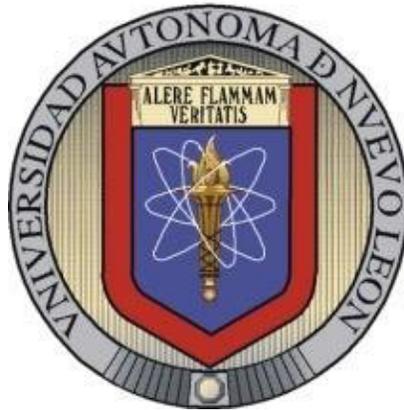


**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**



TESIS DOCTORAL

“LOS AGRAVIOS Y LA VULNERACIÓN A LA TUTELA JUDICIAL
EFECTIVA”

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
DOCTOR EN DERECHO CON ORIENTACIÓN EN DERECHO
PROCESAL

PRESENTA
JUAN ÁNGEL SALINAS GARZA

DIRECTOR DE TESIS
DR. GASTÓN JULIÁN ENRÍQUEZ FUENTES

NOVIEMBRE 2013



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**



TESIS DOCTORAL:

Título: “LOS AGRAVIOS Y LA VULNERACIÓN A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA””

**QUE PARA LA OBTENCIÓN DEL GRADO
DE DOCTOR EN DERECHO PRESENTA:**

Sustentante: MDP. Juan Ángel Salinas Garza

Director de Tesis: Dr. Gastón Julián Enríquez Fuentes

San Nicolás de los Garza, N. L., Noviembre del 2013.

AGRADECIMIENTOS

Me es grato emitir un merecido agradecimiento a mi esposa Miriam González Urista por apoyarme siempre en el logro de mis metas, así como por haberme permitido utilizar la gran parte del tiempo en la realización de mis estudios de doctorado, así como en la elaboración de la presente tesis; tiempo el cual también se los debo y agradezco a mis hijos Estefanía Salinas Gonzáles y Ángel Salinas González.

Un agradecimiento muy especial a mi tutor el Doctor Gastón Julián Enríquez Fuentes por todos los precisos consejos y guía en la elaboración de mi tesis doctoral, y por haberme brindado la oportunidad y confianza que representa la tutoría que profesionalmente me brindó.

También preciso reconocer y agradecer profundamente a la Doctora Doña Ángela Figueruelo Burrieza, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca y Directora del Master en Estudios Interdisciplinarios de Género de la misma Universidad, por haberme brindado su muy valioso tiempo en la revisión y guía en los avances de mi tesis doctoral, y por haberme recibido y guiado en mi estancia de investigación doctrinal sobre la materia de esta tesis que tuve la oportunidad de realizar en la Biblioteca Francisco de Vitoria de la Universidad de Salamanca.

Igualmente un agradecimiento a mis maestros y cuerpo de catedráticos del Doctorado en Derecho de esta Facultad de Derecho, por su tiempo y conocimientos transmitidos. Especialmente a los doctores Michael Gustavo Nuñez Torres, José Zaragoza Huerta y Luis Gerardo Rodríguez Lozano, por su amistad y sabios consejos. A la Universidad Autónoma de Nuevo León y a ésta Facultad de Derecho y Criminología por brindarme la oportunidad de cursar el presente doctorado.

Pág.

ÍNDICE

Hipótesis	8
Introducción	9
 Capítulo Primero: El Problema Existente en la Expresión de Agravios	
1.1 <i>La Expresión de Agravios</i>	15
1.2 Los Recursos y su Expresión Como Agravios en El Código Federal de Procedimientos Civiles y Otros Códigos de Procedimientos Civiles.....	18
1.2.1 El Código Federal de Procedimientos Civiles.....	20
1.2.2 Algunos Códigos de Procedimientos Civiles de los Estados.....	22
1.3 Laguna generalizada sobre la forma y sustancia de los agravios.....	29
1.4 Interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Poder Judicial de la Federación.....	31
1.5 Exposición de Ejemplos Reales de Sentencias que Desestiman Agravios por Vicios en su Formulación.....	40
 Capítulo Segundo. La Tutela Judicial Efectiva	
2.1 La Tutela Judicial Efectiva de la Ley.....	66

2.2	El Objeto Directo e Indirecto de los Derechos.....	74
2.3	La Tutela Judicial Efectiva Sus Sentidos Estricto y Lato.....	79
2.4	Los Criterios Desestimadores de Agravios, y la Vulneración a los Objetos Directo e Indirecto de la Tutela Judicial Efectiva.....	86

Capítulo Tercero. Los Presupuestos de la Tutela Judicial Efectiva (Y Su Relación con el Problema Existente en la Expresión de Agravios)

3.1	Los Presupuestos de la Tutela Judicial Efectiva	89
3.2	La Pretensión	90
3.2.1	La Desestimación de Agravios por Deficiencias, y la Correlativa Lesión a las Pretensiones Como Presupuesto de la Tutela - - - Judicial Efectiva.....	100
3.3	La Acción	103
3.3.1	El Derecho de Acción y la Tutela Judicial Efectiva	114
3.3.1.1	La Desestimación de Agravios por Deficiencias, y la Correlativa Lesión al Derecho de Acción Como Presupuesto de la Tutela - Judicial Efectiva.....	117
3.3.2	La Existencia de Recursos o Procedimientos Para Reclamar Los Derechos	119
3.3.3	Los Formalismos en la Admisión de la Demanda y la Tutela Judicial Efectiva	126
3.4	Los Criterios Desestimatorios de Agravios por Deficiencias en su - - Exposición Generan Formalidades Excesivas que Vulneran la Tutela Judicial Efectiva.....	135
3.5	La Jurisdicción.....	137
3.5.1	Acceso Pleno a la Jurisdicción (Instituciones Jurídicas que Prevalen Sobre el Problema Existente en la Expresión de Agravios)	145
3.5.2	Aplicación de los Procesos Dispositivo, Inquisitivo y Publicistas	149
3.5.2.1	Procesos Adversial, Inquisitivo y Publicista (Sistema, Modelo o Principio)	149
3.5.2.2	Modelo Adversial	163

3.5.2.3	Modelo Inquisitivo	170
3.5.2.4	Modelo Publicista	175
3.5.2.5	El Acceso Pleno a la Tutela Judicial Efectiva A Través De los Modelos y Principios Procesales Dispositivo, Inquisitivo y - - Publicista, y la Transgresión a Estos por la Utilización de Criterios Desestimadores de la Expresión de Agravios	188
3.5.3	Asistencia y Defensa Pública y Privada (activa y pasiva).....	191
3.5.4	Suplencia de la Queja	208
3.5.5	La Desestimación de Agravios por Deficiencias y la Correlativa	
3.5.6	Lesión Al Derecho de Acceso a la Defensa y Suplencia de la Queja.....	221
3.5.7	Iura Novit Curia	223
3.5.8	Obligación de Decidir en Casos de Integración e Interpretación	233
3.5.8.1	Los Concepto o Instituciones Jurídicas Causantes de Problemas de Interpretación	234
3.5.8.2	Vaguedad e Indeterminación	239
3.5.8.3	Laguna	242
3.5.8.4	Obligación de Decidir la Controversia en Casos de Deficiencias o Lagunas, aún Ante la Ausencia o Deficiencia de Agravios.....	245
3.5.9	Presunción de Inocencia	249
3.5.10	Gratuidad de la Justicia	261
3.6	El Proceso	271
3.6.1	El Debido Proceso	277
3.6.2	Fundamentación y Motivación	287
3.6.3	Audiencia y Contradicción.....	293

Capítulo Cuarto: La Materialización de la Tutela Judicial Efectiva (La Violación a Este Derecho por la Utilización de Criterios Desestimadores de Agravios).

4.1	La Sentencia	296
4.2	Congruencia.....	302
4.2.1	Incongruencia Omisiva, Ex Silentio o Exhaustividad.....	304

4.2.2	Incongruencia en Exceso, Ultra o Extra Petita.....	306
4.2.3	Incongruencia por Error.....	307
4.3	Los Medios de Impugnación.....	309
4.4	La Ejecución de Sentencia	311
4.5	La Tutela del Derecho Sustantivo Y El Acceso a la Justicia Como Finalidad Deontológica de los Tribunales Mexicanos.....	316
4.6	El Derecho a la Revisión Integral de la Sentencia Por la Alzada Como Requisito de la Tutela Judicial Efectiva	318
4.7	La Desestimación de los Agravios por Deficiencias, y la Vulneración Al Derecho de Revisión Integral de la Sentencia por la Alzada Como Requisito de la Tutela Judicial Efectiva.....	329
5.	Conclusiones del Sustentante	333
6.	Bibliografía	345

HIPÓTESIS

La legislación adjetiva es omisa en establecer con precisión y claridad lo que significa “expresión de agravios”, lo que ha producido jurisprudencias que han permitido a los Tribunales de Segunda Instancia no analizar en todo o en parte el fondo y el procedimiento de la primera Instancia, por defectos en la expresión de agravios, lo que además implica dejar de ejercer la función jurisdiccional encomendada por las leyes, implicando con ello una violación recurrente a la Tutela Judicial Efectiva.

INTRODUCCIÓN

El proceso como conjunto de actos jurídicos encaminados a la obtención de una determinada pretensión, se compone de diversas “resoluciones judiciales”¹, siendo la mayoría de ellas susceptibles de ser impugnadas. Aunque de momento no resulta apropiado abundar sobre las razones teleológicas del establecimiento de medios de impugnación de las determinaciones judiciales, no sobra recordar que siendo humanos los juzgadores, son también susceptibles de emitir actos procesales errados, contrarios a la norma legal o a su debida interpretación, o en general, con los que no estén de acuerdo las partes procesales, o, en contra de los cuales las partes piensan que pueden o deben ser interpretados de manera diversa.

Ante estas circunstancias las leyes adjetivas establecen diversos “*recursos*” o medios ordinarios de impugnación, los cuales propiamente, son procedimientos establecidos para impugnar las resoluciones judiciales, los que se componen de diversos actos encaminados a revocar, modificar, o confirmar la materia de impugnación. Uno de los actos o formalidades de los que se componen estos

¹ Al respecto cabe citar el artículo 51 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, el cual dice: “Las resoluciones son: I.- Simples determinaciones de trámite y entonces se llamarán decretos; II.- Decisiones sobre materia, que se llamarán autos, debiendo contener los fundamentos legales en que se apoyan; y III.- Sentencias definitivas o interlocutorias. Todas estas resoluciones deberán ser firmadas por el magistrado o juez que las dicte, y por el Secretario o quien haga sus veces”.

procedimientos de impugnación, es el denominado escrito de “*expresión de agravios*”, el cual muchas de las veces también sirve como el medio por el cual se interpone el recurso —aunque no siempre la interposición del recurso y la “*expresión de agravios*” coinciden en un mismo escrito—, y precisamente en la determinación de la denominada “*expresión de agravios*” encontramos el problema que ha violentado el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva (en su sentido estricto y lato).

En nuestro derecho procesal positivo mexicano carecemos de bases legales de las cuales se pueda desprender de manera cierta y precisa: ¿cómo deben formularse los agravios?, ¿cuál es su forma y sustancia?, ¿cuál debe ser el contenido de los mismos?, ¿qué debe alcanzar la impugnación?, ¿cómo identificar la materia de la impugnación de una resolución judicial?, ¿cuál método argumentativo debemos utilizar para esgrimir los motivos de agravio?, ¿qué metodología debemos usar para ordenarlos?, ¿cómo saber cuando está agotada la materia de agravio?, ¿qué tipo de redacción debe ser preferida en su instrumentación?, ¿cómo debe la autoridad estudiar y resolver los agravios?, ¿qué trascendencia tiene la declaración de procedencia o improcedencia de tal o cuál tipo de agravio?, ¿cómo evitar que los agravios sean declarados insuficientes, inatendibles, infundados, defectuosos, improcedentes, imprecisos, oscuros, irregulares, etc.?. En general, carecemos de preceptos legales que nos permitan tener certeza sobre si el ejercicio del derecho a recurrir <<contra-argumentar>> una resolución judicial, se está llevando a cabo adecuadamente, existiendo una laguna respecto a la forma en que han de ser expresados los agravios.

En el foro jurídico son bastos los supuestos a tomar en consideración al momento de realizar la labor contra argumentativa a la resolución judicial. Lo predicho resulta evidente cuando realizamos un pequeño análisis sobre el concepto “*agravio*”², por las diversas épocas en que se agrupan los criterios

² A esta altura nos parece apropiado ir dejando por sentado que las conclusiones y aportaciones de esta tesis no sólo serán de utilidad exclusiva en materia de “*expresión de agravios*”, sino que al abordar el análisis desde la perspectiva de la contra-argumentación de la resolución judicial, o de

judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y demás órganos del Poder Judicial de la Federación; pues veremos que la constante en dicho medio jurídico es encontrar asuntos que se han perdido por los recurrentes, dado que los agravios son: “*insuficientes*”, “*inoperantes*”, “*infundados*”, “*inatendibles*”, “*defectuosos*”, “*improcedentes*”, “*imprecisos*”, “*oscuros*”, “*irregulares*”, “*fundados pero insuficientes*”, “*faltos de forma*”; y otras denominaciones conceptuales que se han confeccionado para no tomar en consideración o desechar los recursos interpuestos por los litigantes, esto por carecer los agravios de la debida forma y sustancia que las propias leyes omiten establecer, es decir, por falta de técnica en la contra argumentación judicial; e incluso es común y recurrente que los tribunales de alzada utilicen por analogía criterios creados para desestimar el estudio de conceptos de violación, con las mismas denominaciones conceptuales que las antes vistas para los agravios, y con éstos también desestiman analógicamente los agravios por deficiencias, según será demostrado mediante sentencias reales.

Incluso encontraremos criterios y leyes que tratando de seguir el desenvolvimiento jurisprudencial, ha evolucionando para establecer que frente a un agravio deficiente, si se desprende “*la causa de pedir*”, es viable resolver la materia de impugnación —entre ellas la de Nuevo León—, lo que desde luego sigue implicando la existencia de una deficiente contra argumentación y continúa siendo vago (aunado a que los Tribunales hacen uso discrecional de los criterios que mejor les acomodan); falta que no ha sido obstáculo para la evolución protectora de los criterios, en busca del más ligero indicio de argumento que permita resolver el recurso, pues como ya se mencionó es casi nula la doctrina que enfoque con precisión el tema de la sustancia y forma de los agravios, y las legislaciones son por demás escuetas y oscuras al respecto. Pero es preciso

un acto escrito de autoridad, podremos utilizar las base que aquí se sienten en figuras tales como “conceptos de violación” en materia de amparo; “conceptos de impugnación “ en materia administrativa; y en general en aquellos supuestos en los que se trate de contra-argumentar la legalidad, fundamentación o motivación de una resolución u acto, escrito u oral de una autoridad, pues la esencia es la misma, y la forma que aplican las Autoridades para desestimar esos “conceptos” es igual que con la “expresión de agravios”.

destacar que la experiencia litigiosa nos ha enseñado que es constante, repetitivo y hasta costumbre por parte de las Autoridades, buscar la manera de desatender la dolencia esgrimida, haciendo uso constante de cualesquiera de las tesis confeccionadas que antes hemospreciado, lo que creemos es una conducta que se ha venido realizando a través del tiempo y que ha venido trasgrediendo la voluntad concreta de la ley, e impidiendo el acceso pleno a la justicia, y por ende se ha vulnerado la tutela judicial efectiva³.

La tesis iniciará identificando claramente el problema, en un capítulo en el que se establece el concepto de agravios, será identificada la indeterminación del concepto, estudiando diversos apartados de ordenamientos procesales civiles, como marco referencial, pero la tesis se centrará enfáticamente en el *Código Federal de Procedimientos Civiles*, ordenamiento del que se desprende el problema generalizado que todas las legislaciones procesales contienen, a excepción de algunos códigos procesales estatales que —como se verá— siguiendo la jurisprudencia como fuente han tratado de dar alguna “luz” sobre los agravios, pero sin lograr resolver el problema de fondo, aunado a que aún con ello los tribunales siguen utilizando a discreción las tesis para desestimar la expresión de agravios. Con esto se pretende dejar claramente justificado que la generalidad de los ordenamientos adjetivos, si bien dentro de sus dispositivos, contemplan la posibilidad de impugnar las diversas resoluciones, y sostienen que para ello deben expresarse los agravios que causan las resoluciones impugnadas, no contienen, ni fijan los parámetros o bases sobre las cuales deberán ser redactados, argumentados y estructurados los citados agravios; por lo que queda plenamente establecida la vaguedad, indeterminación y laguna existente en la expresión de agravios.

