, aun cuando esta es facultad que corresponde al ministerio público. Esta acción penal procede únicamente en los delitos perseguibles por querrela, cuya penalidad sea alternativa, distinta a la privativa de la libertad o cuya punibilidad máxima no exceda de tres años de prisión.

En cuanto a la suspensión condicional del proceso consiste en el planteamiento formulado por el ministerio público o el imputado, el cual se acompañará de un plan de reparación del daño, así como el sometimiento del imputado a una o varias de las condiciones establecidas en el propio código tales como: frecuentar o dejar de frecuentar determinados lugares o personas; abstenerse de consumir drogas o estupefacientes o de abusar de las bebidas alcohólicas; participar en programas especiales para la prevención y el tratamiento de adicciones; entre otras, para con ello garantizar una efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido y que, en caso de cumplirse, pueda dar lugar a la extinción de la acción penal.

Significativo el tratamiento procedimental que se reconoce a la víctima u ofendido de una causa criminal. Por primera vez en la historia del procedimiento penal mexicano, la víctima tiene un efectivo acceso a la justicia mediante el reconocimiento de diversas facultades que pueda y deba ejercer en el juicio. La codificación procesal penal estipula veintiocho prácticas procedimentales exclusivas del ejercicio de la víctima u ofendido, el conjunto de todas le permiten actuar como parte en el desahogo del proceso. En esta ocasión subrayaremos solo tres de ellas: ser tratado con respeto y dignidad, contar con un asesor jurídico gratuito en cualquier etapa del procedimiento e intervenir en todo el procedimiento por sí o a través de su asesor jurídico.

Innecesario abundar sobre las diferentes bondades del sistema penal mexicano en su modalidad de acusatorio, adversarial y oral; queda claro, que representa una notoria mejora en el acceso a la justicia en esta materia del derecho mexicano. Sin embargo, aun sin conocerse oficialmente resultados de posibles evaluaciones públicas o privadas realizadas para conocer

la eficacia o pormenores de su puesta en marcha, la sociedad y los medios masivos de comunicación ya colocaron en la mesa de la discusión pública un diagnóstico que deriva de la experiencia de su práctica que a escaso un año de su plena operatividad, no se visualizan los resultados que se esperaban; ya que la aplicación de los derechos humanos parece más encaminada a proteger y reivindicar a los delincuentes, situación que se percibe más que como un beneficio, como un perjuicio para la sociedad por el incremento de las acciones delictivas, que se presume sucede por la facilidad en que los malhechores obtienen su libertad e inmediatamente con esa confianza vuelven a delinquir. En toda esta operatividad se percibe a la vez falta de una adecuada capacitación previa de la mayoría de los operadores jurídicos que intervienen en este nuevo procedimiento. Todo ello generó ya un clamor por reformas legislativas y de mejores prácticas en la operación del sistema, al ser notorios hasta ahora resultados en general fallidos.

Sobre el contexto antes detallado, tratan algunos capítulos de esta obra, y son los relativos a:

- Principio de contradicción en el control de detención por flagrancia.
- Procedimiento abreviado: lagunas y deficiencias en la legislación nacional y en los lineamientos de la Fiscalía del estado de Jalisco.
- Abuso procesal de la prisión preventiva en el sistema acusatorio adversarial (enfoque de la intervención procesal de la Fiscalía de Jalisco).

Son en sí, cada uno de los anteriores estudios un enfoque crítico que en parte constituyen un sustento de la apreciación de la sociedad con relación a la eficacia del nuevo proceso penal. Estos estudios tienen como característica que son resultado de la percepción en la práctica forense, formación profesional y académica de sus autores. Será conveniente que en las próximas y urgentes reformas a la ley procesal penal de este país, se tenga la sensibilidad por parte de los legisladores de sustentarlas en resultados de investigación jurídica, de aquellos que viven en la práctica el desarrollo y aplicación de la norma adjetiva penal mexicana y, paulatinamente, propiciar que el efectivo acceso a la justicia se convierta en realidad a partir del perfeccionamiento de los mecanismos procedimentales que fortifiquen el control normativo; pero jamás en menoscabo de los derechos humanos, sino por el contrario,

generándose la certeza de la cultura del respeto y aplicación cotidiana como una tradición jurídica de buenas prácticas.

La reforma de la Constitución Federal en materia penal de 2008 incluyó la modificación de los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22. Así como el artículo 53 en sus fracciones XXI y XXIII. Incluyéndose el artículo 115 fracción VII y el numeral 123 en su apartado B fracción XIII. Las modificaciones a estos dispositivos son los cimientos del sistema penal acusatorio, adversarial y oral.

En su capítulo «El acceso a la justicia en México. Una Reflexión multidisciplinaria» Fix Fierro y López Ayllón, (2001) afirmaban que la doctrina precisa que el párrafo segundo, en vinculación con los párrafos primero y tercero del artículo 17 de la Constitución Mexicana, establece justamente la garantía de acceso a la jurisdicción del Estado. Debe precisarse que la reforma de 2008, conocida como la reforma penal constitucional, incluyó una modificación a este dispositivo para adicionar lo relativo a los mecanismos alternativos de solución de controversias. Cuya redacción es: «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».

Como puede apreciarse, la reforma a este dispositivo constitucional consistió en adicionarle la parte que da cabida a los medios alternativos de justicia penal, de manera que se permita resolver el conflicto generado por la comisión de delitos sin correr el riesgo de colapsar a las instituciones ante las exigencias legales y administrativas que implica el modelo de juicio propuesto. La posibilidad de estas soluciones alternas no queda exenta de control judicial para evitar el uso perverso que de estas medidas alternativas, se ha llegado a presentar en otros países y asegurar la satisfacción del derecho a la reparación del daño por parte de la víctima (Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 2017).

Sin embargo, en tiempos anteriores a la reforma constitucional referida, entidades federativas de la república mexicana como Colima y Nuevo León reformaron sus respectivas constituciones con el objetivo de adicionar o incluir una disposición que instituyera los mecanismos alternos de solución de conflictos, así como decretaron la ley específica creando organismos dependientes del Poder Judicial Local, orientados a resolver conflictos a través de mecanismos alternos al clásico procedimiento jurisdiccional. En Colima su ley de la materia entró en vigor el 28 de septiembre del año 2003. En Nuevo

León su ley tuvo vigencia desde el 31 de enero del año 2005. Particularmente, el estado de Jalisco la decretó en el año 2007, anunciándose su vigencia a partir del 1 de enero del año 2009.

Desde la modificación del artículo 17 constitucional, se propició la inducción y el crecimiento de la cultura en la sociedad para que las partes en conflicto prefieran, cuando así proceda, una solución pacífica de autocomposición, rápida e incluso en un porcentaje de mayor eficacia que el tradicional juicio seguido ante los tribunales. La propia reforma de este numeral incluyó los mecanismo alternos aplicables en materia penal, disponiéndose que en su caso asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial. Obteniéndose su regulación específica en esta materia a través de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal publicada el 29 de diciembre del año 2014.

De manera particular en esta edición desarrollamos el capítulo «La Justicia alternativa, ¿es realmente una alternativa frente a la crisis del Estado de derecho?», en el que se aborda, a partir del cuestionamiento que aquí vemos, si a pesar de todas las bondades y la buena intención legislativa para mejorar el acceso a la justicia, la diversa legislación, consecuencia de las reformas multialudidas, puede tener un desarrollo adecuado y cumplir sus objetivos sociojurídicos ante la notoria crisis que este país vive, desde hace más de una década, de ausencia del Estado de derecho y de cultura de la legalidad.

Sin abundar en el principio de cultura de la legalidad, expresión que podemos definir como la convicción y disposición tanto individual como colectiva por cumplir con las normas jurídicas y los procesos legales. Definición que, a pesar de su sencillez, nos facilita realizar una reflexión sobre este tópico, hacer el ejercicio de una inmersión en la experiencia social mexicana reciente, en el ámbito de la prevalencia de la impunidad, en niveles que parecen imperceptibles, como aquellas conductas de incumplimiento de obligaciones que en las relaciones cotidianas pueden o se dejan pasar como una forma de evitar problemas, hasta las proezas de los grupos delincuenciales y la falta de atención y seguimiento efectivo por parte de los órganos públicos dispuestos para tal fin. Ello nos permite inferir la falta de fortalecimiento en nuestra sociedad de este tópico la cultura de la legalidad.

Este último análisis es útil para enmarcar lo que se expresa en el capítulo denominado «Acercamiento sociojurídico a la violencia familiar en el municipio de Autlán de Navarro, Jalisco», que, si bien, es un enfoque desde lo

local, refleja una conducta general propia de ciertos grupos de la sociedad mexicana. En este sentido se resalta el hecho de que los mecanismos alternativos de solución de conflictos, precisamente dada esa falta de cultura de la legalidad, no son un medio eficaz en el tratamiento de asuntos derivados de la violencia intrafamiliar, situación que llevó al legislador de Jalisco ubicar el hecho como un delito grave estipulando, en la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (Poder Legislativo, 2017) en su artículo 8 fracción IV, el evitar procedimientos de mediación o conciliación, por ser inviables en una relación de sometimiento entre el agresor y la víctima. Generalmente, la víctima dada su relación de sometimiento de esposa e hijos incumplía acuerdos y continuaba con la violencia hasta llegar a verse como un asunto privado de la familia, a pesar de los esfuerzos legislativos, que aunque son benéficos no se sustentan en el impulsar una política pública permanente de incremento de la cultura de la legalidad en la sociedad mexicana.

La Ley de Amparo del 2013 nos presenta 28 pronunciamientos relevantes, pero aquí resaltamos uno realmente característico en este instrumento procedimental que se denomina el juicio de amparo; nos referimos al hecho de que en su sentencia, de ser el caso se de la declaratoria general de inconstitucionalidad de una norma, desde luego sentencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consiste en la declaratoria general de inconstitucionalidad de una norma; dicha declaratoria tiene como efecto derogar, es decir, dejar sin efecto un artículo o un conjunto normativo. Para mayor claridad, esa norma se extrae del sistema jurídico. La declaratoria beneficiará a todas las personas en general, sin importar que no hayan participado en la promoción de tal juicio. Este aspecto, que ya se ha puesto en práctica por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha significado un claro instrumento de mejora del acceso a la justicia de la sociedad mexicana. Cuya práctica incluso permite ejercer derechos vedados en la propia legislación general de las entidades federativas. Ejemplo sencillo de lo que aquí se comenta es el matrimonio por personas del mismo sexo. En este sentido el acceso a la justicia se nos presenta como un derecho sustantivo.

Sin embargo, aún deberán otorgarse nuevas propuestas de reformas legislativas al juicio de amparo, orientadas a vigorizar el acceso a la justicia, presente, precisamente, en esta edición en el capítulo «El avance hacia la procedencia del amparo contra las omisiones legislativas», la cual sugiere que se analice la procedencia del amparo indirecto contra omisiones legislativas de manera

general o específicamente aquellas que vulneren un derecho fundamental. Lo anterior significará un paso más en el cumplimiento efectivo de los derechos y del acceso a la justicia.

El principio de acceso a la justicia como movimiento de investigación y de reforma, en este país, se ha convertido en un derecho humano. En virtud de que este derecho se desprende del artículo 17 constitucional y la reforma de 2011, a nuestra carta magna nos sugiere que ahora tiene esta categoría.

Particularmente al enfocarlo como un mecanismo adjetivo y sustantivo nos facilita la comprensión de visualizarlo como un instrumento que podrá convertirse en un derecho tipo acción, tanto como en una prerrogativa procedimental. En el enfoque como derecho subjetivo el acceso a la justicia debe coadyuvar (está coadyuvando) para ser efectivos los derechos y no se queden simplemente simbólicos. En este contexto, el Estado, a través de su elemento gobierno, tiene tareas pendientes encaminadas al cumplimiento de los derechos humanos instaurados en la carta magna. Tal es el caso, del derecho a la familia y a la salud que se deriva del artículo 4º constitucional (Poder Legislativo, 2017), en su párrafo: «Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.» Dispositivo que al correlacionarse con el diverso párrafo: «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», constituyen el derecho específico de formar una familia y de decidir la pareja procrear hijos.

Existen causas naturales como son la esterilidad e infertilidad que limitan que parejas logren la procreación, por lo que buscan opciones que les permitan fecundarse, haciendo uso de los medios que tienen a su alcance, sin considerar los límites y el que pueden incurrir en poner en riesgo la salud de la madre y del producto. Por lo que deberá el Estado, en pro de favorecer o propiciar el adecuado desarrollo humano, generar políticas públicas que difundan las nuevas técnicas de reproducción humana asistida y se amplíen los servicios de salud públicos que comprendan las tecnologías genéticas en apoyo de las personas que se encuentran en estas circunstancias, decidan formar una familia y procrear descendientes como un derecho humano a partir del cual se fortifique el principio constitucional de acceso a la justicia.

Bajo este punto que ahora se reflexiona tiene relación el capítulo denominado «Percepción sociojurídica de la reproducción humana asistida».

Discusión y conclusiones

El acceso a la justicia no es una problemática de aparición reciente, se trata de un concepto por el que han transcurrido profundas transformaciones a partir de los siglos XVII y XIX, en el sentido de pasar de ser una mera declaración de posibilidad de defensa de los derechos individuales, a una concepción que involucra el deber estatal de proporcionar un servicio público, protector no solo de los derechos individuales, sino también de los derechos colectivos. (Melgar González, 2006). Por lo que atañe a nuestro país, es un principio que ha adquirido, a partir de la reforma constitucional del 2011, la categoría de un derecho fundamental y como tal, deberá ser soporte de reformas legislativas y de una reestructuración paulatina de los órganos del elemento gobierno, tanto en sus tres niveles, como en cada una de las funciones de los poderes públicos, instaurándose políticas públicas administrativas que favorezcan y democraticen el acceso a la jurisdicción del Estado a través del ejercicio y goce del sistema jurídico de nuestro país. Con esa perspectiva el quehacer legislativo, el de la función jurisdiccional y de los servicios de la administración pública deben orientarse para que la gente pueda hacer valer de manera efectiva sus derechos, para que estos no queden solo en la categoría de declaraciones o se conviertan en un catálogo de buenas intenciones, y que el sistema de organización jurídica, política, económica y cultural de México, sea, en forma democrática e igualitaria, accesible para todos y con ello todas las personas tengan una protección y vigencia reales en cuanto al ejercicio de sus derechos, independientemente de su condición económica, social y cultural.

Las reformas legislativas constitucionales de 2008, 2011 y las posteriores y recientes reformas a la ley de amparo sí constituyen un adelanto en el ámbito jurisdiccional que se reflejan en los procedimientos judiciales que, desde luego, propician una mejora en el acceso a la justicia. Sin embargo, esta expresión debe trascender a la protección de derechos no precisamente de la pauta judicializables, sino que es preciso, también, del tipo de derechos que tienen relación con el cabal desarrollo humano, como pudieran ser aquellos

que amplíen los servicios de salud pública que comprendan las tecnologías genéticas en apoyo de las personas que se encuentran con el deseo de procrear descendientes como un complemento de su desarrollo integral humano, y que se encuentran impedidos por razones naturales y económicas para lograr su pleno desarrollo familiar. Al instaurarse lo anterior, se fortificará el principio constitucional de acceso a la justicia, a partir de lo cual se entienda o enfoque como un instrumento adjetivo y sustantivo para el efectivo cumplimiento de todo tipo de derechos de los mexicanos.

Bibliografía

- Abarca Díaz, A. (2000). *Aportes para la construcción de una nueva política de Acceso a la Justicia*. Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Políticas Sociales. Chile. Recuperado de <http://www.ubiobio.cl/ponencia/doc/p10.1.htm> (disponible 17/07/03)
- Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. (2017, 8 de julio). *Exposición de Motivos de la Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública*. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>
- Cappelletti, M. & Garth, B. (1996). *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Fix- Fierro, H. & López Ayllón, S. (2001). El acceso a la justicia en México; Una reflexión multidisciplinaria. En D. Valadés & R. Gutiérrez (Coords.), *Justicia Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional* (Tomo 1). México: UNAM.
- García Ramírez, S. (1996). *Poder judicial y Ministerio Público*. Porrúa.
- Melgar González, M. E. (2006). Acceso a la Justicia. En R. Chávez de los Ríos & F. J. Gorjón Gómez, *Evolución del Derecho en América Latina Tomo 11*. Monterrey: Ediciones especiales/ UANL/AFEIDAL.
- Olivecrona, K. (1998). *Lenguaje Jurídico y Realidad* (4a. ed.). México: Fontamara.
- Poder Legislativo . (2017, 5 de julio). *Código Nacional de Procedimientos Penales*. Recuperado de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/pdf/wo92363.pdf>

Poder Legislativo. (2017, 10 de julio). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Recuperado de Secretaría de Gobernación en línea: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos/4.pdf>

Poder Legislativo. (2017, 10 de julio). *Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Recuperado de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/pdf/wo6028.pdf>

Poder Legislativo. (2017, 10 de julio). *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*. Recuperado de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/pdf/wo17079.pdf>

Principio de contradicción en el control de detención por flagrancia

Wilberth Orozco González¹

Enrique Flores Terríquez²

Resumen

En este capítulo se realiza un análisis del principio de contradicción en el control de detención por flagrancia en el sistema de justicia penal acusatorio y oral, también plasma un estudio de la audiencia de control de legalidad por flagrancia, así como de las funciones, atribuciones y derechos de los sujetos que intervienen en su desahogo.

Se describen los principales datos de prueba como la entrevista y la inspección, ya sea de lugares, objetos, instrumentos o personas, que permiten conocer y controvertir o confrontar los datos para acreditar o no la detención del imputado dentro del desahogo de la audiencia de control de detención.

En el documento se plantea reformar el párrafo segundo del artículo 308 del Código Nacional de Procedimientos Penales, con el objetivo de garantizar al imputado el principio de contradicción de los datos de prueba dentro del desahogo de la audiencia de control de detención para el caso de flagrancia.

¹ Coordinador de la maestría en Derecho y profesor de tiempo completo adscrito al Departamento de Estudios Jurídicos del Centro Universitario de la Costa Sur de la Universidad de Guadalajara.

² Profesor de tiempo completo adscrito al Departamento de Estudios Jurídicos del Centro Universitario de la Costa Sur de la Universidad de Guadalajara.

Introducción

A partir de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, se adoptó en México un sistema acusatorio adversarial y entró en vigor en toda la república mexicana el 18 de junio de 2016, este sistema tiene como principio proteger tanto a las víctimas como al imputado, elimina los rasgos del sistema inquisitivo que predominaba antes de esa fecha; aunque es preciso mencionar que actualmente existe un periodo de transición de sistemas, en razón de que los procesos que iniciaron por delitos cometidos antes de la vigencia de la reforma continúan resolviéndose conforme al sistema procesal anterior.

En este capítulo se realiza un análisis crítico y hermenéutico del control de detención por flagrancia para conocer e inferir la posibilidad técnica-jurídica que permita al imputado garantizar el principio de contradicción, en razón de que, normativamente, al detenido se le viola el principio constitucional de contradicción para controvertir los datos de prueba que presenta el ministerio público con el fin de justificar las razones de la detención; en virtud de que el artículo 308 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) no prevé que el detenido pueda contradecir y justificar los datos de prueba presentados por el ministerio público para desacreditar la pretensión de la representación social.

Principios del nuevo sistema de justicia penal y su aplicación práctica

El fundamento legal del sistema acusatorio y oral, que se encuentra en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual se rige por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, establece que el proceso penal será acusatorio y oral.

Este precepto legal, tiene como finalidad garantizar que en todo el territorio mexicano se desarrolle el proceso penal con el objetivo de esclarecer los hechos constitutivos del delito, proteger al inocente, así como procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen.

A partir del 15 de enero de 2016, como parte de la implementación en el estado de Jalisco del nuevo sistema de justicia penal, se dio inicio a los

juicios orales en el municipio de Aulán de Navarro, al igual que en los municipios de Chiquilistlán, Ejutla, El Grullo, El Limón, Juchitlán, Tecolotlán, Tolimán, Tonaya, Tuxcacuesco, Unión de Tula, Cuautla, Ayutla, Atenguillo, Atengo, Ameca, Guachinango, Cocula, Mixtlán, San Martín Hidalgo, Talpa de Allende, Tenamaxtlán, Ahualulco de Mercado, Amatitán, Tala, San Juanito de Escobedo, El Arenal, Tequila, Etzatlán, San Cristóbal de la Barranca, Magdalena, San Marcos, Teuchitlán y Hostotipaquillo.

En el sistema acusatorio están claramente identificadas las partes que intervienen: quien acusa, el acusado, y quien lo defiende; sus características son la oralidad, publicidad, concentración, inmediación, continuidad, contradicción y libre valoración de las pruebas (Moreno Cruz, 2010). La forma oral implica que los principios anteriores se manifiesten con la fuerza y relevancia para que el juzgador pueda emitir su resolución después de haber presenciado en público todos los elementos de cargo y descargo.

Este proceso tiene como principio fundamental la presunción de inocencia y el respeto de los derechos de las partes que en él intervienen. Así, en cada una de las etapas y audiencias del nuevo sistema de justicia penal se debe procurar la igualdad de las partes y el respeto a los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

Todo procedimiento penal da comienzo con la noticia criminal, lo que puede resultar en la detención de una o varias personas que estén en lugar de los hechos y que se presuma su participación en la comisión de los hechos delictivos, ya sea porque los detengan cometiendo el delito o después de cometido al ser señalados por testigos. En dicho supuesto, el juez de control debe calificar la detención practicada al imputado.

El control de detención se define como la audiencia en la que el imputado detenido en flagrancia o caso urgente, puesto a disposición del juez de control, se le informan sus derechos constitucionales y legales (Polanco Braga, 2015). Inmediatamente después se concede el uso de la palabra al ministerio público para que justifique la flagrancia o el caso urgente, luego, en uso de la palabra, el defensor deberá realizar un alegato jurídico sobre la captura de su defendido. Se concluye el acto con la determinación del juez de control respecto de la legalidad o ilegalidad de la detención.

La detención en el sistema de justicia penal acusatorio y oral

El control de detención gira en torno a la privación de la libertad de una persona, por lo que es menester conocer cómo se practica la detención de alguien. En el párrafo séptimo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se aprecia que la detención en caso urgente y la flagrancia son actos que se someten a examen judicial en la audiencia inicial.

Se considera flagrancia cuando una persona es detenida en el momento de estar cometiendo un delito, o inmediatamente después de cometerlo. La palabra flagrante proviene del latín *flagrans, flagrantis*, participio activo de *flagrare*: arder; como adjetivo la palabra flagrante define lo que se está ejecutando actualmente (Benavente Chorres, 2015). Sin embargo, su contenido, a efecto de validar la detención en contra de una persona, ha sido determinado tanto por la legislación constitucional como por la ley secundaria; por lo que es necesario analizar por separado la legalidad de la detención.

Se considera que la flagrancia es introducida en el sistema jurídico mexicano desde el texto constitucional, y en los códigos de procedimientos penales de algunas entidades federativas se amplió a tres supuestos (Nataren Nandayapa & Ramírez Saavedra, 2009):

- *Flagrancia en strictu sensu*, que consiste en sorprender al sujeto durante la comisión del hecho delictivo.
- *Cuasi flagrancia*, que es el descubrimiento de la acción delictiva inmediatamente después de realizada.
- *Equiparación de la flagrancia*, que equivale a descubrir hechos o rastros de los mismos, así como los objetos, resultado de la comisión del delito, hasta cuarenta y ocho horas después de ocurrido. De igual forma existirá «equiparación a la flagrancia» cuando el imputado sea reconocido o señalado por la víctima del delito o por un cómplice.

Sin embargo, con la entrada en vigor del nuevo sistema de justicia penal regulado por el Código Nacional de Procedimientos Penales, se modificó el término para considerar la constitución de la flagrancia, la que se puede llegar a formar por dos supuestos. En el primer supuesto, se constituye cuando la persona es detenida en el momento exacto de cometer el delito; el segundo

supuesto se constituye cuando la persona es detenida inmediatamente después de cometido el delito.

El párrafo quinto del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece:

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

Cuando la detención se realiza inmediatamente después de cometido el delito y el sujeto imputado abandona el lugar del hecho debe ocurrir alguna de estas dos situaciones para considerarse legal, según prevé la fracción II, del artículo 146 del Código Nacional del Procedimientos Penales:

- Que sea sorprendida cometiendo el delito y posteriormente perseguida material e ininterrumpidamente.
- Que la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo.

En el supuesto de la detención que se logró después de cometido el delito, ya sea porque fue señalado por la víctima u ofendido, o en su caso, por algún testigo presencial de los hechos, para su validez, se requiere que inmediatamente después de cometido el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización.

En el segundo supuesto que se mencionó, se prevé la detención en flagrancia, cuando una persona tiene en su poder instrumentos, objetos o productos del delito, o en su caso, se encuentre información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo.

En el caso de flagrancia, cualquier persona puede detener a otra, cuando esté cometiendo el delito o haya logrado su captura después de cometido, por haberlo perseguido. En ambos supuestos, debe entregar inmediatamente

al detenido a la autoridad más próxima y esta con la misma prontitud al ministerio público, para que verifique la flagrancia, examinando las condiciones en las que se realizó la detención.

Si la detención no fue realizada conforme a la Constitución y el Código Nacional de Procedimientos Penales, es decir, porque no se detuvo al momento de la comisión del delito, o en su caso, se realizó persecución del imputado pero se les perdió físicamente; no existió señalamiento de testigo, o de la víctima u ofendido para su detención; no existen indicios en posesión del imputado que presuman su participación en el delito cometido, el juez de control dispondrá la libertad inmediata de la persona, y si se requiere, velará por la aplicación de las sanciones disciplinarias o penales que correspondan.

La detención en caso urgente se ordena por el ministerio público, bajo su responsabilidad fundando y expresando los datos de prueba que motiven su proceder, siempre y cuando concurran los siguientes supuestos:

- Existan datos que establezcan la existencia de un hecho señalado como delito grave y que exista la probabilidad de que la persona lo cometió o participó en su comisión. Se califican como graves, para los efectos de la detención por caso urgente, los delitos señalados como de prisión preventiva oficiosa en el Código Nacional de Procedimientos Penales; como en los casos de delincuencia organizada, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos graves previstos en la ley de seguridad nacional, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud; así como aquellos cuyo término medio aritmético sea mayor de cinco años de prisión, como en los casos de homicidio doloso, genocidio, violación, corrupción de menores, pornografía infantil, trata de personas, entre otros delitos previstos en el Código Penal del estado de Jalisco.
- Exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse de la acción de la justicia.
- Por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia no pueda ocurrir ante la autoridad judicial, o que de hacerlo, el imputado pueda evadirse.

Los oficiales de la policía que ejecutan una orden de detención por caso urgente deben hacer el registro de la detención y presentar inmediatamente al imputado ante el ministerio público que haya emitido dicha orden, quien

debe procurar que el imputado sea presentado sin demora ante el juez de control. El juez de control calificará la legalidad del mandato del ministerio público y su cumplimiento al realizar el control de la detención.

Audiencia de control de detención

La audiencia de control de detención es considerada como el marco de verificación en torno a la actualización de alguna de las modalidades de la flagrancia o los requisitos de detención por caso urgente (Benavente Chorrres, 2015). Se describe como aquel acto procesal al cual convoca el juez de control inmediatamente que el imputado detenido en flagrancia o en caso de urgente, es puesto a su disposición, así pues, es la primera audiencia a la cual se enfrenta el ministerio público con la finalidad de demostrarle al juez de control, las circunstancias bajo las cuales fue detenido el gobernado, al que se le considera imputado, para que se califique de legal o ilegal la detención realizada por la policía (Polanco Braga, 2015).

Como se mencionó antes, la audiencia de control de detención tiene como objetivo principalmente analizar la legalidad de la detención ya sea que esta se haya realizado por flagrancia o por caso urgente. En este supuesto se analiza la legalidad de la detención. En caso de que el juez encuentre justificada la detención presentada por el ministerio público la decretará de legal; en caso contrario, dejará en libertad al imputado. Cerrando con ello la audiencia de control de detención. En el supuesto de que se declare legal la detención, el juez de control le dará el uso de la palabra al ministerio público para que realice imputación al detenido, y así continuar con las demás etapas procesales.

Sujetos que intervienen en la audiencia de control

En la audiencia inicial participan ante el juez de control: el ministerio público, el imputado y su defensor. En el caso de la víctima u ofendido, es opcional su asistencia, su presencia no representa un requisito de validez de la audiencia.

El imputado

Es el sujeto principal en la audiencia de control de detención, ya que sin su presencia no tiene sentido el desarrollo de la misma.

Se considera imputado a toda aquella persona que aparezca como probable partícipe de un hecho delictuoso, por así señalarlo alguno de los indicios existentes en la investigación (Sotomayor Garza, 2015). Asimismo, menciona que, a este sujeto, se denomina acusado, cuando se haya formulado acusación por parte del ministerio público, y sentenciado cuando exista algún fallo del juez, de cualquier naturaleza (condenatoria o absolutoria). El imputado es, de los sujetos procesales, el más destacado por el papel central que tiene dentro de una causa penal, por ser la persona en contra quien el Estado, a través del ministerio público, ejerce acción penal por considerarlo responsable de un ilícito, y en consecuencia, será el objeto y sujeto de la actuación procesal.

El sistema procesal penal vigente garantiza la dignidad de las personas al enfocar la importancia de este sistema a la investigación de los delitos, proteger al imputado y a la víctima u ofendido.

Del apartado B del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del artículo 113 del Código Nacional de Procedimientos Penales se desprenden como derechos de toda persona imputada los siguientes:

- Presunción de inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.
- Declarar o guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma. En caso de guardar silencio, este no puede ser utilizado en su perjuicio.
- Derecho a la comunicación, no intimidación y a no ser torturado.
- A ser beneficiado cuando preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada.
- Ser juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal.
- Derecho a objetar o impugnar las actuaciones realizadas en la etapa de investigación, o en su caso ofrecer pruebas en contra.
- A que le sean facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.
- Acceso a los registros de la investigación cuando se encuentre detenido y cuando pretenda recibirse declaración o entrevistarle. Asimismo, antes

de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa.

- Ser juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa.
- No se le prolongue la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.
- Comunicarse con un familiar y con su defensor cuando sea detenido, debiendo brindarle el ministerio público todas las facilidades para lograrlo.
- Se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el ministerio público o el juez de control, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten, así como, en su caso, el motivo de la privación de su libertad y el servidor público que la ordenó, exhibiéndosele, según corresponda, la orden emitida en su contra.
- Solicitar ante la autoridad judicial la modificación de la medida cautelar que se le haya impuesto, en los casos en que se encuentre en prisión preventiva; obtener copia gratuita, registro fotográfico o electrónico de los registros de la investigación.
- Se le reciban los medios pertinentes de prueba que ofrezca, concediéndosele el tiempo necesario para tal efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite y que no pueda presentar directamente.
- Tener una defensa adecuada por parte de un licenciado en derecho o abogado titulado, con cédula profesional, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención y, a falta de este, por el defensor público que le corresponda, así como a reunirse o entrevistarse con él en estricta confidencialidad.
- Ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete en el caso de que no comprenda o hable el idioma español; cuando el imputado perteneciere a un pueblo o comunidad indígena, el defensor deberá tener conocimiento de su lengua y cultura y, en caso de que no fuere posible, deberá actuar asistido de un intérprete de la cultura y lengua de que se trate.
- Ser presentado ante el ministerio público o ante el juez de control, según el caso, inmediatamente después de ser detenido o aprehendido.
- No ser expuesto a los medios de comunicación.

- No ser presentado ante la comunidad como culpable.
- Solicitar desde el momento de su detención, asistencia social para los menores de edad o personas con discapacidad cuyo cuidado personal tenga a su cargo.
- Obtener su libertad en el caso de que haya sido detenido, cuando no se ordene la prisión preventiva u otra medida cautelar restrictiva de su libertad.
- Se informe a la embajada o consulado que corresponda cuando sea detenido, y se le proporcione asistencia migratoria cuando tenga nacionalidad extranjera, y así mismo el código nacional menciona que tiene derecho a recibir protección y asistencia social para menores de edad, personas con discapacidad, o adultos mayores, cuando dependan de él, y no haya otra persona que pueda ejercer ese cuidado.

El defensor

En el desahogo de la audiencia de control de detención es menester que esté presente el defensor del imputado. El defensor será la persona designada por el imputado para llevar a cabo su defensa de manera adecuada y técnica, puede ser público o privado. Este puede ser designado por el imputado desde el momento de su detención o durante el desarrollo del proceso. En caso de que, al momento de su detención, no quiera o no pueda designar un abogado, el órgano jurisdiccional o el ministerio público le asignarán un defensor público.

El defensor privado debe ser licenciado en derecho o abogado titulado con cédula profesional. La intervención de él en el proceso, no menoscaba el derecho del imputado a intervenir, formular peticiones y hacer las manifestaciones que estime pertinentes.

Con relación a la función del defensor, sea público o privado, el Código Nacional de Procedimientos Penales establece un capítulo para regular su función, contemplado en los artículos del 115 al 126, sin embargo, en el numeral 117 se establecen las obligaciones concretas que tiene para con el imputado:

- Entrevistar al imputado para conocer directamente su versión de los hechos que motivan la investigación, a fin de ofrecer los datos y medios de prueba pertinentes que sean necesarios para llevar a cabo una adecuada defensa.