Con este avance se procederá a hacer referencia a los diversos criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Poder Judicial de la Federación, en

³ En contraposición al objeto indirecto, que según será expuesto consiste en el acceso al particular a la justicia, la reparación personal del precepto violentado <<lato sensu>>; el objeto directo es la actuación de la voluntad de la ley <<stricto sensu>>.

materia de agravios —aún en materias ajenas a la civil y mercantil principalmente—, para dejar patente la forma en que los agravios han venido siendo tratados por los juzgadores; además de puntualizar la forma común de deficiencias en los mismos, y con ello se intentará tener una visión conjunta de los principales vicios que han venido sustentando criterios en los tribunales mexicanos, lo que dejará confrontado con el análisis que será llevado a cabo de los diversos temas de tutela judicial efectiva, dejará en evidencia la problemática acarreada por la falta de una correcta expresión de agravios.

Posteriormente será determinando qué es lo que “tutela” (valga la redundancia) o protege la tutela judicial efectiva, por lo que haremos referencia a diversos conceptos e instituciones jurídicas cuyo conocimiento y determinación son muy importantes en el desarrollo de esta tesis, haciendo hincapié en que el tema de la tutela judicial efectiva será tratado desde el punto de vista procesal y constitucional, no meramente constitucional. Desde un inicio hablaremos de la tutela judicial efectiva (sus sentidos estricto y lato), en sus objetos directos e indirectos, y otros, cuyo conocimiento es necesario tener presente, porque son parte de las circunstancias que deben ser tomadas en consideración al momento de la demostración de la recurrente violentación a la voluntad concreta de la ley, y a los derechos particulares, por falta de tutela judicial efectiva, y con el problema mencionado de la indeterminación de la “*expresión de agravios*”, ante la laguna adjetiva existente; hecho esto, serán analizados los principales temas que la doctrina acostumbra tratar respecto de la tutela judicial efectiva, porque se pretende conocerla profundamente, para lo cual dichos temas de la tutela, serán estudiados desde el punto de vista procesal según se desprendan o estén ligados con la pretensión, acción, jurisdicción, y el proceso. Luego de esto serán analizada la materialización de la tutela judicial efectiva, y la tutela en caso de ponderación de derechos constitucionales.

Hablaremos luego de cuestiones tales como la función de juzgar; la naturaleza de la segunda instancia; de los Tribunales como tuteladores de la ley, y

como impartidores de justicia; de la sentencia como acto natural de la función de juzgar; de ser humano “juzgador”; de los medios de impugnación y lo que se busca con ellos; y, por ende de lo que se espera de la función judicial en sus diversas instancias, esto desde el punto de vista doctrinal y sistemático jurídico, y tendiendo a relacionar la función judicial con la protección del derecho abstracto y particular a través de la tutela judicial efectiva.

Por último con base en todo el análisis antepuesto, se establecerán las conclusiones del suscrito sustentante, mediante las cuales de la confrontación de la doctrina de la tutela judicial efectiva, con la forma de proceder de los tribunales judiciales en materia de agravios, quedará en claro que se ha venido dando a estas por los Tribunales Mexicanos, ha venido violentando flagrantemente la verdadera tutela judicial efectiva en sus sentidos lato y estricto, esto al permitirse con ese actuar, ajeno a la típica función jurisdiccional, que la voluntad de la ley quede ajena a su cumplimiento y que por ello no alcance la justicia el particular, lo que desde luego representa un círculo vicioso que debe ser abordado y reparado.

CAPITULO PRIMERO

EL PROBLEMA EXISTENTE EN LA EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

1.1 LA EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

Expresar agravios es un acto de contra argumentación, implica emitir razonamientos que desacrediten, deslegitimen, invaliden o tiendan a nulificar los fundamentos y motivos que sirvieron de sustento a la autoridad para fundar y motivar la resolución impugnada, o los derechos o actos omitidos. OVALLE FAVELA sostiene que: *“La motivación del medio de impugnación consiste en la exposición de los razonamientos con base en los cuales el impugnador estima que el acto o la omisión combatidos no se apegan a derecho. A la exposición de argumentos o motivos de inconformidad contra el acto o la omisión impugnados se le denomina normalmente expresión de agravios”*.⁴ Por otro lado algunos conceptos que pueden clarificar un poco más la naturaleza de la expresión de agravios son establecidos por el propio Poder Judicial de la Federación, como se aprecia en los siguientes criterios:

“AGRAVIOS, CONCEPTO DE. En el procedimiento común se entienden por agravios los razonamientos relacionados con los actos u omisiones del juez que afectan los intereses del recurrente, aunque no estén precisados por éste textualmente el artículo o artículos que fueron violados”.⁵

“AGRAVIOS. Se entiende por agravio, la lesión de un derecho cometida en una resolución judicial, por haberse aplicado indebidamente la ley, o por haberse dejado de aplicar la que rige el caso; por consiguiente, al expresarse cada agravio debe el recurrente precisar cual es la parte de la sentencia que la causa citar el precepto de la ley violada y explicar el concepto por el cual fue infringida, no siendo apto para ser tomado en consideración, en consecuencia, el agravio que carezca de estos requisitos”.⁶

⁴ OVALLE Favela, José. *Teoría General del Proceso*. 6ª Ed. Oxford. México. 2005. p 328.

⁵ Quinta Época. Registro: 338962. Instancia: Tercera Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. CXXXI. Materia(s): Civil Tesis. Página: 483

⁶ Quinta Época. Registro: 341776. Instancia: Tercera Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. CXVI. materia(s): Común. Tesis: Página: 276

“AGRAVIOS. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia que ha sustentado la primera Sala de la Suprema Corte, en el procedimiento común deben entenderse como agravios, "aquellos razonamientos relacionados con las circunstancias de hecho, en un caso jurídico determinado, que tiendan a demostrar y puntualizar la violación o la inexacta aplicación de la ley".⁷

“AGRAVIOS, MODO DE EXPRESARLOS. La Suprema Corte de Justicia ha establecido que para que pueda realizarse el estudio de los agravios en la revisión, es necesario que en estos se expresen las disposiciones legales que se estimen infringidas con la resolución recurrida, por que si los aducidos por el recurrente no expresan un sólo precepto que resulte violado con tal resolución, los mismos deben desecharse”.⁸

De lo antes dicho podría de inicio parecer que no existe ninguna dificultad, ni mayor problema para expresar agravios, porque pueden resumirse en una argumentación fundada y motivada dirigida contra la resolución impugnada; dicho de otra manera, se trata de debatir contrariamente los argumentos que a su vez fueron dados por el juzgador, ya porque se consideran derivados de una errónea interpretación, de una errónea aplicación de la ley, o de una indebida valoración de la prueba o sus alcances, o bien por la existencia de un procedimiento indebido o contrario a la legalidad, y se trata de convencer a la superioridad de que nuestros argumentos son mejores o invalidan los emitidos por el de primera instancia; eso es lo que de inicio pudiéramos pensar que es la expresión de agravios. De lo mencionado se infiere lo siguiente:

- a) Que los Agravios se dirigen en contra del indebido ejercicio de la función jurisdiccional llevada a cabo en el acto de dictar una sentencia; es decir, en contra de los razonamientos mentales que tomó el juzgador para fundar y motivar esa sentencia, o las consideraciones de ley que debió tomar y no lo realizó;

⁷ Quinta Época. Registro: 298212. Instancia: Primera Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. CX. Materia(s): Común. Tesis: Página: 212.

⁸ Quinta Época. Registro: 374006. Instancia: Cuarta Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. LXXXI. Materia(s): Común. Tesis: . Página: 3496.

- b) Expresar agravios es contra argumentación, pues se debe procurar desacreditar la resolución impugnada por ser de alguna manera contraria a la ley, y para ello deben emitirse argumentos contra los que sustentan dicha resolución;
- c) Los agravios deben formularse de tal manera que convencan a quien va a resolver el recurso (el Tribunal de Alzada), sobre que tenemos la razón y no el juzgador A Quo.

En apariencia presentados de esta manera, no refleja mayor problema expresar agravios, pero no es así. Primero debemos destacar que las leyes no clarifican ni qué son los agravios, ni dicen cómo deben expresarse, ni exactamente cuáles son los límites inferiores y superiores para su expresión, y no mencionan cuál es el contenido y forma de esos agravios. Como será expuesto en los subsecuentes puntos, las leyes se han limitado a decir que deben expresarse los agravios, algunas sostienen que son los motivos o causas de lesión producidos por la resolución impugnada, que deben expresar la causa de pedir, etc., pero la expresión de agravios ha sido objeto en el transcurso del tiempo de la introducción de muchos formalismos por la vía de la interpretación judicial; esto es, los Tribunales interpretadores de la ley, han emitido un gran número de criterios que exigen formalismos y requisitos en la expresión de agravios y que consecuentemente han servido de sustento, a quienes deben resolver los recursos deficientes, para desechar tal recurso, o para no estudiar los agravios expresados en todo o en parte, y simplemente para desestimar el medio de impugnación por deficiencia o falta en la expresión de agravios; es decir, se han creado una serie de formalismos que no son exigidos por las leyes, sino que son producto de la facultad interpretadora de los Tribunales de la Federación, y que al paso de los años han servido para desestimar los recursos interpuestos, de lo que se deduce que esos criterios han introducido requisitos que deben reunir los agravios, sine qua non se analizan los mismos. Más adelante serán expuestos una serie de criterios ejemplificativos, y diversos ejemplos reales de sentencias, tan sólo para evidenciar una conducta que constantemente se ha venido observando en los

Tribunales de Alzada, y que en nuestro concepto esa conducta representa una flagrante violación a la tutela judicial efectiva; incluso es preciso destacar que es común que se utilicen como aplicables por analogía (en el mismo sentido que las tesis que desestiman agravios), criterios específicamente diseñados para la desestimación de la expresión de “conceptos de violación”, pues estos tienden exactamente a lo mismo que los agravios —pero en una diversa esfera—, a la impugnación de un acto de autoridad por violación a las garantías individuales o derechos humanos.

Debemos precisar que en este estudio no pretendemos establecer con precisión que son los agravios, su contenido y forma, sus requisitos, ni establecer una serie de consejos que conformen un manual para expresarlos debidamente; el objeto de esta tesis es identificar la existencia del problema, dejar claro que las leyes procesales no introducen los requisitos, ni las sanciones por la indebida expresión de agravios, siendo los criterios judiciales derivados de una laguna legal en la figura “expresión de agravios”, y la conducta de los propios Tribunales de Alzada la que ha generado éste problema incluso con la utilización analógica de criterios para desestimar conceptos de violación. Pretendemos evidenciar como se ha interpretado el concepto de agravios, y la utilización analógica de criterios configurados para desestimar conceptos de violación, sus consecuencias, y la vulneración que con ese actuar se ha efectuado a la tutela judicial efectiva, cuya teoría será profundizada en los capítulos subsecuentes donde iremos plasmando constancia de la vulneración comentada.

1.2 LOS RECURSOS Y LA EXPRESIÓN DE AGRAVIOS EN EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y OTROS CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

Los recursos son medios ordinarios de impugnación que establecen las leyes procesales para permitir a las partes inconformarse con una resolución, ya para que sea revisada por la misma autoridad que la dictó, u otra de superior

grado, a efecto de que la modifique, revoque o confirme.⁹ Como puede ser observado de la anterior definición, se incluye a los recursos como subclasificación de medios de impugnación; es decir, los recursos son una especie dentro del genero “medios de impugnación”, por tanto, éstos —medios de impugnación—: son todos aquellos mecanismos —ordinarios o extraordinarios—¹⁰ mediante los cuales puede obtenerse la revisión de la legalidad de una resolución, omisión o procedimiento judicial, entre ellos podemos encontrar los propios recursos, el juicio de amparo como medio extraordinario, la nulidad de juicio concluido, la acción pauliana; en otros sistemas de justicia el habeas corpus, habeas data, etcétera. Es de suponerse que si una parte interpone un recurso es porque considera que la resolución que se impugna no se encuentra ajustada a derecho, o quizás a los principios rectores de la materia o sistema en que se litiga, o porque contiene argumentos falaces o se basa en sofismas, o porque no utiliza un método adecuado, o bien al no tener la forma estructural que las leyes señalan, carecer de argumentación, interpretación, integración debidas, no sujetarse a los principios generales del derecho, o al modelo procesal propio del procedimiento de que se trate, porque no se aplicó algún dispositivo jurídico, etc.; en fin, eso es lo que someramente puede suponerse, pero existen otras muchas causas que pueden ser incluidas, pero la verdad es que la mayoría de los litigantes —refiriéndonos al foro jurídico— no conocemos con precisión todos los motivos o causas de agravio, o estamos expuestos a la desestimación de nuestros agravios por no estar debidamente expresados; esto porque como enseguida se precisa y ya se mencionó atrás, el Código Federal de Procedimientos Civiles —nuestro código principal de referencia— no hace mención precisa a esto, ni tampoco la doctrina se ha preocupado por abundar sobre el tema, ni las universidades, ni los propios Tribunales de Justicia, o Poderes Judiciales, sino por el contrario, muchos códigos adjetivos civiles contienen supuestos distintos, haciendo más oscura nuestra materia.

⁹ Más adelante se profundiza más sobre los medios ordinarios de impugnación, en el capítulo dedicado a la materialización de la tutela judicial efectiva.

¹⁰ Ordinarios: aquellos medios de impugnación directos, establecidos en las propias leyes de los procedimientos a través de los cuales se tramita el Juicio; y, extraordinarios: los establecidos en diversas leyes a aquellas.

1.2.1 EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

El Título Sexto del Código Federal de Procedimientos Civiles, específicamente en los artículos 231, 244, 246, 247, 249, 252, 256 se hace referencia a la “expresión de agravios”, mencionándose cómo debe interponerse el recurso de apelación, y desde luego, estableciéndose la necesidad de “expresar agravios”; según se deja citado enseguida:

*ARTICULO 231.- El recurso de apelación tiene por objeto que el tribunal superior confirme, revoque o modifique la sentencia o el auto dictado en la primera instancia, en los puntos relativos a los **agravios expresados**.*

ARTICULO 244.- En el escrito en que el apelante se presente a continuar el recurso, expresará los agravios que le cause la resolución apelada, y los conceptos por los que, a su juicio, se hayan cometido.

ARTICULO 246.- Notificadas las partes del decreto a que se refiere el artículo anterior, a los tres días siguientes examinará y declarará el tribunal, de oficio, en primer lugar, si el recurso fue interpuesto o no en tiempo, y si es o no apelable la resolución recurrida, y, en segundo, si el escrito del apelante fue presentado en tiempo y contiene la expresión de agravios.

ARTICULO 247.- Cuando se declare que la resolución no es apelable, o que no fue interpuesto en tiempo el recurso, no será necesario decidir respecto a la oportunidad de la continuación del recurso y a la expresión de agravios. En caso contrario, en el mismo auto en que se resuelva sobre la procedencia de la apelación, se decidirá sobre si el escrito de continuación del recurso fue presentado en tiempo y contiene la expresión de agravios.

ARTICULO 249.- Si se determina que el escrito del apelante fue presentado fuera del término del emplazamiento, o que no contiene la expresión de agravios, se declarará desierto el recurso, y que ha causado ejecutoria la sentencia, en su caso, mandándose devolver los autos que se hubieren recibido, y remitir testimonio de la resolución al tribunal que hubiere conocido el negocio.

ARTICULO 252.- En el auto en que se declare que se han llenado los requisitos necesarios para que proceda la substanciación del recurso, o recibidos los autos, o expedida la copia respectiva, en los casos del artículo anterior, se mandará correr traslado a las demás partes, por el término de cinco días, si se tratare de sentencia, y tres, si de auto, del escrito de expresión de agravios.

ARTICULO 256.- En el auto en que se mande correr traslado del escrito de agravios, se citará, a las partes, para la audiencia de alegatos en el negocio, que se celebrará dentro de los diez días de fenecido el término de traslado; pero, si se concediere término de prueba, quedará sin efecto la citación, y la audiencia se celebrará dentro de los diez días de concluido dicho término; procediéndose, en ella, en

*la forma prescrita para la audiencia final del juicio. Si la resolución apelada fuere auto que no ponga fin a un incidente, no se concederá, en ningún caso, término de prueba, y la audiencia de alegatos se celebrará dentro de los cinco días de fenecido el término del traslado del **escrito de agravios**, fallándose dentro de los cinco días siguientes de verificada la audiencia.*

Tal es la redacción o descripción que el Código Federal de Procedimientos Civiles nos proporciona con respecto a la “expresión de agravios”, no existen en el propio código algunas otras referencias a ellos, o dicho de otra manera en ningún otro apartado se mencionan esas palabras, ni se cita ninguna referencia directa sobre la denominada expresión de agravios, ni tampoco se manifiesta de forma expresa cuál es su naturaleza, su causa, contenido y forma. Esta redacción legal, tiene como consecuencia ineludible —a no ser que se pretenda que se declare desierto el recurso— que al interponer los recursos nos veamos en la necesidad de “expresar agravios”, pues sencillamente así lo establece la ley; y no sólo para la apelación, sino para cualquier recurso, pues aunque en los demás no se menciona expresamente, en la práctica se exigen para todos los recursos; pero algo que nos surge evidente es que el Código Federal de Procedimientos Civiles hace referencia a la expresión de agravios como si fuese algo completamente delineado, conocido, plasmado o tasado, conocido de explorado derecho; pero la legislación procesal referida es omisa en establecer con precisión y claridad como deben formularse esos agravios, esto es la causa, forma y sustancia de la “expresión de agravios”.