- Asesorar al imputado sobre la naturaleza y las consecuencias jurídicas de los hechos punibles que se le atribuyen.
- Comparecer y asistir jurídicamente al imputado en el momento en que rinda su declaración, así como en cualquier diligencia o audiencia.
- Analizar las constancias que obren en la carpeta de investigación, a fin de contar con mayores elementos para la defensa.
- Comunicarse directa y personalmente con el imputado, cuando lo estime conveniente, siempre y cuando esto no altere el desarrollo normal de las audiencias.
- Recabar y ofrecer los medios de prueba necesarios para la defensa.
- Presentar los argumentos y datos de prueba que desvirtúen la existencia del hecho que la ley señala como delito, o aquellos que permitan hacer valer la procedencia de alguna causal de inimputabilidad, sobreseimiento o excluyente de responsabilidad a favor del imputado y la prescripción de la acción penal o cualquier otra causal legal que sea en beneficio del imputado.
- Solicitar el no ejercicio de la acción penal.
- Ofrecer los datos o medios de prueba en la audiencia correspondiente y promover la exclusión de los ofrecidos por el ministerio público o la víctima u ofendido cuando no se ajusten a la ley.
- Promover a favor del imputado la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal, de conformidad con las disposiciones aplicables.
- Participar en la audiencia de juicio, en la que podrá exponer sus alegatos de apertura, desahogar las pruebas ofrecidas, controvertir las de los otros intervinientes, hacer las objeciones que procedan y formular sus alegatos finales.
- Mantener informado al imputado sobre el desarrollo y seguimiento del procedimiento o juicio.
- En los casos en que proceda, formular solicitudes de procedimientos especiales.
- Guardar el secreto profesional en el desempeño de sus funciones.
- Interponer recursos e incidentes, en su caso, promover el juicio de amparo.
- Informar a los imputados y a sus familiares la situación jurídica en que se encuentre su defensa.

El ministerio público

Constitucionalmente se establece en el artículo 21 que la investigación de los delitos le corresponde al ministerio público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de este.

Conforme al artículo 127 del Código Nacional de Procedimientos Penales, al ministerio público le corresponde conducir la investigación, coordinar a las policías y a los servicios periciales durante la investigación, así como resolver sobre el ejercicio de la acción penal, en su caso, ordenar las diligencias pertinentes y útiles para demostrar, o no, la existencia del delito y la responsabilidad de quien lo cometió o participó en su comisión.

El ministerio público es una función del Estado que ejerce por conducto del procurador de justicia y busca la aplicación de las normas jurídicas emitidas por el propio Estado para la persecución de los presuntos delincuentes, y en los demás previstos en aquellas en las que expresamente se determina su intervención a los casos concretos (Colín Sánchez, 2010). Asimismo, Sánchez menciona que es difícil establecer la naturaleza jurídica del ministerio público, ya que se le ha considerado como: representante de la sociedad en el ejercicio de las acciones penales, órgano administrativo que actúa con el carácter de «parte» en los procesos, órgano judicial y como colaborador de la función jurisdiccional.

El artículo 131 del Código Nacional especifica las obligaciones del ministerio público, las cuales son:

- Vigilar que en toda investigación de los delitos se cumpla estrictamente con los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados.
- Recibir las denuncias o querellas que le presenten en forma oral, por escrito, o a través de medios digitales, incluso mediante denuncias anónimas, sobre hechos que puedan constituir algún delito.
- Ejercer la conducción y el mando de la investigación de los delitos, para lo cual deberá coordinar a las policías y a los peritos durante la misma.
- Ordenar o supervisar, según sea el caso, la aplicación y ejecución de las medidas necesarias para impedir que se pierdan, destruyan o alteren los indicios, una vez que tenga noticia del mismo, así como cerciorarse de que se han seguido las reglas y protocolos para su preservación y procesamiento.
- Iniciar la investigación correspondiente cuando así proceda y, en su caso, ordenar la recolección de indicios y medios de prueba que deberán servir

para sus respectivas resoluciones y las del órgano jurisdiccional, así como recabar los elementos necesarios que determinen el daño causado por el delito y la cuantificación del mismo para los efectos de su reparación.

- Ejercer funciones de investigación respecto de los delitos en materias concurrentes, cuando ejerza la facultad de atracción.
- Ordenar a la policía y a sus auxiliares, en el ámbito de su competencia, la práctica de actos de investigación conducentes para el esclarecimiento del hecho delictivo, así como analizar las que dichas autoridades hubieren practicado.
- Instruir a las policías sobre la legalidad, pertinencia, suficiencia y contundencia de los indicios recolectados o por recolectar, y las demás actividades y diligencias que deben ser llevadas a cabo dentro de la investigación.
- Requerir informes o documentación a otras autoridades y a particulares, así como solicitar la práctica de peritajes y diligencias para la obtención de otros medios de prueba.
- Solicitar al órgano jurisdiccional la autorización de actos de investigación y demás actuaciones que sean necesarias dentro de la misma.
- Ordenar la detención y la retención de los imputados cuando resulte procedente.
- Brindar las medidas de seguridad necesarias, a efecto de garantizar que las víctimas, ofendidos o testigos del delito puedan llevar a cabo la identificación del imputado sin riesgo para ellos.
- Determinar el archivo temporal y el no ejercicio de la acción penal, así como ejercer la facultad de no investigar.
- Decidir la aplicación de criterios de oportunidad.
- Promover las acciones necesarias para que se provea la seguridad y proporcionar el auxilio a víctimas, ofendidos, testigos, jueces, magistrados, agentes del ministerio público, policías, peritos y, en general, a todos los sujetos que con motivo de su intervención en el procedimiento, cuya vida o integridad corporal se encuentren en riesgo inminente.
- Ejercer la acción penal cuando proceda.
- Poner a disposición del órgano jurisdiccional a las personas detenidas.
- Promover la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal.
- Solicitar las medidas cautelares aplicables al imputado en el proceso, y promover su cumplimiento.

- Comunicar al órgano jurisdiccional y al imputado los hechos, y los datos de prueba que los sustentan y la fundamentación jurídica, atendiendo al objetivo o finalidad de cada etapa del procedimiento.
- Solicitar a la autoridad judicial la imposición de las penas o medidas de seguridad.
- Solicitar el pago de la reparación del daño a favor de la víctima u ofendido del delito, sin perjuicio de que estos lo pudieran solicitar directamente.
- Actuar en estricto apego a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución.

La actuación del ministerio público en la audiencia de control de detención es fundamental, ya que le corresponde la obligación de poner a disposición del órgano jurisdiccional a la persona detenida, ya sea porque se detuvo en flagrancia o en caso urgente, así como comunicar al órgano jurisdiccional y al imputado los hechos junto con los datos de prueba que sustentan y fundamentan dicha detención.

Una vez que el juez de control califique de legal la detención realizada en flagrancia o caso urgente, debe formular imputación, es decir, comunicar al imputado en presencia del juez, que se desarrolla una investigación en su contra, respecto de uno o más hechos que la ley señala como delito; acto seguido debe solicitar la vinculación del imputado al proceso sin perjuicio del plazo constitucional que pueda invocar el imputado o su defensor.

Juez de control

El juez de control es el órgano jurisdiccional garante de la legalidad de las actuaciones de las partes durante el proceso, desde la etapa de investigación hasta el dictado del auto de apertura a juicio.

La actuación del juez de control se encuentra regulada en los artículos del 133 al 135 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual tiene los siguientes deberes:

- Resolver los asuntos sometidos a su consideración con la debida diligencia, con sujeción a los principios que deben regir el ejercicio de la función jurisdiccional.

- Respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el procedimiento.
- Guardar reserva sobre los asuntos relacionados con su función, aun después de haber cesado en el ejercicio del cargo.
- Atender oportuna y debidamente las peticiones dirigidas por los sujetos que intervienen dentro del procedimiento penal.
- Abstenerse de presentar en público al imputado o acusado como culpable si no existiera condena.
- Mantener el orden en las salas de audiencias.

En la audiencia de control de detención, el juez dirigirá y presidirá la misma. Tiene como deber garantizar los derechos constitucionales del imputado y de las demás partes que intervengan, por lo que, le corresponde calificar la detención que realizó el ministerio público, a partir de la percepción directa de las razones y fundamentos que este tuvo.

Desarrollo de la audiencia de control de detención

El artículo 308 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que inmediatamente después de que el imputado detenido en flagrancia o caso urgente sea puesto a disposición del juez de control, se debe citar a la *audiencia inicial* en la que se realizará el control de la detención antes de que se proceda a la formulación de la imputación.

La audiencia se desarrollará con la presencia ininterrumpida de quien o quienes integren el órgano jurisdiccional y de las partes que intervendrán en el proceso, como el imputado, su defensor y el ministerio público, en su caso, la víctima u ofendido cuando así lo hubiere decidido para comparecer a dicha audiencia.

En esta audiencia el imputado deberá asistir libre de su persona y ocupará un asiento a lado de su defensor y no podrá retirarse de ella sin autorización del órgano jurisdiccional.

Iniciada la audiencia, se procede a explicar al imputado sus derechos constitucionales y legales, se le pregunta si estos fueron informados con anterioridad, posteriormente, se procede a calificar la detención si considera

que esta fue hecha ajustada a las disposiciones legales, el juez la ratifica, en caso contrario, decreta la libertad con las reservas de ley.

Lo importante de esta audiencia es demostrar que se ha materializado algunos de los supuestos de la flagrancia o en caso urgente. La inasistencia del ministerio público da lugar a la liberación del detenido (Polanco Braga, 2015).

El juez le preguntará al detenido si cuenta con defensor y en caso negativo, ordenará que se le nombre un defensor público y le hará saber que tiene derecho a ofrecer datos de prueba, así como acceso a los registros.

En esta audiencia el ministerio público, con datos de prueba del hecho delictivo, debe justificar las razones que sustentan la detención y el juez de control procederá a calificarla. Examinará el cumplimiento del plazo constitucional de retención y los requisitos de procedibilidad, es decir, verificar que la detención se ajuste a alguno de los supuestos de flagrancia o caso urgente estipulados en los artículos 146 y 150 respectivamente, del Código Nacional de Procedimientos Penales, en caso de ser así, debe ratificar la detención, o decretar la libertad por no estar ajustada a derecho.

Ratificada la detención en flagrancia o caso urgente, el imputado permanecerá detenido durante el desarrollo de la audiencia inicial, en tanto no se resuelva si será o no sometido a prisión preventiva.

En caso de que al inicio de la audiencia el agente del ministerio público no esté presente, el juez de control declarará en receso la audiencia hasta por una hora y ordenará a la administración del Poder Judicial para que se comunique con el superior jerárquico de aquel, con el propósito de que lo haga comparecer o lo sustituya. Concluido el receso sin obtener respuesta, se procederá a la inmediata liberación del detenido.

Los datos de prueba para acreditar la detención del imputado

Para acreditar la detención del imputado, el ministerio público debe establecer con referencias la razonable existencia de un hecho delictivo en el que participó el imputado. Estas referencias deben constar mediante registros en la carpeta de investigación, ya que el ministerio público tiene la obligación de dejar registro de todas las actuaciones que se realicen durante la investigación

de los delitos, utilizando al efecto cualquier medio que permita garantizar que la información recabada sea completa, íntegra y exacta.

El registro de cada actuación debe contener por lo menos la indicación de la fecha, hora y lugar en que se haya efectuado, identificación de los servidores públicos y demás personas que hayan intervenido y una breve descripción de la actuación y, en su caso, de sus resultados.

El dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción, aún no desahogado ante el órgano jurisdiccional, es decir, se encuentra dentro la etapa de investigación, mediante el cual se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del inculpado.

Por regla general, se indica que los datos de prueba se desahogan en la etapa preliminar o de investigación, preferentemente antes de que se hubiere judicializado el expediente (investigación policial o informal), aunque en algunos casos se harán ya judicializada (investigación ministerial o formal), pero siempre antes del pliego o escrito de acusación, por lo cual, se considera que siguen estando, geográficamente hablando, todavía dentro de la etapa de investigación; posteriormente se presentan los medios de prueba ya en la etapa intermedia, en el caso del ministerio público precisamente en su escrito de acusación; en tanto que la defensa podrá realizarlo aun de manera oral ya en la diligencia de preparación del juicio; luego, las pruebas corresponden a la tercera y última de las etapas del procedimiento penal (Rotter Díaz, 2015). La prueba significa bueno, considerando como bueno u honrado a quien prueba lo que afirma (Sotelo Salgado, 2013).

Los medios de prueba son toda fuente de información que permite reconstruir los hechos. Los datos de prueba deben ser obtenidos lícitamente para que se admitan y desahoguen en el proceso.

A continuación, se describen los principales datos de prueba que se pueden presentar en la audiencia de control de detención, para acreditar la legalidad o ilegalidad de la misma dependiendo de la parte que los presente.

Entrevista

La entrevista es entendida como un acto de investigación de carácter meramente informativo y no probatorio. La entrevista es una variante táctica coloquial de la averiguación que tiende al logro de datos, indicios e informaciones, mediante la aplicación de las tácticas de interrogatorio (Escobar, 2003).

Es considerada una técnica de recolección de datos sobre un hecho materia de indagación, la cual es realizada durante la etapa de investigación, pero que solamente tiene un valor referencial o informativo (Benavente Chorres, 2015).

Por lo tanto, la entrevista es una fuente de información que permitirá al ministerio público, justificar las razones de la detención del imputado.

Inspección de lugares, objetos o instrumentos

Conforme al artículo 267 del Código Nacional de Procedimientos Penales, la inspección es un acto de investigación sobre el estado que guardan lugares, objetos, instrumentos o productos del delito. Es materia de inspección todo aquello que puede ser directamente apreciado por los sentidos. Si se considera necesario, la policía se hará asistir de peritos.

La inspección es un acto procedimental que tiene por objeto la observación, examen y descripción de personas, lugares, objetos y efectos de los hechos, para obtener un conocimiento exacto sobre la realidad de una determinada conducta o hecho para el descubrimiento del autor del ilícito (Colín Sánchez, 2010).

La inspección de lugares, objetos o instrumentos permite al ministerio público justificar ante el juez de control las circunstancias materiales de la detención y con ello lograr su pretensión en la calificación de la detención.

Inspección de personas

La inspección de personas es la actividad que realiza el ministerio público o la policía para inspeccionar a una persona o sus posesiones en caso de flagrancia, o cuando existan indicios de que oculta entre sus ropas o que lleva adheridos a su cuerpo instrumentos, objetos o productos relacionados con el hecho considerado como delito que se investiga.

La revisión consiste en una exploración externa de la persona y sus posesiones. Cualquier inspección que implique una exposición de partes íntimas del cuerpo requiere autorización judicial.

El fallo en la calificación de flagrancia

El párrafo segundo del artículo 308 del Código Nacional de Procedimientos Penales impone la obligación al juez de control de calificar la detención con las razones que le presente el ministerio público, al establecer que

El Ministerio Público deberá justificar las razones de la detención y el Juez de control procederá a calificarla, examinará el cumplimiento del plazo constitucional de retención y los requisitos de procedibilidad, ratificándola en caso de encontrarse ajustada a derecho o decretando la libertad en los términos previstos en este Código.

Para la calificación, debe asignar libremente de manera lógica un valor a cada uno de los datos de prueba presentados, debiendo justificar adecuadamente el valor otorgado. Así como constatar que la detención se dio por alguno de los supuestos que marca los artículos 146 y 150 del Código Nacional de Procedimientos Penales, y el cumplimiento del plazo constitucional para la retención.

Además, el juez de control debe ratificar la detención si la encuentra ajustada al artículo 16 Constitucional, es decir, cerciorándose de cómo fue la captura en caso de que haya sido detenido por un particular, verificar que el particular entregó al detenido en forma inmediata a la autoridad más próxima; comprobar que la policía le comunicó los derechos que le asisten al detenido, así como corroborar que lo entregó con prontitud al ministerio público; y este a su vez sí le hizo saber sus derechos; en caso contrario, emitirá su fallo decretando la libertad del imputado.

Discusión y conclusiones

La presente investigación propicia que se conozca de manera general la estructura del sistema procesal penal acusatorio y oral vigente en toda la república mexicana desde el 18 de junio de 2016, el cual tiene como principios rectores la publicidad, continuidad, concentración, intermediación y contradicción; este último principio envuelve el derecho de las partes a conocer, controvertir o confrontar los datos y medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la contraparte, por lo que debe materializarse en cada una de las audiencias de las tres etapas procesales.

En el caso de la audiencia de control de detención en flagrancia, en este estudio se infiere que el párrafo segundo del artículo 308 del Código Nacional de Procedimientos Penales viola al imputado el principio de contradicción en la audiencia de control de detención. al no establecer la oportunidad del

imputado a contradecir los datos de prueba presentados por el ministerio público para justificar las razones de la detención. Ya que, para el examen de calificación de legalidad de la detención se requiere que, en la audiencia de control de detención, el ministerio público justifique las razones de la detención y, con base a ello, el juez de control proceda a calificar la legalidad en la detención, examinando el cumplimiento del plazo constitucional de retención y los requisitos de procedibilidad, ratificándose en caso de estar ajustada a ello o se decretando la libertad con reservas para garantizar la participación del imputado en el proceso penal.

Si la detención no fue realizada conforme a la Constitución y el Código Nacional de Procedimientos Penales, es decir, porque no se detuvo al momento de la comisión del delito, o en su caso, se realizó persecución del imputado pero se les perdió físicamente; no existió señalamiento de testigo, o de la víctima u ofendido para su detención; no existen indicios en posesión del imputado que presuman su participación el delito cometido, el juez de control dispondrá la libertad inmediata de la persona, y en su caso, velará por la aplicación de las sanciones disciplinarias o penales que correspondan.

Para la debida sistematización y congruencia procesal que ratifique la debida aplicación en la práctica de los principios del sistema de justicia penal acusatorio y oral, se plantea como propuesta de reforma al párrafo segundo del artículo 308 del Código Nacional de Procedimientos Penales con el objetivo de que permita al imputado garantizar el principio de contradicción de los datos de prueba en el desahogo de la audiencia de control de detención, para el caso de flagrancia.

El párrafo de referencia establece

El Ministerio Público deberá justificar las razones de la detención y el Juez de control procederá a calificarla, examinará el cumplimiento del plazo constitucional de retención y los requisitos de procedibilidad, ratificándola en caso de encontrarse ajustada a derecho o decretando la libertad en los términos previstos en este Código.

Esta disposición viola al imputado el principio de contradicción en la audiencia de control de detención al no establecer la oportunidad del imputado a contradecir los datos de prueba presentados por el ministerio público para justificar las razones de la detención.

Por ello, en este trabajo consideramos significativo, formular la propuesta de adicionar el párrafo normativo referido, con el objetivo de que se reconozca el derecho de contradicción del imputado, para que el juez, le dé la oportunidad de controvertir las razones con las que justifica el ministerio público su detención.

La propuesta de reforma que se propone es para que en el Código se establezca lo siguiente:

El Ministerio Público deberá justificar las razones de la detención, el Juez de control escuchará al imputado, quién podrá en su caso contradecir las razones de su detención; se procederá a calificarla, examinará el cumplimiento del plazo constitucional de retención y los requisitos de procedibilidad, ratificándola en caso de encontrarse ajustada a derecho o decretando la libertad en los términos previstos en este Código.

Bibliografía

- Benavente Chorres, H. (2015). *La audiencia inicial conforme al código nacional de procedimientos penal*. México: Flores.
- Colín Sánchez, G. (2010). *Derecho mexicano de procedimientos penales*. México: Porrúa.
- Escobar, R. T. (2003). *El interrogatorio de la investigación criminal*. Buenos Aires: Universidad.
- Moreno Cruz, E. (2010). *El nuevo proceso penal mexicano, lineamientos generales*. México: Porrúa.
- Nataren Nandayapa, C. F., & Ramírez Saavedra, B. E. (2009). *Litigación oral y práctica forense penal*. México: Oxford.
- Polanco Braga, E. (2015). *Nuevo diccionario del sistema procesal penal acusatorio, juicio oral*. México: Flores.
- Rotter Díaz, J. S. (2015). *Manual de las etapas del sistema acusatorio*. México: Flores.
- Sotelo Salgado, C. (2013). *La prueba en el juicio oral*. México: Flores.
- Sotomayor Garza, J. G. (2015). *Introducción al estudio del juicio oral penal*. México: Porrúa.

Procedimiento abreviado: lagunas y deficiencias en la legislación nacional y en los lineamientos de la Fiscalía del estado de Jalisco

Rogelio Palomera Moreno¹

Enrique Flores Terríquez²

Resumen

El procedimiento abreviado constituye una forma de terminación anticipada del proceso penal en el actual sistema de justicia penal, vigente a partir del 16 de junio del año 2016. Su importancia radica en evitar que el proceso se integre en todas sus etapas, logrando un beneficio para el imputado, pues permite concluir de manera anticipada el procedimiento. Situación favorable tanto para la víctima u ofendido, pues recibe de manera oportuna la reparación del daño, como para el Estado, debido que, al no tener que desahogarse todas las etapas procesales, se evita la erogación de gastos para llevar a cabo dicho trámite que en muchas ocasiones puede ser innecesario.

A pesar de lo anterior, el fiscal general del estado de Jalisco, en abril del 2016, publicó una serie de lineamientos en los que de *motu proprio* establece que el procedimiento abreviado no se tiene que ver como un derecho del imputado, sino como una política criminal, lo que se desfasa de la verdad jurídica y atenta contra el principio *propersona*, pues desde el propio texto Constitucional emana que el procedimiento abreviado es una prerrogativa del imputado y los lineamientos establecidos por el fiscal estatal, no son acordes

¹ Estudiante de la maestría en Derecho del Centro Universitario de la Costa Sur de la Universidad de Guadalajara

² Tutor y profesor del Núcleo Académico Básico de la maestría en Derecho del Centro Universitario de la Costa Sur de la Universidad de Guadalajara.

a dicha percepción legal. Violándose con ello garantías, mismas que se aluden a lo largo del presente trabajo.

Introducción

Esta investigación de carácter descriptiva, parte de un análisis del Código Nacional de Procedimientos Penales y de los lineamientos que emitió la Fiscalía General del estado de Jalisco, para orientar la participación de los fiscales en los procedimientos del nuevo sistema de justicia penal, todo esto con relación al procedimiento abreviado, etapa procesal de la potestad del ministerio público por ser quien puede dar apertura al mismo. El análisis se fortalece con el empleo del estructuralismo jurídico al realizarse exégesis de leyes y documentos jurídicos, además de la revisión de documentos bibliográficos de contenido doctrinal, revistas, periódicos y páginas en línea. Deductivamente partimos de datos generales aceptados como válidos para llegar a una conclusión particular, respecto de los tópicos del procedimiento abreviado y los lineamientos que para el caso del procedimiento del juicio penal abreviado, estableció la Fiscal General del estado de Jalisco.

Todo lo anterior para tener un soporte del enfoque global y lo que implican en su práctica procesal las reformas a nuestra carta magna de junio de 2008, entre las cuales, México adopta un nuevo sistema penal, abandonando el sistema mixto inquisitorio para incursionar en un sistema acusatorio adversarial. Generándose un cambio dentro del derecho procesal penal y en la forma de impartir justicia en este ámbito. Los cambios de referencia se sustentan en diversos artículos constitucionales, con la cual México adopta dicho sistema, conocido coloquialmente como juicios orales.

En este sistema los procesos penales se inician a petición de parte interesada, el juez tiene prohibido incoar un juicio si no se presenta la denuncia o querrela correspondiente. Se rige en todo momento bajo diversos principios, primordialmente por el de presunción de inocencia, además de los principios establecidos dentro del numeral 20 constitucional: publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación; con ellos se trata de mantener igualdad jurídica entre las partes. Con la participación de tres jueces: juez de control o de garantías, juez de juicio oral y juez de ejecución de sentencias, se pretende abolir posibles malas prácticas que permearon en el anterior sistema.

Adoptar los juicios orales en México no significa un cambio fácil y sencillo, ni mucho menos rápido, sino la aceptación de un nuevo sistema procesal que implicará cambios graduales en la forma de visualizar el proceso penal, el cual busca, además, poner fin al conflicto mediante mecanismos alternativos de solución de conflictos, representándose la justicia alternativa y restaurativa como elementos significativos del nuevo proceso; lo que aunado al principio de oportunidad, la suspensión provisional del proceso y por supuesto el procedimiento abreviado (nuestro tema de estudio) que la implementación del nuevo sistema penal representa un gran reto para todos por la oportunidad de cambio que en sí representa, tanto para las autoridades como para abogados, estudiantes de derecho, pero, sobre todo, para la población en general a quien se debe sensibilizar. Así que depende de todos sus éxitos o fracasos.

Este estudio enfoca dos perspectivas del procedimiento abreviado. La primera relativa a las condiciones que establece el Código Nacional de Procedimientos Penales. La segunda, orientada a la participación procesal de la Fiscalía de Jalisco, que emite una serie de lineamientos que consideramos lejanos a la esencia de la reforma. Ya que en su redacción apreciamos que se aparta de la naturaleza y fines que se persiguen. No solo en el procedimiento; también desde la óptica para abordar los conflictos y darles solución, esto último como el motivo imperante.

Concepto y fuentes del procedimiento abreviado

Como esta investigación se encamina al estudio del procedimiento abreviado, es necesario establecer una conceptualización de lo que por este debemos entender. Según Jesús G. Sotomayor Garza (Jesús, 2015) es:

un proceso de negociación, en el cual el fiscal otorga concesiones al imputado, a cambio de que este admita su responsabilidad en la comisión de un ilícito, al igual que la renuncia a un juicio ordinario. Algunas legislaciones clasifican al procedimiento abreviado como una salida alternativa, sin embargo, la naturaleza de tal procedimiento especial gira en torno, más que una salida al juicio ordinario, a una simplificación procesal, cuya finalidad es la de resolver una causa penal de manera sumaria, acortándose los plazos y haciendo los trámites más inmediatos.

El autor en cita afirma que alguna doctrina de Bolivia lo define como «una herramienta de simplificación procesal para la imposición de una condena o en términos más sencillos, un proceso meritorio».

Con base en lo anterior, inferimos que el procedimiento abreviado puede considerarse como un mecanismo alternativo de solución de conflictos. Aunque obedece más a una política criminal con referencia a necesidades observadas en el sistema penal, que a cuestiones doctrinales, como lo sería la simplificación del procedimiento, su brevedad y consecuentemente la despresurización de procesos penales así como la reducción de costos en la administración de justicia penal.

Punto substancial del presente trabajo es establecer de dónde emana el procedimiento abreviado. Su génesis está en el artículo 17 párrafo cuarto de la Constitución Política, (2017) al establecer que:

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

De este precepto, se desprende la plataforma de la reforma penal del año 2008, pues sienta las bases de una política pública de solución de conflictos mediante métodos alternos, es decir, por vías distintas al trámite judicial al que estábamos acostumbrados o en su caso a caminos, que llegando a una sentencia, sean más cortos y con mayor beneficio para las partes. Cuidándose siempre que a la víctima u ofendido se le repare el daño causado.

La idea de implementar este tipo de solución de conflictos estriba en cumplir con uno de los fines primordiales del derecho penal: la reparación del daño (situación no prioritaria, jurídicamente hablando, en el sistema penal inquisitivo). Con esto, una vez realizada tal retribución, el imputado tenga como beneficio que su proceso concluya de manera anticipada, pudiendo obtener penalidades atenuadas.

A pesar de lo aludido en líneas precedentes, el procedimiento abreviado aunque tiene su origen en el artículo 17 Constitucional (2017), encontramos fundamento legal del mismo, en el artículo 20 apartado A) fracción VII de la propia Constitución (2017), cuya redacción estipula:

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

Sin duda alguna, esta fracción concatenada con párrafo cuarto muestra del diverso numeral 17 constitucional (2017) instituyen las bases del procedimiento abreviado otorgando, por lo menos en apariencia, eficacia al procedimiento penal, pues restituye a la víctima u ofendido el daño que le fue ocasionado; a su vez, impone al imputado o vinculado a proceso una sanción pecuniaria (que se le puede llamar así a la propia reparación del daño) y en su caso una pena privativa de libertad menor a la que le correspondería si fuera condenado en sentencia definitiva una vez que se haya agotado la totalidad de las etapas del juicio oral, lo que a toda luz hace emerger el sustento de la reforma que, aparte de lo que se ha mencionado en múltiples ocasiones, también tiene por objeto acabar con un sistema penitenciario obsoleto y desazolvar las prisiones, reduciendo costos de operación de los centros penitenciarios e impulsando una verdadera reinserción social de los que son partícipes de hechos considerados delictivos; abonándose con ello a la cultura de la legalidad y a que gradualmente se reduzcan los estigmas sobre aquellas personas que por alguna razón han sido sometidos a prisión, ya sea preventiva o purgando pena.

Principios del sistema penal acusatorio

Una vez establecido el sentido de la reforma, así como de dónde surge la figura jurídica del procedimiento abreviado, es importante precisar la parte medular de esta investigación, que tiene que ver con lagunas y deficiencias que pueden presentarse en dicha forma anticipada de terminación del proceso penal, y que, además, pudieran vulnerar principios que rigen el sistema penal acusatorio adversarial, así como derechos fundamentales, constitucionales y

de convencionalidad porque se percibe desapego a la norma constitucional y a los tratados internacionales, aspecto observable de alguna manera en el Código de Nacional de Procedimientos Penales. Ello motiva a analizar tales situaciones e ir colocando en la agenda de la discusión académica y social la posibilidad de sentar bases para una reforma al texto de la Constitución, de tal manera que exista congruencia entre la norma fundamental y las leyes generales.

Como ya se dijo, el artículo 20 párrafo primero de la carta magna (2017) establece los principios bajo los que se regirá esta nueva manera de aplicar el derecho procesal penal, pero ¿que entendemos por publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación?, para entender mejor, es importante explicar cada uno de los principios mencionados. Jesús G. Sotomayor Garza (2015) explica de manera sencilla cada uno de estos principios:

Publicidad: «Circunstancia de hacer una cosa pública», este se refiere a un ejercicio que antiguamente en las universidades se realizaba en público, consistente en una acción y la defensa de una confesión, trasladado tal vocablo al tema que tratamos, debemos decir que tal principio es aquel a través del cual se lucha para que el proceso penal no se desarrolle a puerta cerrada, desde luego respetando las excepciones señaladas por la ley, igualmente y en consecuencia de ello, para que el público pueda asistir a las diligencias que se practiquen dentro de un procedimiento de índole penal. Asimismo, el principio de publicidad responde a una garantía a favor del imputado, la que se encuentra contenida en la regla establecida en diferentes tratados internacionales, que dispone que este sujeto procesal tiene derecho a un juicio público; en consecuencia, toda diligencia judicial penal deberá ser practicada transparente y abiertamente, con la participación de los integrantes de la comunidad en donde se lleven a cabo las actuaciones judiciales, por lo anterior vale decir, que este principio no solo es garantía para el imputado, pues la sociedad también es titular de la misma por tener derecho a acceder a las salas de juicio a presenciar las incidencias de un procedimiento penal, dándoles con ello mayor transparencia a la aplicación de la norma.

Concentración: reunir en un solo sitio o dirigir hacia un solo lugar cosas que están dispersas, o que tienden a dispersarse, tal es la acepción gramatical de la palabra concentración. Aplicada tal acepción a nuestra materia, concentración consistirá en que en una misma audiencia, de ser humana y materialmente posible, se desarrollen todas las diligencias dentro de un

procedimiento penal, desde luego que de no ser posible la conclusión de las diligencias en una sola audiencia, debe procurarse que en un mínimo de ellas se concluya con el procedimiento.

Este principio se encuentra relacionado con lo dispuesto en el artículo 17 constitucional (2017), cuando se le otorga a las personas el derecho a una justicia «pronta, completa e imparcial», consecuentemente su fundamento legal, se encuentra en el inciso «A» que trata de los principios generales en su fracción x. Los principios previstos en este artículo se observarán también en las audiencias preliminares al juicio. La concentración permite que el titular del órgano jurisdiccional, al realizar en una sola audiencia, o en varias celebradas con la mayor proximidad de tiempo entre ellas, que este tenga presente todas las particularidades del acusado, pero sobre todo, el resultado de los debates y desahogo de probanzas, para así estar en plenas condiciones de emitir un fallo apegado a derecho por el cumplimiento de tal principio y su íntima relación con el de la intermediación que más adelante analizaremos. El desahogo de las probanzas, los alegatos de las partes consistentes en los de aperturas; así como los alegatos de clausura, e incluso la sentencia, son los principales actos procesales que se encuentran dentro del principio en mención. Este principio tiene aplicación principalmente en el juicio oral.

Continuidad: los diccionarios nos proporcionan la acepción de este vocablo diciéndonos que es «la calidad de continuo, circunstancia de ocurrir o realizarse una cosa sin interrupción» y la palabra continuo viene a significar «sin interrupción en el espacio y en el tiempo». En consecuencia, para el objeto de nuestro estudio, tal principio viene a consistir en la obligación de los órganos jurisdiccionales de desarrollar las audiencias de manera continua, es decir que no exista interrupción alguna, aun cuando se realice en forma sucesiva hasta que la misma sea agotada de manera completa, siempre y cuando se programen lo más cercano posible en el tiempo entre una y otra. En resumen este principio exige que la audiencia no sea interrumpida por un espacio de tiempo largo, sino que aun cuando sea en sesiones consecutivas, el acto procesal de que se trate la audiencia, sea concluida a la brevedad debiéndose señalar que el principio en cuestión se refiere principalmente a la audiencia del juicio oral.

Inmediación: este vocablo se define como la calidad de inmediato o circunstancia de estar o ser inmediato, en consecuencia se debe de conocer la acepción de la palabra inmediato para completar la comprensión del vo-

cablo en cita: el doctor en letras Guido Gómez de Silva (2003), en su *Breve diccionario etimológico de la lengua española*, le da el siguiente significado: «continuo, directo, sin demora: latín tardío immediatus (sentido implícito: sin que nada medie o se interponga)». En consecuencia de la interior aceptación podemos afirmar que si trasladamos tal vocablo, como ya se ha hecho con los otros principios, al nuevo sistema procesal penal, en el que participa como principio, diremos que la inmediación consiste en la relación directa y personal que debe existir entre el juez o tribunal con los sujetos procesales y sobre todo con los medios de prueba, que deben ser percibidos por sus sentidos para transformarse en pruebas. Este principio no tiene aplicación en cualquiera de los otros sistemas procesales penales, pues en el mixto, que aún en gran número de entidades federativas se aplica por asuntos acontecidos antes de la entrada en vigor del este nuevo sistema, se autoriza al secretario para que presida todo tipo de audiencias, de ahí que el mismo es exclusivo del nuevo sistema procesal que se introduce en la reforma constitucional penal.

Contradicción: según lo dice el propio Sotomayor (2015) «*significa acción y efecto de contradecir, a su vez*, este último, según los diccionarios consultados, viene a significar Desmentir o rectificar: decir que cierta cosa afirmada por otro no es verdad, o decir que no es tal como él la dice». Esto tiene entera aplicación en el principio que tratamos, el cual se debe puntualizar, no es exclusivo del sistema acusatorio que está implementando en México, pues el mismo participa en los procesos en todas las disciplinas del derecho.

Desigualdad procesal en el procedimiento abreviado

Dejamos el principio de *Contradicción* al final del punto anterior, sin seguir el orden del propio texto constitucional para dar pauta a nuestro estudio, pues una parte importante de este principio descansa precisamente en la «Igualdad entre las Partes», es decir, que tanto el órgano acusador como la defensa deben tener siempre los mismos derechos y obligaciones procesales, lo que en el caso particular del procedimiento abreviado no acontece, pues existe una potestad única concedida al ministerio público para su apertura, pudiendo dejar al imputado en estado de indefensión; pero veámoslo un

poco más claro y para ello se transcriben los artículos 201 y 202 del Código Nacional de Procedimientos Penales (2017):

Artículo 201.- Requisitos de procedencia y verificación del Juez para autorizar el procedimiento abreviado, el Juez de control verificará en audiencia los siguientes requisitos:

Que el Ministerio Público solicite el procedimiento, para lo cual se deberá formular la acusación y exponer los datos de prueba que la sustentan. La acusación deberá contener la enunciación de los hechos que se atribuyen al acusado, su clasificación jurídica y grado de intervención, así como las penas y el monto de reparación del daño;

Que la víctima u ofendido no presente oposición. Solo será vinculante para el Juez la oposición que se encuentre fundada y,

Que el imputado:

Reconozca estar debidamente informado de su derecho a un juicio oral y de los alcances del procedimiento abreviado;

Expresamente renuncie al juicio oral;

Consienta la aplicación del procedimiento abreviado;

Admita su responsabilidad por el delito que se le imputa;

Acepte ser sentenciado con base en los medios de convicción que exponga el Ministerio Público al formular la acusación.

Artículo 202. El Ministerio Público podrá solicitar la apertura del procedimiento abreviado después de que se dicte el auto de vinculación a proceso y hasta antes de la emisión del auto de apertura a juicio oral.

De la lectura armónica de los citados preceptos legales, se aprecia disparidad procesal que la propia ley marca en cuanto a la apertura del procedimiento abreviado, pues deja dicha posibilidad únicamente a la Fiscalía, sin dar lugar a que el vinculado a proceso pueda promover su apertura, lo que violenta en demasía los principios rectores del nuevo sistema, y deja sin oportunidad al imputado para que solicite en su beneficio esta forma anticipada de concluir con el juicio.

Pareciera que no habría problema en cuanto a la práctica se refiere, sin embargo, el Código es omiso en establecer qué sucede si el ministerio público se niega a solicitar la apertura de procedimiento abreviado, pues en aplica-

ción del artículo 8 de nuestra carta magna en cuanto al derecho de petición y que a la letra dice:

Artículo 8.- Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que esta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política solo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República. A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario.

En ese orden de ideas, tenemos que el imputado pudiera en uso de ese derecho solicitar su sustanciación, sin embargo, esta no podría llevarse a cabo, pues el propio artículo 201 de la Ley procesal Nacional (Código, 2017) impone al ministerio público un débito procesal para ello, como lo es la formulación de la acusación y, además, enunciar los datos de prueba que considere pertinentes para acreditar la responsabilidad del imputado en la comisión de los hechos delictivos que se le atribuyen, y para ello no existe norma procesal que exija al fiscal solicitar su apertura, por lo que no representa una obligación hacerlo, lo que deja al arbitrio y al libre albedrío del órgano acusador la petición, que podría ser en perjuicio, no solo del imputado, sino de la víctima u ofendido pues le impedirían acceder de manera pronta a la reparación del daño, y al propio sistema que, como ya dijimos, tiene como base la terminación de los conflictos por medios alternativos. Esta pasividad procesal pudiera darse, incluso por cuestiones personales en contra de alguna de las partes, sin responsabilidad alguna, motivo por el cual esta disposición pudiera ser violatorio de los derechos humanos y en contra de lo que a la par establece la propia Constitución y los tratados internacionales. No podemos dejar de lado que existen criterios jurisprudenciales que se refieren al procedimiento abreviado, tales como las que a continuación se describen:

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Aun cuando el inculpado solicite su apertura y admita el hecho que le atribuye el Ministerio Público, si el Juez de control no verifica, previo a ordenar su tramitación, que aquél conoció puntual y plenamente en qué consistió la acusación, vulnera su derecho humano

al debido proceso, y ello origina que se reponga aquél (legislación del estado de México).³

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Previsto en el artículo 20, apartado a, fracción VII, de la constitución política de los estados unidos mexicanos. consideraciones que pueden ser materia de cuestionamiento constitucional en el juicio de amparo directo promovido contra la sentencia definitiva derivada de aquél.⁴

De lo anterior, concluimos que aun cuando ya existen tendencias de interpretación jurídica referentes al procedimiento abreviado, también es cierto que ninguna aborda la posibilidad de que sea el imputado quien pueda solicitar la apertura, no obstante que la primera de las tesis establece lo que al efecto marcaba el artículo 388 del abrogado Código de Procedimientos Penales del estado de México que reza:

Artículo 388. El procedimiento abreviado se tramitará a solicitud del Ministerio Público en los casos en que el imputado admita el hecho que se le atribuya en la acusación y consienta en la aplicación de este procedimiento, y el acusador coadyuvante, en su caso, no presente oposición fundada. También, podrá formular la solicitud el imputado siempre y cuando se reúnan los requisitos del párrafo anterior y no exista oposición del Ministerio Público.

Donde aun cuando prevé la solicitud por parte del imputado, dicha solicitud queda supeditada a que se cumpla una situación que es propia del ministerio público, como lo es la acusación, y su tendencia se encamina a cuestiones que tiene que ver con información de las consecuencias que le acarrea al imputado al sujetarse al propio procedimiento o con que la voluntad de este no se vea coaccionada de ninguna manera por un agente externo, en

³ Suprema Corte de Justicia de la Nación: Décima Época, Registro: 2008757, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 16, Marzo de 2015, Tomo 3, Materia(s): Constitucional, Penal, Tesis: 11.1o.P. J/2 (10a.), Página: 2292.

⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación: Décima Época, Registro: 2012317, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Publicación: viernes 19 de agosto de 2016 10:27 h, Materia(s): (Común), Tesis: 1a. CCX/2016 (10a.).

consecuencia, como se ha analizado, resulta necesario legislar al respecto, de tal forma que se establezcan lineamientos que permitan la apertura del procedimiento abreviado por parte del imputado y, que de ser viable para el juez de control, se obligue al ministerio público a formular la acusación y mencionar los datos de prueba que puedan servir para acreditar la responsabilidad del imputado en la comisión del delito por el que fue vinculado.

Inconstitucionalidad de los lineamientos de la Fiscalía General del estado de Jalisco

A pesar de las propias contradicciones expuestas anteriormente y que existen en el Código Nacional de Procedimientos Penales, en el estado de Jalisco acontece una situación que se encuentra totalmente desfasada de la legalidad y, al parecer, con poco entendimiento del sentido de la implementación del sistema penal acusatorio adversarial, esto es referente al caso de la publicación que realizó el fiscal general del Estado de los llamados: «Lineamientos de esta dependencia para la solicitud que al caso emita el agente del ministerio público ante la autoridad jurisdiccional competente para la apertura del procedimiento abreviado, de conformidad a lo establecido por el código nacional de procedimientos penales» (Fiscalía, 2016) este documento, que consta de 13 artículos, contrapone la naturaleza del procedimiento abreviado y más aún, violenta los derechos humanos del imputado y contraviene de manera grave los tratados internacionales relacionados con materia penal, pues mientras que la naturaleza del procedimiento abreviado, como lo hemos dicho, representa un beneficio para el imputado, la Fiscalía de Jalisco toma un sentido totalmente opuesto y que no resulta ser una ideología institucional, sino que es palpable al analizar los lineamientos publicados y para muestra basta con dar lectura al Considerando número v que a la letra dice:

El procedimiento abreviado debe ser entendido y atendido no como un derecho o prerrogativa del Imputado para acceder a una reducción de la pena, sino como una medida de política criminal a cargo del Estado, toda vez que solo será procedente en el caso en que solicite el Agente del Ministerio Público, así como que el imputado o la víctima o el ofendido no se opongan a su aplicación, siempre considerando que el Código Nacional de Procedimiento Penales prevé

la posibilidad de que esta figura procesal sea aplicable para cualquier delito. Además, la aplicación del procedimiento abreviado no implica que necesariamente el Ministerio Público tenga la obligación de pedir una pena mínima, la reducción de ésta o la imposibilidad de pedir incluso una superior, sino que es una cuestión que se debe ponderar caso a caso, dependiendo del momento procesal en el cual se opta por la posibilidad de la abreviación, la solidez de la investigación y la posibilidad de los datos de prueba (Fiscalía, 2016).

De lo anterior se colige que la Fiscalía del estado de Jalisco tiene una percepción limitada del procedimiento abreviado, demostrándose ello, con el análisis tripartito del párrafo que se transcribió, la primera establece «ser entendido y atendido no como un derecho o prerrogativa del Imputado para acceder a una reducción de la pena, sino como una medida de política criminal a cargo del Estado» esta idea arremete contra los derechos del imputado, pues como ya se ha visto, en la propia Constitución, artículo 20 apartado A) fracción VII (2017), establece que es un beneficio al que puede acceder el propio imputado, siempre y cuando se cumplan con los extremos que determina la norma y que no puede tomarse como una política criminal, quizá su implementación, manejo y control pudieran formar parte de una ideología de este tipo; sin embargo, iniciar diciendo que no es un derecho o prerrogativa del imputado, amenaza con los derechos humanos emanados de la propia norma suprema, por lo que no queda al arbitrio de una institución si puede o no ser considerado como un derecho.

La segunda parte de dicho considerando, lo representa el autoritarismo institucional, aunado al monopolio que la propia ley le otorga al ministerio público para que solicite su apertura, pues del propio considerando se desprende «toda vez que solo será procedente en el caso en que solicite el agente del ministerio público, así como que el imputado o la víctima o el ofendido no se opongan a su aplicación, siempre considerando que el Código Nacional de Procedimiento Penales prevé la posibilidad de que esta figura procesal sea aplicable para cualquier delito» de lo que se advierte una postura oportunista, de la cual se puede aprovechar el ministerio público, pues sabe que depende de él la apertura de esta forma anticipada de terminar el juicio, lo que como ya se había abordado en temas anteriores, le otorga un instrumento jurídico que puede ser utilizado de manera incorrecta, discriminatoria o en su caso abusiva. Lo grave de esto es que el imputado quedaría a merced de

la institución que podrá o no solicitar la tramitación de este procedimiento, que aunado al hecho de que no sea considerado como una prerrogativa para el imputado, entonces los acuerdos que se pudieran tener, en apariencia, no buscarán lo que beneficie al que se encuentre sujeto a un proceso penal.

La tercera inconsistencia se desprende de lo que dice respecto a que:

no implica que necesariamente el Ministerio Público tenga la obligación de pedir una pena mínima, la reducción de ésta o la imposibilidad de pedir incluso una superior, sino que es una cuestión que se debe ponderar caso a caso, dependiendo del momento procesal en el cual se opta por la posibilidad de la abreviación, la solidez de la investigación y la posibilidad de los datos de prueba.

Esta postura conlleva en sí una perspectiva inquisidora, porque hace alusión a que lejos de beneficiar al reo, se pida una pena superior, hecho contradictorio con lo estatuido en el arábigo 202 párrafo cuarto del Código Nacional de Procedimientos Penales (Código, 2017) que entre otras cosas dice:

En cualquier caso, el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta un tercio de la mínima en los casos de delitos dolosos y hasta en una mitad de la mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión.

Esta disyuntiva legal da pauta para establecer que la política que se encuentra inmersa en la Fiscalía del Estado atenta contra el debido proceso y contra el principio *prohomine*, pues resalta una cuestión subjetiva que tiene que ver con la «solidez de la investigación» que nos hace pensar si puede considerarse que con los datos de prueba existentes no es posible que, en juicio oral, se pueda condenar al imputado por el o los delitos por los cuales fue vinculado a proceso, representaría una opción para el ente acusador para no evidenciarse esperando el resultado de una sentencia, por lo cual le convendría que el procedimiento abreviado sea de apertura; pero *a contrario sensu*, si la Fiscalía considera que hay elementos suficientes para una condena, entonces el «costo» del procedimiento abreviado será mayor para el imputado, aun cuando el propio Código Nacional establezca un parámetro en cuanto a lo que se puede solicitar como penalidad por parte del agente

del ministerio público, que si bien es cierto no los obliga a guiarse por una directriz, el considerar la solidez de la investigación como un punto de referencia para solicitar la apertura, es contrario a los derechos del imputado, pues para establecer un ofrecimiento que dé por terminado el proceso, la Fiscalía podrá hacer una valoración subjetiva en cuanto a los datos de prueba, a su facultad de realizar la solicitud y de la gravedad del delito para ofrecer un arreglo al imputado; cuando lo correcto sería que el ministerio público tuviera la disposición en todo momento, estar de acuerdo con la apertura del procedimiento abreviado, sin importar «la solidez de la investigación», sino las condiciones propias del imputado, las circunstancias propias del hecho y en su caso la participación del imputado en diversas investigaciones, que nos daría como resultado un razonamiento más humano y más objetivo de la situación, sin que se empoderara de una cuestión normativa y abusiva con los lineamientos que expide el fiscal del Estado.

Haciéndose necesario analizar el considerando VII de dicho acuerdo que literalmente expresa:

Bajo este nuevo modelo, se requiere la expedición de un instrumento jurídico que contenga los lineamientos generales para que el Agente del Ministerio Público solicite ante la autoridad judicial competente la Apertura del Procedimiento Abreviado, como lo dispone el artículo 202 del Código Nacional de Procedimientos Penales, así como prever en los niveles correspondientes y bajo su más estricta responsabilidad, a los funcionarios de esta Dependencia que tendrán a su cargo la función para formular, validar y autorizar la solicitud correspondiente (Fiscalía, 2016).

Esta parte del texto analizado se concatena con lo que establece el Código Nacional del Procedimientos Penales en su ordinal 202 (2017) párrafo quinto que dispone: «El ministerio público al solicitar la pena en los términos previstos en el presente artículo, deberá observar el Acuerdo que al efecto emita el Procurador».

Analizado en orden jerárquico de las normas, tenemos que la autonomía del ministerio público se ve coartada para el caso del procedimiento abreviado, pues para su petición, no obstante, los obstáculos normativos que de la Propia Ley Procedimental Nacional se desprende, le impone un candado más, que tiene que ver que el propio personero social adscrito al juzgado

que conozca del asunto. El cual debe tomar en consideración los requisitos que al efecto le exige la norma adjetiva, y una vez hecho lo anterior, previo a establecer la pena que solicitará en contra del imputado, no importando que haya habido anuencia de este último, debe contar con la autorización del procurador (que en este caso puede ser un superior jerárquico) para poder proponer la apertura del procedimiento abreviado; y que si, esta circunstancia eslabonada con el considerando transcrito, vemos que el ministerio público estará sujeto a lo que su superior establezca, se torna impropio debido a lo ya analizado. De tal suerte que aun cuando el propio ministerio público considerara inconstitucional la aplicación de los lineamientos, y se ocupara de cuestiones de mayor importancia y relevancia con relación a las condiciones del imputado, su actuar quedará supeditado a la decisión de personas que en primer término no tienen contacto con el procedimiento y mucho menos con las demás partes; y que en segundo plano, seguirán de manera rectilínea las disposiciones que la institución ya estableció a través de los multicitados lineamientos, siendo todo, en general, en perjuicio del imputado.

Continuando con el estudio de los lineamientos para la apertura del procedimiento abreviado, y para no caer en la transcripción de todos los artículos que lo conforman, me permito realizar el estudio del artículo 3 de los lineamientos (Fiscalía, 2016) que textualmente indica

ARTÍCULO 3. Para esta Dependencia la naturaleza del procedimiento abreviado contenido en el Código Nacional de Procedimientos Penales, será considerada como un mecanismo que simplifica la estructura del procedimiento penal ordinario para obtener en un tiempo razonable, con un despliegue menor de recursos por parte de la institución del Ministerio Público a partir de decisiones estratégicas dentro de la investigación, una sentencia que bajo la visión social resulte aceptable tanto en función de tiempo, como en la percepción de celeridad y eficacia del sistema de justicia penal. En este sentido, el procedimiento abreviado se convertirá en una herramienta para una persecución penal eficaz y de rentabilidad social que justifica al presentar una mejor relación costo-beneficio y con el que se potencializa una mayor efectividad en la actividad de investigación y persecución de los delitos, a la par de consecución de sentencias condenatorias socialmente óptimas como aquellas que se hubieran obtenido en un juicio completo.

Lo anterior permitirá que el Agente del Ministerio Público se enfoque en la persecución penal de hechos de mayor impacto, optando por el procedimiento abreviado en aquellos casos en los cuales no exista debate entre las partes y por tanto, se genere en corto plazo una sentencia sin necesidad de continuar con el esfuerzo técnico y humano, con la salvedad de los delitos que podrán ser solventados a través de soluciones alternas o la desestimación total en investigaciones sin ninguna perspectiva de éxito, esto ante la imposibilidad real de enjuiciar todos los casos conforme a las reglas del procedimiento ordinario y su conclusión en juicio oral.

La forma de terminación anticipada que implica un acuerdo previo entre la defensa y el Agente del Ministerio Público sobre la pena que se propondrá, regulado a través del procedimiento abreviado, apertura la posibilidad procesal, en aquellos casos en que no parezca necesario realizar un juicio oral, debido a que no existe controversia fundamental entre el Agente del Ministerio Público y el imputado respecto de los hechos por los cuales se le acusa.

Sin embargo, para la aplicación del procedimiento abreviado será preciso establecer controles que regulen la discrecionalidad del Agente del Ministerio Público al momento del ofrecimiento y valoración de la posible pena con las demás partes, con base a las políticas institucionales de persecución penal, orientada a una investigación racional, estratégica e inteligente, sin que se pretenda con el procedimiento abreviado suplir a ésta.

Se considera este precepto legal una síntesis de todo lo que se ha planteado a lo largo de este trabajo, pues resume que la visión de la Fiscalía General de Jalisco, es tomar el procedimiento abreviado como una salida fácil ante la poca eficacia de sus investigaciones, optando por esta forma anticipada de concluir el juicio cuando detecte que los datos de prueba no alcanzan a demostrar la culpabilidad del imputado, y por ende, a efecto de evitar mayores gastos para la institución. Haciéndose énfasis en la mayor parte de la redacción del artículo que se dará solo cuando no haya controversia (que desde este punto de vista se entiende como ausencia de defensa), lo que limita en demasía la implementación de este procedimiento, ya que no admite el trámite si existen datos de prueba por parte de la defensa, de tal suerte que soslaya el derecho del imputado que pudiera optar por este procedimiento, solo por evitarse precisamente el largo camino del juicio oral.

Conclusiones

En suma, tenemos que el procedimiento abreviado constituye una modalidad de métodos alternos de solución de conflictos, que simplifica el trámite del juicio oral, obteniendo una sentencia condenatoria menor, siempre y cuando el imputado acepte su responsabilidad en la participación del delito que se le imputa y que colme los extremos legales que al efecto establece el numeral 201 y 202 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Resulta contradictorio a la Constitución y a los derechos del imputado que la petición de apertura al procedimiento abreviado recaiga únicamente en la figura del ministerio público, pues va en contra del principio de igualdad procesal de las partes en el nuevo sistema y le impide al imputado ser él quien solicite dicha forma anticipada, y aun cuando lo hiciera, quedaría a expensas del ministerio público su tramitación, pues requiere de la acusación para poder substanciarse.

Los lineamientos promulgados por el Fiscal General del Estado de Jalisco mediante acuerdo FGEJ número 05/2016 publicada en el *Periódico Oficial del Estado* con fecha 21 de abril del año 2016, para la solicitud que al caso emita el agente del ministerio público ante la autoridad jurisdiccional competente para la apertura del procedimiento abreviado, de conformidad a lo establecido por el Código Nacional de Procedimientos Penales, contraviene los derechos constitucionales del imputado, reviste de política criminal a un procedimiento que lo que busca es la conclusión de los asuntos de impacto mediante la aceptación del imputado, dotándolas de trabas y dolo jurídico que contraponen el principio *prohomine* y lo establecido en tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Se debe realizar una reforma para actualizar con base en situaciones procesales anómalas detectadas sobre la puesta en marcha del nuevo procedimiento, y poner a punto, al Código Nacional de Procedimientos Penales, para que permita procesalmente que el imputado esté en aptitud de solicitar la apertura del procedimiento abreviado y que vaya acompañada de un débito procesal del ministerio público de formular la acusación de manera obligatoria, siempre y cuando, a criterio del juez de control, se reúnan los extremos legales para su trámite.

Se debe proponer la abrogación de los lineamientos de la Fiscalía General del estado de Jalisco para la solicitud que al caso emita el agente del ministe-

rio público ante la autoridad jurisdiccional competente para la apertura del procedimiento abreviado, por ser contrarios a la Constitución y a la propia esencia de la reforma penal del año 2008. Pero más aún, se debería capacitar a la propia Fiscalía para que se actualicen en el sentido de la implementación del nuevo modelo de justicia penal, para erradicar las prácticas inquisitivas, la idea de la superioridad procesal de la Fiscalía y de sensibilizar su actuar, pensando en que no deben de ver a las personas como delincuentes, sino como presuntos inocentes, a entender que su trabajo ya no es concentrar personas en las prisiones, sino ser instrumentos de la búsqueda de la verdad. Abandonar «malas prácticas» y fortalecer el pleno acceso a la justicia y la cultura de la legalidad. Sin dejar de considerar que la Fiscalía, es la representante social y por ende, debe estar atenta a las necesidades y cambios de paradigmas de la sociedad.

Bibliografía

- Benavente Chorres, H. (2015). *La audiencia inicial conforme al código nacional de procedimientos penales*. México: Flores .
- Benavente Hesbert, H. J. (2015). *Código Nacional de Procedimientos Penales*. México: Flores.
- Cámara de Diputados del Congreso de la Unión (2017, 25 de febrero). *Cámara de Diputados del Congreso de la Unión*, de www.diputados.gob.mx
- Cámara de Diputados. (2017, 25 de febrero). *Código Nacional de Procedimientos Penales*, de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpp.htm>.
- Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. (2017, 25 de febrero) *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, de www.diputados.gob.mx.
- Colín Sanchez, G. (2010). *Derecho mexicano de procedimientos penales*. México: Porrúa.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2015). México: Porrúa.
- Escobar, R. T. (2003). *El interrogatorio de la investigación criminal*. Buenos Aires: Universidad Española.

- R. A. E. (2012). *Diccionario de la Lengua Española*, de <http://lema.rae.es/drae/?val=principio>.
- Guido, G. S. (2003). *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española*. México: FCE.
- Jesus, S. G. (2015). *Introducción al Estudio del Juicio Oral Penal*. México: Porrúa.
- Lineamientos de la Fiscalía General del Estado para la solicitud que al caso emita el Agente del Ministerio Público ante la Autoridad Jurisdiccional Competente para la Apertura del Procedimiento Abreviado (2016, 21 de abril). *Periódico Oficial del Estado*, pp. 3-11.
- Moreno Cruz, E. (2010). *El nuevo proceso penal mexicano, lineamientos generales*. México: Porrúa.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2017, 25 de febrero). *Semanario Judicial de la Federación*, de [http://200.38.163.178/sjfsist/\(F\(5dNDc-C0oMytMU-sSj29gyrcjWbWMcqc1Z_gSWfoYqUWrTHZoaSYLl8_tC-5MvotqOSc9ziDl6ur5ia3UFsMdli_3h8dq9j221F4_TC-cDnwLdYgJG-cU6suX8lweL7BTFci6rg89tZmXfh_jUNa9haiOuo5ms98-ASI-RAU2E-3TA81\)\)/Paginas/tesis.aspx](http://200.38.163.178/sjfsist/(F(5dNDc-C0oMytMU-sSj29gyrcjWbWMcqc1Z_gSWfoYqUWrTHZoaSYLl8_tC-5MvotqOSc9ziDl6ur5ia3UFsMdli_3h8dq9j221F4_TC-cDnwLdYgJG-cU6suX8lweL7BTFci6rg89tZmXfh_jUNa9haiOuo5ms98-ASI-RAU2E-3TA81))/Paginas/tesis.aspx)
- Nataren Nandayapa, C. F. & Ramírez Saavedra, B. E. (2009). *Litigación oral y práctica forense penal*. México: Oxford.
- Noriega, A. (1980). *Lecciones de Amparo*. México: SN.
- Polanco Braga, E. (2015). *Nuevo diccionario del sistema procesal penal acusatorio, juicio oral*. México: Flores.
- Rafael, S. v. (1998). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. México: Porrúa.
- Rotter Dí az, J. S. (2015). *Manual de la etapas del sistema acusatorio*. México: Flores.
- Rubio. (2013). *Teórico-Práctico de los Juicios Orales en México*. México: SN.
- Sotelo Salgado, C. (2013). *La prueba en el juicio oral*. México: Flores.
- Sotomayor Garza, J. G. (2015). *Introducción al estudio del juicio oral penal*. México: Porrúa.
- Teodoro, S. v. (1999). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. México: Universidad Autónoma de México.

Abuso procesal de la prisión preventiva en el sistema acusatorio adversarial. Enfoque de la intervención procesal de la Fiscalía de Jalisco

Aldo Cárdenas Osorio¹

Resumen

La transición de los sistemas de impartición de justicia en nuestro país es uno de los momentos más importantes para la defensa de los derechos fundamentales de cualquier ciudadano, pues si bien es relevante para el estado mexicano el mantenerse dentro de los estándares internacionales en el respeto y protección a las garantías judiciales, también lo es para los ciudadanos el poder contar con un sistema de justicia penal confiable y que vele en todo momento por el respeto de los derechos humanos sin privar de derechos, posesiones y propiedades, pero, sobre todo, sin prejuzgar a nadie con su internación a centros penitenciarios, para posteriormente decirle: “es libre de irse, disculpe usted”.

Esta narración constituye un análisis de la aplicación de las medidas cautelares dentro de la aplicación del nuevo sistema de justicia penal, su regulación legal y el enfoque que se da por parte de los intervinientes, por lo cual se aborda la integración de los principios que lo rigen y el cómo intervienen en el desarrollo de la aplicación de una medida cautelar.

Por otro lado, se analiza la interacción que se tiene en un proceso del orden penal de los principios constitucionales de presunción de inocencia e indubio proreo en la política institucional de aplicar como medida cautelar la prisión preventiva que está catalogada como la última ratio.

¹ Egresado de la maestría en Derecho del Centro Universitario de la Costa Sur de la Universidad de Guadalajara.

Generalidades del sistema acusatorio adversarial

A raíz de las reformas constitucionales publicadas el 18 de junio de 2008, el Estado mexicano se encuentra en proceso de transición de un sistema mixto inquisitivo a uno oral y acusatorio, que tiene como finalidad la impartición de una justicia que resuelva los conflictos sociales de forma rápida, eficaz, eficiente, transparente, imparcial, accesible, con respeto a los derechos humanos y orientada a una política criminal preventiva capaz de restaurar el tejido social a través de la justicia alternativa (Rubio, 2013).

En el sistema inquisitivo de México, aparentemente, existe una separación de funciones entre el fiscal (investigar y acusar) y el juez (determinar la culpabilidad o inocencia de un individuo); sin embargo, el fiscal realiza diversas funciones que deben ser materia exclusiva del juez.

Los principios rectores del nuevo sistema de justicia penal

Para una mejor comprensión de todo lo que aquí se ha abordado, es necesario conocer y describir los principios rectores del nuevo sistema de justicia penal. Ya que no podemos entrar al estudio de lo que son los principios fundamentales, sin antes establecer el concepto de lo que es un *principio*, la Real Academia Española (2012) lo define como: «base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede a discurrir en cualquier materia». En esa tesitura se puede definir que los principios rectores son las guías que el proceso debe seguir, sin desviar su dirección y respetándolas en todo momento.

Uno de estos principios es el de presunción de inocencia, el cual establece que se debe considerar inocente al probable responsable en la comisión de un delito, hasta que se acredite lo contrario en sentencia ejecutoriada (en contraposición del sistema inquisitivo que considera culpable al acusado hasta que se demuestre lo contrario). Se deja la aplicación de la prisión preventiva como último ratio y de manera excepcional. Este principio lo tenemos contemplado en el artículo 20 constitucional, apartado B, fracción I, al señalar que toda persona imputada tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2015).

Objeto del proceso penal

La fracción I, del apartado A del artículo 20 Constitucional Federal (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2015) señala como el objeto del proceso penal: el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen. Esto significa que el ministerio público podrá recobrar plenamente su carácter de buena fe, pues el procedimiento ya no lo obligará a tratar de demostrar que el acusado es necesariamente el culpable. Del objetivo previsto tanto por la Constitución Federal como por las legislaciones procesales acusatorias, se resume el mismo de la siguiente manera: determinar si se ha cometido un delito mediante el esclarecimiento de los hechos; proteger al inocente; procurar que el culpable no quede impune; facilitar para la víctima la reparación del daño causado por el delito; garantizar la justicia en aplicación al derecho; y resolver el conflicto suscitado ente las partes para restaurar la armonía social entre sus protagonistas y la sociedad.

El nuevo sistema de enjuiciamiento penal pretende el respeto de los derechos fundamentales, bajo un panorama alejado del excesivo formalismo procesal, ahora se ubica en el sentido de que el nuevo proceso sea claro para cada uno de los intervinientes, así como para la sociedad, quienes a final de cuentas son los receptores y los testigos de la impartición de justicia. La reforma constitucional adoptó un sistema preponderantemente acusatorio con un juicio oral, el cual cuenta con tres etapas claramente diferenciadas: la etapa preliminar o de investigación, la etapa intermedia o de preparación a juicio y la etapa de juicio oral o de debate.

Conceptualización de las medidas cautelares

Entonces, bajo el principio del pleno respeto a los derechos fundamentales, el término de las *medidas cautelares* tiene un significado relevante en el proceso y en el imputado. El concepto jurídico *medidas cautelares* es universalmente admitido. Tal afirmación se desprende de algunos instrumentos internacionales, como la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas así como de la doctrina procesal que considera que la expresión es genérica. Y es genérica porque la lista de medidas cautelares que pueden ser competencia de los juzgados de control, con la reforma constitucional de 2008, puede incrementarse. Según Noriega (1980), Carnelutti les llamó proveimientos cautelares; Chiovenda, medidas de conservación o cautelares;

Podetti, providencias de naturaleza cautelar, De la Plaza, medidas provisionales de cautela; Pallares, medidas preventivas o de seguridad; y Calamandrei, providencias cautelares o precautorias.

Al respecto, Benavente (2015) establece que el legislador federal determinó que «Las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido, del testigo o evitar la obstaculización del procedimiento», precisándose esto en el artículo 153, primer párrafo, Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP).

La aplicación de las medias cautelares

La aplicación de las medidas cautelares en el procedimiento penal acusatorio son en parte referencias procesales significativas que orientan y rigen la actuación del juez de control a fin de garantizar la presencia del imputado en todos los actos procesales y prevenir cualquier atentado contra alguno de los sujetos intervinientes, respetando en todo momento la dignidad y derechos humanos de los afectados con alguna de ellas o de las víctimas u ofendidos para la reparación de los daños y perjuicios que le fueron causados por el hecho delictivo; y, en donde la regla fundamental será el gozo de la libertad y la excepción de la prisión preventiva.