Ante estas circunstancias nos encontramos expuestos a que al redactar nuestros agravios nos sean aplicados criterios configurados expresamente para desestimar nuestros agravios; pues no cabe duda que el término “expresión de agravios” de lo antes citado, no aparece clarificado en el Código Federal de Procedimientos Civiles, y por ello, ante la evidente laguna o indeterminación legal, se han creado los criterios que serán citados.

1.2.2 ALGUNOS CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE LOS ESTADOS

Si como hemos visto nuestro código de referencia ya de por si es oscuro sobre la “expresión de agravios”, esto se agrava si analizamos la legislación de los estados de la República, pues debe decirse que muchos Códigos son esencialmente iguales que el federal, pero existen otros que contienen referencias y requisitos que lo único que pueden hacer notar es la des uniformidad existente en la materia, y el motivo de tanto criterio jurisprudencial que trata de definirlos o conceptualizarlos, pues de ninguna manera determinan con claridad cómo expresar agravios. Sólo para evidenciar la disparidad existente, enseguida nos permitimos citar algunos códigos de la república mexicana, haciendo algunas anotaciones respecto de cada uno de ellos:

COAHUILA

ARTÍCULO 574.

Revisión de oficio de la sentencia de nulidad de matrimonio.

*La sentencia recaída en los juicios de nulidad de matrimonio por la no dispensa del parentesco consanguíneo, por la existencia de matrimonio anterior o por falta de forma, será revisable de oficio y se abrirá la segunda instancia aunque las partes no apelen, ni **expresen agravios**. El tribunal examinará la legalidad de la sentencia de primera instancia, quedando entre tanto sin ejecutar ésta.*

ARTÍCULO 604. Revisión de oficio de la sentencia. *Las sentencias recaídas en el Juicio sobre paternidad y filiación serán revisables de oficio, abriéndose la segunda instancia aunque las partes no apelen, ni **expresen agravios**. El tribunal examinará la legalidad de la sentencia de primera instancia, quedando entre tanto pendiente de ejecución. De esta disposición se exceptuará los juicios de pérdida de patria potestad.*

ARTÍCULO 862.

Substanciación del recurso de reconsideración.

Son aplicables las siguientes reglas para la tramitación del recurso de reconsideración.

I. El recurso deberá interponerse con expresión de los hechos y fundamentos legales que lo sustenten, por escrito presentado dentro de los tres días siguientes de la notificación de la resolución respectiva, o verbalmente en la audiencia o diligencia en que está se pronuncie.

II. Si el recurso fuere presentado extemporáneamente o no contiene expresión de agravios, se declarará desierto y firme la resolución recurrida.

ARTÍCULO 865.

Facultades del tribunal de apelación.

Al resolver el recurso de apelación el tribunal de alzada podrá revocar o modificar el auto o la sentencia recurridos, si estima fundados los agravios del apelante; o bien, confirmar la resolución apelada, si considera infundados dichos agravios.

ARTÍCULO 869.

Presentación y requisitos del escrito de interposición del recurso de apelación.

La apelación debe interponerse por escrito ante el juzgador que pronunció la resolución.

En dicho escrito, el recurrente deberá expresar los agravios que en su concepto le causa la resolución impugnada y exhibirá una copia del mismo, para agregarse al expediente y una más para cada una de las partes.

En el propio escrito, el apelante deberá indicar si desea ofrecer pruebas, conforme a lo dispuesto por el artículo 880 fracción V, precisando los puntos sobre los que deberá versar cada una de las ofrecidas, los que nunca serán extraños a la cuestión debatida.

ARTÍCULO 870.

Expresión de agravios.

La expresión de agravios deberá contener una relación clara y precisa de los puntos de la resolución recurrida que en concepto del apelante se los cause, y las leyes, interpretación jurídica y principios generales de derecho, que estime han sido violados, ya sea por aplicación inexacta o por falta de aplicación.

De la misma manera podrá ser motivo de agravio el hecho de que en la sentencia se haya dejado de estudiar alguno de los puntos litigiosos o de las pruebas rendidas, o bien que aquélla no sea congruente con la demanda y la contestación y las demás cuestiones debatidas en el juicio.

Si hubiere habido apelación preventiva, deberán también expresarse los agravios que correspondan a la resolución apelada preventivamente, e igual regla se seguirá, cuando exista otra apelación de resolución diversa que se haya dejado para decidirse junto con la apelación de la sentencia definitiva, en los casos autorizados por la ley.

ARTÍCULO 881.

Sentencia de segunda instancia.

La sentencia de segunda instancia se sujetará a lo siguiente:

I. Se limitará a estudiar y decidir sobre los agravios que haya expresado el apelante, sin que pueda resolver sobre cuestiones que no fueron materia de éstos o que hayan sido consentidas expresamente por las partes.

En los asuntos de orden familiar y del estado y condición de las personas o cuando el afectado sea un menor o incapacitado, podrá suplirse la deficiencia de los agravios formulados cuando se advierta de las constancias procesales que ha habido en contra del apelante una violación manifiesta de la ley que lo haya dejado sin defensa.

Lo primero que notamos en esta legislación es la suplencia de la queja respecto de los asuntos de familia y menores, lo cual aunque no se dijera se verá en los puntos relativos a la tutela judicial efectiva que en esos asuntos aplica el principio publicista y que por tanto debe suplirse la queja, por lo que consecuentemente en estos asuntos según la anotada resolución no se requiere expresar agravios, no es requisito, lo cuál es sano dada la naturaleza de esas materias, pero analizado *a contrario sensu* podemos establecer la necesidad en los asuntos no incluidos, de expresar agravios; de hecho el artículo 862 establece como sanción a la falta de expresión de agravios, la declaración de desierto del recurso. Se habla de agravios infundados, lo cual supone que también existen agravios fundados; se establece que los agravios deben ser aquellos que se considera causa la resolución impugnada; especial atención merece lo que establece el artículo 870, pues se habla de que la expresión de agravios deberá contener una relación clara y precisa de los puntos de la resolución recurrida que en concepto del apelante se los cause; pero no se establece cómo sabemos clara y precisamente cuáles puntos son los que nos causan agravio; también se dice que esos agravios deben referirse y las leyes, interpretación jurídica y principios generales de derecho, que estime han sido violados, ya sea por aplicación inexacta o por falta de aplicación, pero nótese que se habla de interpretación, pero no de integración, de principios generales del derecho, pero no de los rectores del proceso, ni de violación al sistema jurídico, o al modelo procesal, además se hace referencia a aplicación inexacta o falta de aplicación, pero no se dice que pasa si no se hacen valer todas las violaciones existentes, y si no se hacen valer, si entonces será inatendible por insuficiente la expresión de agravios, o si se puede hablar de agravios de naturaleza superior, pero que no fueron plasmados en la sentencia, o sea, a argumentos fuera de la sentencia, superiores, no se habla tampoco de los presupuestos procesales; ni tampoco se establece si estos agravios tienen que desprenderse de la litis, o si se pueden referir a excepciones no hechas valer, o a presupuestos procesales, en fin, la ley es corta, tampoco se establece que sucede en caso de omisión legal; ni tampoco se establece que

sucede sí no se impugnan todos los argumentos utilizados por el juzgador, o sí se esgrimen argumentos solamente por lo que hace a puntos no torales de la sentencia; o que sucede si existen otros agravios evidentes que no se hicieron valer, o que si puede omitirlo y actuar de oficio en caso de presupuestos procesales; y otras muchas circunstancias que según se como se verá, han sido interpretadas en las tesis y jurisprudencias como motivos de desestimación del recurso. También se hace referencia a la falta de exhaustividad y a la congruencia como causa de agravios, pero no se habla de los presupuestos procesales que pueden ser estudiados de oficio por el juzgador. No se habla del método de interpretación, ni de la técnica argumentativa, en fin si bien esta ley es un poco más extensa y precisa que la federal, no resuelve el problema de manera integral, y la mayoría de criterios de desestimación emitidos por los Tribunales Federales, siguen teniendo aplicación, y de hecho la tienen por ser de materia común. Es más, esta ley al establecer más exigencias incompletas, dificulta más la tarea.

NUEVO LEÓN

*Artículo 426.- El recurso de apelación debe interponerse por escrito ante el Juez que pronunció la resolución impugnada, **expresando los agravios** que considere le causa la resolución recurrida.*

*Dentro de los **agravios** propuestos debe indicarse con claridad la causa de pedir, mediante el señalamiento de la lesión o del perjuicio que las respectivas consideraciones de la resolución provocan, así como los motivos que generen esa afectación.*

*Artículo 427.- Interpuesta la apelación en tiempo hábil, el Juez la admitirá sin substanciación alguna si fuere procedente, siempre que en el escrito se hayan hecho valer los **agravios** respectivos; ordenando dar vista con el mismo a la contraparte, para que en el término de tres días conteste los agravios si se tratare de auto o sentencia interlocutoria, y de seis días si se tratare de sentencia definitiva. Debiéndose remitir los escritos originales del apelante y en su caso de la contraparte, procediéndose como se ordena en los artículos 434 y 439 de este Código.*

*Artículo 441.- En el caso de que el apelante **omitiera expresar agravios** al interponer el recurso de apelación, se tendrá por no interpuesto y quedará firme la resolución impugnada.*

No obstante lo dispuesto anteriormente, en los procedimientos relacionados con derechos de menores o incapaces y en los demás asuntos del orden familiar se suplirá la deficiencia de la queja. Lo mismo se observará también tratándose de alimentos, cuando la parte apelante

sea la acreedora alimentista. En estos casos se remitirán al Tribunal Superior de Justicia el testimonio o los autos originales, según sea la resolución impugnada, aunque no se formulen agravios.

Artículo 449.- En los escritos de expresión de agravios y contestación de los mismos, tratándose de apelación de sentencia definitiva, las partes deberán ofrecer pruebas sólo para el caso a que se refiere el artículo 233. Para recibir las pruebas se abrirá una dilación probatoria de diez días. En la sentencia de segundo grado, el Tribunal Superior hará la valoración correspondiente de las pruebas que ante él se desahoguen.

El Tribunal Superior al resolver el recurso de apelación, tiene como función examinar el procedimiento del inferior de acuerdo a los agravios, para decidir si la sentencia por éste pronunciada valora debidamente los hechos probados y aplica exactamente el derecho, con excepción de lo dispuesto en los artículos 441 y 446 de este Código.

Artículo 452.- La revisión de las sentencias recaídas en los casos y procedimientos señalados en el artículo 956 de este Código y sobre nulidad de matrimonio por las causas expresadas en los artículos 241, 242 y 248 a 251 del Código Civil, abre de oficio la segunda instancia con intervención del Ministerio Público. Y aunque las partes no expresaren agravios, la Sala de lo Familiar examinará la legalidad de la sentencia de primera instancia, observándose en lo conducente las formalidades previstas por el artículo 446 de este Código, quedando entre tanto sin ejecutarse aquélla.

Nuestra legislación estatal se ha tratado de ajustar a los criterios de la causa de pedir establecidos por la jurisprudencia, pero debemos ver que le son aplicables casi todas las referencias realizadas a la ley de Coahuila, además de que al hablar de la causa de pedir, no se dice que es esta causa, ni que debemos entender por lesión o perjuicio en una resolución; inclusive se habla de que debe motivarse esa causa de pedir, lesión o perjuicio, no sólo citarse, no se dice si hay que hacer un silogismo, una contra argumentación, si se tiene que hacer referencia directa, ni ninguna de las situaciones vistas en la anterior legislación, ni que sucede si no se establece esa causa de pedir, pero si se establece la sanción de tener por no interpuesto el recurso si no se expresan los agravios, etc.

JALISCO

ARTICULO 66.- Las nulidades previstas en el artículo anterior se promoverán ante el mismo juez o tribunal que conozca del negocio y se tramitarán en la siguiente forma:

Las resoluciones que decidan o desechen los incidentes de nulidad de actuaciones sólo serán impugnables a través del recurso de apelación que se haga valer en contra de la sentencia definitiva

mediante la **expresión de los agravios** correspondientes, salvo aquella en la que se declare la nulidad del emplazamiento, la que se tramitará desde luego en ambos efectos.

ARTICULO 427.- Los recursos deben interponerse por escrito en el cual se deberá:

I. Precisar la resolución o acto procesal impugnado, así como la autoridad judicial y el juicio o procedimiento de donde emane;

II. **Expresar los agravios que le causen**, entendiéndose como tales, aquellos razonamientos relacionados con las circunstancias de hecho, en un caso jurídico determinado, que tiendan a demostrar y puntualizar la violación o la inexacta interpretación de la ley. Bastará la enumeración sencilla que haga la parte, de los errores y violaciones de derecho que en su concepto se cometieron en la resolución para tener por expresados los agravios;

ARTICULO 430.- La autoridad judicial al conocer y resolver los recursos, salvo los casos que la ley permita el estudio o revisión oficiosa, y además de las establecidas en este código, observará las siguientes reglas:

I. Examinará y decidirá en forma conjunta o separada, todos los agravios alegados contra la resolución o acto procesal recurrido, exceptuándose el caso en que uno sólo resulte preponderante;

II. En vista de los agravios expresados, sólo tomará en consideración, las acciones, excepciones, pruebas y cuestiones debatidas en forma previa y oportuna;

III. Resolverá con plenitud de jurisdicción las cuestiones omitidas en la resolución o acto impugnado, reclamadas en los agravios, corrigiéndolas por sí mismo;

ARTICULO 444.- Si el tribunal de alzada, a través de los agravios expresados, advierte que se violaron las reglas esenciales del procedimiento en el juicio donde emane la resolución apelada, o que el juez de primer grado incurrió en alguna omisión que pudiere dejar sin defensa al recurrente o pudiere influir en la sentencia que deba dictarse en definitiva, siempre que no se trate de actos consentidos, revocará la resolución recurrida y mandará reponer el procedimiento, así como cuando aparezca también que indebidamente no ha sido oída alguna de las partes interesada que tenga derecho a intervenir en el juicio o procedimiento, por no estar practicado el emplazamiento o llamamiento correspondiente conforme a ésta ley.

ARTICULO 446.- En el caso de que el apelante no exprese agravios en el término de ley, se le tendrá por desistido del recurso, haciendo la declaración correspondiente el superior, previa certificación de la falta de expresión de agravios.

Esta legislación también hace necesario expresar agravios, pero además da una definición de agravios, y esto debe considerarse ley especial, y dice que se deben entender por agravios: “*aquellos razonamientos relacionados con las circunstancias de hecho, en un caso jurídico determinado, que tiendan a demostrar y puntualizar la violación o la inexacta interpretación de la ley. Bastará*

la enumeración sencilla que haga la parte, de los errores y violaciones de derecho que en su concepto se cometieron en la resolución para tener por expresados los agravios". No es necesario hacer una cita de todos los conceptos y motivos que se quedan fuera, tan sólo remitámonos a las anteriores legislaciones; pero esta definición lo único que hace es permitir que los jueces pudieran considerar que alguna argumentación de "expresión de agravios" no encuadra en la hipótesis normativa, agravando aún más el problema. Pero además en esta legislación se establecen presupuestos adicionales para revocar la sentencia, pues se requiere que los agravios pongan de manifiesto violaciones procesales, o de aquellas que trascienden a la sentencia; pero esto no cuadra perfectamente con la definición, pues en aquella se habla de "circunstancias de hecho que tiendan a demostrar la violación o interpretación de la ley", y luego de ahí quedan excluidas las circunstancias de derecho, la integración legal, se refiere a ¿leyes sustantivas o adjetivas?; esto sólo pone de manifiesto la necesidad de una teoría firme y profunda de la expresión de agravios.