Al tener presente siempre lo expuesto con antelación, el juzgador estará cumplimentando el efectivo acceso a la justicia del imputado e incluso de la víctima, fortaleciendo la cultura de la legalidad e incluso el principio de legalidad. Y el cumplimiento del sistema normativo que constituye el derecho positivo de nuestro país. Significativo precisar que son los artículos 14 y 16 de la Constitución Mexicana los que consagran el principio de legalidad. Abundándose en la aplicación del proceso del sistema penal acusatorio, adversarial y oral en México. Sin embargo, el principio de legalidad, en estricto sentido jurídico en materia penal, significa que todos los actos de la autoridad investigadora y judicial deben estar ajustados a lo que prescribe la norma sustantiva (Código Penal) o adjetiva (Código Nacional de Procedimientos Penales) en particular, es decir, debidamente fundados y motivados.

De tal suerte, que la legalidad de las medidas cautelares para su procedencia e imposición encuentra su fundamento jurídico en una norma prevista en el capítulo IV denominado «Medias Cautelares», del Código Nacional de

Procedimientos Penales, en su artículo 154 (Benavente Hesbert, 2015) que textualmente reza:

El Juez podrá imponer medidas cautelares a petición de Ministerio Público o de la víctima u ofendido, en los casos previstos por este Código, cuando ocurran las circunstancias siguientes:

Formulada la imputación, el propio imputado se acoja y al término constitucional, ya sea éste de una duración de setenta y dos horas o de ciento cuarenta y cuatro, según sea el caso, o

Se haya vinculado a proceso al imputado.

En caso de que el Ministerio Público solicite la prisión preventiva durante el plazo constitucional, dicha cuestión deberá resolverse antes del dictado del auto de vinculación a proceso. Para tal efecto, las partes podrán ofrecer aquellos medios de prueba pertinentes para analizar la procedencia de la Medida solicitada, siempre y cuando la misma sea susceptible de ser desahogada en las siguientes veinticuatro horas.

Recordemos que la medida cautelar de la prisión preventiva, únicamente la puede solicitar el ministerio público, no así la víctima ni el ofendido, en términos de lo dispuesto en el párrafo segundo, segunda parte, del ordinal 157 del Código Nacional de Procedimientos Penales (Benavente Hesbert, 2015). Esto es acertado, en razón que la víctima u ofendido tienen interés en que se les paguen la reparación de los daños causados por el hecho delictivo cometido por el imputado o en donde él participó; cuyo concepto no necesariamente se logra recluyendo a prisión preventiva al imputado, pues al contrario se ha demostrado que genera odio, rencor y resentimiento contra la víctima u ofendido, inclusive resentimiento en contra de la sociedad, siendo que lo que se persigue es una justicia restaurativa para el orden social y no represiva o destructiva de un miembro de la sociedad.

La aplicación de medidas cautelares en procesos penales debe de ir vinculada con la jurisdiccionalidad, ya que según lo dispuesto por el artículo antes mencionado del código procedimental nacional, que consiste en que las medidas cautelares solo las pueden imponer los jueces de control en audiencia y con presencia de las partes, ajustándose a los demás principios que regulan la aplicación de tales medidas cautelares, cuyo precepto, señala textualmente:

1. Artículo 157. Imposición de medidas cautelares. Las solicitudes de medidas cautelares serán resueltas por el juez de control, en audiencia y con presencia de las partes.
2. El juez de control podrá imponer una de las medidas cautelares previstas en este Código, o combinar varias de ellas según resulte adecuado al caso, o imponer una diversa a la solicitada siempre que no sea más grave. Solo el ministerio público podrá solicitar la prisión preventiva, la cual no podrá combinarse con otras medidas cautelares previstas en este Código, salvo el embargo precautorio o la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren en el sistema financiero.
3. En ningún caso el juez de control está autorizado a aplicar medidas cautelares sin tomar en cuenta el objeto o la finalidad de las mismas ni a aplicar medidas más graves que las previstas en el presente Código.

Las medidas cautelares pueden ser revisadas para el caso de cambiar las circunstancias por las que se dictaron. Para tal efecto, el artículo 161 del Código Nacional de Procedimientos Penales dice textualmente que:

Cuando hayan variado de manera objetiva las condiciones que justificaron la imposición de una medida cautelar, las partes podrán solicitar al Órgano jurisdiccional que cite a todos los intervinientes a una audiencia con el fin de abrir debate sobre la subsistencia de las condiciones o circunstancias que se tomaron en cuenta para imponer la medida y la necesidad, en caso, de mantenerla y resolver respecto de tal pedimento (Benavente Hesbert, 2015).

En consecuencia, la imposición de las medidas cautelares, no se sustenta en el artículo 161 del CNPP, en razón que este precepto se refiere a la revisión de la medida cautelar impuesta, ya sea para que revoque, sustituya o modifique; esto es, que se refiere a un acto posterior a la imposición de alguna medida cautelar y por tanto, no es el acto primario en la que se analizan la procedencia y posible imposición por parte del juez de control.

En ese tenor se establece que la medida cautelar de prisión preventiva tendrá el carácter de excepcional, precisamente por esta razón solo el ministerio público podrá solicitar su imposición al juez de control de acuerdo a las circunstancias personales del imputado y cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio,

del desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexas. Sin embargo, el juez de control deberá imponer la medida cautelar de prisión preventiva, en forma oficiosa, tratándose de la comisión de hechos delictivos previstos en determinadas leyes generales y especiales como el Código Penal Federal, Ley General de Salud, Ley Federal contra la Delincuencia Organizada o las relativas al secuestro y trata de personas.

Marcándose por su importancia, el balance que realiza el fiscal. Este tiene como común denominador solicitar la prisión preventiva en cualquier tipo de delito, aun cuando es precisamente la última de la multicitada lista de catorce medidas cautelares. Con ello deja de respetar la premisa constitucional que establece que la última en seleccionar deberá ser la prisión preventiva. No obstante, el principio que sigue aplicando la fiscalía es el de mantener preso al imputado al considerar que de esta forma aseguran el correcto desarrollo del proceso. Entonces, no debe olvidarse, como observamos anteriormente, que la posibilidad e imposición de las medidas cautelares debe analizarse dentro del proceso penal y no fuera él, debido a que durante la fase de investigación inicial del ministerio público no debe imponer una medida cautelar, pues dicha función es competencia exclusiva del juez de control, consecuentemente tal medida, en caso de dictarse por el órgano de acusación, no sería instrumental ni legal.

Sin embargo, el ministerio público, bajo su más estricta responsabilidad, ordenará fundada y motivadamente la aplicación de las medidas de protección idóneas cuando estime que el imputado representa un riesgo inminente en contra de la seguridad de la víctima u ofendido. Por ello, previamente el legislador federal creó medidas de protección que pueden ser aplicadas por el ministerio público. Pero providencias precautorias y medidas cautelares solo los jueces de control las pueden ordenar, conforme a los principios de legalidad y de manera instrumentalizada.

Ahora bien, en cuanto a la duración de las medidas cautelares impuestas durante un proceso penal: las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento.

Corresponderá a las autoridades competentes de la Federación y de las entidades federativas, para medidas cautelares, vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido, como ya se dijo, la medida cautelar de la prisión preventiva, no debe exceder del término de un año, conforme lo dispone el artículo 165 del Código Nacional de Procedimientos Penales (Benavente Hesbert, 2015), de acontecer lo contrario la medida cautelar se convertiría en una medida de seguridad propia de una resolución definitiva dictada al término del juicio oral y no durante el proceso.

La procedencia e imposición de una medida cautelar debe ser acorde con los riesgos que representa el imputado en caso de continuar en libertad, para la víctima u ofendido, para los testigos, peritos, ministerio público o jueces dado el caso, para la comunidad donde vive, para comparecer ante el juez de control o Tribunal de enjuiciamiento, en su caso, siempre atendiendo a la edad, incapacidad o enfermedad que pudiera padecer el imputado, en ese sentido en el procedimiento penal acusatorio, cuando se trate de imponer una medida cautelar, el juez de garantías deberá ajustar su decisión conforme al principio de proporcionalidad, que textualmente dice según el artículo 156 del Código Nacional de Procedimientos Penales: «El Juez de control, al imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en este Código, deberá tomar en consideración los argumentos que las partes ofrezcan o la justificación que el Ministerio Público realice, aplicando el criterio de mínima intervención según las circunstancias particulares de cada persona, en términos de la dispuesto en el artículo 19 de la Constitución» (Benavente Hesbert, 2015).

Para determinar la idoneidad y proporcionalidad de la medida, se podrá tomar en consideración el análisis de evaluación de riesgo realizado por el personal especializado en la materia, de manera objetiva, imparcial y neutral en términos de la legislación aplicable. En la resolución respectiva, el juez de control deberá justificar las razones por las que la medida cautelar impuesta es la que resulta menos lesiva para el imputado.

Clasificación de las medidas cautelares

Las medidas cautelares se dividen en dos grandes grupos: uno de índole personal y otro de carácter real.

Son personales las destinadas a la persona del imputado, con respecto al estado de sujeción o a que se le someta la imputación para los efectos de la investigación del delito, la determinación del delincuente y la imposición de la pena. El Código Nacional de Procedimientos Penales contempla como medidas cautelares personales las siguientes: la citación, la prohibición de salir del país o de determinada localidad o territorio, el arresto domiciliario, sujeción a vigilancia, la obligación de presentarse periódicamente ante el juez u otra autoridad, y la prohibición de aproximarse a personas determinadas, al ofendido o a su familia, y la colocación de dispositivos electrónicos (Benavente Hesbert, 2015, p. 330).

Tales medidas se distinguen unas de otras, por una parte, por su mayor o menor estabilidad o duración; y por la otra, por su origen, que pueden ser practicadas por vía de acción o decretadas por vía de jurisdicción. Así, por ejemplo, el arresto es menos estable o duradero que la detención, y esta, a su vez, es menos permanente que la prisión preventiva.

Las medidas cautelares personales, por afectar la esfera personal y libertad del imputado, conforme al artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales, son las siguientes:

1. La presentación periódica ante el juez o ante autoridades distinta que aquel designe.
2. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.
3. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada
4. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares.
5. La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
6. La separación inmediata del domicilio.
7. La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos.
8. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral.
9. La colocación de localizadores electrónicos.

10. El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga.

11. La prisión preventiva (Benavente Hesbert, 2015, p. 330).

Las medidas cautelares no podrán ser usadas como medio para obtener un reconocimiento de culpabilidad o como sanción penal anticipada. Son reales aquellas medidas destinadas a asegurar los bienes del imputado y de los demás comprometidos de las consecuencias dañinas y jurídicas del delito, a fin de hacer efectivas sus respectivas responsabilidades penales indemnizatorias. El Código Nacional de Procedimientos Penales contempla como medidas cautelares reales, por recaer en cosas muebles o inmuebles siempre que sean propiedad del imputado, las previstas en el artículo 155, a saber:

1. La exhibición de una garantía económica.
2. El embargo de bienes.
3. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero (Benavente Hesbert, 2015).

Las medidas cautelares reales ordenadas por el juez de control, previa solicitud del ministerio público y víctima u ofendido, afectan temporalmente los derechos patrimoniales del imputado, toda vez que puede mermar su patrimonio al garantizar económicamente un concepto procesal, sufrir un gravamen, o restringir los derechos de disposición libre en el sistema financiero.

En esa tesitura y al conocer la reglamentación, principios y normatividad aplicable a las medias cautelares en el caso específico de prisión preventiva, se determina que las solicitudes que realiza el ministerio público o fiscales de aplicación de media cautelar de prisión preventiva en contra del imputado viola los derechos fundamentales de presunción de inocencia e indubio proreo en razón de que, como se mencionó, la prisión preventiva debe de ser usada como último caso y de manera excepcional, ya que derivado de la transición de sistemas de justicia penal sobresale que se debe de respetar en todo momento la libertad personal de los gobernados ante cualquier investigación criminal. En ese margen, todas las autoridades vinculadas a la Administración y Procuración de Justicia deben velar por tratar de evitar la aplicación de esta medida, porque se está en una transición tanto cultural como de un sistema jurídico, que es de índole nacional e internacional, puesto que también se

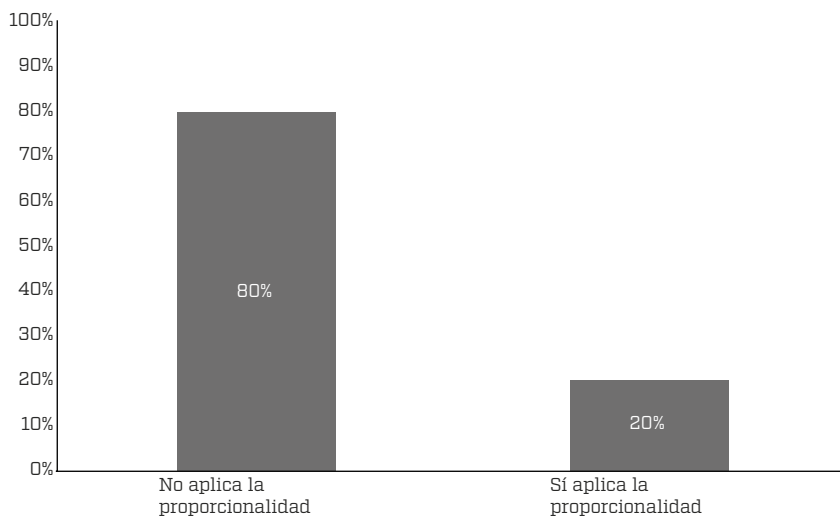
encuentran estas disposiciones en tratados internacionales, por lo cual su aplicación debe de ser de carácter excepcional.

Para esclarecer la conducta de los fiscales dentro del nuevo sistema de justicia penal, con relación a la medida precautoria de prisión preventiva, se muestran resultados de respuestas otorgadas a dos interrogantes representativas del objeto a conocer en un cuestionario aplicado a los fiscales de las poblaciones que conforman las regiones Sierra de Amula y costa sur de Jalisco.

ANEXOS

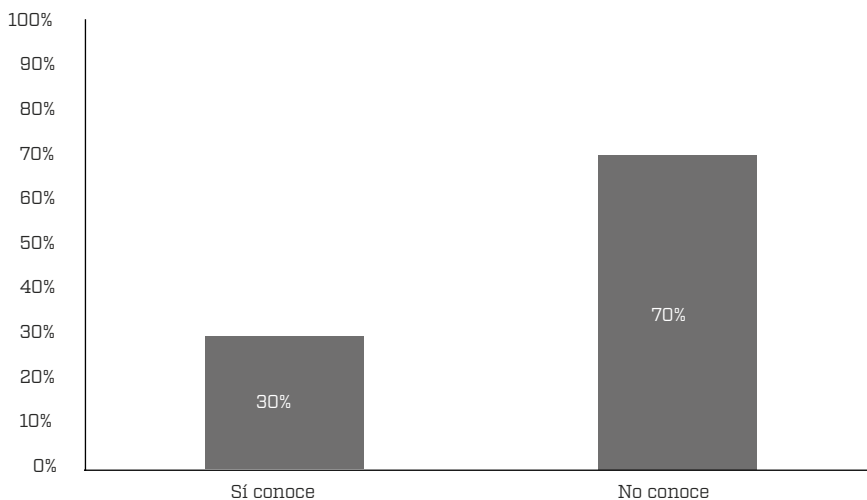
Gráficas más representativas de la investigación empírica en cuestionarios aplicados a fiscales del fuero común que laboran en las zonas económicas de Jalisco denominadas costa sur y Sierra de Amula

¿En el ejercicio de sus funciones, al solicitar usted una medida cautelar, ¿toma en cuenta o aplica los principios de proporcionalidad, presunción de inocencia e indubio proreo?



Resulta que del cien por ciento de los fiscales que se les aplicó la entrevista, un ochenta por ciento dijo que el personal de fiscalía no aplica el principio de proporcionalidad, ni el de presunción de inocencia ni el de indubio proreo, ya que, para solicitar la aplicación de medidas cautelares, toman en cuenta otros factores como la oficiosidad, es decir, por el tipo de delito, la gravedad de este y los bienes jurídicos tutelados por la ley que el imputado haya violado. Mientras que el restante veinte por ciento, sí toma en cuenta que la aplicación de las medidas cautelares deben ser con base en la proporcionalidad de esta medida, es decir, que en donde no se requiera la prisión preventiva o aun requiriéndose y se puede evitar hay que solicitar una medida que favorezca al imputado y le permita cumplir con sus obligaciones, como la reparación del daño.

¿Tiene usted conocimiento de que, con relación a la aplicación de medidas cautelares, la denominada prisión preventiva se debe de utilizar de manera excepcional?



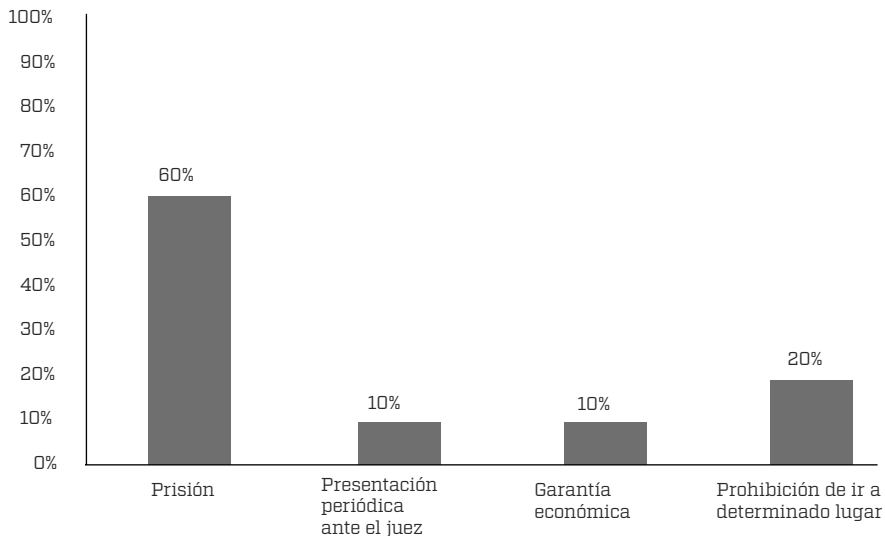
Resulta que del cien por ciento de los fiscales a los que se les aplicó la entrevista, un treinta por ciento señaló que sí conoce que en la aplicación de medidas cautelares, en cuanto a la denominada prisión preventiva, se debe de utilizar de manera excepcional toda vez que se debe de privilegiar la presunción de inocencia y los derechos humanos; mientras que un setenta por

ciento de los entrevistados señalaron que no conocen la excepcionalidad en la aplicación de esta medida, lo que quiere decir que en la solicitud y aplicación de esta medida cautelar, se violan derechos constitucionales al no privilegiar los principios de presunción de inocencia y el debido proceso. Ya que la prisión preventiva debe de ser aplicada como última ratio, es decir de último caso.

Gráficas representativas de la investigación empírica en cuestionarios aplicados a litigantes penalistas del fuero común que laboran en las zonas económicas de Jalisco denominadas costa sur y Sierra de Amula

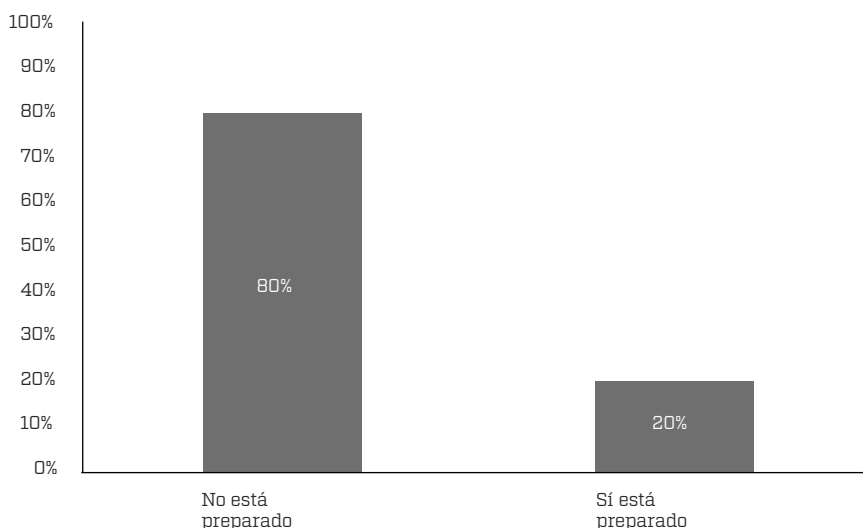
En el mismo sentido, para conocer la opinión de expertos, en este caso abogados defensores que ejercen la profesión en el ámbito de las regiones, motivo de enfoque del presente trabajo, se presentan respuestas de preguntas claves en el objeto que se pretende conocer, en el caso de este tipo de informantes, que establezcan qué tipo de medida cautelar solicitó el fiscal en aquellas defensas en que han participado:

¿Cuáles fueron las medidas cautelares que usted recuerda fueron solicitadas por la Fiscalía en aquellas defensas en el nuevo sistema de justicia penal, en las que usted ha participado?



Del cien por ciento de los abogados defensores entrevistados, un sesenta por ciento indicó que la medida cautelar solicitada por Fiscalía fue la de prisión preventiva, mientras un veinte por ciento de los entrevistados estableció la medida cautelar de prohibición de ir a lugar determinado, por otro lado, se coincide en un diez por ciento en las medidas cautelares de garantía económica y la de presentación periódica ante el juez.

¿Según su experiencia profesional, como opinaría usted respecto de la preparación por parte de la Fiscalía para enfrentar el cambio cultural que conlleva el nuevo sistema de justicia penal?



Resulta que del cien por ciento de los abogados defensores en materia penal que se les aplicó la entrevista, un ochenta por ciento expresó que el personal de Fiscalía no está preparado para afrontar el cambio cultural que conlleva la aplicación del nuevo sistema de justicia penal toda vez que la mayoría del personal está contaminado con las viejas prácticas con que la Fiscalía actuaba en el sistema acusatorio. Por el contrario, un veinte por ciento de los entrevistados considera que el personal de Fiscalía está debidamente capacitado para afrontar el cambio cultural que significa la aplicación del nuevo sistema de justicia penal toda vez que se trata de una institución con buenos cimientos y una de las más importantes a nivel constitucional en materia de impartición de justicia.

Discusión y conclusiones

Se deduce y demuestra que en la aplicación de las medidas cautelares en el denominado nuevo sistema de justicia penal se inmiscuyen factores que no están reglamentados en la legislación aplicable, tales como las políticas institucionales o directrices que se le dan al fiscal para el desahogo de sus intervenciones procesales en lo que concierne a la solicitud y aplicación de medidas cautelares en contra del imputado. Infiriéndose por lo demás, que lo reciente en la aplicación o implementación del nuevo sistema de justicia penal, en México, conlleva una serie de interpretaciones incorrectas en la aplicación de las medidas cautelares, porque existen pocos funcionarios públicos que determinan solicitar la aplicación de medidas cautelares, con base en los principios constitucionales de presunción de inocencia e indubio proreo. La mayoría de funcionarios no los toma en cuenta, generando con ello un cúmulo de anomalías que traen como consecuencia la violación a los derechos fundamentales del ciudadano. Lo que denota una capacitación y formación deficiente por parte de los fiscales en lo que a su actuación en el nuevo proceso penal se refiere.

Lo anterior se afirma porque dentro del presente estudio se refleja que la mayoría de fiscales desconocen y dejan de aplicar el principio de proporcionalidad y excepción en las medidas cautelares, en cuanto a la prisión preventiva. Por otro lado, se aprecia que los fiscales siguen arrastrando viejas prácticas en la aplicación de las normas jurídicas del nuevo procedimiento penal. Percatándonos que en el desahogo procedimental impactan distintos intereses de las partes o sujetos participantes o que concurren en una carpeta de investigación. Inclinaciones que favorecen la vulneración de los principios constitucionales aplicables al juicio adversarial penal; propiciándose que no se respeten los derechos de los inculpados. Uno de estos factores es la actuación del fiscal o agente del ministerio público que sigue siendo de forma inquisitiva, por seguir sin entender el respeto debido a los principios de presunción de inocencia, del indubio proreo, de excepcionalidad y proporcionalidad. Incrementándose la percepción de una cultura de inseguridad jurídica entre la sociedad jalisciense y mexicana.

Bibliografía

- Armienta Hernandez, G. (2009). *El Juicio Oral y la Justicia Alternativa en México*. México: Porrúa.
- Barrera Garza, O. (2010). *Compendio de Amparo*. México: Porrúa.
- Benavente Hesbert, H. J. (2015). *Código Nacional de Procedimientos Penales*. México: Flores.
- Cazares Ramírez, J. J. (2010). *El Poder de Acusar del Ministerio Público en México*. México: Porrúa.
- Constantino Rivera, C. (2009.) *Introducción al Estudio Sistemático del Proceso Penal Acusatorio* (3a. ed.). Tesis de maestría, México: Publicaciones de Derecho Penal.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. (2015). México: Porrúa.
- El Juicio de Amparo y el Sistema Procesal Penal Acusatorio* (Tomo 1). (2012). México: Secretaria Técnica del Consejo Implementación del Sistema de Justicia Penal.
- Embris Vasquez, J. L. (2013). *Medidas Cautelares su Transición Al Sistema Acusatorio, Adversarial y Oral en México*, (2a. ed.). México: Porrúa.
- Pastrana Berdejo, J. D. & Benavente Chorres, H. (2013). *El Juicio Oral Penal* (4a. ed.). México: Flores.
- Real Academia Española. (2012). *Diccionario de la Lengua Española*, de <http://lema.rae.es/drae/?val=principio>.
- Rubio. (2013). *Teórico-Práctico de los Juicios Orales en México*. México: SN.
- Noriega, A. (1980). *Lecciones de Amparo*. México: SN.
- Sanchez, Enrique; (2011) *Derecho constitucional*. Doceava Edición, Porrúa, México,
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2008) *Comentarios a la Reforma Constitucional en Materia Penal*. México: SCJN.

La justicia alternativa ¿es realmente una alternativa frente a la crisis del Estado de derecho?

Jaime Hernández Ortiz¹

Resumen

El uso alternativo del derecho está relacionado con la democratización de la administración de justicia. Este uso se dirige al núcleo central de la desburocratización organizacional de la justicia y busca maximizar la participación y el control democrático popular sobre esta, lo que aún está en ciernes.

Introducción

En la conformación de una democracia, el Estado de derecho desempeña un papel determinante. Como es reconocido, un Estado de derecho es condición y resultado de un Estado democrático. Es decir, un Estado de derecho y un Estado democrático forman una unidad indisoluble para conformar eso que se llama Estado democrático de derecho.

Hoy por hoy se da por sentado en muchos ámbitos que vivimos dentro de un Estado de derecho cuando en realidad no es tal, y es que justamente el acceso a la justicia sigue siendo uno de los principales déficits que tiene la sociedad mexicana.

De acuerdo con la edición 2015 del *Índice Mundial de Imperio de la Ley*, México retrocedió 13 lugares en el rubro referente a “Controles a los

¹ Doctor en ciencias sociales por el Colegio de Jalisco, maestro en derecho y profesor investigador en la División de Estudios Jurídicos del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades, así como catedrático en la maestría en Derecho del Centro Universitario de la Costa Sur.

Poderes de los Gobernantes” (Project, 2015). A su vez el Proyecto de Justicia Mundial, que realiza la prestigiosa Fundación Konrad Adenauer Stiftung, ubica a México en el lugar 79 en materia de impartición de justicia, muy por debajo de países latinoamericanos como el Salvador y Ecuador (Justice Project, 2014, p. 4).

Esta Fundación mide más de 40 factores que permiten dimensionar la existencia del Estado de derecho en la vida cotidiana de los ciudadanos. De esta forma, México ocupa el sitio 99 de 102 entre los 102 países considerados en materia de orden y seguridad. Reporta, asimismo, que nuestro país se encuentra en el lugar 79 en materia penal, de seguridad y corrupción; una posición similar a la del 2014, por lo que se ubica entre las naciones más atrasadas en el mundo en estos renglones.

A pesar de los grandes aportes formales logrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como la reforma en derechos humanos, en amparo y electoral, que pueden hacer destacar que contamos con mejores condiciones sociojurídicas, lo cierto es que aún estamos lejos de consolidar un Estado de derecho; de tal forma que, sin duda como observamos, prevalece la impunidad y una especie injusticia estructural que parece no tener fin.

En este contexto y como parte de un amplio movimiento internacional surge la justicia alternativa como una de las principales herramientas de la ciudadanía para intentar resolver sus conflictos ante el rezago, costo y deficiencias del sistema convencional.

Como parte de una investigación sobre los mecanismos procesales que implica la innovación de estos métodos alternativos, es el trabajo que ahora se presenta.

Estado de derecho y legalidad

La idea del Estado de derecho en este sentido es frecuentemente expresada por la frase «es un gobierno del derecho, no de los hombres», lo que desde luego que es una expresión equívoca dado que esto no es posible, pues las leyes del derecho no surgen de los elementos de la naturaleza, sino de las contradicciones y relaciones sociales, y, por lo tanto, de seres humanos de carne y hueso.

Aunque la validez o importancia de muchos de los principios que pueden derivarse de la idea fundamental del Estado de derecho depende de las circunstancias particulares de diferentes sociedades, y que se diga que la justicia es y será «gratuita y expedita», la realidad nos dice que a la misma acceden grupos sociales con gran poder económico, así como organismos y personas físicas y morales muy poderosas.

Por principio, ¿cuáles serían algunos elementos que pueden mencionarse dentro de los principios más importantes de un Estado de derecho?

Primero, que las disposiciones jurídicas deben ser prospectivas, abiertas y claras. Es decir, las normas no deben tener efectos retroactivos, excepto en beneficio de la persona. Aspecto en el que el derecho tiene que ser abierto hacia el futuro y publicitado adecuadamente. Normas que se establecen de forma democrática, a través de mecanismos formales que implican la participación de toda la sociedad. Un gobierno sometido al Estado de derecho se encuentra impedido de cambiar el derecho retroactivamente, de manera abrupta o secreta cuando así convenga a sus intereses.

Segundo, las disposiciones jurídicas deben ser relativamente estables pero dinámicas. El derecho debe ser dinámico para evitar anquilosamiento, sobre todo, en el ámbito procesal ya que los cambios sustantivos no siempre vienen acompañados de los adjetivos. O sea, las disposiciones jurídicas no deben ser cambiadas con mucha frecuencia, ya que si lo hacen la gente estará siempre temerosa de que cambie en su perjuicio pues no siempre está informada de los cambios. Pero también un gobierno sometido al Estado de derecho se encuentra impedido de cambiar el derecho retroactivamente, de manera abrupta o secreta, o cuasi clandestina, cuando así conviene a sus intereses.

Tercero, el establecimiento de disposiciones jurídicas debe estar guiado por explicaciones claras, generales y sin ambigüedades. Y deben aplicarse por igual a todos, incluso a los gobernantes, pues al ser de carácter general no importa la situación económica, política, ni el rol social que se desempeñe. Admitir ordenes jurídicas particulares, que las hay, son a veces usadas por las instancias gubernamentales para introducir flexibilidad en el derecho. Esto a su vez es admitido y consentido por las autoridades formales lo que propicia la discrecionalidad en la aplicación de las leyes, pues lo público entonces se privatiza.

Cuarto, la independencia del poder judicial tiene que ser garantizada. La esencia de un sistema jurídico democrático es instituir órganos judiciales

encargados de aplicar el derecho a los casos sometidos a su conocimiento de forma imparcial e independiente, al margen de cualquier interés ajeno, interno y externo. Las normas que se refieren a la independencia del poder judicial métodos de designación de jueces, garantía de inamovilidad, procedimientos de fijación de salarios y otras condiciones de su función deben estar hechas para garantizar que los jueces estén libres de presiones extrañas. Un juez independiente será, así, esencial para lograr un Estado de derecho.

Quinto, el principio del Estado de derecho se aplica a los jueces primordialmente en cuanto a su deber de aplicar el derecho, ya que están sometidos a los mismos principios que todos los creadores de derecho. Dada la posición central de los tribunales en el aseguramiento de un Estado de derecho es obvio que su accesibilidad es de la mayor importancia para evitar términos largos y excesivos costos, etc.

Sexto, las normas se hacen cumplir, de verdad son obligatorias, pues contienen mecanismos de eficacia de tal manera que las violaciones son sancionadas a través de procedimientos y castigos preestablecidos. Uno de los puntos medulares de un Estado de derecho es que a través de aplicaciones efectivas de correctivos se pueden proveer remedios en caso de desviación. Aunque ese es precisamente uno de los problemas. La impunidad prevalece y es el caso de que a través de la historia nos damos cuenta que los abusos son perpetrados aún por los mismos funcionarios.

Séptimo, el Estado de derecho por sí mismo excluye todas las posibilidades de una creación jurídica arbitraria de los tribunales. Pero, cabe señalar que los jueces se constituyen en una especie de meta legisladores o jurisprudencias tan imperativas como las leyes mismas, debido a la polémica función que tienen al elaborar jurisprudencias que en muchas ocasiones se refieren a interpretaciones de leyes ya de por sí autoritarias e injustas.

Finalmente, cultura de la legalidad significa imperio de la ley al igual que obediencia de la ley; y la obediencia requiere, necesariamente, conocimiento de la ley, pero no sometimiento acrítico y sí racional. Así, hablar de cultura de la legalidad es la creencia compartida de que cada persona tiene la responsabilidad individual de ayudar a construir y mantener una sociedad donde exista el imperio de la ley.

El debido proceso y el papel de la justicia convencional

El debido proceso es uno de los derechos fundamentales generales presentes en cualquier Constitución y sistema social. Y es aquí donde se desarrolla y actualiza el derecho adjetivo.

A pesar de que nuestro texto constitucional es ya amplio en la consagración de derechos fundamentales, incluso con los principios que señala el artículo primero, es evidente que la extensa lista de derechos podría reducirse quizás a cinco grandes derechos fundamentales generales: el derecho de libertad, el derecho de igualdad, el derecho de protección, el derecho a una organización y el derecho al debido proceso (Pulido, 2005, p. 333).

En este último punto el debido proceso conoce una larga tradición en el ámbito de los derechos fundamentales del individuo y, en general, como un principio básico de la organización de cualquier sociedad:

Sus antecedentes podrían remontarse a episodios de épocas tan lejanas como, por ejemplo, la celeberrima conversación entre Dios y Abraham en el juicio contra Sodoma y Gomorra en donde ya aparecen los principios del Juez imparcial, la intermediación procesal, el derecho de contradicción, y los principios de justicia, legalidad y equidad, o los principios para la administración de justicia que pueden leerse en el Antiguo Testamento y que ordenan que los juicios sean justos, proscriben de ellos cualquier atisbo de corrupción, instan a la rectitud y al predominio de los principios de legalidad, intermediación e igualdad, e instituyen reglas sobre pruebas tales como la prueba pericial o el testimonio, así como establecen la presunción de inocencia (Pulido, 2005, p. 338).

Es de este modo que la democracia se estructura a procesos legislativos que la hagan posible, seguido de procesos de ejecución y aplicación de las leyes por parte de la administración y la jurisdicción, en los cuales los individuos intercambian argumentos, pretensiones y evidencias para la defensa de los intereses propios.

En este esquema entonces, lo que es debido en general, y el derecho en particular, no dependen de un único concepto de justicia material impuesto por la visión de la autoridad, sino del diálogo entre interlocutores que exponen sus cosmovisiones y sus necesidades, mediante procedimientos que los

incluyen y les ofrecen la garantía de poder expresarse sin más cortapisas que aquellas que se derivan del respeto de los derechos de los demás. De ahí el conflicto de las leyes autoaplicativas y heteroaplicativas.

El principio estructural de la democracia no es un principio material, ni el reconocimiento de una única competencia universal a un soberano, sino el principio de un discurso que es plausible. Por consiguiente, solo deben ejecutarse y aplicarse aquellas normas a las que todos los afectados puedan prestar su asentimiento, en calidad de participantes y en discursos racionales.

Como puede suponerse, estos discursos racionales están estructurados mediante procesos. Por esta razón el respeto a los diferentes debidos procesos es la máxima garantía de funcionamiento de la democracia. Es por ello que el debido proceso impacta a todas las situaciones jurídicas de hecho y de derecho, de tal forma que este es un derecho humano fundamental en un Estado constitucional democrático (Pulido, 2005, p. 337).

Por otra parte, encontramos en el derecho internacional un extenso ámbito de consagración, protección y garantía del derecho fundamental al debido proceso. Como es bien sabido, uno de los principales antecedentes de esta consagración mundial del debido proceso en el derecho público de la modernidad se halla en el artículo 7° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que estipula, desde entonces, el principio de legalidad (Pulido, 2005, p. 339).

Por ello, una crisis de la justicia, que afecta en gran medida la mayoría de los países de América Latina, se ha traducido en una fuerte desconfianza en su efectividad y capacidad que debe ser revertida urgentemente. Por desgracia la justicia constituye casi siempre en el penúltimo resorte institucional al que ciudadanas y ciudadanos pueden acudir ante las violaciones a sus derechos básicos. Siendo la justicia por mano propia el más indeseable.

La justicia ha padecido sobre todo su tecnicismo, formalismo y ritualismo extremo; y ha sido percibida por la sociedad como una institución ajena, inaccesible, incapaz de lograr la vigencia de los derechos fundamentales, así como clasista e injusta.

Es claro entonces que la falta de legitimidad no es una característica exclusiva del sistema judicial, ya que su ausencia afecta a la mayoría de las instituciones.

El descrédito de las demás instituciones como el Congreso de la Unión, los partidos políticos o los sindicatos provoca un traslado de las expectati-

vas populares al Poder Judicial como último aparato al que hay que acudir, pero ya debilitado de antemano para la defensa de los derechos humanos y como un real «contrapeso» de los demás poderes políticos. En tal sentido se sostiene que:

Se está ante el resultado de una debilidad estructural del sistema de control. Y si bien no todos los mecanismos de control dependen del sistema judicial, tienen en él su núcleo ordenador. La sociedad tiene que controlar, las organizaciones no gubernamentales tienen que controlar, y hay muchas instituciones que tienen que controlar, pero el núcleo de ordenamiento y fortalecimiento de todo el sistema de control republicano es el Poder Judicial. El problema del abuso de poder da cuenta del deficitario funcionamiento del Poder Judicial (Legal 2005, p. 116).

Aunque el movimiento del 68 en México trajo profundos efectos en el sistema político mexicano, y se tradujo lentamente en diversas formas en cada entidad de la república, el sistema penal de justicia no cambió mucho al subsistir el mismo sistema inquisitorial. Justamente aquí encontramos las ventajas recientemente introducidas en el 2008 para incorporar los juicios orales, basados en nuevos paradigmas.

A pesar de la crisis de legitimidad del sistema político, se ha traducido recientemente el ámbito judicial en reformas de forma más que de fondo, y más con fines políticos; como fue la reforma en el juicio de amparo, que se logró más a través del Pacto por México que por una reforma estrictamente de justicia; o sea, lejos de las nuevas realidades democráticas.

Entonces, una democracia sólida y estable requiere para su funcionamiento de un Poder Judicial legítimo, independiente, creíble y neutral respecto a intereses particulares, y capaz de realizar el valor justicia.

Por ello, el desafío más urgente en materia de justicia democrática en una región cualquiera es lograr una más incorruptible, accesible, eficiente, moderna y respetuosa de los derechos humanos (Legal, 2005, p. 118).

En los análisis de las cuestiones relativas al derecho como fenómeno social y de los modelos de sociedad, es necesario entonces revisar el concepto de «conflicto», por su incidencia en las transformaciones sociales y jurídicas.

El conflicto en muchos casos surge como una relación de oposición entre personas o grupos sociales, que se produce de manera sistemática. Desde

esta perspectiva el conflicto es irreversible, porque las identidades frente a la globalización y el pluralismo refuerzan sus rasgos distintivos y crean nuevas diferencias, lo que por su parte lleva a plantear la tesis de que el aumento de los conflictos es una consecuencia inevitable del pluralismo y que por lo tanto hay que fomentar la unidad y no la diferencia.

Pero por el contrario, los conflictos hay que regularlos para impulsar los cambios necesarios y fomentar el desarrollo de la sociedad para disminuir los conflictos y favorecer un mejor orden social, ya que los conflictos son un factor de ajuste y de adaptación de las relaciones y de los grupos sociales.

La justicia alternativa y los métodos alternos para la solución de conflictos

Por más amplia, fuerte y totalizadora que pueda ser la «reglamentación jurídica» de la sociedad moderna por parte de la acción monopolizadora del Estado, este no consigue erradicar ni invisibilizar el fenómeno de regulación informal procedente de otros grupos sociales no estatales o no gubernamentales. Además de la oficialidad global de los medios de producción y contribución de la justicia estatal, subsiste paralela y subyacente una pluralidad de niveles autónomos y semiautónomos de instancias legislativas jurisdiccionales, de forma emergente. En este sentido existen voluntades individuales y colectivas que asumen características específicas de una validez distinta, legítima y diferente. No menos verdadera, pudiendo ser, a veces, hasta más justa y auténtica.

A pesar de que se pueda reconocer una multiplicidad de sentidos y toda una gama de movimientos diversos, la dimensión de lo «alternativo» en la inserción del «fenómeno jurídico» representa variante de «jurisdicción» distinta de la que fue instituida como obligatoria y burocratizada, o sea, otro procedimiento normativo espontáneo que se distingue de lo incorporado y formalmente impuesto por el poder oficial dominante. Esa disyunción u opción, entre los procedimientos que no se excluyen necesariamente, es correctamente captada por Agostinho Ramalho Marques cuando usa la expresión «Derecho Alternativo». En efecto, en lo que se refiere a lo «alternativo», es importante considerar, como lo hace el filósofo del Derecho de Maranhão (Estado de Brasil), que «las formas adjetivas pronominales latinas *alter, era,*

erum tanto pueden indicar ‘el otro’, ‘un segundo’, como pueden designar ‘uno de los’, esto es, uno u otro. Pueden, por consiguiente, señalar tanto el sentido de otro que, por así decirlo, exista al lado del primero,» cuanto el de un otro que con ese « primero » mantenga una relación de exclusión. En ambos casos, ese otro y ese « primero » son indisociables, constituyen una unidad dialéctica en la que uno es la condición de posibilidad del otro (y viceversa) (Wolkmer, 2006, pp. 248-249).

Aquí, como lo sugiere Antonio Carlos Wolkmer, lo « alternativo » puede estar asociado a una variante suplementaria no excluyente (lo « alternativo institucionalizado » en el « interior » del propio sistema oficial) como a una variante opuesta/diversa (lo « alternativo no-institucionalizado » en el « exterior » del mundo estatal). Eso implica, dice, contemplar, más concretamente, la pluralidad de esas situaciones en la cultura jurídica periférica.

En efecto, como lo sostiene este mismo autor: por un lado está la gobernabilidad constitucional, necesaria para superar la inestabilidad propia de los gobiernos de la región, y la calidad de la democracia, imprescindible para hacer posible la libertad e igualdad de los ciudadanos mediante prácticas legítimas y justificadas de sujetos e instituciones públicas (Wolkmer, 2006, p. 120).

Y es que en las democracias consolidadas se observa una dinámica política distinta, ya que el imperio de la ley existe porque « no hay actores políticos y sociales significativos que intentan lograr sus objetivos por medios ilegales, inconstitucionales o antidemocráticos » (Wolkmer, 2006, p. 121). Es entonces cuando aparecen otras prácticas basadas en « reglas no escritas », en facultades « meta-constitucionales », o « poderes *de facto* » que explican estas situaciones.

El sistema judicial por su ubicación en el diseño de las instituciones del Estado, puede y debe ser un instrumento de directa intervención y participación de los ciudadanos, quienes por conducto de la jurisdicción están en posibilidad de hacer oír sus voces y obtener resultados que antes no serían factibles, pues no se responde desde relaciones de poder, juegos de intereses o sistemas de valores ajenos al derecho. Así, el papel de los jueces ya no es únicamente salvaguardar la certeza del derecho, sino también desplegar su capacidad para responder a nuevas demandas y reivindicaciones sociales.

Este protagonismo de los jueces no puede verse como un fenómeno de « activismo judicial » o de « politización de la justicia », sino como un elemento corrector del sistema político democrático que debe operar cuando se afectan

derechos fundamentales, o cuando las instituciones públicas excluyen intereses legítimos previstos en el ordenamiento jurídico, restableciendo el tan necesario equilibrio de poderes.

¿Cómo lograr mayor independencia e imparcialidad de los jueces? ¿Cómo lograr que esas características se desplacen en favor de los ciudadanos? La cuestión está en saber si es posible dar vigencia a los ordenamientos jurídicos existentes. En México y, específicamente, Jalisco, las dificultades, los problemas, las carencias existentes y la reiteración de demandas en derechos humanos exigen que se analice el proceso histórico-social que se ha tenido en la materia y particularmente con la justicia, entendida como el «conjunto de procedimientos de carácter procesal, por medio de los cuales se encomienda a los órganos del estado la imposición de los mandamientos jurídicos supremos» (Morales-Pulín, 2002, p. 1).

En este contexto ubicamos ya un amplio movimiento donde sobresa la tesis de que el derecho no se reduce a las leyes positivas ni que es creación única del poder estatal, sino que existen otras reglas que brotan espontáneamente de la sociedad y conforman lo que denominarían «un derecho libre».

Este derecho libre no está basado en valores fijos e inmutables, provenientes de algún orden metafísico o transcendental (como sí lo está el derecho natural), sino todo lo contrario, es el resultado de valores éticos, políticos, sociales y económicos, en constante desarrollo y transformación, que surge con el diálogo y el reconocimiento de la alteridad.

El reconocimiento de que el derecho no está limitado solamente a las leyes dictadas por el Estado, dada la existencia de otras reglas procedentes del derecho libre, les hace rechazar a los integrantes de este movimiento todos los dogmas formalistas-legalistas, especialmente los referentes a la interpretación y la aplicación de la ley; niegan, en este sentido, que esta actividad sea apenas una actividad de conocimiento, basada meramente en reglas formales lógicas; creen que la interpretación y la aplicación de la ley siempre supone un momento creativo, sea por la incapacidad técnica de las leyes para satisfacer las exigencias de la vida jurídica, sea porque en el mundo jurídico absolutamente ningún caso es idéntico a otro, de tal modo que una norma general no podrá nunca considerar todas las particularidades del caso concreto (Souza, 2001, p. 112).

En definitiva, lo que sostiene este movimiento es la insuficiencia del orden jurídico positivo en la regulación de la vida social y la existencia de un derecho libre, con normas más elásticas y abiertas, que funcionan como auxiliares en la adaptación o, incluso, modificación de las normas positivas, y ofrecen principalmente elementos básicos a la hora de la decisión judicial.

De tal forma que en este contexto de reformas judiciales se va consolidando en nuestro país la llamada justicia alternativa, que tiene sus bases en la auto-composición y autodefensa. Se trata de un nuevo enfoque del conocimiento jurídico, en este caso, del derecho procesal; que venía acompañado de una teoría llamada «procesalismo científico» que finalmente impacta a todas las ciencias jurídicas y que tiene su origen en el humanismo del siglo XIX.

Y es que en el fondo la justicia alternativa tiene que ver con el desarrollo de diversos instrumentos que se desplazan del ámbito público para convertirse en instrumentos de los particulares para resolver la cada vez amplia conflictiva social; sea en sus formas más primitivas de autodefensa (como la legítima defensa penal y el estado de necesidad); en sus fórmulas autocompositivas (desistimiento, allanamiento, perdón del ofendido y transacción); o a través de sus significaciones más avanzadas de heterocomposición (mediación, conciliación, arbitraje), que a decir de Alcalá-Zamora se nos presentan «como las tres posibles desembocaduras del litigio» (Carpintero, 2010, p. 15).

A partir de estos planteamientos teóricos se han venido desarrollando a lo largo de estas décadas los diversos medios de solución de controversias. Los llamados «medios alternativos de solución de conflictos» (comúnmente llamados MASC) paulatinamente han ganado espacios de eficacia al lado del tradicional proceso jurisdiccional debido a varias circunstancias que ya mencionamos anteriormente, en las que el Estado se ha visto rebasado para impartir justicia. Y que como bien lo señala Carnelutti, son los «equivalentes jurisdiccionales» (2010, p. 17 citado por Carpintero). Y si bien existe la polémica sobre la naturaleza verdadera de «jurisdicción» de algunos de ellos, conforme los desarrollos contemporáneos; a la luz de la reciente reforma constitucional de junio de 2008 y 2011. En los países democráticos, los juicios orales penales constituyen una figura procedimental de naturaleza penal que garantiza la verdadera justicia (Hernández, 2010).

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha considerado obligatorios los juicios orales a partir del 18 de junio del 2008, fecha en que se publicó en el Diario Oficial de la Federación reformas a los artículos

16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y de conformidad a las referidas reformas constitucionales, las entidades federativas contaron con ocho años para su instrumentación. Es por eso que tenemos la obligación de comprender este nuevo tipo de juicios aportando opiniones que colaboren a su establecimiento, respetando los principios básicos que todo proceso debe de contener como son la inmediatez, la concentración y la publicidad entre otros. Asimismo el análisis de las formas alternativas de justicia por medio de las cuales se puede evitar que innumerables conflictos se ventilen en los tribunales.

Las formas alternativas de justicia se encuentran plasmadas como mandato constitucional consignadas en artículos 17 y 18 constitucional. El artículo 17 párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala textualmente: «Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán casos en los que se requerirá supervisión judicial». Por su parte, el artículo 18 párrafo sexto señala: «Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente».

Existe la creencia generalizada que solamente el poder público, a través del Poder Judicial, es el único con facultad para conocer de las controversias que se presentan entre los individuos de un conglomerado social; nada más lejano a la realidad, ya que a lo largo de la historia conflictos de gran importancia se han podido resolver mediante la intervención de terceros ajenos al poder público. Es decir, por pactos sociales.

Al respecto José F. Merino Marchán y José María Chillón Medina han señalado que de ser así «la renuncia de las acciones judiciales, en favor de los propios litigantes, confiando la resolución a un tercero no constitucionalmente creado a tal efecto, sería nula o inconstitucional» (2010, p. 32 citados por Hernández)

No existe una razón lógica ni jurídica para considerar que únicamente el Estado pueda resolver conflictos, dado que los particulares pueden válidamente crear su propia «jurisdicción» siempre que la misma no sea contraria al derecho. Esta forma de resolver los conflictos sin necesidad de la intervención de un tercero se le ha denominado la autocomposición, a diferencia de la

heterocomposición mediante la cual se requiere de la presencia de un tercero. Al respecto Cernelutti se refiere concretamente a la autocomposición como:

Son las propias partes quienes proveen a la composición del litigio, lo que permite distinguir la composición del litigio que efectúen las partes, o autocomposición, de la que lleve a cabo el Juez, o heterocomposición [...] la expresión del poder reconocido a la voluntad de los interesados para la tutela de sus intereses. El hecho de que el litigio pueda ser compuesto por las propias partes sin intervención del Juez, significa que la ley se remite a la voluntad de ellas en lo que concierne a la tutela de los intereses recíprocos (Hernández, 2010, p. 40).

Es indiscutible que la justicia alternativa día con día va teniendo más auge en aquellos países que aspiran a un verdadero sistema democrático, pues en los países en donde el modelo de justicia es centralizado y autoritario las formas alternas de hacer justicia, como la mediación y el arbitraje, son aún incipientes.

Con la modificación al artículo 17 en cuyo texto se ha incorporado el mandato al legislador federal y de las entidades federativas para establecer «los mecanismos alternativos de solución de controversias» en lo general y con particularidades en materia penal.

De esta forma en Jalisco se crea el Instituto de Justicia Alternativa mediante su ley el 30 de diciembre de 2006.

Las reformas en cuestión han traído como consecuencia un despliegue de reflexiones por el impacto que están teniendo y tendrán en el futuro próximo en el sistema de impartición de justicia mexicano. Esto se debe a los tópicos que entraña, como el mismo concepto de *alternatividad* que representa; o sea, si estos MASC representan una opción de acceso a la justicia ahora que se han elevado a rango constitucional; sobre todo si se considera que es un nuevo derecho humano aunque optativo.

En todo esto, es fundamental el factor humano que se encuentra inmerso en los mecanismos alternativos de solución de controversias; particularmente el ámbito no grave y restringido de muchos de sus problemas en el ámbito civil y penal; incluso lejos de temas aún imposibles de abordar como la materia tributaria, la responsabilidad del estado, cuestiones ambientales y sociales y colectivos.

Se trata de redimensionar los llamados «acuerdos extrajudiciales» y relanzar un procedimiento como el arbitraje, uno de los mecanismos heterocompositivos por excelencia y el rol que desempeña frente a la justicia que imparte el Estado; como en el ámbito laboral, donde se privilegia la conciliación.

El «conflicto», visto así, que forma parte de toda la vida social, adquiere una connotación política dado que surgen actores externos que son llamados para coadyuvar en problemas que de otra manera no lograría justicia en los tribunales convencionales. Es aquí donde se va configurando una especie de epistemología o «Teoría general de la composición del litigio», una «Teoría de la autotutela», de «la autocomposición», una «Teoría del arbitraje» y la «Teoría general del Proceso» *ad hoc*.

Destaca en este contexto el tratamiento de la conciliación en la materia de derechos humanos, centrada fundamentalmente en la que opera ya en diversas Comisiones públicas de derechos humanos; y la solución amistosa, que ha sido un instrumento que tiene por objeto reparar el daño inmediatamente a las partes más afectadas o más débiles, como es el caso en un conflicto entre un ciudadano y un órgano de gobierno.

Así, podemos observar que el porvenir de las reformas constitucionales al artículo 17 constitucional, se están construyendo en medio de los más amplios y ambiciosos cambios que se están llevando a cabo en la reforma al sistema de impartición de justicia en México (reforma penal, reforma política y electoral, reforma laboral, reforma en materia de amparo y en derechos humanos (como el *amicus curiae* o las acciones colectivas, entre otras).

José Alberto Said Ramírez señala justamente que el proceso jurisdiccional no es la única forma de solucionar litigios en la sociedad; por ello, se refiere a la obra de Fernando Flores García para intentar una denominación más amplia para eludir a esta nueva corriente de buscar justicia que llama «Teoría de la composición del litigio» que estudia la autodefensa, la autocomposición, el arbitraje y el proceso como medios de solución de controversias, citados por Ramírez.

La Teoría general de la composición del litigio según estos autores no excluye a la teoría del proceso, sino simplemente la ubica. Por ejemplo serían especies de esta teoría las siguientes:

- Teoría de la autotutela.
- Teoría de la auto composición.

- Teoría del arbitraje.
- Teoría general del proceso.

Sin embargo, el punto de hablar de «especie» a la teoría general del proceso se complica, dados los distintos términos existentes en diversas corrientes del derecho para explicar esta «gran» teoría, con muchos matices como son:

- Teoría general del proceso.
- Ciencia procesal.
- Teoría general del derecho procesal.
- Teoría del derecho procesal.
- Derecho jurisdiccional.
- Fundamentos del derecho procesal.
- Proceso y derecho procesal.
- Derecho procesal abstracto y concreto.
- Teoría general unitaria del derecho procesal.
- Teoría de los procedimientos judiciales.

Por su parte Gómez Lara formuló una propuesta de sistematización de tres niveles jurídicos aplicables a lo procesal que se pueden explicar así:

Hay un primer plano que es conceptual: estamos aquí en el terreno de la ciencia del derecho; después un segundo plano, lo que en ocasiones hemos llamado derecho objetivo, es decir, el derecho como un conjunto de normas [...] y un tercer plano, que es el de la conducta; es decir, el de los hechos y los actos jurídicos; estamos en el plano fáctico, de la realidad, de los comportamientos y de las conductas concretas (Ramírez, p. 111).

Para Flores García «ya no es suficiente para solucionar un litigio:

Que únicamente se entienda que la Teoría general del proceso es una Introducción al Derecho procesal civil sino que se debe estudiar desde una dimensión más amplia, desde una Teoría general de la composición del litigio, como un género que abarque el análisis de la Teoría de la autotutela, de la autocomposición, Teoría del arbitraje y, naturalmente de Teoría del proceso, además de abordar a los equivalentes jurisdiccionales y las formas alternativas» (Ramírez, p. 115).

Ante la gran complejidad de resolver problemas y conflictos en un mundo intercultural y multiétnico el arte de componer diferencias sociales se puede ampliar a muchas otras opciones distintas al proceso jurisdiccional, como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ya lo reconoce por la reforma a su artículo 17, sobre todo en lo referente a los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

En esta última frase destaca el poder de la intervención del Estado, que difícilmente puede hacerse a un lado; esto si lo consideramos dentro del fenómeno creciente del neoliberalismo que trata de restarle fuerza como garante de los derechos humanos individuales y colectivos.

Posibles escenarios

El desarrollo de los medios alternativos de justicia nos lleva a reflexionar sobre la necesidad de un cambio fundamental sobre la forma en que se ejerce el poder público. Coincidimos con María de Lourdes Souza, quien señala que el uso alternativo del derecho está relacionado con la democratización de la administración de justicia propuesta por los teóricos. En este sentido las propuestas de esta autora van en torno a la adopción de numerosas medidas que tienen como núcleo central la desburocratización organizacional de la justicia y el maximizar la participación y el control democrático popular sobre esta; de tal forma que propone algunos escenarios que aún tienen poco impacto en la vida judicial como las siguientes:

- Favorecer el ejercicio de la acción popular en los juicios sobre intereses públicos y/o difusos, así como facilitar el acceso a la justicia (cesación del monopolio excluyente de la defensa técnica, el carácter facultativo de la representación procesal).
- Democratizar el acceso a la función jurisdiccional, a través de la compatibilización del proceso selectivo de oposiciones con mecanismos de legitimación democrática (como pueden ser la participación social —vía representantes— en los tribunales de selección», o aun el establecimiento de elecciones directas para ciertas clases de jueces —como los ‘jueces de paz’» o el ‘juez electivo’).

- Demandar la composición mixta (pluralismo institucional) y la electividad de los miembros de todos los órganos de gobierno del poder judicial.
- Crear un consejo superior del poder judicial, compuesto por miembros de la magistratura y por representantes de las diferentes fuerzas políticas y sociales.
- Crear consejos de justicia en ámbitos territoriales —con funciones de autogobierno y de vigilancia sobre los organismos judiciales en cada circunscripción— que sean órganos de participación social en la dirección de la administración de justicia’»
- Implantar y ampliar el sistema de jurados, así como los tribunales mixtos (jueces togados y jueces legos elegidos por la comunidad).
- Dinamizar y garantizar la información y la discusión pública sobre la administración de justicia, aboliendo todos los mecanismos constrictivos (secreto sumarial, delito de desacato y figuras afines) (Souza, 2001, p. 302).

Esta lista, dice, está muy lejos de ser exhaustiva, debido a los mecanismos de extensión de la democracia al aparato jurisdiccional, que pueden ser tantos como la imaginación popular se dé, pero que adquiere su pleno significado cuando es vista como uno de los instrumentos utilizados en la lucha para la construcción de un nuevo Estado. Asimismo, visualiza diversos horizontes por donde ya parece caminar este tipo de justicia alternativa, pues:

- a. Proponen una cultura jurídica y una práctica alternativa a la cultura y a la práctica dominante, volcada hacia la emancipación de los sectores y/o clases sociales sometidas y/o marginadas.
- b. Desean la transformación radical de la estructura que propicia las profundas desigualdades sociales (y en consecuencia las injusticias sociales).
- c. Aspiran a la construcción de una sociedad más justa, igualitaria y esencialmente democrática, descentralizada y participativa.
- d. Tienen como objetivo prioritario abrir el derecho a las transformaciones que se dan en otras esferas de la vida social, así como utilizarlo para promoverlas.
- e. Defienden la necesidad de crear y ampliar los espacios democráticos/alternativos de poder tanto social como institucionalmente.
- f. Consignan un futuro orden social amparado en la autoorganización y autogestión social (Souza, 2001, p. 303).

Con todo y el carácter individualista que tienen, el modelo realizado en nuestro país, en la mayoría de los MASC, es de hacer notar que la tutela efectiva e inmediata de los derechos del individuo es naturalmente exigible ante los tribunales de justicia nacionales.

Es por ello que, a esta altura del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, resulta impostergable la tarea de promover la aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales domésticos o convencionales independientes de los conflictos entre particulares; medida que no se podrá desentender el Estado en su ámbito interno:

El efectivo goce de los derechos internacionalmente protegidos dependerá, primordialmente, de la conducta que despliegue el Estado en el ámbito interno. Y en todo caso, la actuación del Poder Judicial, al ser último garante de los derechos y garantías reconocidos por el ordenamiento jurídico, deviene fundamental para la tutela real de los derechos y garantías del individuo.

La protección internacional de los derechos humanos es, recordemos, subsidiaria respecto de la actuación de los órganos gubernamentales en el plano interno.

En última instancia, es obligación de los Estados asegurar la tutela judicial de los derechos económicos, sociales y culturales protegidos internacionalmente ya que los tribunales de justicia constituyen su último reaseguro. En palabras de Méndez: Al derecho internacional le es indiferente que esa obligación se cumpla por vía administrativa, judicial o del Poder Legislativo, de la misma manera que la división de poderes sería inoponible a la comunidad como causal de incumplimiento de una obligación solemnemente contraída ante ella». «Sin embargo, ante un incumplimiento, ya sea total o parcial, es a la justicia a quien corresponderá arbitrar los medios para garantizar el goce del derecho, tanto porque en el derecho interno, el Poder Judicial es el garante final de los derechos las personas, como porque es al estamento judicial al que compete la responsabilidad por la incorporación de las norma internacionales al derecho interno (Rossi, 2004, p. 63).

Aunque el Estado de derecho se refiere primordialmente y casi siempre a los particulares vistos como sujetos de obligaciones y a las instancias gubernamentales, solo en el ejercicio de sus facultades también se refiere al

ejercicio de acrecentamiento de facultades de los particulares, lo que significa una especie de empoderamiento ciudadano.

En suma: el camino del derecho alternativo apenas inicia con más expectativas que certezas; por lo tanto, no podemos saber si es una verdadera alternativa.

Discusión y conclusiones

1. La justicia alternativa es vista como una opción no jurisdiccional en apoyo a los derechos humanos dado que contribuye a mejorar los procesos judiciales, justamente para no llegar a ellos, caracterizados por ser tardados y tortuosos.
2. La justicia alternativa se ha entendido como un procedimiento no jurisdiccional para solucionar un conflicto de índole civil, familiar, mercantil o penal, que no requiere la intervención de ninguna autoridad, excepto para validar sus acuerdos y promover su cumplimiento.
3. La justicia alternativa contribuye a la profesionalización de los arreglos extrajudiciales, pues antes se realizaban sin reglas ni mecanismos ni supervisión del Estado.
4. En teoría, la justicia alternativa como solución tiene por objeto «despresurizar» los juicios para distinguir casos graves y de mayor cuantía y relevancia, de los no graves y de escasa importancia y apoyar los acuerdos conciliatorios en casos o delitos menores, que por igual aún, en estos casos los procesos son largos y costosos.
5. El sistema de justicia alternativa tiene como ventaja sistematizar los procedimientos de la conciliación, la mediación y el arbitraje, que, aunque en la mayor parte de los juicios penales, civiles y mercantiles se contemplaban, eran inoperantes e ineficaces.
6. El sistema de justicia alternativa pretende ir más allá de lo jurídico y aspira la participación de otras disciplinas, como la de los trabajadores sociales y psicólogos, para intentar una justicia más integral; aunque se dejan de lado otras disciplinas como la contaduría y áreas técnicas.
7. Los medios alternativos serán aplicables solo cuando se trate de derechos de libre disposición, esto es, por exclusión, de aquellos que no afecten al orden público, derechos de terceros o contravengan disposición expresa.

Por ello, no pretende sustituir a la actividad jurisdiccional, que es inherente al Estado, ni tampoco debe contemplarse, por sí sola, como la solución a los problemas de la administración de justicia.

8. De esta manera, en el marco de la violencia social y de crisis en derechos humanos, aún desconocemos el impacto que puede tener el sistema de justicia alternativa, ya que los centros que se constituyen no son objeto del derecho a la información, la transparencia y la rendición de cuentas, por ser en su mayoría organismos privados.
9. En este sentido, estamos ante la conformación de entes paralelos a la justicia convencional, dado que ante el descrédito que existe ante esta, los centros de justicia privados pueden constituirse en una especie de franquicia de la justicia; lo que implicará que el derecho a la justicia, antes gratuita, tenga un costo que solamente ciertos sectores puedan pagar.
10. La fundamentación del sistema de justicia alternativa era privilegiar el derecho de los particulares a resolver sus propios problemas, es decir, busca la participación directa de las partes en la solución de los conflictos.

Sin embargo, este sistema no constituye ninguna alternativa en la solución de conflictos colectivos o sociales, que en gran medida son políticos y que son detonadores de la conflictiva social. Por lo tanto, estamos ante una justicia aún marginal, sin impacto en las políticas públicas, de corte particular, y que no fomenta la participación ciudadana ni cívica en problemas de la comunidad que, a su vez, justamente, inciden en los problemas personales.

Bibliografía

- Carpintero, G. U. (2010). *Acceso a la Justicia Alternativa, reforma al artículo 17 Constitucional. Una versión de conjunto a los mecanismos de solución de controversias*. México: Porrúa.
- Hernández, G. A. (2010). *El juicio oral y la justicia alternativa en México*. México: Porrúa.
- Justice Project, R. H. (2014). Países centroamericanos muestran débil puntuación en Estado de Derecho. *Rule of Law Index*, 4.
- Legal, F. P. (2005). *Sociedad Civil y Reforma Judicial en América Latina*, Washington, Centro Nacional para Tribunales Estatales.

- Morales-Paulín, C. (2002). *Justicia Constitucional*. México: Porrúa.
- Project, W. J. (2015). *Rule of Law index*.
- Pulido, C. B. (2005). *El derecho de los pueblos. Escritos sobre la ampliación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ramírez, J. A. (s.f.). Teoría general del proceso y su distinción con teoría general de la composición del litigio (una aportación a la ciencia procesal por el emérito Dr. Fernando Flores García).
- Rossi, J. (2004). «Exigibilidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales». En Ingrid Van Beuren y Oscar Soto Badillo (coord.), *Derechos y globalización alternativa: una perspectiva iberoamericana*. Puebla: Universidad Iberoamericana.
- Souza, M. D. (2001). *El uso alternativo del derecho; génesis y evolución en Italia, España y Brasil*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de servicios legales alternativos.
- Wolkmer, A. C. (2006). *Pluralismo Jurídico, fundamentos de una nueva cultura del derecho* (colección Textos Jurídicos). Sevilla: MAD.

Acercamiento sociojurídico a la violencia familiar en el municipio de Autlán de Navarro, Jalisco

Miguel Zamora Araiza¹

Peter R. W. Gerritsen²

Resumen

El presente artículo trata de la violencia familiar como un problema social que cada vez se vuelve más común. Entendemos a la violencia familiar como el conjunto de mecanismos sociales para manipular, someter y controlar a uno o varios integrantes de la familia, ya sea por miedo, por la fuerza o por ser una conducta aprendida.