PUEBLA

Artículo 382.- En el escrito en que se interponga la apelación, el recurrente expondrá los agravios que en su concepto le cause la resolución, los que deberán expresarse guardando el orden siguiente:

I.- Bajo el rubro "VIOLACIONES PROCESALES", se expondrán aquellos, que tiendan a combatir las resoluciones y actuaciones interprocesales, siempre y cuando hubieren sido objeto de la reclamación oportuna;

II.- Bajo el rubro "VIOLACIONES SUBSTANCIALES EN EL PROCEDIMIENTO", se expondrán aquellos que tiendan a combatir las resoluciones y actuaciones que afecten la debida defensa del apelante y trasciendan al fallo, y

III.- Bajo el rubro "VIOLACIONES DE FONDO", se expondrán aquéllas que tiendan a combatir la resolución apelada, ya sea por aplicación inexacta o por falta de aplicación de Leyes, su interpretación jurídica o de los principios generales del derecho; por comprender acciones, excepciones o cosas que no hayan sido objeto del juicio, o por no comprenderlas todas, por omisión o negación expresa.

Artículo 383.- Cada agravio se expresará por separado, señalando el hecho que constituye la infracción, las disposiciones legales violadas y los conceptos de violación.

Del escrito en que se interponga la apelación se acompañarán las copias necesarias para el traslado.

Artículo 392.- Llegados los autos al Tribunal de apelación, éste los examinará y calificará de oficio:

I.- Si la resolución recurrida es apelable;

II.- Si el recurso se interpuso en tiempo; y

III.- Si el apelante y en su caso el adherente al recurso, expresaron agravios y si éstos reúnen los requisitos previstos en esta sección.

Cuando no se reúna alguno de los supuestos antes enunciados, el Tribunal desechará de plano el recurso, salvo en los casos en que deba suplirse la deficiencia o la ausencia de agravios, en los que no procederá el desechamiento del recurso por no reunirse las condiciones que previene la fracción III de este artículo.

Esta legislación contiene problemas todavía más profundos, pues de inicio trátase de encontrar una diferenciación congruente entre las violaciones substanciales y de fondo; ¿qué sucede si no sabemos diferenciar unas de las otras?, si de hecho nos confundimos, si hay que denominar los agravios bajo alguno de estos rubros; inclusive se habla de que los agravios son hechos que constituyen “infracción”, y de “conceptos de violación”, como bien fue citado y expresado por SAINZ MORENO en el punto relativo a la vaguedad e indeterminación, a veces se utilizan palabras como sinónimas, pero no lo son, no hay sinónimos absolutos, no podemos confundir agravios con conceptos de violación, ni lesión, perjuicio, con violación, con infracción, por lo que evidentemente en esta legislación sucedió este problema, o quizás quienes la redactaron no sabían lo que hacían.

En fin resulta evidente la falta de un concepto integrador a raíz del cual pueda conocerse plenamente que significa expresar agravios y como podemos hacerlo con la confianza de que estamos cumpliendo con el contenido y forma de los agravios.

1.3 LAGUNA GENERALIZADA SOBRE LA FORMA Y SUSTANCIA DE LOS AGRAVIOS

Si las leyes no establecen con precisión la causa, forma y sustancia de los agravios, no sólo porque no se entienda, o se precise de interpretación (que sí la

requiere), sino porque hacen falta preceptos que armonizando las demás leyes, así como los avances de la ciencia jurídica y de la jurisprudencia, fije los parámetros exactos a tomarse en cuenta para establecer los agravios, entonces estamos en presencia de una evidente laguna, se requiere integración de la ley, hace falta utilizar los métodos y técnicas de integración de la ley, como la analogía, los principios generales del derecho, la integración vía jurisprudencia etc., con ello deberán establecerse preceptos, o principios que nos ayuden a deducir: ¿cómo se identifica un motivo de lesión o perjuicio?, ¿cómo se argumenta al respecto?, ¿a qué se refiere con motivos?, ¿cuál debe ser la lógica de la expresión de agravios?. De igual forma: ¿qué debe entenderse por esa denominada causa de pedir?, ¿si pueden o no realizarse agravios con cuestiones ajenas a las consideraciones de la sentencia?, ¿cómo debe argumentativamente señalarse la causa de la lesión?, ¿cuándo el juzgador debe o no desestimar un agravio?, ¿qué tipo de agravio es suficiente para modificar el sentido de la resolución?, y ¿cuál no lo es?, ¿qué sucede si no se combate toda la sentencia?, o ¿si se hace deficientemente?, ¿cuándo hay deficiencia?, ¿Cómo identificar esos motivos de lesión o perjuicio?, y ¿a qué se refiere con causas de afectación?. La existencia de la laguna queda evidenciada si analizamos los diversos criterios de los tribunales que aún en nuestros días, tanto a nivel federal, como local, contienen criterios que permiten se desestimen agravios por motivos tales como ser: *insuficientes, inoperantes, infundados, inatendibles, improcedentes, fundados pero insuficientes, faltos de forma;* y más denominaciones, que se han confeccionado para no tomar en consideración o desechar los recursos interpuestos por los litigantes, por lo que se concluye que existe una laguna indebidamente tratada a la fecha, que ha impedido a los litigantes hacer valer sus derechos procesales de impugnar las resoluciones judiciales y sobre todo que ha vulnerado la tutela judicial efectiva; y más precisamente que les ha imposibilitado a los justiciables un acceso pleno a la justicia impidiendo que sus manifestaciones sean tomadas en consideración al resolver los recursos.

Pero no sólo podemos sostener que hace falta integrar la ley, pues además los preceptos ya existentes evidentemente son vagos e indeterminados, por la ambigüedad con que están redactados, por la falta de determinación sobre las características cualitativas y cuantitativas de los agravios; la ley es oscura, es irregular, además de omisa, por ello también es preciso interpretarla, hacer uso de las diversas técnicas y métodos existentes para tales motivo; todo esto ha causado que se deje en las manos de los justiciables indagar sobre con precisión en que consiste la causa, forma y sustancia de los agravios, los parámetros a utilizarse para su confección, la forma lógica de exponer premisas y conclusiones válidas para contra argumentar las resoluciones judiciales; la manera correcta de llevar a cabo esa argumentación, la identificación de los puntos necesarios, aptos y suficientes para tener por impugnada una resolución judicial, la prelación de los agravios en orden a su importancia o predisposición de resolución, lo que debe evitarse hacer, la forma de no caer en los supuestos de desestimación de agravios por errores en su formulación; por lo que se ha aprendido con base en el error, pues los tribunales han creado los criterios que enseguida se precisan con los que han impedido el acceso pleno a la jurisdicción y la tutela judicial efectiva de la voluntad de la ley.

1.4 INTERPRETACIÓN POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

La anterior problemática en el concepto de expresión de agravios ha generado la emisión de una serie de criterios y jurisprudencias, que han venido siendo utilizado por los Tribunales de Alzada y con los cuales omiten entrar al estudio del fondo del asunto, así como analizar las sentencias impugnadas, omitiendo consecuentemente el debido ejercicio de su función jurisdiccional; motivos por los que se considera que con la emisión y aplicación de las tesis que enseguida se expondrán y otras diversas y semejantes, se ha vulnerado la tutela judicial efectiva. Enseguida nos permitiremos exponer una muestra de los criterios a que nos hemos referido y de los cuales quedará claro que son muchas las

cuestiones que se escapan del contenido del orden legal, y que han sido configuradas por la vía de jurisprudencia, estableciendo formalismos y sanciones que de manera evidente escapan del orden legal:

AGRAVIOS IMPROCEDENTES. Son improcedentes los agravios que no se enderezan precisamente en contra de la sentencia definitiva pronunciada por el a quo, sino en contra del auto que admitió el escrito de demanda, si contra éste no se interpuso recurso alguno y quedó firme, por haber operado la preclusión.¹¹

AGRAVIOS. La cita de un artículo de la Ley no es suficiente para distinguir la materia concreta de la violación que se pretende alegar.¹²

AGRAVIOS. Deben expresarse con claridad, señalando concretamente las violaciones y citando los preceptos legales que se estimen infringidos, sin que puedan tomarse en consideración razones que el recurrente crea que fueron expresadas implícitamente o que el juzgador las infiera del texto del agravio.¹³

AGRAVIOS, MODO DE EXPRESARLOS. La Suprema Corte de Justicia ha establecido que para que pueda realizarse el estudio de los agravios en la revisión, es necesario que en estos se expresen las disposiciones legales que se estimen infringidas con la resolución recurrida, por que si los aducidos por el recurrente no expresan un sólo precepto que resulte violado con tal resolución, los mismos deben desecharse.¹⁴

AGRAVIOS. Es inatendible el agravio de la autoridad responsable, por no indicar cuál es el precepto indebido o malamente aplicado por el inferior en su fallo.¹⁵

AGRAVIOS. Deben desestimarse los agravios, si en ellos no se indica cuáles son las disposiciones legales violadas.¹⁶

¹¹ Quinta Época. Registro: 340903. Instancia: Tercera Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. CXX. Materia(s): Civil. Tesis: . Página: 381.

¹² Quinta Época. Registro: 386186. Instancia: Sala Auxiliar. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. CIX. Materia(s): Civil. Tesis: . Página: 204.

¹³ Quinta Época. Registro: 342969. Instancia: Tercera Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. CVII. Materia(s): Común. Tesis: . Página: 97.

¹⁴ Quinta Época. Registro: 374006. Instancia: Cuarta Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. LXXXI. Materia(s): Común. Tesis: . Página: 3496.

¹⁵ Quinta Época. Registro: 324400. Instancia: Segunda Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. LXXVII. Materia(s): Común. Tesis: . Página: 577.

AGRAVIOS EXPRESION DE. Si el quejoso sólo expresa que se hacen nugatorios los derechos concedidos por determinado artículo, al darse validez a los actos ejecutados por la autoridad responsable, lo cual constituye una simple afirmación del recurrente, no puede estimarse como agravio propiamente dicho, si el mismo no expresa los conceptos por los cuales se infringen las disposiciones legales que indica.¹⁷

AGRAVIOS. Son inatendibles cuando no se indican los preceptos indebida o malamente aplicados por el inferior en su resolución.¹⁸

AGRAVIOS INSUFICIENTES. ES INNECESARIO SU ESTUDIO SI LO ALEGADO NO COMBATE UN ASPECTO FUNDAMENTAL DE LA SENTENCIA RECURRIDA, QUE POR SÍ ES SUFICIENTE PARA SUSTENTARLA. Cuando la sentencia impugnada se apoya en diversas consideraciones esenciales, pero una de ellas es bastante para sustentarla y no es combatida, los agravios deben declararse insuficientes omitiéndose su estudio, pues de cualquier modo subsiste la consideración sustancial no controvertida de la resolución impugnada, y por tal motivo sigue rigiendo su sentido.¹⁹

AGRAVIOS INOPERANTES, POR PLANTEARSE CUESTIONES AJENAS A LA LITIS. Si la recurrente al formular alegatos ante el Magistrado responsable que resolvió el recurso de apelación que constituye el acto reclamado en el juicio de amparo indirecto, no expresó como tales los que ahora hace valer como agravios en el recurso de revisión, es claro que los mismos no formaron parte de la litis de esa instancia, ni tampoco se pronunció al respecto la Juez de Distrito al dictar la sentencia reclamada al través del presente recurso, por lo que al ser esto así es clara la inoperancia de los agravios, ya que no se pueden abordar cuestiones que

¹⁶ Quinta Época. Registro: 324379. Instancia: Segunda Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. LXXVII. Materia(s): Común. Tesis: . Página: 221.

¹⁷ Quinta Época. Registro: 374989. Instancia: Cuarta Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. LXXVII. Materia(s): Común. Tesis: . Página: 2452.

¹⁸ Quinta Época. Registro: 325017. Instancia: Segunda Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. LXXVI. Materia(s): Común. Tesis: . Página: 5133.

¹⁹ Novena Epoca. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: IX, Mayo de 1999. Tesis: II.2o.C. J/9. Página: 931.

fueron ajenas tanto a la litis formada en el recurso de apelación como a la del juicio constitucional.²⁰

LEGITIMACIÓN PROCESAL. DEBE REALIZARSE SU ANÁLISIS EN LA ALZADA, SI ES MATERIA DE AGRAVIO. La legitimación procesal de las partes es un presupuesto procesal sin el cual no puede iniciarse ni tramitarse de manera válida el juicio. Luego, si bien es cierto que el juzgador de primera instancia debe estudiarla oficiosamente, también lo es que el tribunal de segunda instancia sólo puede abordar el examen de tal aspecto, siempre y cuando en el pliego de agravios se cuestione aquélla, aun cuando no se impugne oportunamente en el curso del mismo procedimiento, pues la ausencia del aludido presupuesto impide que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal.²¹

APELACIÓN, RECURSO DE. ES IMPROCEDENTE EL ESTUDIO DE LAS VIOLACIONES PROCESALES PLANTEADAS, CUANDO SE COMBATE LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO (ARTÍCULO 423 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE MÉXICO). El referido precepto establece la obligación de las Salas Civiles del Tribunal Superior de Justicia de ese Estado, de que al conocer del recurso de apelación, confirmen, revoquen o modifiquen la sentencia o el auto dictado en primera instancia, en los puntos relativos a los agravios expresados, sin distinguir tal precepto, si dichos agravios deben referirse a cuestiones de índole procesal o sustantiva. Ahora bien, si se toma en consideración que el objeto del mencionado recurso es confirmar, revocar o modificar la sentencia de primer grado, debe entenderse que su examen se limita a analizar los errores u omisiones en que se haya incurrido en dicha resolución, lo cual excluye los cometidos fuera de la misma, como serían las violaciones procesales acaecidas durante el desarrollo del juicio; además, al no existir reenvío en el citado recurso, de resultar fundada alguna violación procesal no podría revocarse para el efecto de ordenar al Juez de primera instancia la reposición del procedimiento, sin que tampoco pueda estimarse que el tribunal de alzada deba sustituirse al a quo a fin de subsanar dicha violación, toda vez que su función es revisora. Por tanto, debe

²⁰ Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: IX, Marzo de 1999. Tesis: VIII.1o.21 K . Página: 1376.

²¹ Novena Epoca. Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIV, Diciembre de 2001. Tesis: V.3o.8 C . Página: 1751

concluirse que en el recurso de apelación resulta improcedente analizar las violaciones procesales planteadas en los agravios.²²

AGRAVIOS EN LA APELACIÓN. LA SIMPLE CITA DE TESIS O JURISPRUDENCIA NO LOS CONSTITUYEN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN). Si el apelante en sus agravios se limita a transcribir tesis o jurisprudencia, pero no expone las razones jurídicas por las que considera que cobran vigencia en el caso concreto, resulta que esa simple cita no puede constituir un agravio que esté obligado a examinar el tribunal de alzada, al no reunir los requisitos lógicos y jurídicos que para ser catalogado como tal, exige el artículo 717 del Código de Procedimientos Civiles, y porque además, en los juicios de naturaleza civil, no procede suplir la deficiencia de la queja.²³

AGRAVIOS INOPERANTES. SON AQUELLOS QUE NO COMBATEN TODAS LAS CONSIDERACIONES CONTENIDAS EN LA SENTENCIA RECURRIDA. Ha sido criterio reiterado de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, que los agravios son inoperantes cuando no se combaten todas y cada una de las consideraciones contenidas en la sentencia recurrida. Ahora bien, desde la anterior Tercera Sala, en su tesis jurisprudencial número 13/90, se sustentó el criterio de que cuando el tribunal de amparo no ciñe su estudio a los conceptos de violación esgrimidos en la demanda, sino que lo amplía en relación a los problemas debatidos, tal actuación no causa ningún agravio al quejoso, ni el juzgador de amparo incurre en irregularidad alguna, sino por el contrario, actúa debidamente al buscar una mejor y más profunda comprensión del problema a dilucidar y la solución más fundada y acertada a las pretensiones aducidas. Por tanto, resulta claro que el recurrente está obligado a impugnar todas y cada una de las consideraciones sustentadas por el tribunal de amparo aun cuando éstas no se ajusten estrictamente a los argumentos esgrimidos como conceptos de violación en el escrito de demanda de amparo.²⁴

²² Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIII, Marzo de 2001. Tesis: 1a./J. 8/2001. Página: 5.

²³ Novena Época. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO.. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: V, Junio de 1997. Tesis: XI.2o.59 C. Página: 713

²⁴ Época: Décima Época. Registro: 159947. Instancia: PRIMERA SALA. TipoTesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2. Materia(s): Común. Tesis: 1a./J. 19/2012 (9a.). Pag. 731.

AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE SUSTENTAN EN PREMISAS FALSAS. Los agravios cuya construcción parte de premisas falsas son inoperantes, ya que a ningún fin práctico conduciría su análisis y calificación, pues al partir de una suposición que no resultó verdadera, su conclusión resulta ineficaz para obtener la revocación de la sentencia recurrida.²⁵

AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE COMBATEN ARGUMENTOS ACCESORIOS EXPRESADOS EN LA SENTENCIA RECURRIDA, MÁXIME CUANDO ÉSTOS SEAN INCOMPATIBLES CON LAS RAZONES QUE SUSTENTAN EL SENTIDO TORAL DEL FALLO. En términos del artículo 88 de la Ley de Amparo, la parte a quien perjudica una sentencia tiene la carga procesal de demostrar su ilegalidad a través de los agravios correspondientes, lo que se cumple cuando los argumentos expresados se encaminan a combatir todas las consideraciones en que se apoya la resolución impugnada. Ahora bien, los agravios resultan inoperantes cuando tienen como finalidad controvertir argumentos expresados por el órgano de control constitucional en forma accesoria a las razones que sustentan el sentido del fallo, sobre todo cuando sean incompatibles con el sentido toral de éste, porque aunque le asistiera la razón al quejoso al combatir la consideración secundaria expresada a mayor abundamiento, ello no tendría la fuerza suficiente para que se revocara el fallo combatido, dado que seguiría rigiendo la consideración principal, en el caso la inoperancia del concepto de violación.²⁶

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS INOPERANTES CUANDO EXISTE COSA JUZGADA. Son inoperantes los conceptos de violación planteados en un amparo o los agravios que se esgrimen en un recurso cuando van dirigidos a combatir aspectos que ya no pueden estar sujetos a discusión ni mucho menos reexaminarse en virtud de que ya fueron analizados y desestimados en un asunto anterior constituyendo por ello cosa juzgada, pues en ambos asuntos coinciden o concurren los elementos que distinguen tal institución jurídica: a) El objeto de la decisión; b) El fundamento jurídico; y, c) Los sujetos.²⁷

²⁵ Época: Décima Época. Registro: 2001825. Instancia: SEGUNDA SALA. TipoTesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 3. Materia(s): Común. Tesis: 2a./J. 108/2012 (10a.). Pag. 1326.

²⁶ Época: Novena Época. Registro: 167801. Instancia: PRIMERA SALA. TipoTesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: . Tomo XXIX, Marzo de 2009. Materia(s): Común. Tesis: 1a./J. 19/2009. Pag. 5

²⁷ Época: Novena Época. Registro: 170370. Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. TipoTesis: Jurisprudencia. Fuente:

CONCEPTOS DE VIOLACION FUNDADOS, PERO INOPERANTES. Si del estudio que en el juicio de amparo se hace de un concepto de violación se llega a la conclusión de que es fundado, de acuerdo con las razones de incongruencia por omisión esgrimidas al respecto por el quejoso; pero de ese mismo estudio claramente se desprende que por diversas razones que ven al fondo de la cuestión omitida, ese mismo concepto resulta inepto para resolver el asunto favorablemente a los intereses del quejoso, dicho concepto, aunque fundado, debe declararse inoperante y, por tanto, en aras de la economía procesal, debe desde luego negarse el amparo en vez de concederse para efectos, o sea, para que la responsable, reparando la violación, entre al estudio omitido, toda vez que este proceder a nada práctico conduciría, puesto que reparada aquélla, la propia responsable, y en su caso la Corte por la vía de un nuevo amparo que en su caso y oportunidad se promoviera, tendría que resolver el negocio desfavorablemente a tales intereses del quejoso; y de ahí que no hay para qué esperar dicha nueva ocasión para negar un amparo que desde luego puede y debe ser negado.²⁸

De la anterior muestra podemos desprender la falta de análisis de los agravios, o su desestimación, por motivos tales como los siguientes: 1.- Porque no se enderezan contra la sentencia, es decir, porque quien los redacta en lugar de ser concreto y combatir los argumentos de la sentencia, expone otros puntos que considera importantes, pero ajenos a la sentencia, aunque estén relacionados con la litis; resulta claro que ninguna ley procesal se refiere tajantemente a esta conducta, ni la limita, ni la exime, ni mucho menos la sanciona con la desestimación de los agravios o del recurso completo por estos motivos; 2.- La simple cita de un precepto no es suficiente para ser considerado agravio, de lo cual se infiere que es necesario que esa cita sea acompañada de razonamientos, y no de cualquier razonamiento, sino sólo de aquellos que tiendan a combatir los que a su vez son expresados como sustento de la sentencia; lo cual tampoco se desprende literalmente de la legislación, sino que es una interpretación restrictiva

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXVII, Febrero de 2008. Materia(s): Común. Tesis: I.4o.A. J/58. Pag. 1919.

²⁸ Época: Séptima Época. Registro: 394126. Instancia: TERCERA SALA. TipoTesis: Jurisprudencia. Fuente: Apéndice de 1995. Localización: Ap. 1995. Materia(s): Común. Tesis: 170. Pag. 114.

a la expresión de agravios, que sirve para desestimarlos, así supóngase que quien expresa agravios refiera que es ilegal la sentencia en su complejidad por ser contraria a un artículo de una ley secundaria, constitucional o supranacional, eso no sería considerado agravio, pues la esa sola expresión es insuficiente, además de que no combate los razonamientos de la sentencia; 3.- No se considera agravios si se combaten razones que se consideran implícitas en la sentencia; es decir, debemos remitirnos a lo expresamente dicho en la sentencia, ni siquiera a lo que lógicamente pueda desprenderse de los mismos; 4.- Si no se cita el precepto violado es violatorio; es decir, no sólo debemos emitir razonamientos, sino que además es necesario que se relacionen con algún dispositivo violentado, lo cual incluso es trasgresor del principio iura novit curia, que será visto adelante; 5.- Además se consideran insuficientes si se han combatido aspectos de la sentencia, pero no alguno que se considere total; lo cual implica que los juzgadores sostengan que como del escrito de expresión de agravios no se desprenda que se haya combatido algún aspecto de la sentencia que se considera total, entonces es innecesario el estudio de los demás porque ha quedado firme ese aspecto no combatido, y por sí solo es suficiente para sostener la sentencia, aún siendo procedentes los agravios planteados; 6.- Las cuestiones procesales derivadas de autos no pueden ser parte de los agravios, sólo las de la sentencia (así se ha llegado a pensar, y por causas como ésta se han en su tiempo desestimado los agravios); 7.- La simple cita de jurisprudencia no es agravio; de lo cual se infiere que si el recurrente cita una jurisprudencia perfectamente aplicable al caso, pero no la acompaña de argumentos que la relacionen exactamente con lo el punto o puntos que pretende combatir de la sentencia, entonces nos será considerado agravio; y en general las demás que se desprenden de la sentencia; cabe establecer que en la práctica sucede algo más grave, pues como será demostrado en el apartado en que citamos algunas sentencias reales, es común que se desestimen agravios con criterios jurisprudenciales semejantes a los antes precisados, pero que fueron creados en materia de amparo para desestimar conceptos de violación, lo cual es lo más común y que consideramos aún más violatorio de la tutela judicial efectiva.

Los anteriores criterios fueron escogidos al azar, pues pretendimos dar sólo una muestra de la gran variedad de ellos que existen y que en la práctica conjuntamente con otros son utilizados cotidianamente, aunado a que comúnmente se aplican tanto en materia de expresión de agravios civiles, mercantiles, de amparo, fiscales, administrativos, etc., incluso en materia de amparo, y criterios semejantes se aplican por cuanto hace a los conceptos de violación en amparo, y conceptos de impugnación en materia administrativa; en general en todo acto contra argumentativo en impugnación de un acto de autoridad se ha tendido a aplicar ese tipo de criterios. Nosotros nos limitamos como materia de esta tesis, a aquellos que son motivo de recurso a resolver por la alzada. De esta forma, y sin mayor necesidad de demostración o aclaración alguna, resulta patente que se ha creado toda una serie muy variada de criterios que han permitido no analizar los agravios todos o en parte, desestimar el recurso, declararlo improcedente, y en general que se analice el fondo y forma de la sentencia, y, cuando también procede, los vicios procesales; por lo que estimamos que con esta forma de actuar que es muy conocida en el foro mexicano se vulneró y se sigue vulnerando la tutela judicial efectiva pues se propicia el abandono y ejercicio de funciones jurisdiccionales, se impide el debido imperio de la voluntad de la ley, y se niega el acceso pleno a los particulares a la jurisdicción; es decir, la utilización de estos y otros criterios semejantes ha vulnerado el cumplimiento de la voluntad concreta de la ley, y además ha impedido el acceso pleno a los particulares a la impartición de justicia; lo que será ampliamente demostrado en los diversos apartados de esta tesis donde se analizara lo relativo a la doctrina de la tutela judicial efectiva, por lo que se ira estableciendo la diversa doctrina aplicable, a la vez que se irá demostrando la violentación que con la conducta señalada se ha infringido en la tutela judicial efectiva.

1.5 EXPOSICIÓN DE EJEMPLOS SENTENCIAS QUE DESESTIMAN AGRAVIOS POR VICIOS EN SU FORMULACIÓN:

En este punto nos proponemos exponer extractos de algunas sentencias de varias salas del Poder Judicial del Estado de Nuevo León, de las que se desprende la clara aplicación de criterios jurisprudenciales, en muchos casos creados para desestimar conceptos de violación, y en otros creados específicamente para la expresión de agravios, y que son utilizados para desestimar los agravios realizados por la parte recurrente por contener vicios en su expresión. Creemos que con esto quedará evidenciado claramente el problema, por lo que en cada una de ellas serán resaltados los puntos relevantes a considerar:

SENTENCIA SALA UNITARIA CIVIL

Monterrey, Nuevo León, a 19 diecinueve diciembre de 2008 dos mil ocho.-

VISTO: Para resolver el Recurso de Apelación, interpuesto por la C. Ninfa Aurora Lozano González de Guerra, por sus propios derechos, parte actora, tramitado bajo el Toca de Apelación en Definitiva Número 273/2008, en contra de la sentencia definitiva dictada en fecha 08 ocho de agosto del año 2007 dos mil siete, por el C. Juez Cuarto de lo Civil del Primer Distrito Judicial en el Estado, dentro del Juicio Ordinario Mercantil con número de expediente 402/2004, promovido por Ninfa Aurora Lozano González Guerra, por sus propios derechos, en contra de la Institución de Crédito denominada Banco Mercantil del Norte, Sociedad Anónima, Institución de Banca Múltiple Grupo Financiero Banorte. Visto lo actuado en primera y segunda instancia, los agravios formulados por la parte apelante, cuanto más consta en autos, convino y debió verse y;

RESULTANDO:

PRIMERO: Con fecha 08 ocho de agosto del año 2007 dos mil siete, el Juez Cuarto de lo Civil del Primer Distrito Judicial en el Estado, pronunció sentencia definitiva dentro del expediente y juicio al rubro indicado, la cual concluyó con los puntos resolutive siguientes: - -

“Por lo anteriormente expuesto es de resolverse y se resuelve:-----

Primero: Se declara que la parte actora no acreditó los hechos en que funda su acción, por lo que resultó innecesario entrar al estudio de las excepciones y defensas opuestas por la parte demandada, por ende;--

Segundo: Se declara la improcedencia del presente juicio ordinario civil, promovido por Ninfa Aurora Lozano González de Guerra, por sus propios derechos, en contra de la institución de crédito denominada Banco Mercantil del Norte, Sociedad Anónima, Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero Banorte, en consecuencia;-----

Tercero: Se absuelve a la parte demandada de todas y cada una de las prestaciones que reclama en su contra la parte actora en su escrito inicial de demanda.-----

Cuarto: Se condena a la parte actora, a pagar a la demandada los gastos y costas erogados con motivo de la tramitación del presente procedimiento, previa su regulación en ejecución de sentencia mediante el incidente correspondiente.-----

Quinto: Notifíquese personalmente. Así en definitiva lo resolvió y firma el Ciudadano Licenciado Mauro Zacarías Casimiro, Juez Cuarto de lo Civil del Primer Distrito Judicial en el Estado. Doy fe. La resolución que antecede se publicó en el boletín judicial número 4785 del día 08 del mes de agosto del año 2007.- Doy fe. El Secretario.-----”

SEGUNDO: Inconforme con la decisión que antecede Ninfa Aurora Lozano González de Guerra, por sus propios derechos, interpuso recurso de apelación, el cual fue admitido en dos efectos devolutivo y suspensivo, ordenándose la remisión de los autos originales al Tribunal Superior de Justicia en el Estado, quien por conducto de la Presidencia lo turnó a esta Décima Quinta Sala Unitaria Civil para la substanciación del medio de impugnación aludido, misma que emitiera auto radicatorio el día 06 seis de octubre de 2008 dos mil ocho, concediéndole el derecho de audiencia a su contraparte, a fin de que manifestara lo que a sus intereses conviniera, quien no hizo uso de tal derecho, por lo que ha concluido así el trámite de la presente instancia, encontrándose así el presente asunto en estado de sentencia, misma que es llegado el momento de pronunciar conforme a derecho, y;

C O N S I D E R A N D O:

TERCERO: La recurrente Ninfa Aurora Lozano González de Guerra, por sus propios derechos, expresó como agravios de su intención los contenidos en su promoción presentada ante el

Juzgado de origen, mismos que a la letra dicen: - - - - -
- - - - -

CUARTO: ASÍ LAS COSAS, EL AD QUEM PROCEDE AL ESTUDIO DE LOS AGRAVIOS PROPUESTOS POR LA RECURRENTE.

Arguye la alcista que le irrogan un perjuicio los considerandos quinto y sexto de la sentencia definitiva de fecha 08 ocho de agosto del año 2007 dos mil siete, toda vez que el juez de origen no toma en cuenta en cuenta la cláusula cuarta del contrato de apertura de crédito de fecha 06 seis de septiembre de 1995 mil novecientos noventa y cinco, mediante la cual se establecía la forma en que se iba a disponer del crédito, que era a través de la suscripción de varios títulos de crédito de los denominados por la ley como pagarés, aduciendo que en el procedimiento la parte actora acreditó que no suscribió ninguno de ellos, y que el multicitado contrato por sí solo no causa efectos, y más aun no se perfecciona la voluntad de las partes ahí establecida, lo que trae como consecuencia un vicio en el consentimiento. Así mismo hace alusión a que lo estipulado por el Juez de origen en el sentido de constituir cosa juzgada la sentencia de fecha 6 seis de septiembre del año 1999 mil novecientos noventa y nueve, dictada por esa Autoridad dentro del expediente 117/1998, relativo al Juicio Ejecutivo Mercantil, promovido por Ernesto Rafael Puente Gonzalez y Leonel Lozano González, en su carácter de apoderado jurídicos generales para pleitos y cobranzas de la Institución de Crédito denominada Banco Mercantil del Norte, Sociedad Anónima Institución de banca Múltiple, grupo Financiero Banorte en contra de Cristóbal Guerra Garza, Ninfa Aurora Lozano González Guerra Garza y Escobera San Cristóbal, S.A. de C.V., lo cual de ninguna manera desvirtúa la nulidad pretendida del contrato de fecha 06 seis de septiembre de 1995 mil novecientos noventa y cinco.

Al respecto, **se declaran inoperantes dichas inconformidades**, pues en primer lugar, los agravios que alude la recurrente son cuestiones que ya fueron estudiadas por el juez de origen en la sentencia, siendo claro que todos sus argumentos los basa en el sentido de ser nulo el contrato de fecha 6 seis de septiembre de 1995 mil novecientos noventa y cinco, por haber demostrado con la prueba pericial que la firma plasmada en los pagarés allegados al presente juicio no corresponde a su puño y letra dando por consecuencia a su parecer, la supuesta ausencia de su consentimiento en el contrato cuya nulidad reclama, sin embargo solo combate de manera superficial el actuar del juez, en el sentido que debió tomar en cuenta las pruebas desahogadas en juicio, con la finalidad de comprobar que la parte actora no firmó

los pagarés y por ende, no se configura la clausula cuarta de dicho contrato. ...

Por si fuera poco, los agravios formulados no atacan el fondo de la resolución apelada, sino más bien solo son una mera reafirmación o repetición de lo peticionado en el escrito inicial de demanda, conceptos de los cuales el a quo, se ocupó de estudiar a través de los razonamientos fundados y motivados plasmados en el fallo, mismos que la accionante omite combatir, por ende tomando en consideración que los agravios deben estar dirigidos a descalificar y evidenciar la ilegalidad de las consideraciones en que se sustenta el fallo reclamado, porque de no ser así, las manifestaciones vertidas no podrán ser analizadas por el órgano superior, y en el caso que ahora ocupa nuestra atención es evidente: no existe un verdadero agravio tendiente a impugnar lo resuelto por el juez de la causa y lo pretendido por la impetrante es que esta autoridad vuelva a estudiar, lo ya analizado por el resolutor de génesis, situación, que escapa de la competencia de esta instancia, donde la obligación es revisar la sentencia recurrida en base a las inconformidades esbozadas por la parte recurrente, empero no volver a realizar el análisis de la litis por reiterar a manera de agravio, las reclamaciones vertidas en la demanda; en consecuencia se reitera la inoperancia de los agravios.