En este artículo se aborda los detonantes y la forma en que se manifiesta esta violencia familiar, a las consecuencias que están inmersas las personas que la viven y la legislación aplicable, a partir de un estudio de caso del municipio de Autlán de Navarro en la región Sierra de Amula en el sur del estado de Jalisco.

Cabe resaltar la importancia de conocer las formas en que la violencia se manifiesta, debido a que en el momento en que se vive, suele suceder que la persona no es consciente de que tales acontecimientos le están ocurriendo, o simplemente se hunda en la negación, y dado que la violencia es el cáncer que trasgrede a la sociedad, es necesario erradicarla para obtener una mejor calidad de vida.

¹ Estudiante de la maestría en Derecho, Centro Universitario de la Costa Sur, Universidad de Guadalajara.

² Profesor titular adscrito al Departamento de Ecología y Recursos Naturales, Centro Universitario de la Costa Sur, Universidad de Guadalajara; y miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

Introducción

La familia es la base de toda sociedad y las familias que se desarrollan en un ambiente sano, de respeto y afecto permiten que sus integrantes puedan vivir una vida de calidad social y psicológica. Asimismo, los hijos de estas familias pueden crecer garantizándoles el respeto a sus derechos humanos. Desafortunadamente existen diferentes tipos de conductas «antisociales» que rompen con la armonía familiar, como lo es la violencia que atenta contra la armonía de los hogares, la cual por experiencia en el campo se puede observar que se manifiesta de forma física, psicológica, económica, sexual y por omisión.

La violencia en general y la familiar en particular son fenómenos sociales que aumentan cada día, volviéndose más común en muchos hogares de la sociedad mexicana. La violencia familiar no respeta raza, clase social, ni origen étnico, aunque la población que sufre este fenómeno social es en su mayoría (o de los que más se tiene conocimiento) de escasos recursos. Es por eso que conocer la violencia familiar es imperativo para detectar si en nuestro hogar la estamos viviendo, así como las formas en que se manifiesta.

Es necesario también conocer las consecuencias a las que nos enfrentamos ante esta problemática social y la forma de erradicarla. Lo que significa que conocer el sistema jurídico para saber qué hacer es de vital importancia, es decir, saber qué leyes me protegen en caso de ser víctima ante un hecho violento. En este sentido, la mejor forma de acabar con la violencia es por medio de la prevención.

Con base en lo anterior, presentamos los resultados de un estudio exploratorio sobre el tema de la violencia intrafamiliar, donde nos enfocamos a las personas que asisten a la Unidad de Atención a la Violencia Intrafamiliar del sistema DIF de Autlán de Navarro, en el sur del estado de Jalisco y que se encuentran viviendo el fenómeno de la violencia familiar. La población a investigar principalmente son mujeres debido a que en nuestra sociedad aún se encuentra presente el machismo, y son más los casos en los que la persona receptora de violencia es mujer. Cabe mencionar que ha habido casos en los que los hombres acuden a solicitar el servicio, siendo estos casos aislados.

Diseño de estudio

La metodología de nuestro estudio se basó en el entendimiento de dos aspectos básicos del tema de violencia familiar. Por un lado, nos interesa conocer la perspectiva de los sujetos sociales afectados por la violencia familiar. Por otro lado, nos enfocamos en el contexto jurídico regulador de estas conductas antisociales. Para el entendimiento de la perspectiva de los sujetos sociales, nos basamos en la aplicación de *encuestas formalmente estructuradas*: dirigido a la población que se encuentra viviendo una situación de violencia familiar, a las cuales se les hicieron una serie de preguntas cerradas orientadas a obtener información sobre las formas de violencia que se han presentado, los tipos de violencia que consideran que más les afectó y unas preguntas abiertas donde se les cuestionó como consideraban que se podía erradicar y prevenir la violencia familiar. Además, aplicamos el método de la *consulta de archivos*: se analizaron los casos que tiene la Unidad de Atención a la Violencia Intrafamiliar de la ciudad de Autlán de Navarro, los expedientes de los años 2015 y 2016 de los que se pretendió obtener datos estadísticos sobre las edades de las receptoras de violencia. Los factores que desencadenaron la violencia en un hogar y los riesgos a los que se exponen los hogares que la viven.

Para el entendimiento del contexto jurídico, realizamos una *revisión bibliográfica*, y se analizaron diferentes ordenamientos legales como lo son: Ley para la Prevención y Atención a la Violencia Intrafamiliar, Ley de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, a manera de comparación se analizó el Código Civil del Distrito Federal, Código Penal del Estado de Jalisco, Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer y La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

La perspectiva de los sujetos afectados

Después de haber aplicado encuestas a la población que sufre violencia familiar en esta ciudad de Autlán de Navarro, Jalisco podemos encontrar que las edades de las personas encuestadas la media aritmética son de 31 años de edad, la moda 30, 34, 38 años, la mediana es 31 años y el rango 33 años. En tanto a la educación, como lo muestra la figura 1, la mayoría de las per-

sonas encuestadas son de bajo nivel educativo. Asimismo, de las 26 personas encuestadas 17 viven en unión libre (figura 2).

Figura 1. Nivel académico de las personas encuestadas

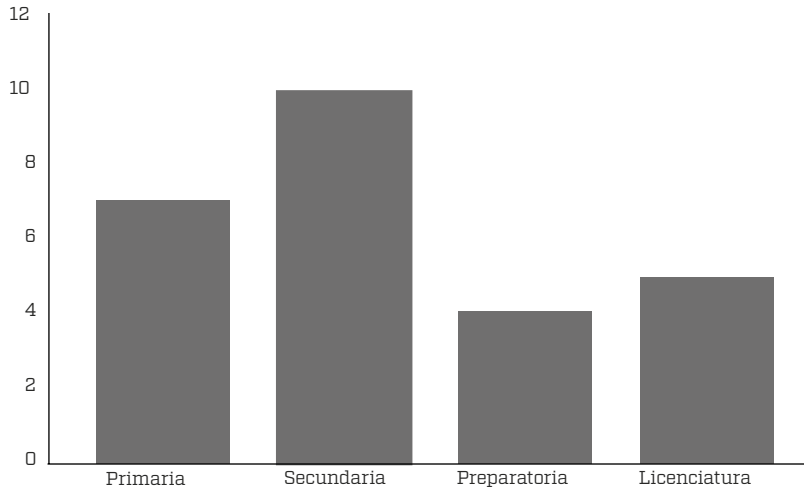
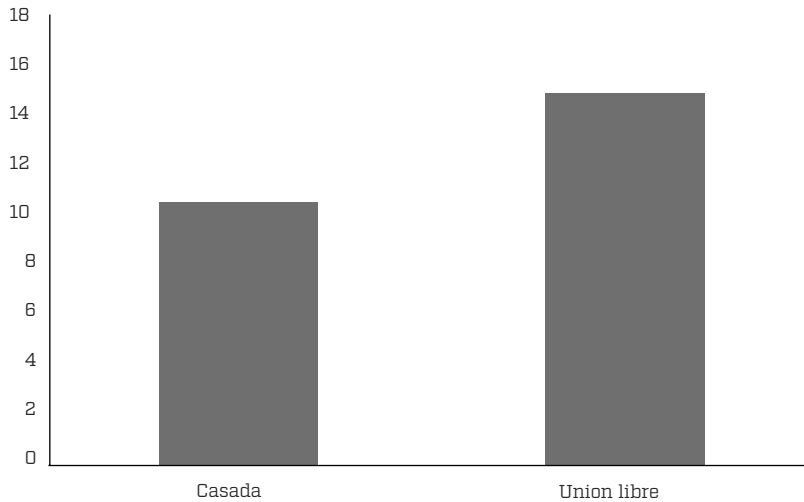


Figura 2. Estado civil de las personas encuestadas



Las Figuras 3 y 4 presentan la forma de violencia que los entrevistados han experimentado y la forma que más daño causó.

Figura 3. La forma de violencia que los encuestados manifestaron

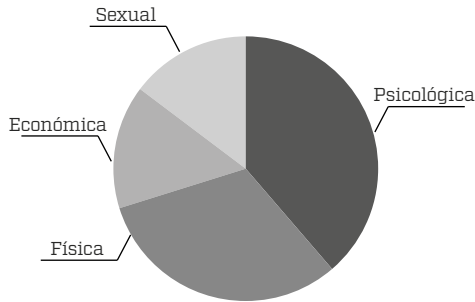
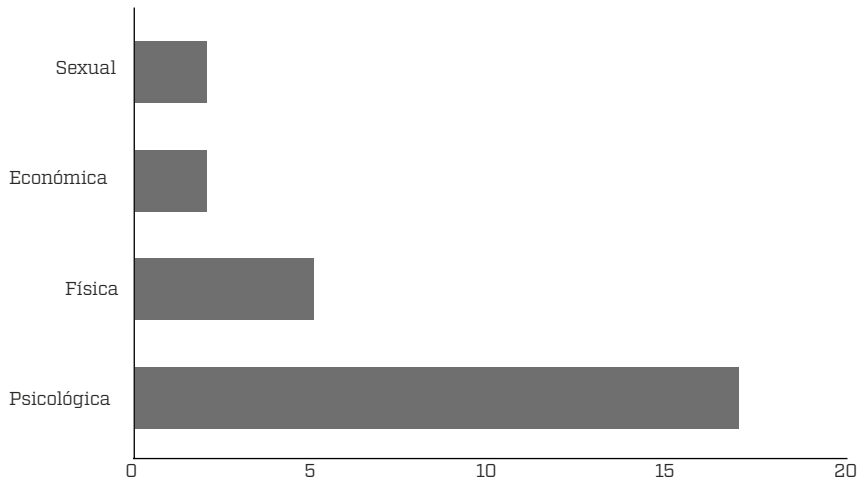


Figura 4. La forma de violencia que los encuestados manifestaron que más les afectó



En la encuesta realizada también se les preguntó por qué consideraban que ese tipo de violencia es el que más daño les había causado y contestaron: porque las palabras ofensivas con el tiempo de seguirlas escuchando se las fueron creyendo y les fue bajando el autoestima, aun cuando ya había pa-

sado mucho tiempo, las seguían recordando porque se les habían quedado grabadas; por lo que las recordaban con mucho dolor.

En las encuestas que se realizaron se les pregunto a las personas: ¿de qué manera pudieran erradicar la violencia familiar? a lo cual la mayoría sugirió que la única forma de erradicar la violencia con su pareja era la separación y las demás personas manifestaron que por medio de la comunicación y el respeto hacia la pareja y los hijos; un 20% consideran que en casos donde se manifiesta la violencia es necesario solicitar ayuda profesional y llevar a cabo un proceso psicológico.

Otra de las preguntas abiertas de las encuestas fue: ¿cómo pueden prevenir la violencia familiar? Las personas encuestadas sugieren que se puede prevenir la violencia a través de los valores, en especial el respeto y la comunicación, al igual que conocer bien a la pareja antes de tomar la decisión de formar una familia, porque consideran que existen personas, como su pareja, quienes de ninguna forma pueden evitar la violencia, indican que en esos casos, se debe tomar el debido tiempo para conocerse mejor y ante el primer signo de violencia en el noviazgo evitar seguir con la relación, así como solicitar apoyo desde el primer incidente de violencia que se presente.

Evolución histórica de la violencia familiar

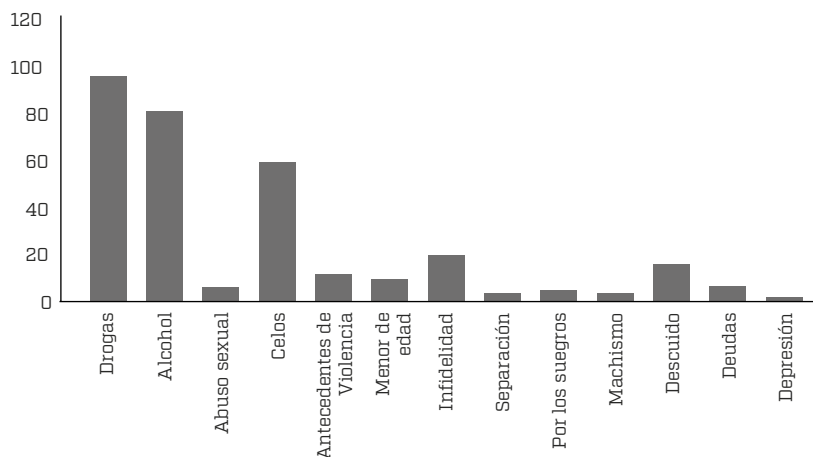
En la consulta de archivos de los expedientes de la Unidad de Atención a la Violencia Intrafamiliar de Autlán de Navarro, Jalisco se extrajo información acerca de las edades de las personas que solicitaron el servicio. Las personas que viven violencia se encuentran entre las edades desde los 13 hasta los 85 años de edad en 2015 y 2016, siendo los de 22 a los 37 años de edad el mayor porcentaje de los casos registrados. Los factores detonantes que se presentan en las personas que viven violencia se muestran en la figura 5.

Como podemos observar en la gráfica, en la mayoría de los casos las drogas y el alcohol fueron los detonantes más determinantes para que en los hogares existiera la violencia, así como también la celotipia ubicado en el tercer lugar.

En un 50% de los casos recibidos las personas generadoras de violencia tienen problemas de adicciones de alcohol y drogas enervantes, lo que es preocupante, ya que aunque este tipo de casos se canalizan a instituciones de ayuda en tema de adicciones, en especial al Centro de Atención Primaria en Adicciones (CAPA), muchas de las veces las personas que inician su proceso no lo concluyen, debido a que el entorno en el que viven también cuentan

con el mismo problema, pues este detonante se presenta cada vez más en la sociedad. También hubo 55 expedientes que se abrieron con motivo de maltrato o descuido hacia niños, a causa de padres irresponsables que, por inmadurez emocional, no toman el rol de padre o madre.

Figura 5. Factores detonantes de la violencia familiar



En algunos casos en los que se vivió violencia familiar los problemas fueron causados por los suegros; principalmente, por la suegra que tomaba parte en las decisiones de sus hijos y ocasionaba tensión con sus comentarios. Por lo general, los hijos tienen un gran apego con la madre y no se quieren separar de sus padres. Comúnmente, son hombres que llevan a su esposa o concubina dentro de su domicilio familiar, en los cuales ella no tiene la libertad de decisión porque la familia ya tienen su rol y costumbres a las cuales, como agregada, tiene que adaptarse.

Las consecuencias encontradas en la consulta de archivos van desde el aborto a causa de golpes, la depresión, los patrones de violencia que se siguen reproduciendo, la afectación en el ambiente en el que se desarrolla la familia, las pérdidas del trabajo, las deudas económicas, las adicciones, la separación de los padres, los problemas de pensión alimentaria y de custodia de los hijos, las enfermedades de transmisión sexual, y en algunos casos la muerte por violencia extrema o suicidio.

La perspectiva legal

La violencia rompe con los valores y normas morales que se viven en una familia, en la cual se pretende inculcar el amor, el respeto, la forma de comportarse y adaptarse en sociedad. Un hogar que vive violencia desvirtua el significado y el fin que persigue la familia, por lo cual es tan importante erradicarla.

Anteriormente, la violencia familiar era considerada como un problema que solo le correspondía a la familia en la intimidad del hogar y se trataba con sigilo dentro del hogar conyugal, la mayoría de las veces sin llegar a una solución. Pero al demostrarse que afecta no solo a la familia, sino también a la sociedad en las relaciones interpersonales de la vida diaria; en lo económico en el producto interno bruto de un país, debido al bajo rendimiento de los trabajadores, por ausentismo laboral, accidentes de trabajo e incapacidades. Surgió la necesidad de incorporarla a nuestros ordenamientos jurídicos para poder regularlo y combatirlo. El 4 de diciembre de 2003 se aprueba la Ley Para la Prevención y Atención a la Violencia Intrafamiliar de Jalisco, la cual se abroga cumpliendo con lo pactado en la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer y se incorpora en nuestro Código Penal del Estado de Jalisco en su artículo 176 ter, delito que se persigue por querrela del ofendido. De la misma forma encontramos que la violencia económica se encuentra regulada como delito llamado abandono de familiares como lo marca el artículo 183 del Código Penal del Estado de Jalisco.

Al ver que la violencia iba cada vez más en aumento hubo la necesidad de hacer reformas y en lugar de que fuera un delito por querrela se modificó como delito grave, para que su persecución se siguiera de oficio una vez que la agencia de ministerio público tuviera conocimiento del hecho delictuoso. Y debido al gran número de denuncias recibidas y a que las personas al poco tiempo iban a manifestar su desistimiento de la denuncia, la autoridad las derivaba a los métodos alternos de solución de conflictos para que las partes llegaran a un acuerdo conciliatorio. Pero no surtió los resultados esperados, debido a que los convenios no se cumplían, pues las personas se retractaban de sus declaraciones, manifestando su interés de no proseguir con la denuncia, y al de retirar los cargos los generadores continuaban con sus conductas vio-

lentas. Las autoridades no le daban la importancia y el seguimiento debidos, toda vez que no están sensibilizados ante esta problemática social.

En el nuevo sistema de justicia penal acusatorio y adversarial, se incluyó en los nuevos preceptos, tanto en la ley adjetiva como sustantiva, lo estipulado en la Ley General de Acceso a las Mujeres a una vida Libre de Violencia en su artículo 8 fracción IV que dice: «Evitar procedimientos de mediación o conciliación, por ser inviables en una relación de sometimiento entre el Agresor y la Víctima...», en este nuevo sistema se incluye como medida cautelar que los generadores reciban ayuda profesional y lleven a cabo un tratamiento psicoterapéutico para que no sigan generando violencia, y como última medida de sanción la prisión preventiva. Ahora las personas que viven violencia familiar que acuden a denunciar presentan una carpeta de investigación, una vez que se investiga y se encuentran elementos que denotan la existencia del delito, se busca realizar la justicia restaurativa, es decir, hacer la reparación del daño causado por la violencia vivida. Esta misma se cuantifica por medio de un dictamen pericial psicológico, en el cual se arroja el número de sesiones y el costo de las mismas que la víctima debe recibir para subsanar los daños generados. Se imponen medidas cautelares en las que se ordena la separación inmediata del domicilio, se le prohíbe al condenado residir en un lugar o acercarse al domicilio o lugar del trabajo de la víctima por un tiempo determinado como lo estipula el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Se condena a la reparación del daño y a llevar un tratamiento psicoterapéutico, cumpliendo lo estipulado en el artículo 28 fracciones IV y XV del Código Penal del Estado de Jalisco, y con relación al artículo 60 fracción I de la Ley de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

De igual forma, en caso de llevar a cabo un divorcio en el que exista violencia familiar podemos solicitar al juez familiar, como medida provisional, la separación de los cónyuges tal como lo estipula el artículo 407 del Código Civil para el Estado de Jalisco. Una vez separados los cónyuges, en el caso de que tengan hijos en común, uno de los derechos de los niños es la convivencia con sus padres, la cual se puede restringir o suspender en el caso de que exista violencia familiar, donde se cometan conductas nocivas a la salud física o psicológica de los menores, como lo establece el artículo 574 del Código en comento. A menudo sucede que, ante una separación forzosa, los padres sigan generando violencia y la realicen a través de sus hijos. En

este tipo de situaciones se da el síndrome de alienación parental (SAP), el cual se desarrolla cuando uno de los padres trata de desvirtuar la relación emocional que tiene su hijo con uno de sus progenitores.

Esperemos que estas nuevas soluciones a los casos de violencia familiar dé un resultado favorable para que este problema social vaya disminuyendo toda vez que es el principal factor para la desintegración familiar.

Al revisar el Código Civil del Distrito Federal, encontramos que lleva un avance significativo en cuanto a la regulación jurídica de la violencia familiar, puesto que, en su artículo 323 ter, estipula qué es la violencia familiar y contempla como derecho sustantivo a la familia, la cual debe desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física, psicoemocional, económica y sexual, evitando conductas que generen la violencia. Además, establece que las personas culpables de ocasionar tales conductas nocivas deberán reparar los daños y perjuicios provocados.

También regula el síndrome de alienación parental (cada vez más común entre los padres que se separan, principalmente, por violencia familiar) en su artículo 323 septimus que estipula: se denomina alineación parental cuando uno de los padres transforma la conciencia de un menor con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores. Al culpable se le condena suspensión en el ejercicio de la patria potestad del menor y, en consecuencia, del régimen de visitas y convivencias que, en su caso, tenga decretado. Asimismo, en caso de que el padre alienador tenga la guarda y custodia del niño, esta pasará de inmediato al otro progenitor, si se trata de un caso de alienación leve o moderada. Existe un gran avance en este código, porque en algunos casos los generadores de violencia por perder el control de su mujer ante una separación buscan la manera de seguirlo ejerciendo utilizando a los hijos.

Discusión y conclusiones

Hemos dado un gran avance al incorporar en el nuevo sistema los tratamientos a los generadores de violencia. Lo que en el anterior sistema no funcionaba puesto que eran detenidos por poco tiempo y al salir del penal se comportaban más agresivos con sus parejas, además que, a través de la relación filial con sus hijos, buscaban utilizarlos con el fin de ejercer violencia hacia la pareja,

lo cual fue motivo de que muchas mujeres no acudieran ante los órganos de administración de justicia; ya que no era costeable para ellas puesto que, en el tiempo que duraban detenidos, no contaban con ningún apoyo, y, por el contrario, les generaban más problemas al termino del procedimiento. Ahora, con el nuevo sistema se incorpora la reparación del daño, se obliga a cumplir con las obligaciones alimentarias y reciben ese tratamiento psicoterapéutico tan importante para romper con las cadenas de la violencia, lo cual es lo que necesitan las personas que se encuentran ante esta problemática social.

Es necesario reeducar a las familias, no solo con equidad de género sino también combatiendo los estereotipos de violencia inculcando el respeto y la armonía social y familiar. La violencia la vemos en todas partes, por lo cual es necesario iniciar campañas de prevención que fomenten la justicia, equidad y responsabilidad comenzando con el ejemplo en casa, en las instituciones y en las escuelas.

La violencia proviene del hogar de una cultura machista en la que está presente la celotipia, debido a que, desafortunadamente, las familias no enseñan el valor de la confianza; puesto que ya no se cree en nada, vemos a los gobernantes como corruptos, la cultura del mexicano es «veo primero por mí, después por mí y al final por mí», se duda hasta de uno mismo, y la duda lleva al temor y este a su vez se transforma en violencia, porque se crea la necesidad de controlar a las personas por medio de la fuerza.

La violencia no es normal, es un problema familiar y social, que nos compete a todos trabajar para erradicarla, al igual que debemos prevenirla, lo cual no es una tarea fácil. El gobierno debe implementar políticas públicas a los medios de comunicación, así como en internet sobre este tema. La sociedad tenemos que dejar de ver esta problemática como algo normal, como un problema de la intimidad del hogar, porque las consecuencias y la solución no le corresponde a cada familia, sino que es tarea de todos, por eso debemos denunciarlo, ya que es un delito que se persigue de oficio, así que todos los ciudadanos que tengan conocimiento de un delito están obligados por ley a hacerlo del conocimiento de las autoridades.

La forma de violencia que más afecta a las personas que la viven es la psicológica, en la cual coincidieron los encuestados que es la que más afecta porque hay daños que son muy difíciles de superar: un golpe a los 15 quince días se cura, en algunos casos más graves un poco más de tiempo, pero el daño emocional puede durar años en sanar y el algunos casos más graves

es un daño para toda su vida. Por otro lado, los factores o detonantes que influyen en un hogar en el que se presenta la violencia son las drogas, el alcohol y la celotipia.

Debemos de romper con los patrones de conducta violentos, para que las futuras nuevas familias puedan vivir en un ambiente adecuado, donde sus hijos rompan con las cadenas de la violencia, la cual solo viene a corromper a las familias, desuniéndolas, siendo una de las principales causales de divorcio.

Bibliografía

Ley Para la Prevención y Atención a la Violencia Intrafamiliar del Estado de Jalisco.

Código Penal para el Estado de Jalisco.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Código Civil para el Estado de Jalisco.

Código Civil para el Distrito Federal.

Ley de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Estado de Jalisco.

Ley General de Acceso a las Mujeres a una vida Libre de Violencia.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979, 18 de diciembre). Asamblea general de las Naciones Unidas .

Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer (1994, 9 de junio). Belém Do Pará, Brasil, .

El avance hacia la procedencia del amparo contra las omisiones legislativas

Teresa Magnolia Preciado Rodríguez¹

Resumen

La violación al mandato constitucional de hacer efectivo el desarrollo normativo a que está obligado el legislador a nivel federal, no cuenta con un mecanismo de control *ad hoc* mediante el cual se pueda sancionar la inconstitucionalidad de su omisión. En tal caso, la justicia federal ha tratado de dar solución a estos planteamientos a través de diversos medios de control ya existentes, y cuya procedencia ha ido cambiando durante el transcurso del tiempo. Específicamente es el amparo sobre el cual se escribe en el presente ensayo. Se muestra un pequeño análisis en la evolución de su procedencia en materia de omisiones legislativas, concretamente de los cuatro últimos pronunciamientos a nivel federal: el primero sostenido, en el 2013, por la SCJN con la Tesis VIII/2013 (p. 1164, en línea); el segundo, en 2014, por los Tribunales Colegiados en la Tesis IV 3° A 22K, donde se declara la improcedencia del amparo para conocer de cuestiones de omisión legislativa; y el tercer y cuarto pronunciamiento de los Tribunales Colegiados, en octubre de 2016, con las Tesis I 18° A11K y I 18° A10K, donde por fin determinan la procedencia del mismo.

¹ Doctora en Derecho Electoral por el Instituto Prisciliano Sánchez del Tribunal Electoral del Estado de Jalisco. Profesora Investigadora del Centro Universitario de Tonalá de la Universidad de Guadalajara, catedrática de la maestría en Derecho del Centro Universitario de la Costa Sur y miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Correo: magnolia.preciado@academicos.udg.mx

Introducción

Los valores y principios de alcance general establecidos en la carta fundamental que suponen mandatos de actuación para los poderes públicos –y, en concreto al legislador– se ven afectados de modo considerable cuando este no actúa de tal forma que haga efectivo el desarrollo normativo a que está obligado. Por tanto, no hay duda de que el poder legislativo puede violentar la Constitución y por consecuencia, generar la existencia de omisiones legislativas que producen una inconstitucionalidad, afectando el debido respeto y protección a los derechos fundamentales² contenidos en ella. En la actualidad, los retos se tornan respecto a la «forma» de combatirlas, es por eso que cuando falla la autoridad –el poder legislativo en este caso– tiene que entrar el poder judicial para garantizar los derechos vulnerados. Eso es precisamente uno de los objetivos del Poder Judicial Federal, a través de los mecanismos de control e interpretación del derecho, contemplados en el ordenamiento jurídico mexicano.

La SCJN ha resuelto diversos procedimientos de inconstitucionalidad por omisión legislativa a pesar de la inexistencia de un mecanismo idóneo. Sin embargo, los muros que se imponen por la falta de herramientas procesales eficaces para actuar contra dichas omisiones inconstitucionales –cada vez más frecuentes– con las que se pueda promover y sobre todo resolver en pro de los derechos consagrados en nuestra carta magna –además, de la observancia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que México es parte– han generado una deficiente o nula solución a los casos planteados. La evolución de estas resoluciones, concretamente, a través del juicio de amparo, han ido de la improcedencia a la recientemente procedencia tratándose de derechos humanos.

En el marco de lo anterior, el objetivo del presente trabajo es realizar un pequeño análisis a la evolución de la procedencia del amparo en materia de omisión legislativa, concretamente de los cuatro últimos pronunciamientos a nivel federal; el primero, sostenido, en el 2013, por la SCJN con la Tesis VIII/2013 (p. 1164, en línea); el segundo, en 2014, por los Tribunales Cole-

² Más allá del debate filosófico-doctrinario existente en relación a la denominación entre derechos fundamentales y derechos humanos, cabe aclarar que, para efectos de este trabajo, utilizamos ambos términos a manera de sinónimo.

giados en la Tesis IV 3° A 22K, y que declaran la improcedencia del amparo para conocer de cuestiones de omisión legislativa; mientras que las dos últimas interpretaciones de los propios Tribunales Colegiados, en octubre de 2016, con las Tesis I 18° A11K y I 18° A10K, han determinado por fin la procedencia del mismo.

Así entonces, el estudio utilizado versará sobre un metodología cualitativa, a partir de un método inductivo e histórico, que va desde las primeras interpretaciones federales sobre la improcedencia del amparo por omisión legislativa, el análisis personal de las resoluciones del 2013 una vez realizada la reforma constitucional del 2011 en materia de derechos humanos, la justificación constitucional, convencional y doctrinal de la procedencia del amparo, hasta exponer las dos últimas tesis de los colegiados donde abogan finalmente por la procedencia de este medio de control constitucional, resolviéndose aparentemente la ausencia que a nivel federal existía, por la ausencia de un mecanismo idóneo que supere los problemas derivados de la inacción legislativa.

De la improcedencia del amparo por omisión legislativa

La SCJN se ha pronunciado de manera reiterada, desde 1997 al 2014, sobre la improcedencia del amparo en materia de omisiones legislativas. Las tres sentencias en comento se presentan a continuación:

En 1997, la corte emitió la primera resolución en este sentido bajo el rubro «Leyes, Amparo Contra. Es Improcedente Aquel en que se Impugna la Omisión del Legislador Ordinario de Expedir una Ley o de Armonizar un Ordenamiento Legal a una Reforma Constitucional» (1997, p. 180). Asimismo, dicha tesis influyó para un pronunciamiento posterior, en 2008, donde el pleno emite la jurisprudencia de rubro «ISSSTE. La Ley Relativa, al no Regular el Arrendamiento de Vivienda Propiedad del Instituto, Constituye una Omisión Legislativa que no es Reparable en el Juicio de Amparo (Legislación Vigente a Partir del 1o. de abril de 2007)» (2008, p. 43), en la cual bajo el mismo criterio sustentado por la corte, ya en el 97, considera la improcedencia del amparo, en virtud de los efectos generales que caracteri-

za el principio de relatividad del juicio por un lado, y la invasión de esferas competenciales en cuanto al quehacer legislativo.

Para el 2013, resultó sorpresivo el pronunciamiento de la segunda sala de la SCJN en la tesis aislada de rubro «Omisión Legislativa. Es Improcedente el Juicio de Amparo en su Contra, Conforme al Artículo 73, Fracción XVIII, de la Ley de la Materia, en Relación con el Artículo 107, Fracción II, Párrafo Primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos» (2013, p. 1164), mismo que fue dictado en el idéntico sentido que las anteriores, tomando en consideración la fecha de la emisión –febrero del 2013–, es decir, luego de haberse reformado la constitución e incluso de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) hubiese emitido varias resoluciones de las cuales, la misma SCJN ha establecido como vinculatorias para el Estado mexicano cuando este haya sido parte y orientadoras cuando no.

Finalmente, risible –por llamarlo de alguna forma– es la tesis emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito, cuando un año más tarde –febrero de 2014– emiten el criterio de «Improcedencia del Juicio de Amparo. Se Actualiza de Forma Indudable y Manifiesta si Pretende Reclamarse una Omisión Legislativa, en Tanto que la Eventual Restitución que Habría al Quejoso en sus Derechos Implicaría Dar Efectos Generales a la Sentencia, lo Cual Proscribe el Principio de Relatividad que Rige, Aún Cuando el Quejoso Aduzca que el Acto Impugnado Transgrede un Instrumento Internacional» (2014, p. 2418), en el cual se alega de nueva cuenta la improcedencia al considerar que se transgrede el principio de relatividad que rigen las sentencias en el amparo de conformidad con lo establecido por el numeral 107, fracción segunda, párrafo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aludiendo que no es posible obviar las instrucciones procesales del derecho interno al sugerir un mecanismo extraordinario de defensa como sería el instrumento internacional.

Todo lo anterior es importante, tomando en consideración que, a partir del 2011, se concibe un cambio en el paradigma de impartición de justicia «ampliando» la protección de los derechos humanos, surge así el cuestionamiento del por qué el amparo sigue siendo improcedente contra las omisiones legislativas, incluso de aquellas que vulneran los derechos humanos.

Refiriéndonos específicamente la tesis aislada de febrero de 2013, de modo tangente determina que a pesar de la reforma de junio de 2011, en el artículo 107 fracción II sigue prevaleciendo el principio de relatividad, dado que las

sentencias pronunciadas por vía de amparo no pueden tener efectos generales. Al respecto, se está parcialmente de acuerdo con ese criterio, en razón de que, si bien es cierto que la fracción mencionada no sufrió modificación alguna, la reforma al artículo 1º constitucional es de trascendencia tal, que los preceptos deben interpretarse a la luz de este artículo; es decir, la técnica de interpretación utilizada debe ser de manera integral sobre todo cuando se trata de la protección de los derechos humanos. Por lo tanto, se considera un argumento insuficiente limitar la procedencia sin hacer una interpretación conforme a la constitución y los principios contenidos en esta.

Así, arguye la autoridad, que en relación al artículo 73, fracción XVIII, de la entonces vigente Ley de Amparo³ –que refería las causales de improcedencia– se declara improcedente el juicio de amparo contra una «omisión legislativa» –reiterando el argumento que se había sostenido durante los últimos quince años aproximadamente– por considerar que de concederse la protección –nótese que en ningún momento está negando la existencia de la violación a los derechos fundamentales del quejoso– la sentencia a su decir produciría los efectos que a continuación se señalan:

a. *Se estaría obligando a la autoridad legislativa a reparar la omisión.*

Al respecto, es de considerarse que el poder legislativo no está exento al cumplimiento de las disposiciones constitucionales y, en su carácter de autoridad en ejercicio de sus funciones, se encuentra en la posibilidad de vulnerar los derechos de las personas no solo por acción, sino también por omisión –como es el caso–, por lo tanto estaría obligado, efectivamente, a reparar el daño y proteger los derechos consagrados en nuestra carta fundamental, por las razones que más adelante se detallarán. Por el momento, baste decir, que se considera que el poder legislativo, inexorablemente a la luz de los mecanismos de defensa de nuestra constitución, ha dejado de ser inmune al control constitucional.

³ Que tuvo vigencia desde 1936 hasta la emisión de la nueva, publicada en el DOF el día 2 de abril de 2013, aproximadamente dos meses después de haberse emitido la resolución en comento.

- b. *Que la determinación de obligar al legislador a emitir una norma, tendría efectos generales para la ejecutoria, es decir, que la creación de la ley constituye una prescripción general, abstracta y permanente. Por lo que, no solo se habrá protegido al quejoso –manteniendo el tan aludido principio de relatividad– sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma creada.*

De tal argumento, se aduce que efectivamente, en los «términos en que está planteada la resolución», sí implica la emisión de una norma de observancia general y abstracta, sin embargo, no es razón suficiente para dejar en estado de total indefensión –como hasta hoy se ha hecho– al recurrente. Es decir, se estima que a la luz de las reformas de 2011 resulta insuficiente que solo se aluda a la imposibilidad de la procedencia por los efectos generales –de los que, en cierta medida, estamos de acuerdo– ya que con los mecanismos de control e interpretación vigentes, podría haberse emitido un criterio que considerara declarar la violación por omisión, y establecer bases mínimas de protección, por ejemplo. Posibilidades o formas que más adelante se exponen a fin, claro está, de superar este tipo de afectaciones y sobre todo salvaguardar los derechos fundamentales de las personas.

- c. *La imposibilidad de la declaración de la inconstitucionalidad de la norma con efectos generales prevista en los párrafos segundo y tercero del artículo 107, fracción II.*

Baste decir, por el momento, que es cierto que el mecanismo prescrito en esta disposición normativa se refiera «expresamente» a las normas existentes y no considere las omisiones legislativas, toda vez que, evidentemente no existe un mecanismo de control concentrado específicamente que resuelva dichas omisiones hasta ese momento. Sin embargo, se insiste que a merced de la interpretación que los juzgadores hagan del ordenamiento jurídico vigente de forma integral, cabría la posibilidad de aplicar esta disposición a *contrario sensu* tratándose de las omisiones legislativas, sin pasar por alto que, para estar en este supuesto, primero se tendría que superar el requisito de admisibilidad de la demanda.

- d. *Aun cuando el artículo 103, fracción I de la constitución se haya reformado y que contemple las «omisiones de la autoridad» que violen los derechos humanos, considera que el precepto no contempla la posibilidad de que puedan reclamarse omisiones legislativas en específico, ya que opera la limitante de la no admisión de los efectos generales en las sentencias de amparo, dispuesto en el artículo 107, fracción II, párrafo primero.*

Por una parte, se reitera la posición en relación a que el poder legislativo tiene carácter de autoridad dentro del estado mexicano y consecuentemente, aun cuando no se mencione de manera «expresa» la contemplación de las omisiones legislativas, resulta un argumento nuevamente insuficiente, si se considera que el artículo está formulado de manera general y no exhaustiva, pues la intensión es englobar a «toda autoridad» que viole los derechos humanos, máxime si se realiza la interpretación alineada al artículo 1° constitucional, que se estima, no debe pasar por alto. Por tanto, intentar que el artículo establezca de manera exhaustiva la enunciación de las autoridades que pueden vulnerar los derechos fundamentales de las personas, es decir, querer que el artículo establezca de forma explícita a la autoridad legislativa, sería tanto como limitar la intensión que el mismo legislador tuvo al reformar este artículo, que fue precisamente «ampliar la protección».

Por la otra, que el párrafo primero de la fracción II del artículo 107 constitucional siga estableciendo la relatividad de las sentencias en el amparo, se aprecia que, luego de las reformas, este concepto se ha flexibilizado, por así decirlo, y ya no se puede interpretar de manera taxativa, y sí matizada de conformidad con lo que el mismo artículo establece en su primera fracción, además de los estándares y principios de derecho internacional, es decir, la universalidad, la indivisibilidad e interdependencia y progresividad de los derechos humanos, además de considerar la imperante cláusula *prohomine*, todos consagrados en el tan mencionado artículo 1° de nuestra Constitución.

Se reconoce que a la fecha de la resolución, no se publicaba la ley reglamentaria de la materia, por lo que se podría pensar, pero no dispensar, que tal vez eso incidió en la decisión de pronunciarse de manera reiterativa en la resolución en comento.

El reto para la justicia federal no fue fácil, y a pesar de recientemente emitir por parte de los Tribunales Colegiados la procedencia de este mecanismo, se es consciente que es un tema que no resulta nada sencillo, así la SCJN y

demás tribunales federales tendrán que ir decantando en sus resoluciones con la amplitud y alcances, a la luz de los nuevos mecanismos de control e interpretación del ordenamiento jurídico mexicano.

Pues bien, se preguntarán ¿cuáles son esos mecanismos de control y de interpretación que se comentan? ¿Por qué se alude en los argumentos al artículo 1º constitucional, podría decirse, que en demasía? y por tanto, ¿cómo o de qué forma podrían incidir en los casos que se plantean por omisión legislativa? A lo que se responde de manera referencial y considerativa. Sin embargo, se insiste, la labor interpretativa y los alcances que le den a las normas y recursos disponibles en la solución de los casos concretos, luego de realizar complejos y profundos análisis, será una labor nada sencilla por parte de los juzgadores con miras siempre a proporcionar «seguridad jurídica»⁴ (Atienza, 2013, p. 23) en sus resoluciones.

Entonces, se debe indagar en las disposiciones y mecanismos jurídicos con los que se cuentan y, además, se deben observar de manera imperativa a la hora de aplicar e interpretar las normas para la protección de los derechos fundamentales. Bien, vamos por partes...

¿Por qué el amparo contra la omisión legislativa?

A partir de la reforma del artículo 1º constitucional en junio de 2011, ¿qué posibilidad existe de recurrir al amparo para salvaguardar los derechos que se violentan por causa de las omisiones legislativas en México?

La reforma constitucional, publicada el 10 de junio de 2011, en materia de derechos humanos, instituyó de manera expresa en su artículo 1º las bases de observancia para el respeto y salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas en México. Con esta reforma y con la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto al caso Radilla

⁴ Haciendo referencia a Francisco Laporta en su libro *Imperio de la Ley*, Manuel Atienza, argumenta que el valor de la *seguridad jurídica* –vinculada al formalismo o a la forma de entender este– conlleva la necesidad de utilizar argumentos literalistas en el Derecho, basados en el valor de la autonomía personal.

Pacheco, constituyen un cambio de paradigma en relación al control de regularidad en nuestro orden jurídico, ampliando los horizontes de protección. De eso no existe duda, aunque aludiendo a Dworkin (2002) y su teoría de los derechos en la que concibe que el derecho opera a partir de principios y, a razón de que dichos principios ya estaban insertos en la carta fundamental, se tendría que haber entendido la obligatoriedad con independencia de que lo diga «expresamente» o no la Constitución luego de la reforma al artículo 1°.

Pero, ¿a qué se refiere el control de regularidad? Al respecto señala Cossío Díaz (2012) que el control de la regularidad atendía únicamente al control concentrado con carácter exclusivamente constitucional. Esto quiere decir que la totalidad del control de regularidad de grado superior debía llevarse a cabo dentro del tipo de procesos concentrados (amparo, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad) y teniendo como único parámetro a la Constitución.

Ahora se contempla la posibilidad de otro tipo (difuso) y de otro parámetro (convencionalidad), con lo cual amplió considerablemente las posibilidades del control de regularidad. Así, cuando nos referimos al control concentrado se hace alusión a los mecanismos de control expresamente establecidos en el texto constitucional, y lo que se busca del órgano jurisdiccional es lograr la declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada, de ahí que ella, la norma, sea el objeto central de la impugnación. Es decir, «la declaración de invalidez» (Cossío, 2012, p. 37).

Respecto al control difuso, es la competencia que permite considerar un proceso no dirigido expresamente hacia tal fin, si una norma es o no contraria a la constitución, que en aras de proteger la Supremacía constitucional «el propio juzgador asume la tarea de enfrentar las normas contrarias al texto constitucional» (Cossío, 2012, p. 42). El juzgador ordinario, es decir, aquel que no tiene como competencia directa el control (concentrado) de constitucionalidad, puede encontrar, mutuo propio o a instancia de parte, que una de las normas mediante las cuales debe resolver el litigio es, evidentemente a su juicio contraria a la constitución. Por lo mismo, procede «desaplicarla» al caso concreto, es decir, hacer como si la misma no formará parte del ordenamiento y, con base en ello, resolver lo que corresponda.

Una vez establecidas de manera sucinta las diferencias entre los tipos de control existentes en el ordenamiento jurídico mexicano vigente, se identifica que el juicio de amparo es un mecanismo de control concentrado previsto en

los artículos 103 y 107 constitucionales y su ley reglamentaria, e instituido para la defensa de los derechos humanos. Mecanismo que ahora, como ya se vio, tiene dos parámetros: uno constitucional y otro convencional (Jurisprudencia, p. 1305).⁵ A decir del parámetro constitucional se puede señalar de manera primordial al primer párrafo del artículo 1º, que se refiere al goce de los derechos humanos y sus garantías de protección y, el segundo párrafo que establece los principios de interpretación conforme y principio de interpretación propersona o *prohomine*; principios que de igual forma son aplicables al parámetro convencional, es decir, a las disposiciones contenidas en los tratados internacionales que contemplan algún derecho humano o en específico se trate de la materia y de los cuales el Estado mexicano forme parte.

En consecuencia, la técnica hermenéutica jurídica de interpretación conforme debe tender a preservar la Supremacía constitucional contenida en el artículo 133, que desde luego tiene alcance convencional. Al respecto Cossío Díaz señala que es posible realizar el control concentrado partiendo del parámetro convencional siempre que el parámetro de validez de la norma cuestionada fuera un derecho humano contenido en un tratado internacional (2012, p. 46). La interpretación conforme creemos, sigue partiendo del contenido constitucional ya que es la misma carta fundamental la que da la pauta para la observancia de las normas internacionales para la protección de derechos humanos cuando sea necesario. Lo anterior no quiere decir, a nuestro parecer, que se esté afectando la jerarquía normativa dejando a la Constitución por debajo de los tratados internacionales en este supuesto y menos aún, que se deje de observar las disposiciones constitucionales y se obedezca únicamente al derecho internacional; sino que, partiendo de un análisis sistemático y considerando la protección más amplia de los derechos fundamentales (objetivo primordial), lo que se pretende es la armonización de los tratados internacionales y del ordenamiento constitucional sin restar-

⁵ Sin dejar de prever por supuesto, el control de la legalidad, que de acuerdo a la jurisprudencia (que lo interpreta como un parámetro más) considera que el amparo es un medio de control que tiene como parámetro de control los tres tipos de normas jurídicas, a saber, las normas generales ordinarias que regulan la actuación de las autoridades del Estado –lato sensu– (control de legalidad), las disposiciones constitucionales (control de constitucionalidad) y los tratados o convenciones internacionales (control de convencionalidad).

le validez a este último, pues al contrario, se debe hacer efectiva la justicia constitucional en cada caso concreto.

Por su parte, la interpretación *propersona* es básicamente, un principio de interpretación para que todas las autoridades del país lleven a cabo la protección más amplia de los derechos humanos de todos los habitantes del territorio nacional (Cossío, 2012, p. 50). ⁶Es decir, la armonización del derecho nacional con los principios internacionales debe aplicarse, siempre y cuando, esta última tenga consagrado un mejor derecho a favor de la persona del que establece la propia Constitución. Por tanto, el principio *propersona* o *prohominie*, como método de interpretación en los que se vean implicados los derechos humanos, tiene carácter ineludible para «todas las autoridades» (Jurisprudencia, 2012, p. 799).

Aunado a lo anterior, es decir, a la interpretación conforme y al principio *pro persona*, tenemos que en el párrafo tercero del mismo artículo 1º constitucional se relaciona consecuentemente de manera directa, toda vez que también tiene carácter obligatorio para que las autoridades «todas», en el ámbito de su competencia, promuevan, respeten, protejan y garanticen los derechos humanos de conformidad con los principios de «universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad».

Sin entrar a la conceptualización de cada uno de ellos –toda vez que del tema ya se ha escrito suficiente–, baste decir que son máximas de derecho internacional que nuestra constitución ha recogido como instrumentos vivos, cuya actuación e interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de la vida actuales. Interpretación evolutiva que es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la CADH así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De ahí que dichos derechos, dentro de sus límites, son inalterables, es decir, que su núcleo esencial es intangible (Tesis I.4o.A.9 K: 2254).

⁶ Cabe señalar que el autor menciona que es una de las cuestiones más relevantes que con motivo de la segunda resolución que emitió la SCJN respecto del caso Radilla Pacheco se dio, ya que al establecer el alcance obligatorio de la interpretación *propersona* respecto de todas las autoridades del país, generó una condición estructural de la mayor importancia cuyas consecuencias, por lo demás, pueden inferirse si se lee la resolución de manera conjunta con el párrafo tercero del artículo 1º constitucional.

La luz que estos principios han arrojado a la interpretación jurídica, permiten la resolución de casos en concreto desde una visión holística de los derechos humanos en la norma supranacional hacia la comunidad global, incluyente de culturas y grupos vulnerables, sin distinciones jerárquicas, indivisibles e interdependientes, donde los Estados que forman parte del bloque convencional, tienen un compromiso para adoptar las providencias con el propósito de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos humanos en sus comunidades.

Pues bien, del artículo 1º constitucional esbozado de manera general para vislumbrar la amplitud y alcances que se generan a través de su interpretación, en relación a la protección de los derechos humanos, junto con lo establecido por la nueva Ley de Amparo reglamentaria del artículo 103 y 107 constitucionales, que incorporó entre otras reformas los derechos legítimos, ya sea individuales o colectivos, contienen las bases para realizar una interpretación hermenéutica más amplia, progresiva y garantista de los derechos fundamentales, para haber declarado desde el 2013 la procedencia del amparo por omisiones legislativas tratándose de normas secundarias cuya ausencia viole un derecho humano, es decir, no en todos los casos puede o debe proceder el amparo contra omisiones legislativas, solo en caso de violaciones a los derechos fundamentales.

En tal caso, y pensando en que la «excusa» ha sido los efectos generales, debe entonces entenderse que, si bien, efectivamente, la creación de la norma general que por defecto deviene de la configuración de la violación por omisión resultaría necesaria y no contradictoria, si lo que se quiere es promover y proteger los derechos humanos, puesto que como característica primordial es garantizar que esos derechos operen para todo «individuo», así entonces, si lo que se impugna es la imposibilidad de hacer efectivo el derecho humano por la inexistencia de la norma, debe entenderse que, la afectación se está dando para los individuos en general, en el entendido inherente de que todos somos sujetos titulares de los derechos humanos.

De la procedencia del amparo indirecto contra la omisión legislativa

Pese a lo anterior, curiosamente el Estado era «omiso» al garantizar al titular de un derecho de contar con un recurso idóneo que permitiera la defensa y remedio a su situación, hasta el año pasado –octubre de 2016–, al emitirse dos criterios que declaran la procedencia del amparo indirecto, es decir, prácticamente cinco años después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos –más vale tarde que nunca– se ha por fin realizado una interpretación conforme y apegada al principio propersona sobre el tema, por lo que sin ser jurisprudencia aún, se puede decir que evidentemente se ha avanzado en materia de interpretación y protección constitucional.

Las dos tesis en comento señalan lo siguiente:

OMISIÓN LEGISLATIVA O REGLAMENTARIA. HIPÓTESIS EN QUE ES PROCEDENTE EL AMPARO INDIRECTO.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo la tesis aislada de la improcedencia del juicio de amparo, cuando se impugna la omisión de la autoridad para expedir disposiciones de carácter general porque, en esos casos, podrían darse efectos generales a la ejecutoria vinculando no solo al quejoso y a las responsables, sino a todos los gobernados y autoridades relacionados con la norma creada, contraviniendo el principio de relatividad de las sentencias. Dicho criterio fue emitido antes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del seis de junio de dos mil once, así como del decreto por el que se expidió la nueva Ley de Amparo de dos de abril de dos mil trece por lo que, adminiculando ambas reformas, actualmente es factible considerar que el amparo es procedente cuando se reclama la omisión legislativa o reglamentaria, por lo menos, cuando hay un mandato constitucional o legal que obligue a una autoridad y éste no se ha ejecutado. En tal virtud, cuando se impugna la omisión legislativa o reglamentaria debe demostrarse que el deber de actuar de la autoridad en cierto sentido existe, esto es, que un mandato legal obliga a una autoridad a expedir una disposición de carácter general; y quien tenga interés legítimo puede acudir a reclamar el inactuar de la autoridad. En una circunstancia, el juicio de amparo sí es procedente cuando se trate de una omisión legislativa o reglamentaria, porque en ese supuesto

no se pretende satisfacer un interés particular, sino uno legítimo para el cumplimiento de un mandato legal ya existente (Tesis Aislada I.18oA11k, 2016).

OMISIÓN LEGISLATIVA O REGLAMENTARIA. SU RECLAMO NO CONSTITUYE UN MOTIVO MANIFIESTO E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA DE AMPARO.

A partir de la reforma constitucional de 6 de junio del 2011 se prevé, expresamente, la obligación de las autoridades de garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, mientras que el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos garantiza el acceso a una tutela judicial efectiva. En este sentido, se concluye que no constituye un motivo manifiesto e indudable de improcedencia de la demanda de amparo, que se reclamen omisiones legislativas o reglamentarias, pues para advertir si existen o no, el Juez de Distrito debe revisar: a) si hay un mandato normativo expreso que implique el actuar de la autoridad en la forma que se reclama; b) si se configura la omisión del cumplimiento de tal obligación; y, c) si esa abstención vulnera un derecho humano. Lo anterior requiere un análisis que debe realizarse en la sentencia y no en un acuerdo de desechamiento por lo que no es motivo notorio y manifiesto de improcedencia (Tesis I.18°. A 10K, 2016).

Definitivamente es de celebrar la interpretación que por lo menos en materia de derechos humanos ha realizado los Tribunales Colegiados para la procedencia del amparo indirecto que dé solución a los problemas jurídicos ocasionados por el inactuar del legislador. Sin embargo, hablando de omisiones, es importante señalar que el juez colegiado al señalar que el criterio asumido hasta antes de estas dos tesis respecto de la improcedencia del amparo, fue realizada previo a la reforma del 2011 en materia de derechos humanos y del 2013 en materia de amparo, ha «olvidado» claramente la existencia de las dos tesis ya señaladas en el 2013 y 2014, (Tesis VIII/2013 y Tesis IV.3°.A.22K), donde se argumentaba la improcedencia en virtud del principio de relatividad de las sentencias como ya se ha señalado, sin tomar en cuenta ningún otro elemento.

Quizá en el caso de la tesis del 2013 podría pensarse que, al ser de febrero de ese año, fue efectivamente previo a la reforma en la Ley de Amparo –en abril–, no obstante, la existencia de la obligatoriedad de interpretar de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad

y progresividad ya existía en la máxima norma, por lo que existió una clara violación a los derechos de los quejosos.

Ahora bien, de estas tesis, encontramos dos supuestos, el primero, correspondiente al caso de procedencia del amparo indirecto por violación a un derecho legítimo: la emisión de una ley o reglamento, del cual la autoridad responsable tiene un mandato legal de expedir, es decir, la existencia de un mecanismo *ad hoc* mediante el cual se pueda demandar la protección de la justicia federal por la inactuación inconstitucional del órgano legislativo cuando está obligado a emitir en determinado tiempo una norma secundaria, parece se está subsanando con esta disposición.

El segundo supuesto es la procedencia del amparo indirecto por la omisión legislativa cuya abstención vulnera un derecho humano, es decir, mientras que en el supuesto anterior, habla de un inactuar del legislador para decretar cualquier norma secundaria a que este obligado, en el caso concreto, señala que esta inactividad violenta concretamente un derecho humano, tal y como se había señalado en el apartado anterior.

Sin duda, no serán las únicas tesis que veremos al respecto y hasta no convertirse en jurisprudencia, hay que estar a la espera para ver cómo va caminando la interpretación para estos casos en los próximos.

Discusión y conclusiones

Hasta este año del 2016, se avanzó en el análisis de los artículos 103 y 105 constitucional en materia de amparo por omisión; aún y cuando se incluía desde el 2103 la procedencia por la «omisión» de cualquier poder público, había sido entendido de manera limitativa, pues aunque se reconoció la procedencia por derechos legítimos —ya sean individuales o colectivos— esta flexibilización para la procedencia del amparo contra omisiones legislativas no se permitió aún con la existencia de la reforma constitucional en el 2011 en materia de derechos humanos, violentando con ello el derecho de toda persona a la protección judicial y de contar con recursos efectivos que garanticen sus derecho, en este caso, por el legislador.

Las últimas dos interpretaciones de los Tribunales Colegiados, en octubre de 2016, dieron un paso significativo respecto a la postura del amparo en materia de omisión legislativa, permitiendo que los ciudadanos puedan

tener la garantía de la existencia del recurso idóneo que permita la defensa y remedio al silencio del legislador cuando tenga el mandato constitucional de emitir determinada norma legal o reglamentaria sobre derechos legítimos o bien un derecho humano.

En virtud de lo anterior, el reto será, en las próximas interpretaciones cuando la autoridad que corresponda a nivel federal analice sobre la procedencia del amparo indirecto contra omisiones legislativas de manera general o solo contra aquellas omisiones que violenten un derecho fundamental.

Fuentes de consulta

- Atienza Rodríguez, M. (2013). Justicia constitucional y escepticismo moral. *Sufragio, Revista Especializada en Derecho Electoral*, México: Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco.
- Cossío Díaz, J. R. (2012). Primeras implicaciones del caso Radilla. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 26, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, de www.juridicas.unam.mx
- Dworkin, R. (2012). *Los Derechos en serio* (5ta. Reimpresión). España: Ariel.
- Serrano, S. y Vázquez, D. (s. f.). *Los derechos humanos en acción: Operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos*. México: Flacso, pp. 16 y 17, de <http://www.cjslp.gob.mx/seminario/programa/Panel%20IV/Enfoque%20de%20derechos.%20Operacionalizacio%C2%B4n%20de%20esta%C2%B4ndares%20internacionales.pdf>

Legislación local y convencional

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley Reglamentaria del artículo 103 y 107 constitucional.
- Departamento de Derecho Internacional. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Recuperado el 14 de agosto de 2016, de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
- ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado el 14 de agosto de 2016, de http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml

Tesis y jurisprudencias

- Tesis I.18°. A 10K. (2016, 7 octubre). Omisión legislativa o reglamentaria. Su reclamo no constituye un motivo manifiesto e indudable de improcedencia de la demanda de amparo (10a. Época). *Semanario Judicial de la Federación*. Tribunales Colegiados de Circuito, Registro 2012768. Recuperada el 27 de octubre de 2016, de www.scjn.gob.mx.
- Tesis Aislada I.18oA11k. (2016, 7 octubre). Omisión legislativa o reglamentaria. Hipótesis en que es procedente el amparo indirecto (10a. Época). *Semanario Judicial de la Federación*. Tribunales Colegiados de Circuito, Registro 2012767. Recuperada el 27 de octubre de 2016, de www.scjn.gob.mx.
- Tesis Aislada VIII. (2013, febrero). Omisión legislativa. Es improcedente en el juicio de amparo en su contra, conforme al artículo 73, fracción XVIII, de la ley de la materia, en relación con el artículo 107, fracción II, párrafo primero, de la constitución política de los estados unidos mexicanos. (10a. Época, 2a. Sala). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* (Libro 17, Tomo 2, p. 1164). Recuperada el 16 de abril de 2015, a las 22:00 hrs., de www.scjn.gob.mx
- Tesis Aislada CLXVIII. (1997, diciembre). Leyes, amparo contra. Es improcedente aquel en que se impugna la omisión del legislador ordinario de expedir una ley o de armonizar un ordenamiento legal a una reforma constitucional (9a. Época). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* (Tomo 6, p. 180) Tribunal Pleno. Recuperada el 16 de abril de 2015, a las 22:00 hrs., de www.scjn.gob.mx.
- Tesis Jurisprudencial 134. (2008, octubre). Issste. La ley relativa, al no regular el arrendamiento de vivienda propiedad del instituto, constituye una omisión legislativa que no es reparable en el juicio de amparo (legislación vigente a partir del 1o. De abril de 2007) (9a. Época). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* (Tomo 28, p. 43). México, Distrito Federal. Tribunal Pleno. Recuperada el 17 de mayo de 2015 a las 18:00 hrs., de www.scjn.gob.mx.
- Tesis IV.3°.A.22K. (2014, febrero). Improcedencia del juicio de amparo. Se actualiza de forma indudable y manifiesta si pretende reclamarse una omisión legislativa, en tanto que la eventual restitución que habría al quejoso en sus derechos implicaría dar efectos generales a la sentencia, lo cual proscribe el principio de relatividad que rige, aún cuando el quejoso

aduzca que el acto impugnado transgrede un instrumento internacional (10a. Época). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (Libro 3, Tomo 3, p. 2418). Tribunales Colegiados del Circuito. Recuperada el 18 de mayo de 2016, a las 18:00 hrs., de www.scjn.gob.mx.

Jurisprudencia [J] I.5°.C./1. (2013, mayo). Juicio de amparo. Es un medio para el control de la legalidad, constitucionalidad y convencionalidad de los actos de autoridad (10a. Época). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* (Libro 20, Tomo 2, p. 1305). Tribunales Colegiados del Circuito. Recuperada el 16 de abril de 2015, a las 22:00 hrs., de www.scjn.gob.mx.

Análisis sociojurídico de la reproducción humana asistida. Un enfoque en los municipios de Unión de Tula y Autlán, Jalisco

Laura Georgina Fong Gollaz¹

Elizabeth García Uribe²

Resumen

El presente trabajo se realizó para conocer la percepción social que se tiene de la procreación y su trascendencia en el desarrollo familiar y social. Advirtiéndose que las formas de pensar y actuar de los miembros de la sociedad son acordes con las formas naturales y tradicionales en cuanto a los fines del matrimonio y concubinato, como son la convivencia entre los cónyuges, la ayuda mutua, y, sobre todo, la perpetuación de la especie, aunque jurídicamente se ha establecido que la procreación ha dejado de ser un fin del matrimonio.

La procreación es un derecho fundamental de las personas, en cuanto que ello sea posible, no todas las parejas cuentan con la posibilidad de fertilidad para la procreación y se someten a procedimientos médicos para intentar ser padres. En nuestro país son escasos todavía los estudios relativos a la reproducción humana asistida y como consecuencia es poca la información que la población tiene al respecto; jurídicamente también es insuficiente su regulación. En otros países se ha regulado y se limita este derecho cuando se

¹ Doctora en Ciencias, profesora investigadora adscrita al Departamento de Estudios Jurídicos y profesora integrante del Núcleo Académico Básico de la Maestría en Derecho, ambos del Centro Universitario de la Costa Sur de la Universidad de Guadalajara. Miembro del CA 823 UDG *Acceso a la Justicia y Cultura de la Legalidad*. Correo electrónico: lfong@cucsur.udg.mx.

² Abogada, egresada del Centro Universitario de la Costa Sur de la Universidad de Guadalajara. Correo electrónico: ely_gu21@hotmail.com.

contraponen al cumplimiento de otros derechos fundamentales que puedan ponerse en riesgo, como son la salud y la vida.

Introducción

La procreación es un derecho fundamental de las personas. Por lo general, es objetivo de parejas que viven en matrimonio o concubinato concebir hijos o hijas para la preservación de la especie humana y perpetuar el nombre de la familia. Existen parejas con limitaciones para lograr este objetivo, por afectaciones de salud y recurren a prácticas de reproducción humana asistida (RHA). Es todavía escaso el conocimiento de la población sobre estos tratamientos y su regulación jurídica. Aunado al hecho de que, en ocasiones, los participantes de estos procesos como pacientes, personal médico e instituciones de salud se conduzcan con excesos, que pueden repercutir negativamente en la salud de quien se somete al tratamiento e incluso del hijo o hija concebido(a). Lo que origina un problema deontológico jurídico, al contraponer derechos fundamentales como la libre decisión a la procreación, con la salud y la vida.

A raíz de esto surgen las siguientes preguntas: ¿cuál es la percepción de parejas conyugales en el estado de Jalisco sobre la procreación y la decisión para optar por procedimientos de RHA? ¿Existen en Jalisco leyes que regulen las prácticas y la supervisión de estos procedimientos para garantizar los derechos fundamentales a la salud, la vida y procreación de las tratantes?

Objetivos: conocer la teoría y regulación de la RHA, la percepción social sobre su práctica. Coadyuvar al desarrollo de la discusión académica y social sobre la deontología de la RHA. Hipotéticamente se estableció que la percepción de la población es que los hijos son fundamentales para la unión conyugal. Las parejas imposibilitadas a la procreación se someten a técnicas de reproducción humana asistida sin tener conocimiento pleno de los procedimientos y los riesgos que implican en la vida, la salud y la dignidad humana, ni de la normatividad jurídica que la regule.

Descripción del área de estudio

El presente estudio se genera y tiene como enfoque de estudio los municipios de Autlán de Navarro y Unión de Tula en el estado de Jalisco, poblaciones que denotan valores familiares y sociales arraigados.

Metodología

El estudio documental, resultado de la revisión bibliográfica y de cibergrafías, fundamenta teórica y conceptualmente nuestro objeto de estudio. El análisis comparativo de legislaciones internacionales y nacionales nos permite conocer la regulación de otros países con relación a nuestro sistema normativo nacional y estatal, lo que favorece a emitir inferencias y conclusiones significativas sobre los tópicos del estudio.

Para el desarrollo del trabajo de campo, se aplicó cuestionario a 40 personas con características similares (casados o que viven en concubinato); 25 de ellos se aplicaron en la ciudad de Autlán y 15 en la localidad de Unión de Tula, ambas poblaciones ubicadas en el estado de Jalisco. El objetivo de la aplicación del instrumento fue conocer: la percepción que se tiene de la procreación como valor social y familiar; y causas, consecuencias y regulación jurídica de la RHA.

Se describen tres historias de vida de informantes que optaron por la práctica de la RHA, resaltándose: la importancia que otorgan a la procreación; lo valioso que es la información previa al someterse a un tratamiento de esta naturaleza, es decir, los riesgos que implican durante y posterior al mismo; los alcances éticos y jurídicos del consentimiento informado; y el costo económico del tratamiento.

Resultados

La revisión bibliográfica y de cablegrafías lleva a inferir que la reproducción humana asistida, vista como fenómeno social, debe ser estudiada en forma interdisciplinaria. Por lo que tomando como referentes Mosby (2004), Murcia y Esparza (2009) y Chávez (2007) proponemos el siguiente concepto:

la reproducción humana asistida es el conjunto de diversas técnicas para el tratamiento de la esterilidad y se caracterizan por la manipulación de los gametos de la pareja sin ser necesarias la presencia de relaciones sexuales. Consideradas viables si se respeta la integridad psíquica, física e incluso la vida del sujeto ante un proyecto de fertilización artificial por intentar un eventual embarazo. A través de la protección de sus derechos fundamentales implicados.

Se advierte también que el fenómeno de las RHA no es actual, ha transcurrido por más de medio siglo. El registro de eventos y el que la sociedad y el Estado hayan considerado leyes que regulen su práctica y generen políticas públicas para su ejercicio nos permite conocer su trayectoria.

En 1953, Estados Unidos obtiene los primeros embarazos humanos con semen congelado. En los setenta la bioética aparece como conciencia moral pública, inherente a la atención de salud y evolución de las ciencias biomédicas. Fecundación in vitro 1978 Inglaterra, 1982 Francia y 1984 España. En 1986, la Sociedad Norteamericana de Fertilidad discute sobre la inseminación artificial y crio, almacenamiento de semen, relativas a los donantes, la eugenesia y los traumas psicológicos de las partes involucradas en el proceso, y propone la necesidad de que existan normas que regulen eficazmente el uso y aplicación de tratamientos de materiales genéticos.

México, en los ochenta, incursiona en RHA: aparecen clínicas y hospitales de los sectores público y privado. El Instituto Nacional de Perinatología en 1989 fue el primer hospital dirigido a población abierta, llevó a cabo la fertilización in vitro homóloga. Posteriormente en 1996, se inicia en el Hospital General 20 de Noviembre del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) (Cardaci & Sánchez, 2009). En instituciones que orientan los tratamientos a parejas heterosexuales son requisitos indispensables para otorgar el servicio que sea solicitado y acreditado por una pareja constituida por un hombre y una mujer y la inseminación se realiza exclusivamente con el semen del cónyuge (Castañeda & Bustos 2001, pp. 124-132).