Tienen aplicación al caso los siguientes criterios jurisprudenciales que a la letra dicen:-----

No. Registro: 169,974 Jurisprudencia Materia(s): Común Novena Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, Abril de 2008 Tesis: 2a./J. 62/2008 Página: 376 **AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. SON AQUELLOS QUE REPRODUCEN, CASI LITERALMENTE, LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN, SIN CONTROVERTIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA.** Conforme al artículo 88 de la Ley de Amparo, en el recurso de revisión se expresarán los agravios que cause la resolución o sentencia impugnada, esto es, se cuestionarán las consideraciones jurídicas sustentadas en la determinación judicial que se estime contraria a los intereses del recurrente. En ese sentido, son inoperantes los agravios cuando sólo reproducen, casi literalmente, los conceptos de violación expuestos en la demanda de amparo y respecto de los cuales se hizo pronunciamiento en la sentencia recurrida, pues no controvierten los argumentos jurídicos sustentados por el órgano jurisdiccional, que posibiliten su análisis al tribunal revisor. Amparo en revisión

1109/2007. Empresas Administrativas Asociadas, S.C. 30 de enero de 2008. Cinco votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Alfredo Aragón Jiménez Castro. Amparo directo en revisión 2132/2007. Grupo Andaru, S.A. de C.V. 6 de febrero de 2008. Unanimidad de cuatro votos. Ausente y Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano; en su ausencia hizo suyo el asunto Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Víctor Miguel Bravo Melgoza. Amparo directo en revisión 2202/2007. Restaurant Bar Leonardo's, S.A. o Restaurant Bar Leonardo's, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2008. Unanimidad de cuatro votos. Ausente y Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano; en su ausencia hizo suyo el asunto Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Guadalupe de la Paz Varela Domínguez. Amparo en revisión 1039/2007. Armando Pérez Verdugo. 12 de marzo de 2008. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Ricardo Manuel Martínez Estrada. Amparo directo en revisión 285/2008. Kayser Automotive Systems, S. en C. 12 de marzo de 2008. Cinco votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Paula María García Villegas. Tesis de jurisprudencia 62/2008. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del dos de abril de dos mil ocho.

No. Registro: 170,955 Tesis aislada Materia(s): Común Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Noviembre de 2007 Tesis: IV.3o.A.42 K Página: 724 **CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES EN EL AMPARO DIRECTO. LO SON AQUELLOS QUE EN LUGAR DE CONTROVERTIR LA OMISIÓN O INEXACTITUD DE LA AUTORIDAD RESPONSABLE EN EL ANÁLISIS DE LOS AGRAVIOS EXPUESTOS EN SEGUNDA INSTANCIA, REPRODUCEN EL ARGUMENTO PLASMADO EN LA DEMANDA INICIAL.** Los conceptos de violación en el amparo directo son inoperantes si lo alegado en ellos se limita a reproducir el planteamiento originario que se esbozó en la demanda inicial, en vez de controvertir la omisión o inexactitud de la autoridad responsable en el análisis de los agravios formulados en segunda instancia, pues el examen de la constitucionalidad de la determinación en esta etapa constituye la litis en el juicio de garantías, y no el tema controvertido en el contexto primario que se plasmó en la demanda inicial ante el juzgador natural. **TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL CUARTO CIRCUITO.** Amparo directo 215/2005. Julián Morán Oviedo. 6 de octubre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Bonilla Pizano. Secretario: Iván Millán Escalera.

No. Registro: 170,955 Tesis aislada Materia(s): Común Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Noviembre de 2007 Tesis: IV.3o.A.42 K Página: 724 **CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES EN EL AMPARO DIRECTO. LO SON AQUELLOS QUE EN LUGAR DE CONTROVERTIR LA OMISIÓN O INEXACTITUD DE LA AUTORIDAD RESPONSABLE EN EL ANÁLISIS DE LOS AGRAVIOS EXPUESTOS EN SEGUNDA INSTANCIA, REPRODUCEN EL ARGUMENTO PLASMADO EN LA DEMANDA INICIAL.** Los conceptos de violación en el amparo directo son inoperantes si lo alegado en ellos se limita a reproducir el planteamiento originario que se esbozó en la demanda inicial, en vez de controvertir la omisión o inexactitud de la autoridad responsable en el análisis de los agravios formulados en segunda instancia, pues el examen de la constitucionalidad de la determinación en esta etapa constituye la litis en el juicio de garantías, y no el tema controvertido en el contexto primario que se plasmó en la demanda inicial ante el juzgador natural. **TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL CUARTO CIRCUITO.** Amparo directo 215/2005. Julián Morán Oviedo. 6 de octubre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Bonilla Pizano. Secretario: Iván Millán Escalera.

No. Registro: 173,593 Jurisprudencia Materia(s): Común Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Enero de 2007 Tesis: I.4o.A. J/48 Página: 2121 **CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. SON INOPERANTES CUANDO LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS POR EL QUEJOSO O EL RECURRENTE SON AMBIGUOS Y SUPERFICIALES.** Los actos de autoridad y las sentencias están investidos de una presunción de validez que debe ser destruida. Por tanto, cuando lo expuesto por la parte quejosa o el recurrente es ambiguo y superficial, en tanto que no señala ni concreta algún razonamiento capaz de ser analizado, tal pretensión de invalidez es inatendible, en cuanto no logra construir y proponer la causa de pedir, en la medida que elude referirse al fundamento, razones decisorias o argumentos y al porqué de su reclamación. Así, tal deficiencia revela una falta de pertinencia entre lo pretendido y las razones aportadas que, por ende, no son idóneas ni justificadas para colegir y concluir lo pedido. Por consiguiente, los argumentos o causa de pedir que se expresen en los conceptos de violación de la demanda de amparo o en los agravios de la revisión deben, invariablemente, estar dirigidos a descalificar y evidenciar la ilegalidad de las consideraciones en que se sustenta el acto reclamado, porque de

no ser así, las manifestaciones que se viertan no podrán ser analizadas por el órgano colegiado y deberán calificarse de inoperantes, ya que se está ante argumentos non sequitur para obtener una declaratoria de invalidez. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 43/2006. Juan Silva Rodríguez y otros. 22 de febrero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Claudia Patricia Peraza Espinoza. Amparo directo 443/2005. Servicios Corporativos Cosmos, S.A. de C.V. 1o. de marzo de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo directo 125/2006. Víctor Hugo Reyes Monterrubio. 31 de mayo de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Incidente de suspensión (revisión) 247/2006. María del Rosario Ortiz Becerra. 29 de junio de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Alfredo A. Martínez Jiménez, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretaria: Alma Flores Rodríguez. Incidente de suspensión (revisión) 380/2006. Director General Jurídico y de Gobierno en la Delegación Tlalpan. 11 de octubre de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Antonio Nazar Sevilla. Secretaria: Indira Martínez Fernández.

Es preciso asentar: de manera correcta el juez establece que no se dan ninguno de los supuestos establecidos por la ley, para procedencia de la acción de nulidad del contrato, específicamente en los artículos 2120, 2121, 2122 y 2124 del Código Civil del Estado, aplicado supletoriamente a la legislación mercantil.

Al haber sido omisa la demandante en acreditar la existencia de algún vicio en el consentimiento, los cuales son error, el dolo, la intimidación o la violencia, en todos estos casos el consentimiento existe, sólo que se encuentra viciado, por no haberse emitido inteligentemente, y en el caso de estudio el Juez de origen de manera correcta instituye que no se da la nulidad pretendida, al no haberse configurado ninguno de los elementos para la procedencia de la nulidad, que establece el artículo 1795 del Código Civil Federal, sin que la actora ahora alcista combata tal análisis con un verdadero agravio.

Sirve de aplicación a lo anterior los siguientes criterios que a la letra dicen:-----

No. Registro: 170,370 Jurisprudencia Materia(s): Común Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, Febrero

de 2008 Tesis: I.4o.A. J/58 Página: 1919 **CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS INOPERANTES CUANDO EXISTE COSA JUZGADA.** Son inoperantes los conceptos de violación planteados en un amparo o los agravios que se esgrimen en un recurso cuando van dirigidos a combatir aspectos que ya no pueden estar sujetos a discusión ni mucho menos reexaminarse en virtud de que ya fueron analizados y desestimados en un asunto anterior constituyendo por ello cosa juzgada, pues en ambos asuntos coinciden o concurren los elementos que distinguen tal institución jurídica: a) El objeto de la decisión; b) El fundamento jurídico; y, c) Los sujetos. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 435/2004. Brown and Sons de México, S.A. de C.V. 2 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Claudia Patricia Peraza Espinosa. Amparo en revisión 552/2004. Bertha Escobedo Haro. 9 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Antonio Nazar Sevilla. Secretario: Antonio Villaseñor Pérez. Amparo directo 125/2006. Víctor Hugo Reyes Monterrubio. 31 de mayo de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo directo 397/2006. Carlos Álvarez Delucio y otro. 8 de febrero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Antonio Nazar Sevilla. Secretario: Antonio Villaseñor Pérez. Revisión fiscal 318/2006. Titular de la Administración Local Jurídica del Sur del Distrito Federal. 8 de febrero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Antonio Nazar Sevilla. Secretario: Antonio Villaseñor Pérez.

. ...Bajo ese contexto, al haber resultado improcedente el recurso de apelación planteado por la parte actora Ninfa Aurora Lozano González de Guerra, por sus propios derechos, se le condena a pagar a la parte demandada los gastos y costas que hubiere erogado con motivo de la tramitación del presente recurso en esta instancia, previa su cuantificación en ejecución de sentencia ante el juez de la causa.

POR LO EXPUESTO Y FUNDADO SE RESUELVE:

PRIMERO: Se declara improcedente el recurso de apelación tramitado bajo el toca en definitiva número 273/2008, interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia definitiva de fecha 08 ocho de agosto del año 2007 dos mil siete, dictada por el Juez Cuarto de lo Civil del Primer Distrito Judicial en el Estado, dentro del expediente judicial número 402/2004, formado con motivo del Juicio Ordinario Mercantil, promovido por Ninfa Aurora Lozano González, por sus propios derechos, en contra de la Institución de Crédito denominada Banco Mercantil del Norte, Sociedad

Anónima, Institución de Banca Múltiple Grupo Financiero Banorte;
en consecuencia:

SEGUNDO: Se confirma la resolución impugnada, señalada en el anterior resolutivo.

TERCERO: Se condena a la parte actora, a pagar a la parte demandada los gastos y costas que hubiere erogado con motivo de la tramitación del presente recurso de apelación, previa su cuantificación y regulación correspondiente en ejecución de sentencia.

CUARTO:- Notifíquese personalmente. Con testimonio de la presente resolución, devuélvase en su oportunidad el expediente al juzgado de origen y el toca respectivo archívese en este tribunal como asunto concluido. Así definitivamente juzgando lo resuelve y firma el ciudadano Licenciado ENRIQUE GUZMAN BENAVIDES Magistrado de la Sala Décimo Quinta Unitaria Civil del H. Tribunal Superior de Justicia en el Estado.- Doy Fe.-

La resolución que antecede se publicó en el Boletín Judicial número 5110 del día 19 del mes de diciembre de 2008.- Conste.- Doy fe.-

LA C. SECRETARIA

Como aprecia en la anterior sentencia extractada, la Alzada omite analizar los razonamientos vertidos en la expresión de agravios, bajo el principal argumento de que tienden a reproducir lo ya pedido en la demanda, y lo ya estudiado en la sentencia, lo que a todas luces resulta un formalismo que se exige bajo el amparo de las tesis de jurisprudencia que son citadas en el propio cuerpo de la sentencia, incluso sostiene el A Quem que escapa de su competencia analizar ese tipo de agravios, pero desde luego omite establecer algún dispositivo del que se desprenda esa supuesta incompetencia, pues no existe, lo que hace es desestimar el recurso al amparo de los criterios creados para no analizar agravios, como se ha venido exponiendo. Como puede ser apreciado de la legislación de nuevo león, y de la del distrito federal que se expuso atrás, no existe dispositivo alguno del que se desprenda que no pueden formularse agravios contra la sentencia que tiendan a debatir lo ya analizado con conceptos que ya fueron expuestos en el propio juicio, creemos que en el presente caso si la parte

recurrente expresó agravios que tendían a insistir en la procedencia de su derecho reclamado, bajo argumentos que ya fueron expresados e incluso analizados, no existía ningún impedimento a la Alzada para entrar al estudio del fondo, pues precisamente estaba en posibilidad de conocer el motivo del agravio, y aunque eso mismo ya lo haya estudiado el inferior, era precisamente su facultad revisarlo, esto es, analizar si su razonamiento fue legal, y si le asiste o no el derecho a la parte recurrente, para así estar en posibilidad de revocar, modificar o confirmar el fallo. Por eso creemos que en esta sentencia queda claramente en relevancia la conducta asumida por los juzgadores y que a nuestro juicio violenta la tutela judicial efectiva, tal y como será demostrado en los posteriores apartados.

SENTENCIA SALA UNITARIA CIVIL

Monterrey, Nuevo León, a (30) treinta de junio de (2010) dos mil diez.

V I S T O: Para resolver el toca de apelación en definitiva número 85/2010, deducido del expediente judicial número 439/2009, relativo al juicio ejecutivo mercantil promovido por José Guadalupe Medina López, a través de su endosatario en procuración José Guadalupe Medina López, contra Gmoor Construcciones, Sociedad Anónima, y Gustavo Javier Morales Jara; con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia definitiva de fecha (23) veintitrés de febrero de (2010) dos mil diez, pronunciada por el Juzgado Octavo de Jurisdicción Concurrente del Primer Distrito Judicial en esta Entidad Federativa. Visto: Lo actuado en primera y segunda instancia, los agravios formulados, cuanto más consta en autos, convino, debió verse, y;

R E S U L T A N D O

PRIMERO: Resolución recurrida (sentencia). Con fecha (23) veintitrés de febrero de (2010) dos mil diez, el Juzgado Octavo de Jurisdicción Concurrente del Primer Distrito Judicial en esta Entidad Federativa, dictó sentencia en el expediente y juicio al rubro indicados, la cual concluyó con los siguientes puntos resolutivos:

Por lo anteriormente expuesto y fundado es de resolverse y se resuelve:

PRIMERO: Se declara que ha procedido legalmente el presente JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL promovido por JOSE GUADALUPE MEDINA LOPEZ, en su carácter de endosatario en procuración de ABSTECEDORA DE MATERIALES GARCIA, S.A. DE C.V., en contra de GMOOR CONSTRUCCIONES, S.A. DE C.V. y GUSTAVO JAVIER MORALES JARA, en virtud de que la parte actora justificó los hechos constitutivos de su acción y la parte demandada no demostró sus excepciones.

SEGUNDO: Se condena a la parte demandada a pagar a la parte actora dentro del término de 3-tres días contados a partir del día siguiente en que quede legalmente notificada de la presente resolución o pueda llevarse a cabo su ejecución, la cantidad de \$400,000.00 (cuatrocientos mil pesos 00/100 M.N.) por concepto de suerte principal.

TERCERO: Se condena a la parte demandada a pagar a la parte actora los intereses moratorios vencidos, generados desde el día siguiente a su vencimiento, es decir a partir del día 27-veintisiete de enero del 2009-dos mil nueve, así como los que se sigan generando hasta la total liquidación del adeudo a razón del 6% (seis por ciento) anual, previa su liquidación en ejecución de sentencia y mediante el incidente respectivo.

CUARTO: Se condena a la parte demandada a pagar a la parte actora los gastos y costas que se hayan originado con motivo de la tramitación del presente juicio, previa su regulación en ejecución de sentencia y mediante el incidente respectivo.

QUINTO: Una vez que cause ejecutoria la presente resolución y en caso de no hacerse el pago del adeudo, procédase al trance y remate de los bienes embargados en autos propiedad del demandado y con su producto páguese al acreedor las prestaciones materia de la condena en este fallo.

SEXTO: Notifíquese personalmente.- Así definitivamente lo resolvió y firma la C. Licenciada LUISA YOLANDA SALAZAR LLAMAS, Juez Octavo de Jurisdicción Concurrente del Primer Distrito Judicial en el Estado ante el C. Secretario SERGIO RODRIGUEZ BORJA con quien actúa y da fe.- Elizabeth La resolución que antecede se publicó en el Boletín Judicial número 5375 del día 23 del mes de febrero del 2010.- DOY FE.- EL C. SECRETARIO

SEGUNDO: Substanciación de apelación. Primera instancia: La *parte demandada Gustavo Javier Morales Jara, en lo personal, y en su carácter de apoderado general para pleitos y cobranzas de Gmoor Construcciones, Sociedad Anónima de Capital Variable*, ante dicha autoridad, presentó escrito de apelación contra la referida resolución.

En aquella instancia, la autoridad tuvo al recurrente interponiendo en tiempo y forma el presente recurso. Éste lo admitió a trámite en ambos efectos, ordenando dar vista del mismo a la contraparte, a fin que dentro del término de seis días contestara lo que a sus derechos convenga. De él no hizo uso la parte actora. Culminado su trámite, aquella autoridad procedió a la remisión del expediente al tribunal de alzada para la substanciación del recurso aludido.

Tribunal Superior de Justicia del Estado: En presidencia del referido Tribunal, se recibió el mencionado expediente y documentos, y por su conducto fue turnado a esta Tercera Sala Unitaria Civil para su trámite respectivo.

Segunda instancia: Esta autoridad por auto de fecha (22) veintidós de abril del presente año, estimó correcta la admisión del presente recurso, así como la calificación del grado y la oportuna expresión de agravios. De modo que, el asunto legalmente se situó en estado de sentencia; la que es el caso de pronunciar, y

C O N S I D E R A N D O

De igual manera, *inoperante* resulta el último **agravio cuarto** hecho valer por la apelante en su pliego respectivo, por las razones que enseguida se exponen:

De la simple lectura de las alegaciones vertidas en el agravio en estudio, se puede advertir que éstas se hacen depender del resultado de los precedentes agravios.

En virtud que, la inconformidad radica en que la juez perdió de vista la notoria improcedencia al cobro de intereses al tipo legal, y de haberlo considerado así no existiría una condena total favorable; por lo que correspondía analizar la conducta procesal de las partes, la cual la suya carece de temeridad y mala fe, y por ello, el a quo debió determinar no hacer condena alguna en costas, estableciendo que cada parte debería soportar las que hubiere erogado.

Esto es, el reclamante subordinó la procedencia de la presente dolencia, al resultado del agravio que combatía que resultaba

improcedente la condena al pago de intereses moratorios al tipo legal.

Entonces, considerando que esta segunda instancia declaró inoperantes las inconformidades tendientes a probar que no se acreditaban dichas circunstancias; inconcuso resulta que el presente agravio corre la misma suerte que aquél, es decir, resulta inoperante para revocar la sentencia reclamada, de conformidad con el artículo 1336 del Código de Comercio.

De ahí que, los criterios legales invocados por el alcista, corran la misma suerte que el agravio en estudio.

En términos del artículo 192 de la ley de amparo, resulta obligatorio para esta autoridad, aplicar el siguiente criterio jurisprudencial, referente a la inoperancia de los agravios que descansan en otros que fueron desestimados, mismo que en su texto y rubro reza:

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES LOS QUE PARTEN O SE HACEN DESCANSAR SUSTANCIALMENTE EN LO ARGUMENTADO EN OTROS QUE FUERON DESESTIMADOS.

Si de lo alegado en un concepto de violación se advierte que la impugnación planteada se hace descansar, sustancialmente, en lo que se argumentó en otros conceptos de violación que fueron anteriormente desestimados en la misma ejecutoria, en tanto que resultaron infundados, inoperantes o inatendibles, ello hace que aquél resulte a su vez inoperante, dado que de ninguna manera resultará procedente, fundado u operante lo que en dicho concepto se aduce, por basarse en la supuesta procedencia de aquéllos.⁸⁸ Novena Época Registro: 178784 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo :

XXI, Abril de 2005 Materia(s): Común Tesis: XVII.1o.C.T. J/4 Página: 1154

Por lo anteriormente expuesto y fundado, de conformidad con el artículo 1336 del Código de Comercio aplicable, es de resolverse y se resuelve:

PRIMERO: Se declara improcedente el presente recurso de apelación tramitado bajo el rubro de toca de apelación en definitiva número 85/2010, interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia definitiva dictada en fecha (23) veintitrés de febrero de (2010) dos mil diez, pronunciada por el Juzgado Octavo de Jurisdicción Concurrente del Primer Distrito Judicial en esta Entidad Federativa, dentro del expediente judicial número

439/2009, relativo al juicio ejecutivo mercantil promovido por José Guadalupe Medina López, a través de su endosatario en procuración José Guadalupe Medina López, contra Gmoor Construcciones, Sociedad Anónima, y Gustavo Javier Morales Jara; en consecuencia:

SEGUNDO: Se confirma la sentencia definitiva impugnada y descrita con antelación, en todas y cada una de sus partes, por las consideraciones expuestas en el cuerpo del presente fallo.

TERCERO: Se condena a la parte demandada ahora recurrente a pagar a su contraparte los gastos y costas erogados con motivo de la tramitación del presente recurso en esta segunda instancia, previa su regulación en la forma y términos correspondiente, en atención a lo expuesto y fundado en el considerando quinto de este fallo.

CUARTO: Notifíquese personalmente a las partes.- Con testimonio de ejecutoria de la presente resolución, en su oportunidad, hágase devolución al juzgado de origen del expediente original, así como de los documentos allegados, para los efectos legales correspondientes, debiéndose archivar en este Honorable Tribunal el toca de apelación respectivo como asunto totalmente concluido.- Así juzgando lo resuelve y firma la ciudadana Licenciada María Inés Pedraza Montelongo de Quiñones, Magistrada de la Tercera Sala Unitaria Civil del Honorable Tribunal Superior de Justicia del Estado, ante la fe del ciudadano secretario adscrito que autoriza.- Doy fe.

La resolución que antecede se publicó en el Boletín Judicial número 5459 de fecha (30) treinta de junio de (2010) dos mil diez. Conste.

EL C. SECRETARIO L´MIPMD´Q/L´M AMP/J JFB

En el presente caso se declaran inoperantes los agravios, y se omite entrar a su estudio, porque aparentemente la procedencia de esos agravios dependían de la de otros que ya habían sido desechados, sin que tampoco aparezca en las leyes procesales aplicables dispositivo alguno que permita este tipo de resolución, lo que es más con base en el artículo 192 de la anterior ley de amparo, que hacía obligatoria la aplicación de la jurisprudencia del poder judicial de la federación, toma sustento para su resolución en una tesis creada específicamente para

conceptos de violación, sin que exista algún dispositivo que le permita seguir criterios creados para materia de amparo, en materia mercantil.

SENTENCIA SALA CIVIL

Monterrey, Nuevo León, 29-veintinueve de febrero del 2012- dos mil doce.

VISTO: Para resolver el toca en definitiva número **234/2011**, formado con motivo del recurso de apelación interpuesto por los ciudadanos Pedro Cosme Barraza Ávila y María Jovita Martínez Elizondo, parte demandada, en contra de la sentencia definitiva de fecha 31-treinta y uno de marzo del 2011-dos mil once, pronunciada por la ciudadana Juez Segundo de Jurisdicción Concurrente del Primer Distrito Judicial en el Estado, dentro de los autos que integran el expediente judicial número 1004/2010, relativo al Juicio Ordinario Mercantil, promovido por Adolfo Cantú Garza, en su carácter de apoderado general para pleitos y cobranzas de Scotiabank Inverlat, Sociedad Anónima, Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero Scotiabank Inverlat en contra de Pedro Cosme Barraza Ávila y María Jovita Martínez Elizondo. Visto: Lo actuado en primera instancia, las inconformidades formuladas, cuanto más consta en autos, convino, debió verse, y;

R E S U L T A N D O:

PRIMERO: Que en fecha 31-treinta y uno de marzo del 2011-dos mil once, la ciudadana Juez Segundo de Jurisdicción Concurrente del Primer Distrito Judicial en el Estado, pronunció la sentencia definitiva correspondiente al procedimiento citado en el párrafo que antecede, misma que concluyó al tenor de los siguientes puntos resolutivos:

Monterrey, Nuevo León a 31 treinta y uno de Marzo del año 2011 dos mil once.

(...) Por lo anteriormente expuesto y fundado es de resolverse y se resuelve:

Primero: Se declara que la parte actora acreditó los hechos constitutivos de su acción y que la parte demandada justificó parcialmente los hechos constitutivos de sus excepciones, sólo por lo que atañe a un pago efectuado con posterioridad a que operó el vencimiento anticipado del crédito, por ende; **Segundo:** Ha procedido el presente **juicio ordinario mercantil**, promovido

por **Adolfo Cantú Garza**, en su carácter de apoderado general para pleitos y cobranzas de Scotiabank Inverlat, Sociedad Anónima, Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero Scotiabank Inverlat, en contra de **Pedro Cosme Barraza Ávila y María Jovita Martínez Elizondo**, en consecuencia;

Tercero: Se declara judicialmente el vencimiento anticipado del contrato de apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria base de la acción, condenándose al demandado Pedro Cosme Barraza Ávila y María Jovita Martínez Elizondo, a pagar a la parte actora la cantidad **\$2'200,552.24 (dos millones doscientos mil quinientos cincuenta y dos pesos 24/100 moneda nacional)** por concepto de capital vigente vencido anticipadamente y como **suerte principal**, conforme a la certificación contable acompañada a la demanda; lo que deberá de efectuar dentro del término de 3 tres días contados a partir del siguiente al en

que quede legalmente notificado de este fallo o pueda llevarse a cabo su ejecución, apercibido de que en caso de no hacerse el pago del adeudo, se procederá al embargo de bienes de su propiedad para que con su producto sea liquidado lo condenado.

Cuarto: Se condena a la parte demandada a pagar a la parte actora material, la cantidad de **\$15,140.88 (quince mil ciento cuarenta pesos 88/100 moneda nacional)**, por concepto de erogaciones por amortizaciones a capital vencidos y no pagados al día 17 diecisiete de Febrero del año 2010 dos mil diez; lo anterior en base a los razonamientos expuestos en el considerando octavo de la presente resolución.

Quinto: Se condena a la parte demandada a pagar la cantidad de **\$63,788.45 (sesenta y tres mil setecientos ochenta y ocho pesos 45/100 moneda nacional)** por concepto de intereses ordinarios generados del 17 diecisiete de Diciembre del año 2009 dos mil nueve al día 17 diecisiete de Febrero del año 2010 dos mil diez, conforme a la certificación contable acompañada, **más** los que se sigan generando hasta la fecha en que se haga el pago total de las prestaciones reclamadas; en base a los razonamientos expuestos en el considerando noveno de la presente resolución.

Sexto: Se condena a la parte demandada a pagar al actor la cantidad de **1,854.95 (un mil ochocientos cincuenta y cuatro pesos 95/100 moneda nacional)** por concepto de intereses moratorios generados del 17 diecisiete de Diciembre del año 2009 dos mil nueve al día 17 diecisiete de Febrero del año 2010 dos mil diez, conforme a la certificación contable acompañada, conforme a

la certificación contable acompañada, **más** los que se sigan generando hasta la fecha en que se haga el pago total de las prestaciones reclamadas, en base a los razonamientos expuestos en el considerando décimo de la presente resolución.

Séptimo: Se condena a la parte demandada a pagar al actor la cantidad de **\$1,197.00 (un mil ciento noventa y siete pesos 00/100 moneda nacional)** por concepto de Comisión por Autorización diferida, generados al día 17 diecisiete de Febrero del año 2010 dos mil diez, conforme a la certificación contable acompañada, **mas no así** a los que se sigan generando hasta la total liquidación del adeudo, lo anterior atento a lo expuesto en el considerando décimo primero de la presente resolución.

Octavo: Se declara en favor de la parte actora y en contra de la demandada, la ejecución preferente de la suerte principal y accesorios legales reclamados, sobre la garantía otorgada a su favor en el contrato de apertura de crédito acompañado como base de la acción.

Noveno: Se absuelve a la parte demandada del pago de la cantidad de \$17,541.71 (diecisiete mil quinientos cuarenta y un pesos 71/100 moneda nacional), por concepto de remanente no pagado correspondiente a la mensualidad de Noviembre del año 2009 dos mil nueve.

Décimo: Se absuelve a la parte demandada del pago de la cantidad de \$2,587.48 (dos mil quinientos ochenta y siete pesos 48/100 moneda nacional) por concepto de primas de seguros de vida vencidos y no pagados, más las que se sigan venciendo hasta la total solución del adeudo y la cantidad de \$2,852.86 (dos mil ochocientos cincuenta y dos pesos 86/100 moneda nacional) por concepto de primas de seguros de daños vencidos y no pagados, más las que se sigan venciendo hasta la total solución del adeudo, en base a lo expuesto en el considerando décimo cuarto del presente fallo.

Décimo Primero: Cada una de las partes deberá soportar los gastos y costas que la tramitación del presente juicio los haya ocasionado, atendiendo a lo establecido en el considerando décimo quinto de la presente resolución.

Décimo Segundo: Notifíquese Personalmente. Así definitivamente Juzgando lo resolvió y firma la ciudadana Licenciada MARIA ERNESTINA UREÑA MORENO, Juez Segundo de Jurisdicción Concurrente del Primer Distrito Judicial del Estado, ante la Fe de la C. Secretario Licenciada CINTHIA NALLELY SIERRA VEGA. Doy Fe...

SEGUNDO: Inconformes con la resolución que antecede los ciudadanos Pedro Cosme Barraza Ávila y María Jovita Martínez Elizondo, parte demandada, por escrito de fecha 01-uno de junio del 2011-dos mil once interpusieron en su contra recurso de apelación, medio de impugnación que fue admitido por la autoridad de origen en ambos efectos por auto de fecha 05-cinco de septiembre de la mencionada anualidad. Posteriormente, en virtud de lo establecido en el Acuerdo General Conjunto número 1/2011-II, de los Plenos del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, por el cual se establecen los lineamientos para el uso del sistema electrónico de la Presidencia y de la Secretaría General de Acuerdos del Tribunal Superior de Justicia, en lo relativo al envío y turno de los recursos de apelación, y en términos del artículo 33, fracción II, del Reglamento Interior del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León, se comunicó a esta autoridad la asignación del presente toca de apelación en definitiva para su debida substanciación, por lo que este órgano jurisdiccional por auto de fecha 22-veintidós de septiembre del 2011- dos mil once confirmó que la apelación había sido interpuesta en tiempo, a la vez que resultaba correcto el grado en que fue admitido por la Juez de génesis; asimismo, se estableció que la parte demandada por escrito de fecha 08-ocho de diciembre del 2010-dos mil diez, interpuso recurso de **apelación preventiva** de tramitación conjunta con la sentencia definitiva en contra del auto de fecha 03-tres de diciembre del citado mes y año, el cual fue admitido por la a quo por proveído de fecha 13-trece de diciembre del 2010-dos mil diez, patentizándose que los disconformes expresaron los agravios relativos al momento de interponer la apelación contra la sentencia definitiva, razón por la cual también se procedió a su admisión, ordenándose además el dictado de la sentencia correspondiente, la cual ha llegado el momento de pronunciar, y;

CONSIDERANDO:

Delimitados los puntos de disentimiento en los términos apuntados, en concepto de quien resuelve **devienen inoperantes**, como enseguida se verá.

El presente motivo de inconformidad se hace descansar en la procedencia de los agravios antes examinados, pues el disidente insiste en que se violentó en su perjuicio lo dispuesto en el artículo 1198, 1203, 1205 y 1238 del Código de Comercio al desechar diversas pruebas invocadas a lo largo de la presente resolución, por lo tanto, toda vez que en la presente resolución se han abordado oportunamente los referidos puntos y en virtud de que

ninguno de ellos tiene el alcance de ser reparado por la autoridad de primer grado, al estimarse infundados, ello a su vez provoca la **inoperancia** de las desavenencias que nos ocupa, dado que de ninguna manera resultará procedente, fundado u operante lo que en dichos puntos se aduce, por basarse en la supuesta procedencia de aquéllos; sirve de apoyo para determinar la inoperancia del presente punto lo dispuesto en el criterio judicial emitido por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Séptimo Circuito, que aparece publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIX, Marzo de 2004, Tesis: XVII.1o.C.T.21 K, Página: 1514, que señala:

“AGRAVIOS. SON INOPERANTES LOS QUE SE HACEN DESCANSAR SUSTANCIALMENTE EN LO ARGUMENTADO EN OTROS QUE FUERON DESESTIMADOS. Si de lo alegado en un concepto de agravio se advierte que la impugnación planteada se hace descansar, sustancialmente, en lo que se argumentó en otro u otros agravios que fueron desestimados en la misma resolución, en tanto que resultaron infundados, inoperantes o inatendibles, ello hace que aquél resulte a su vez inoperante, dado que de ninguna manera resultará procedente, fundado u operante lo que en dicho agravio se aduce, por basarse en la supuesta procedencia de aquéllos. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO. Amparo en revisión 245/2003. Rosana Gallegos Sarabia. 6 de febrero de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Armando Juárez Morales. Secretario: José Luis Estrada Amaya. Novena Época, Registro: 182,039, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIX, Marzo de 2004, Materia(s): Común, Tesis: XVII.1o.C.T.21 K, Página: 1514.