El subsector privado de salud emplea técnicas de alta complejidad como la fertilización in vitro heteróloga, cuenta con bancos de células germinales, las mujeres solas o con preferencias por su mismo sexo pueden solicitar y recibir los mismos servicios que las parejas heterosexuales (Espinoza, 2007, p. 175). El uso en centros privados aplica criterios empresariales a la producción de

salud. Estrategias de mercadotecnia de la mayor parte de estas clínicas son similares a las utilizadas para vender mercancías de alto costo: primero se exalta la calidad de los productos que se ofrecen y después se presentan los planes de financiamiento para obtenerlos con o sin la intervención de una entidad bancaria. Actualmente, en México el costo promedio de la fecundación in vitro y de la inyección intracitoplasmática de espermatozoides oscila entre los 4 500 y 8 000 dólares americanos. Desde esta visión, las diversas técnicas para lograr un embarazo constituyen atractivos bienes de consumo que permiten ampliar el mercado hacia sectores con alta capacidad adquisitiva, así como hacia quienes por su edad u otros motivos no tienen posibilidad de ingresar o seguir permaneciendo como pacientes en otra clase de instituciones médicas (Cardaci & Sánchez, 2009).

En la bioética tiene un papel relevante el consentimiento informado, considerando que la fecundidad y reproducción humana han logrado extraordinarios avances y descubrimientos, e incluso puede ser asistida, se puede intervenir directamente en el proceso reproductivo hasta modificar la genética del embrión. Consecuentemente con la RHA aparecen nuevas conductas humanas que deberán ser reguladas por el Estado a través de leyes que sometan al control y ordenen los derechos y obligaciones de las personas involucradas en el proceso, es decir médicos, pacientes, hijos nacidos y no nacidos, y donantes. Y sobre todo, inducir la cultura de proporcionar y recibir información detallada de los tratamientos, así como de las complicaciones que estos pudieran ocasionar, incluyendo el derecho a la libertad de decisión (Díaz, 2009, p. 121).

Como a nivel internacional, en México surge la necesidad de regular la práctica de la RHA, en virtud del tipo de derechos que protege, esta regulación debe ubicarse en la esfera de los derechos humanos, reconocidos en nuestra carta magna:

- Derecho a la vida, derecho fundamental, prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. «Todo individuo tiene derecho a la vida», artículo tercero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: «El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente». La Convención Americana Sobre Derechos Humanos,

- artículo 4: «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente».
- Derecho a la salud, es obligación del Estado preservar la salud, uno de los derechos sociales más importantes del ser humano. El Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales establece en su artículo 12 que «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental»; para la Organización Mundial de la Salud, el derecho a la salud significa que «Los Estados deben crear las condiciones que permitan que todas las personas puedan vivir lo más saludablemente posible». En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 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».
 - Derecho de procreación, la libertad de decisión, de disfrutar de la relación de pareja, de la sexualidad, así como de la procreación en cualquiera de sus formas conocidas debe ejercerse respetando siempre los derechos a la vida, a la salud, a la dignidad y a la libertad de los demás seres humanos. En términos jurídicos los derechos reproductivos son derechos humanos inalienables. A nivel mundial, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo instauró que «la salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos». Por su parte, la Constitución Mexicana en el artículo 4to., segundo párrafo ordena: «Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos» Para ejercer este derecho, es necesario extender la protección de salud para asegurar la disponibilidad y el acceso a los servicios de planificación familiar, que deben incluir los métodos anticonceptivos, los servicios de RHA, el otorgamiento de información y orientación efectiva y suficiente que contribuya a la toma de decisiones libres, responsables e informadas en materia reproductiva.
 - Aspectos deontológicos jurídicos, para tomar una decisión deben considerarse los principios que ordena la deontología jurídica, que tal como lo concibe Bobbio, nos permite tomar una posesión de la realidad a

partir de articularla en tres momentos: el fenomenológico de naturaleza histórico-comparativa, el analítico y el deontológico en sentido estricto, consistente en una toma de posesión y enjuiciamiento crítico, se identifica con la ética profesional de los juristas (Diccionario Jurídico del Instituto Investigaciones Jurídicas UNAM, 1998).

Por lo tanto, las personas que deciden la práctica de la RHA como posibilidad de ser padres, deben tener conocimientos previos y analizar el comportamiento de su práctica y los que en ellos intervienen, actuar con conciencia en el uso de su derecho de libertad de decisión. Ir más allá de lo que esta permite es poner en riesgo el fin que se persigue, que es engendrar un hijo o hija que habrá de vivir y garantizarle una vida con salud, y se preserve la integridad de la madre; el cuerpo médico que participe también debe ser diligente actuar siempre con ética, no ir más allá de lo que la norma establece, no cometer abuso de su conocimiento, procurar la vida y la salud de las personas, ejecutar actos de manera contraria sería violentar la esencia de las personas, mancillar su dignidad humana.

A partir del Derecho Comparado, podemos conocer particularidades de sistemas jurídicos diversos al nuestro y valorar su eficacia y posibilidad de perfeccionarlo. Para el presente estudio se analizan la RHA y el consentimiento informado a nivel internacional (España, Francia, Italia, Alemania Y México) y a nivel nacional (Ciudad De México, Jalisco, Estado De México, Michoacán, Tabasco y San Luis Potosí), con los resultados que se presentan en tres cuadros.

Cuadro 1. RHA

<i>País</i>	<i>Legislación</i>
España	<p>Ley 14/2006, del 26 de mayo, RHA</p> <p>*Condiciones personales de la aplicación de las técnicas.</p> <p>*La información y asesoramiento adecuado y comprensible sobre técnicas a los participantes, por parte de los responsables de los equipos médicos de centros y servicios autorizados en los aspectos biológicos, jurídicos y las condiciones económicas del tratamiento.</p> <p>*Acreditándose el cumplimiento de lo anterior mediante formulario de consentimiento informado debidamente firmado por la mujer receptora.</p>

Alemania	<p>Ley de Protección del embrión, n.745/90 del 13/12/90. *Prevé evitar la utilización abusiva de técnicas reproductivas a partir de establecer sanciones penales, económicas o privativas de libertad, consistentes en fecundación o transferencia de óvulos o embriones, vientre sustituto; profesionales sanitarios que intervienen en la práctica antiética.</p> <p>*Manipulación genética sin causa médica justa.</p> <p>*Clonación.</p> <p>Manipulación genética de humanos y animales.</p> <p>Se autoriza solo personal médico calificado a la realización de prácticas de fecundación artificial.</p>
Italia	<p>Ley 2004 n.40, «Normas en materia de reproducción asistida médicamente» La presente ley se concreta a establecer una serie de directrices que se distinguen como permisos y prohibiciones en relación a prácticas de reproducción humana:</p> <p>Se permite: el acceso a las TRA a aquellas parejas mayores de edad formadas por miembros de diferente sexo, casadas o unidas mediante una relación de convivencia, en edad potencialmente fértil y ambos vivos. Las TRA solo podrán producir un máximo de 3 embriones, los cuales deben ser transferidos simultáneamente al útero materno, en un único acto de transferencia embrionaria.</p> <p>Se prohíbe: la crío preservación de embriones, salvo que por causa de fuerza mayor no pudiese realizarse en las fechas previstas la transferencia embrionaria, que deberá realizarse apenas sea posible. La supresión de embriones. La donación de gametos (ovocitos o semen). El diagnóstico genético preimplantacional por considerarse una forma de selección eugenésica.</p>
Francia	<p>El Código Civil Francés contempla el respeto del cuerpo humano, y la utilización de elementos y productos del cuerpo humano, y la filiación del hijo nacido. Por lo tanto garantiza el respeto al cuerpo humano desde la vida y la integridad física y psíquica que no llegue al desconocimiento de la dignidad humana. Establece los principios generales para la donación y utilización de elementos o productos del cuerpo humano, autoriza la práctica de reproducción asistida solo a parejas casadas que tengan mínimo dos años de matrimonio, ambos deben externar su consentimiento para la implementación de embriones o su inseminación, se establece que solo personal médico será autorizado por el Estado para la aplicación de tratamientos de reproducción asistida, los padres con anticipación deberán ser informados por el personal médico sobre los tratamientos y sus riesgos, los padres deben firmar el consentimiento informado.</p>
México	<p>No existe ley específica, se rige a través de normas generales: Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos y Tratados Internacionales: La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, 1952 Proclamación de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán, 1968 El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 1966 La Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación hacia la Mujer, 1979 La Declaración de Viena 1993. Artículo 4º constitucional. Derecho a la procreación, derecho a la salud.</p>

Fuente: Fong y García.

Ley general de salud

Tiene como objetivo el derecho a la protección de la salud:

1. El bienestar físico y mental del hombre para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades.
2. La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana.

3. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social.
4. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud.
5. El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población.
6. El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud.
7. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud. Artículo 3o, en los términos de esta ley, es materia de salubridad general: I. La organización, control y vigilancia de la prestación de servicios y de establecimientos de salud a los que se refiere el artículo 34, fracciones I, III y IV, de esta Ley; II. La atención médica, preferentemente en beneficio de grupos vulnerables; II bis. La Protección Social en Salud; III. La coordinación, evaluación y seguimiento de los servicios de salud conforme al artículo 34, fracción II; IV. La atención materno-infantil; 36IV Bis. El programa de nutrición materno-infantil en los pueblos y comunidades indígenas, VII. La planificación familiar; VIII. La salud mental.
8. IX. La organización, coordinación y vigilancia del ejercicio de las actividades profesionales, técnicas y auxiliares para la salud; X. La promoción de la formación de recursos humanos para la salud; XI. La coordinación de la investigación para la salud y el control de esta en los seres humanos; XII. La información relativa a las condiciones, recursos y servicios de salud en el país; XIII. La educación para la salud; XIV. La orientación y vigilancia en materia de nutrición; XV. La prevención y el control de los efectos nocivos de los factores ambientales en la salud del hombre; XVI. La salud ocupacional y el saneamiento básico; XVII. La prevención y el control de enfermedades transmisibles; XVIII. La prevención y el control de enfermedades no transmisibles y accidentes; XIX. La prevención de la invalidez y la rehabilitación de los inválidos; XX. La asistencia social; XXI, ayudas funcionales, agentes de diagnóstico, insumos de uso odontológico, materiales quirúrgicos, de curación y productos higiénicos; 1 XXVIII. El control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos; XXIX. La sanidad internacional, y XXX. Las demás materias, que establezca esta Ley.

Cuadro 2. Consentimiento informado

<i>Pais</i>	<i>Legislación</i>
España	<p>Ley 41/2002, regula la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.</p> <p>Requisitos para la aplicación de cualquier tratamiento o procedimiento, el consentimiento libre y voluntario del paciente que se otorga previo a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. O su derecho si así lo decide de no ser informada. La información, como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, riesgos y consecuencias. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.</p>
Alemania	<p>Ley Núm. 20.594, regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. De la autonomía de las personas en su atención de salud del consentimiento informado. Artículo 14.- Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16.</p>
Italia	<p>Ley 145 que autoriza la ratificación del convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina firmado en 1997, art. 5 dispone «una intervención en el campo de la salud solo podrá efectuarse después de que la persona interesada haya dado a la misma su consentimiento libre e informado. Artículo 13 y 32 de la Constitución establece que deben estar presentes el derecho a la autodeterminación y el derecho a la salud lo que sustenta la información oportuna en orden a la naturaleza y posible desarrollo de tratamiento terapéutico al que puede ser sometido, eventuales terapias alternativas, información que debe ser los más exhaustiva posible, adecuada a fin de garantizar la libre y consciente elección por parte del paciente y la libertad personal.</p> <p>Art. 50 código penal, prohíbe al personal médico actuar si no cuenta con el consentimiento informado.</p>
Francia	<p>Ley 2003-3003 del 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y la calidad del sistema sanitario, el consentimiento informado refiere Art. 11 de la Ley, capítulo 11 (Derechos y responsabilidades de los usuarios). Artículo L. 1111-2 el derecho de toda persona a ser informada sobre su estado de salud. Los aspectos comprendidos en esta información son las diferentes investigaciones, tratamientos o acción de prevención propuesta, su utilidad, la urgencia que requieran su aplicación las consecuencias y los riesgos frecuentes o graves normalmente previsibles que comporten, así como otros tratamientos o soluciones alternativas y las consecuencias previsibles en caso de rechazo. La información sobre los riesgos dada, debe ser actualizada, cuando sea posible, según los avances científicos, una vez realizada la actuación médica. Corresponde facilitar la información, de forma individualizada, al profesional sanitario según las competencias que le corresponda. Únicamente la urgencia o la imposibilidad eximen facilitar tal información. Asimismo, se debe respetar la voluntad de una persona de no ser informada sobre el diagnóstico o pronóstico de una enfermedad. Establece que en caso de conflicto tendrá la carga de la prueba el profesional o centro sanitario, ya que deberá demostrar que facilitó al interesado la información en las condiciones descritas. Existe la posibilidad de otorgar el derecho a un tercero sobre decidir porque el paciente se encuentre incapacitado para declarar su voluntad, la designación deberá ser por escrito. La ley protege la confidencialidad, sin embargo, en casos particulares se puede hacer del conocimiento de familiares en caso de que el paciente haya fallecido y la información le fuere necesaria. Es importante además establecer que la Ley contempla el derecho de daños, es decir, la posibilidad del contrato de seguro, al tratamiento de daños sufridos en el transcurso de la asistencia sanitaria y a la responsabilidad que deben cumplir los profesionales de la medicina y centros sanitarios en caso de negligencia, si se demuestra que fue causada por elemento ajeno al servicio sanitario, los daños sufridos con ocasión de actos de prevención, diagnóstico o tratamiento que no puedan ser objeto de reparación mediante responsabilidad civil en términos descritos, generan el derecho a la reparación a título de solidaridad nacional, en cuanto al caso de los seguros se establece la obligación de los profesionales sanitarios y de los centros privados de suscribir un seguro de daños por los prejuicios que puedan sufrir los pacientes con motivo de la asistencia sanitaria.</p> <p>Prevé además el procedimiento amistoso. Por último, establece sanciones penales de carácter pecuniario.</p>

México	<p>Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud. Existe el consentimiento informado, cuando, el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal reciba una explicación clara y completa, de tal forma que pueda comprenderla, por lo menos, sobre los siguientes aspectos: justificación de los objetos de la investigación, los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, las molestias o los riesgos esperados; Los beneficios, procedimientos alternativos que pusieran ser ventajosos para el sujeto; la garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto; la libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen prejuicios para continuar su cuidado y tratamiento; la seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad; el compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio aunque esta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando; la disponibilidad del tratamiento médico y la indemnización a que legalmente tendría derecho, por parte de la institución de atención a la salud, en el caso de daños que la ameriten, directamente causados por la investigación; y que si existen gastos adicionales, estos serán absorbidos por el presupuesto de la investigación.</p> <p>Norma Oficial Mexicana del Expediente Clínico: en cuanto a la parte médica, se establece para el caso de pacientes que pretenden someterse a la reproducción humana asistida, debe de obtenerse el consentimiento informado en los casos de que los tratamientos consistan en:</p> <ul style="list-style-type: none"> -Procedimientos para el control de la fertilidad. -Procedimientos diagnósticos o terapéuticos que impliquen riesgos físicos, emocionales o morales. -Procedimientos invasivos. -Procedimientos que produzcan dolor físico o emocional. -Procedimientos socialmente invasivos y que provoquen exclusión o estigmatización.
--------	--

Fuente: Fong y García.

En cuanto a la RHA y el consentimiento informado, comparativamente encontramos que España, Alemania, Italia y Francia protegen el material genético: calidad del semen, óvulos, embrión, gametos, su manejo y conservación. Alemania prohíbe la aplicación de la maternidad subrogada, mientras que España, Italia y Francia la admiten y regulan la filiación, los lazos que guardan el hijo o hija con el padre-madre o madres según sea el caso. Se advierten prácticas discriminatorias en Francia, donde la autorización para la reproducción asistida se otorga a parejas casadas que tengan mínimo dos años de matrimonio. Italia autoriza el tratamiento de reproducción asistida a parejas de diferente sexo, casadas o unidas mediante una relación de convivencia, en edad potencialmente fértil y ambos vivos. Lo que incurre en prácticas discriminatorias por excluir a personas individuales o a parejas de un mismo sexo.

En el caso de México es relevante enfatizar la insuficiencia normativa para regular estas dos figuras y la inexistencia de una ley particular que contemple la RHA y el consentimiento informado en su práctica. La conveniencia de

conocer los avances normativos de los países mencionados pueden permitir la creación de normas eficaces en nuestro país

Cuadro 3. Regulación de la RHA en México

Ciudad de México (D. F.)	El artículo 293 del Código Civil reconoce parentesco de consanguinidad entre el hijo producto de reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento.
Jalisco	El Código civil en relación a la filiación admite la inexistencia del parentesco por prueba que demuestre la imposibilidad física al acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de los 300 precedidos al nacimiento. Por caso de fecundación asistida con semen del marido solo admite la fecundación asistida y homóloga estrictamente del marido.
Estado de México	El Código civil considera que la RHA solo puede generarse a través de métodos de inseminación artificial con consentimiento de la mujer. En caso de mujer casada requiere la conformidad de su cónyuge. No se puede otorgar en adopción al menor nacido mediante este método de reproducción. Padres y tutores están impedidos para otorgar el consentimiento de una mujer menor o incapaz. Queda prohibido a la mujer la reproducción asistida en la procreación de seres idénticos o cualquier otro procedimiento para la selección de raza. En caso de inseminación con esperma proveniente de banco o institución autorizada no se dará a conocer el nombre del donante ni habrá lugar a la investigación de la paternidad. El consentimiento para la inseminación artificial debe otorgarse judicialmente.
Michoacán	El Código Familiar establece el derecho libre responsable e informado del número y esparcimiento de los hijos y el empleo de métodos de reproducción asistida para lograr su propia descendencia, este derecho será ejercido en común acuerdo por los cónyuges. Es causa de divorcio el empleo de métodos de fecundación asistida sin consentimiento del cónyuge
Tabasco	El Código civil contempla el reconocimiento de la capacidad del nacido, protegiendo a los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial aun cuando no se encuentre en el útero materno. Es derecho de los cónyuges la planificación familiar y el empleo de métodos de reproducción artificial, ejercida de acuerdo por los cónyuges, extendido a parejas que viven como marido y mujer sin impedimento para contraer matrimonio entre sí. Es causa de divorcio la falta del consentimiento del marido a la concepción humana artificial por la mujer. Se presumen hijos de los cónyuges incluyendo los concebidos con el uso de algún método de reproducción humana artificial a los que nacen después de 180 días de la celebración del matrimonio y los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio.
San Luis Potosí	El Código Familiar define la reproducción asistida en todos sus tipos, sin coito de la pareja, mediante la intervención directa de laboratorio. Las que pueden practicarse por transferencia intrabutaría de cigoto o embrión. Solo se permitirá la reproducción heteróloga cuando médicamente se haya diagnosticado fehacientemente que no existe otra opción para realizarla.

Fuente: Fong y García.

A nivel federal la práctica de la RHA y el consentimiento informado, se regula por la Ley General de Salud, su Reglamento y Norma Oficial Mexicana del Expediente Clínico.

Por los efectos civiles y familiares de la RHA existen códigos civiles y familiares, en los que: no hay similitud en el concepto de la RHA, coinciden sobre la filiación que guardan los hijos nacidos de esta forma. En algunos estados se establece como causal del divorcio la falta del consentimiento del cónyuge para la reproducción artificial y la prohibición a la clonación y la maternidad subrogada. Por lo tanto, es tarea pendiente la actualización normativa acorde con la evolución social.

Investigación empírica

La investigación de campo permite constatar el planteamiento del problema, dar respuesta a las preguntas de investigación, hipótesis y objetivos propuestos. Se consultó a personas de los municipios de Autlán y Unión de Tula, Jalisco al tenor de un cuestionario y tres historias de vida, con el que se conoce la percepción que se tiene sobre la RHA, con los siguientes resultados.

En general, en los cuadros se presentan porcentajes de aceptación o rechazo a las afirmaciones introducidas en el cuestionario-

Cuadro 4. Resultados encuesta de percepción de la RHA

	<i>Unión de Tula</i>	<i>Autlán</i>
Fin principal fin del matrimonio a) Procreación b) Ayuda mutua c) Convivencia común d) Procuración de respeto e igualdad e) todas	a) 29% b) 16% c) 23% d) 17% e) 15%	a) 27% b) 19% c) 21% d) 18% e) 15%
Duración de la relación conyugal, a) 1-5 años b) 6-más	a) 60% b) 40%	a) 72% b) 28%
Parejas que tienen hijos a) Sí b) No	a) 80% b) 20%	a) 60% b) 40%
Percepción del valor de los hijos en la familia a) Son la base de la familia b) Determinan la felicidad de la familia	a) 87% b) 13%	a) 80% b) 20%

Importancia de ser madre o padre: a) Consideran es mucha responsabilidad b) Se sienten realizados como personas	a) 67% b) 33%	a) 88% b) 12%
Consideran la procreación como un derecho humano: a) Sí b) No	a) 100% b) 0%	a) 100% b) 0%
Considera al Estado a cumplir con servicios de salud de tratamiento de RHA: a) Sí b) No	a) 100% b) 0%	a) 100% b) 0%
Sabe, lo que es la Reproducción Humana Asistida: a) Sí b) No	a) 67% b) 23%	a) 84% b) 16%
Forma como concibieron a sus hijos a) Natural b) RHA 1) Tratamiento hormonal 2) Cirugía 3) Fecundación in vitro 4) Inseminación artificial	a) 100% b) 0%	a) 92% b) 1.8%
En caso de infertilidad se sometería alguno de los tratamientos señalados en la pregunta anterior: a) Sí b) No c) Prefiere adoptar	a) 20% b) 47% c) 33%	a) 40% b) 32% c) 28%
Considera que si alguna de las formas de RHA pusiera en riesgo la salud de usted, su pareja o su hijo, insistiría en someterse nuevamente a tratamiento. A) Sí b) No	a) 0% b) 100%	a) 4% b) 96%
Considera obligación del Estado establecer leyes que limiten la actuación médica estando en riesgo la vida de los pacientes en tratamientos de RHA a) Sí b) No	a) 87% b) 13%	a) 100% b) 0%
Considera moral y ético el comportamiento de personas que poniendo en riesgo su salud o vida se someten a tratamientos de RHA a) Sí b) No	a) 0% b) 100%	a) 0% b) 100%
Considera que es importante la información de pacientes clara, exacta sobre riesgos que pueden generarse en los tratamientos de RHA a) Sí b) No	a) 100% b) 0%	a) 100% b) 0%
En su percepción jerárquicamente que valor otorga a los derechos fundamentales: a) Vida, b) Salud c) Libertad de decisión d) Procreación	a) Más relevante b) Le sigue en importancia c) Conveniente d) Se puede prescindir de él	a) Más relevante b) Importante c) Necesario d) No se puede prescindir de él

Fuente: Fong y García.

Cuadro 5. Resultados historias de vida

	Pareja 1	Pareja 2	Pareja 3
Importancia social y personal de la procreación	Es un principio natural, la procreación es necesaria para la preservación de la especie, es la perpetuación del nombre, es cumplir un ciclo de vida, socialmente es la extensión de la familia, es contribuir al crecimiento social, es un anhelo, es una decisión que debe en forma conjunta tomar la pareja	Acto que permite la reproducción y darle continuidad a la información genética, conoce dos tipos de reproducción sexual y asexual, la primera es mediante contacto sexual, que es unión de gametos masculinos y femeninos para producir un cigoto que se desarrolla y forma un embrión y la segunda no requiere contacto sexual y puede ser por inseminación, fecundación in vitro y estimulación hormonal.	Es muy importante el tener hijos, consideramos es la culminación de la relación de la pareja, es ver la continuidad de nuestras vidas.
Información previa sobre rha de los procedimientos y posibles efectos	Visitamos al ginecólogo, nos realizamos estudios para conocer la causa de infertilidad, por recomendación visitamos a un genetista quien nos habló de que el tratamiento que requeríamos era inseminación homóloga y que teníamos un 99% de posibilidades de engendrar, con el entusiasmo iniciamos nuestro tratamiento. Sin embargo, jamás se nos informó que se presentan cuadros de ansiedad ante la incertidumbre de que el 1% no garantizado es más viable que el 99% de posibilidad, por lo que no hubo éxito en el primer tratamiento. Entonces descubrimos solos la necesidad de apoyo psicológico. Faltó leer con detenimiento el documento que firmamos y del cual no nos entregaron copia, de otra manera nos hubiéramos detenido un poco a reflexionar sobre el tratamiento y nos hubiéramos preparado emocionalmente.	A través de amigos nos enteramos de que existen tratamientos que nos podían ayudar ya que por nuestra esterilidad no podíamos embarazarnos, acudimos a la clínica que nos recomendaron y en secreto sin comentar a la familia iniciamos el tratamiento, fueron tres veces las que nos sometimos al tratamiento por inseminación, ese fue nuestro límite, considero que no tener hijos es muy frustrante y genera tensión en la relación de pareja, consideramos es fundamental en la pareja, ser padre es un rol importante en la vida. Tenemos dos hijas, ser utilizado en el procedimiento de inseminación artificial para nuestro proyecto. Sin embargo, considero que las leyes son insuficientes en la regulación de las técnicas utilizadas, y se pone en riesgo la salud física y emocional de la madre, del padre y del futuro bebé, debo señalar que los tratamientos hormonales me generaron alteraciones de salud que han puesto mi vida en riesgo.	Nosotros acudimos al Seguro Social con el ginecólogo y nos manifestó que era necesario una serie de exámenes para determinar la causa por la cual no podíamos embarazarnos, una vez que los tuvimos nos expresó que había una causa de disfunción que presentaba mi esposa, que por el momento en la clínica no contaban con este tipo de apoyo. Tratamiento hormonal era suficiente, jamás nos explicó en qué consistía solo nos entregaron unos frascos con medicamentos que debía de tomarse en tres meses, no funcionó y se repitió una vez más, que si no funcionaba la opción era la inseminación artificial, como no funcionó entonces se dio la inseminación con semen mío. Jamás tuvimos la oportunidad de resolver dudas todo era muy rápido y nosotros siempre aceptando lo que se nos decía, ahora consideramos que era necesario tener mayor información para reflexionar sobre lo que estábamos haciendo.

Costo del tratamiento	Optamos por la atención privada, en una clínica especializada en Guadalajara. En el inicio del proceso se nos hizo una cuenta de \$60 000, pero como tuvo que repetirse el procedimiento en dos ocasiones, además de los gastos de cuidados posteriores, la cantidad fue de \$120 000 aproximadamente.	El costo en la atención privada es alto, cubrimos alrededor de \$150 000, por lo que consideramos es limitativo para el común de las personas y por tanto el Estado debe otorgar este tipo de servicios.	Pagamos aproximadamente \$100 000.
Comportamiento moral, ético y jurídico de los participantes en la rha	La información profesional de los genetistas es muy valiosa podemos decir que su comportamiento moral y ético es determinante. Cuando se sabe poco y se actúa por impulso en más de las veces nos equivocamos que realmente pensamos que nos	Sabemos que existen normas sobre el manejo biológico en los Laboratorios de reproducción asistida, nosotros firmamos un documento en que se especificaba que el semen de mi marido solo podría	Acudimos a una Clínica particular especializada en GDL, cuando nos entrevistamos con el genetista nos dijo que no veía mayor problema Que con un

Fuente: Fong y García.

De la información vertida y contenida en ambos cuadros se concluye la percepción deontológica del problema planteado. La insuficiencia normativa mexicana, incluyendo a Jalisco, no impide prácticas de RHA. La percepción social, según el estudio empírico, refleja que socialmente es muy importante la procreación por permitir la preservación de la familia, el ser padres, al grado de someterse a tratamientos que no siempre son exitosos. El Estado no difunde información de avances biomédicos y los riesgos posibles. Por desconocimiento la sociedad actúa irreflexivamente y toma decisiones que ponen en riesgo a la madre y al hijo o hija. Conocen los derechos fundamentales: la vida, la salud, la libertad y la procreación y otorgan a la vida el valor máximo, sin embargo, hay quienes consideran la procreación por ser un fin del matrimonio. La procreación debe ser un servicio de salud que necesita otorgar el Estado por ser un derecho fundamental.

Discusión y conclusiones

A nivel global antes de los cincuenta del siglo pasado, existía solo una forma de reproducción humana, limitando a personas estériles o infértiles en este derecho. Los estudios científicos de la biología y la medicina logran otras po-

sibilidades de reproducción, y surge la RHA a través de: inseminación artificial homóloga o heteróloga, fecundación in vitro y maternidad subrogada. Estos avances científicos modifican las formas del pensamiento y comportamiento humano individual y social.

En esta materia, en nuestro país, es obligatoria la aplicación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al igual que el artículo 4º constitucional, en cuanto al derecho a la reproducción (desde la gestación, hasta el nacimiento del nuevo ser), a la vida, a la salud, a la libertad y a la dignidad humana, principios que se sustentan en las dimensiones de la moral, la ética (entendida como principio para el actuar razonado, la biomédica, la bioética y la deontología jurídica).

En atención al cumplimiento de estos principios resulta actualmente imprecisa e insuficiente la normativa en materia de RHA, (Ley General de Salud, Reglamento de la Ley General de Salud, y la Norma Oficial Mexicana, NOM 04-SSA3-2012 referente al Expediente Clínico).

En cumplimiento a ello, el Estado está obligado a regular la RHA, no debe dejar al arbitrio de pacientes y médico su práctica. Son necesarios criterios jurídicos que protejan los derechos fundamentales de los participantes. El Estado debe fortalecer y enriquecer las capacidades de los profesionales de la salud en el área genética, así como garantizar equidad en el acceso a tratamientos. Por su parte, los legisladores deben identificar la problemática social y crear normas justas, y la población necesita ser informada de políticas públicas que se generan a partir de los avances de la ciencia y el uso de las técnicas reproductivas modernas para enfrentar los dilemas éticos.

Además, resulta necesaria la reforma en el Código Civil de Jalisco que contemple la definición de RHA, la filiación de padres e hijos nacidos en estas prácticas y se eviten todas formas de inequidad y discriminación a las personas en su derecho a la reproducción. Guardando siempre el cumplimiento de los derechos fundamentales y los principios morales y deontológicos.

Es necesaria y urgente la creación de la Ley General de Reproducción Humana Asistida y el Consentimiento Informado acorde a la necesidad social mexicana.

Bibliografía

- Castañeda Jiménez, E. & Bustos López, H. (2001). La ruta del padecer en mujeres con diagnóstico de infertilidad. *Perinatología y Reproducción humana*. México.
- Canessa Vilcahumán, R. H. (2011). *La Filiación en la reproducción humana asistida*. Lima, Perú: Universidad Nacional de San Marcos.
- Chávez Ascencio, M. F. (2007). *La familia en el derecho*. México: Porrúa.
- Cardaci, D. & Sánchez, Á. (2009). «Hasta que lo alcancemos...» *Producción académica sobre reproducción asistida en publicaciones mexicanas*. México. Recuperado el 15 de septiembre del 2015, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-70172009000200003.
- Díaz Revorio, F. J. (2009). *Los Derechos Humanos, Los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos (Genética e Internet ante la Constitución)*. México.
- Espinosa Islas, S. (2007). *Madres lesbianas. Una mirada a las maternidades y familias lésbicas en México*. España: Egaes.
- Hernández Romo, M. Á. (1990). *Deontología Jurídica del Doctor Miguel Villoro Toranzo*. Recuperado el 20 de septiembre del 2015, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/libre/rev/jurid/cont/20/pr/pr8.pdf>.
- Jiménez Garrote, J. L. (2005). *Nuevas Formas de Reproducción Humana (Bioética)*. Recuperado el 20 de agosto del 2015, de <http://www.cbioetica.org/revista/51/510811.pdf>.
- Murcia Lora, J. M. & Esparza, M. L. (2009). *Ventajas de la Reproducción Humana Asistida*. Universidad de la Sabana. Recuperado el 20 de agosto del 2015, de <http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/1499>.
- Ordoqui Castilla, G. (s. f.). Derecho a la vida humana. *Enciclopedia de Bioética*. Recuperado el 20 de agosto del 2015, de <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-voces/129-derecho-a-la-vida-humana>.
- Pérez Fuentes, G. M. (2006). El consentimiento informado como garantía constitucional desde la perspectiva del derecho mexicano. *Revista Derecho Privado*. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México
- Terán, J. M. (1974). *Filosofía del Derecho*. México: Porrúa.
- Viesca, C. (2008). Bioética. Concepto y Métodos. *Perspectivas de Bioética*. México: UNAM.

*Diversos estudios sociojurídicos de la costa sur de Jalisco
con perspectiva de acceso a la justicia*

se terminó de imprimir en noviembre de 2017 en
Editorial Página Seis, S.A. de C.V.
Teotihuacan 345, Ciudad del Sol,
CP 45050, Zapopan, Jalisco
Tels. (33) 3657-3786 y 3657-5045
www.pagina6.com.mx • p6@pagina6.com.mx
Se imprimieron 300 ejemplares.

Coordinación editorial: Felipe Ponce



A través de una visión multidisciplinar del derecho, *Diversos estudios socio-jurídicos de la costa sur de Jalisco con perspectiva de acceso a la justicia* presenta una perspectiva regional de temáticas diversas que competen a la ciencia jurídica y su aplicación práctica, y que impactan en los principios de acceso a la justicia y cultura de la legalidad.

Los trabajos que componen este volumen son el resultado de estudios realizados por profesores y alumnos de la maestría en Derecho del Centro Universitario de la Costa Sur de la Universidad de Guadalajara.



CUCOSTA SUR
GRANA ○