Por último, respecto a la manifestación de los recurrentes en el sentido de que al haberse acreditado un pago correspondiente en el mes de enero y otro en el mes de marzo del 2010-dos mil diez existió una aceptación tácita en la prórroga del pago; en concepto de este tribunal de alzada deviene **inatendible** atendiendo a los principios dispositivo, de igualdad de las partes y de congruencia que rigen en el proceso civil, y en virtud de que el propósito del recurso de apelación es que la autoridad revisora estudie el fallo combatido en función de los agravios propuestos por el apelante, resulta inconcuso que aquél no debe modificar o ampliar los agravios en beneficio de éste; de ahí que si dentro del planteamiento de la excepción en cuestión no se hizo valer un punto en particular, es incuestionable que en esta segunda instancia no es dable analizar un punto no sometido a consideración del juez, de ahí que la argumentación que ahora

pretende hacer valer en vía de agravio debe declararse inatendible pues tal dolencia no se hizo valer como concepto de violación, sino como un nuevo argumento derivado de la resolución de la a quo; de manera que resulta improcedente examinar en vía de agravio un argumento que no fue combatido oportunamente dentro del juicio, sirviendo de apoyo para llegar a la anterior determinación lo dispuesto en las tesis jurisprudenciales que se aplican por analogía al caso concreto que ahora se revisa, mismas que aparecen para su consulta en el sistema electrónico IUS 2010 que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el número de Registro: 224,751, en Materia(s): Común, emitida en la Octava Época por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, y publicada en el Semanario Judicial de la Federación, VI, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1990, Tesis: VI. 2o. J/47, Página: 317, Genealogía: Gaceta número 34, Octubre de 1990, página 91, que indica:

“AGRAVIOS EN LA REVISION INATENDIBLES. No pueden tenerse como agravios en la revisión, las violaciones que no fueron invocadas en la demanda de amparo, dando lugar con ello a que no se oiga a las autoridades responsables.”

Así como la diversa Jurisprudencia, emitida en la Novena Época, con número de Registro: 169,923, pronunciada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Abril de 2008 en Materia(s): Común, Tesis: 1a. /J. 12/2008, Página: 39, que señala: **“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. TIENEN ESTA CALIDAD SI SE REFIEREN A CUESTIONES NO ADUCIDAS EN LOS AGRAVIOS DEL RECURSO DE APELACIÓN Y NO SE DEJÓ SIN DEFENSA AL APELANTE.** En atención a los principios dispositivo, de igualdad de las partes y de congruencia que rigen en el proceso civil, y en virtud de que el objetivo del recurso de apelación es que el tribunal de segunda instancia examine la sentencia recurrida en función de los agravios propuestos por el apelante, resulta inconcuso que aquél no debe modificar o ampliar los agravios en beneficio de éste; de ahí que si en ellos no se invoca una violación cometida por el a quo, se estimará consentida y quedará convalidada, con la consecuente pérdida del derecho a impugnarla posteriormente, a causa de la preclusión, por lo cual la parte quejosa en el juicio de amparo directo no debe impugnar una irregularidad consentida tácitamente con anterioridad. Sin que obste a lo anterior que con el artículo 76 Bis de la Ley de Amparo se haya ampliado la figura de la suplencia de la queja deficiente al especificar las hipótesis en que opera, pues el juicio de garantías sigue rigiéndose por el principio de estricto derecho contenido en el artículo 2o. de dicha Ley, y no es un instrumento de revisión de las sentencias de

primera instancia impugnables mediante algún recurso ordinario por el que puedan ser modificadas, revocadas o nulificadas, en acatamiento del artículo 73, fracción XIII, de la Ley de Amparo. Por tanto la falta de expresión de agravios imputable al apelante no actualiza el supuesto de la fracción VI del indicado artículo 76 Bis, que permite a los tribunales federales suplir la deficiencia de los conceptos de violación de la demanda, inclusive en la materia civil, excepto cuando se advierta que contra el quejoso o el particular recurrente ha habido una violación manifiesta de la ley que lo haya dejado sin defensa. En este orden de ideas, se concluye que deben declararse inoperantes los conceptos de violación cuando se refieren a cuestiones no aducidas en los agravios del recurso de apelación si contra el recurrente no existió una violación manifiesta de la ley que lo hubiere dejado sin defensa, sino que voluntariamente o por negligencia no expresó los agravios relativos, cuya circunstancia no es atribuible a la autoridad responsable que pronunció la sentencia de segunda instancia reclamada; de manera que es improcedente examinar los conceptos de violación o conceder el amparo por estimarse que la sentencia que resolvió la apelación es violatoria de garantías sobre una cuestión que de oficio no podía analizar la autoridad responsable, ante la ausencia de agravios.”

Por lo anteriormente expuesto y fundado, es de resolverse y se resuelve:

PRIMERO: Se declaran **infundados** los agravios expresados en el recurso de apelación preventiva en contra del auto de fecha 03-tres de diciembre del 2010-dos mil diez; asimismo, se declaran infundados los **agravios** formulados en contra de la sentencia definitiva de fecha 31-treinta y uno de marzo del 2011-dos mil once, pronunciada por la ciudadana Juez Segundo de Jurisdicción Concurrente del Primer Distrito Judicial del Estado, dentro del expediente judicial número 1004/2010, relativo al Juicio Ordinario Mercantil, promovido por Adolfo Cantú Garza, en su carácter de apoderado general para pleitos y cobranzas de Scotiabank Inverlat, Sociedad Anónima, Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero Scotiabank Inverlat en contra de Pedro Cosme Barraza Ávila y María Jovita Martínez Elizondo; asunto del que conoce este Tribunal de Alzada bajo el toca en definitiva número **234/2011**, en consecuencia:

SEGUNDO: Se **confirma** la sentencia definitiva descrita en el resolutivo anterior.

TERCERO: Se condena a los apelantes a pagar a su contraparte los gastos y costas que esta última hubiere erogado con la

tramitación de ambas instancias, previa su regulación en ejecución de sentencia.

Notifíquese personalmente.-Envíese copia certificada del presente fallo al juzgado de origen, y en su oportunidad archívese el presente toca como asunto totalmente concluido.-Así definitivamente juzgando lo resuelve y firma el Ciudadano Licenciado **GENARO MUÑOZ MUÑOZ**, Magistrado de la Novena Sala del Honorable Tribunal Superior de Justicia del Estado, ante la fe del Ciudadano Secretario que lo autoriza.-Doy fe.-

La resolución que antecede se publicó en el Boletín Judicial número 5846 del día 29 del mes de febrero del 2012-dos mil doce.-Doy fe.- El C. Secretario.-

En este asunto se declaran por un lado inoperantes y por otro lado inatendibles los agravios, los primeros porque aparentemente contenían razonamientos ya estudiados en anteriores agravios (sin que se exprese en la sentencia cuales son esos razonamientos ni en que consiste la igualdad, o similitud que lleva a la imposibilidad de resolver; y los segundos porque aparentemente no se desprendían de las excepciones; pero como hemos referido antes, estos argumentos no se derivan de la aplicación de la ley, sino de formalismos creados y permitidos por la jurisprudencia, pudiendo existir razonamientos superiores que no se analizan por esos motivos, o que incluso con ese proceder que desatiende el estudio del recurso, puede verse trasgredida la voluntad de la ley, pues como se verá adelante se habla del principio dispositivo, sin considerar que en el recurso no se combate a la contraparte, sino al juez de primer grado.

SENTENCIA SALA COLEGIADA CIVIL

Monterrey, Nuevo León, acuerdo de la Primera Sala Colegiada Civil del Tribunal Superior de Justicia del Estado, correspondiente a la sesión del día 21 veintiuno de diciembre de 2012 dos mil doce.

Visto para resolver el toca de apelación en definitiva 297/2012 deducido del expediente judicial 1420/2010 formado con motivo del juicio ordinario civil sobre prescripción adquisitiva, promovido por Arturo Cárdenas Villarreal, en contra de Clínica Santa María, Asociación Civil.

Asunto que conoce esta sala con motivo del recurso de apelación hecho valer por Arturo Cárdenas Villarreal en contra de la sentencia definitiva de fecha 31 treinta y uno de agosto de 2012 dos mil doce, pronunciada por el Juez Cuarto de lo Civil del Primer Distrito Judicial del Estado.

RESULTANDO:

PRIMERO. Resolución impugnada. El Juez Cuarto de lo Civil del Primer Distrito Judicial del Estado, en fecha 31 treinta y uno de agosto de 2012 dos mil doce, dictó la sentencia definitiva correspondiente a los autos que integran el expediente judicial indicado en párrafos precedentes, cuyos puntos resolutivos, literalmente, establecen lo siguiente:

CONSIDERANDO:

Consecuentemente, si en el presente caso el juez de los autos señaló que los instrumentos privados allegados por el reclamante carecen de fecha cierta, por las razones que ya han quedado apuntadas, y éstas no fueron combatidas de una manera frontal y directa, sino que, el apelante sólo se limita a expresar, básicamente, que ese requisito no les es aplicable, por tanto, es de sostenerse que la postura adoptada por el resolutor debe quedar incólume para todo efecto legal, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 423 y 426 del *Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nuevo León*. Particularmente, porque el apelante no combate el hecho de que los instrumentos privados carecen de fecha cierta porque no cumplieron con los requisitos fijados por la corte. Sirven de cimiento legal a lo antes expuesto, los criterios jurisprudenciales que se insertan a continuación:

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES SI NO ATACAN LAS CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL ACTO RECLAMADO. Si los conceptos de violación no atacan las consideraciones y fundamentos de la sentencia reclamada, el Tribunal Colegiado no está en condiciones de poder estudiar su constitucionalidad, pues ello equivaldría a suplir la deficiencia de la queja en un caso no permitido por la ley, por imperar el principio de estricto derecho en términos de los artículos 107 fracción II de la Constitución y 76 bis a contrario sensu, de la Ley de Amparo. Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito.

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN AMPARO DIRECTO EN MATERIA CIVIL. SON INOPERANTES LOS QUE NO ATACAN

LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO RECLAMADO. Si los conceptos de violación no atacan los fundamentos del fallo impugnado, este Tribunal Colegiado no está en condiciones de estudiar la inconstitucionalidad de dicho fallo, pues hacerlo, equivaldría a suplir las deficiencias de la queja en un caso no permitido legal ni constitucionalmente, si no se está en los que autoriza la fracción II, del artículo 107 constitucional ni en ninguno de los previstos por el artículo 76 bis de la Ley de Amparo. Luego, tales fundamentos subsisten y rigen la sentencia reclamada. Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito.

Dicho de otro modo, los argumentos planteados no están dirigidos a trastocar la razón principal que, por sí mismo, constituye la base de la improcedencia de la acción.

Entonces, ante la subsistencia de la causal de improcedencia, en contra de la cual no está dirigida la presente causa de inconformidad, es que deviene inoperante la suerte de los documentos resaltados por el apelante. Ahora bien, en cuanto que los agravios resultan inoperantes ante la subsistencia de la consideración o consideraciones no destruidas que continúan rigiendo determinada consideración, sirven de mayor fundamento los criterios cuyo rubro y texto son los siguientes:

AGRAVIOS INSUFICIENTES. ES INNECESARIO SU ESTUDIO SI LO ALEGADO NO COMBATE UN ASPECTO FUNDAMENTAL DE LA SENTENCIA RECURRIDA, QUE POR SÍ ES SUFICIENTE PARA SUSTENTARLA. Cuando la sentencia impugnada se apoya en diversas consideraciones esenciales, pero una de ellas es bastante para sustentarla y no es combatida, los agravios deben declararse insuficientes omitiéndose su estudio, pues de cualquier modo subsiste la consideración sustancial no controvertida de la resolución impugnada, y por tal motivo sigue rigiendo su sentido.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN DIRIGIDO CONTRA LA DESESTIMACIÓN DE UN AGRAVIO. RESULTA INOPERANTE POR INSUFICIENTE SI NO ATACA TODAS LAS CONSIDERACIONES QUE SUSTENTAN ESA DETERMINACIÓN. Si la autoridad responsable se basó en varias consideraciones para desestimar un específico agravio que, por sí solas, cada una por separado sustentan el sentido de esa determinación, y el concepto de violación formulado sobre ese particular sólo controvierte una o algunas de esas consideraciones, sin desvirtuar las todas, entonces se torna inoperante por insuficiente, pues aun fundado lo aducido no

produciría beneficio conceder la protección constitucional por ese solo motivo, ante la subsistencia de la consideración o consideraciones no destruidas que continúan rigiendo esa desestimación.

De ahí que los anteriores agravios resultan inoperantes, ello, ante la subsistencia de la consideración o consideraciones no destruidas que continúan rigiendo determinada consideración, sirven de mayor fundamento los criterios cuyo rubro y texto son los siguientes:

Agravios insuficientes. Es innecesario su estudio si lo alegado no combate un aspecto fundamental de la sentencia recurrida, que por sí es suficiente para sustentarla¹⁵.

Notifíquese personalmente. Envíese copia certificada de la presente resolución y, en su oportunidad, hágase la devolución del expediente original al juzgado de origen, para los efectos legales correspondientes.

Por lo anteriormente expuesto y fundado, es de resolverse y se resuelve:

PRIMERO. Se declara que resultan, por un lado, fundados, sin embargo inoperantes y, por otro, de plano infundados e inoperantes, los agravios expuestos por Arturo Cárdenas Villarreal, en contra de la sentencia definitiva de fecha 31 treinta y uno de agosto de agosto de 2012 dos mil doce, pronunciada por el Juez Cuarto de lo Civil del Primer Distrito Judicial del Estado, dentro de los autos del expediente judicial número 1420/2010 formado con motivo del juicio ordinario civil sobre prescripción adquisitiva, promovido por Arturo Cárdenas Villarreal, en contra de Clínica Santa María, Asociación Civil.

Asunto del cual conoció este tribunal de alzada en segunda instancia bajo el toca en definitiva número 297/2012; en consecuencia:

SEGUNDO. Se confirma el fallo impugnado dictado el día 31 treinta y uno de agosto de agosto de 2012 dos mil doce, por el Juez Cuarto de lo Civil del Primer Distrito Judicial del Estado, en virtud de los razonamientos vertidos dentro del presente veredicto. No obstante, se aclara que la finca a que se refiere el juez en el inciso d) de la página 16 dieciséis de la sentencia definitiva, es la marcada con el número 310 y no 322 como en principio lo transcribió.

TERCERO. Por las razones expuestas en el sexto considerando de la presente resolución, se condena a Arturo Cárdenas Villarreal

a sufragar los gastos y costas judiciales que, en su caso, Clínica Santa María, Asociación Civil haya erogado con motivo del presente recurso de apelación, los cuales se cuantificarán en ejecución de sentencia mediante el incidente respectivo.

Así, definitivamente juzgado, por unanimidad de votos, lo resuelven los ciudadanos magistrados que integran la Primera Sala Colegiada Civil del Tribunal Superior de Justicia del Estado, licenciado Enrique Guzmán Benavides, presidente, licenciado Gustavo Adolfo Guerrero Gutiérrez y licenciada María Inés Pedraza Montelongo de Quiñones. Siendo ponente el segundo de los nombrados.

Firmando los magistrados con la Secretario General de Acuerdos que da fe.

Licenciado Enrique Guzmán Benavides. Magistrado presidente
Licenciado Gustavo Adolfo Guerrero Gutiérrez. Magistrado
Licenciada María Inés Pedraza Montelongo de Quiñones.
Magistrada
Licenciada Lusi Elena Martínez Álvarez. Secretario General de Acuerdos

La resolución que antecede se publicó en el *Boletín Judicial* número 6041 del día 21 veintiuno de diciembre de 2012 dos mil doce. Doy fe.

La Secretario General de Acuerdos

Por ultimo en esta antes citada sentencia extractada se desestiman los agravios por considerarse que no combatieron razonamientos vertidos en la sentencia que se consideran importantes para seguir sosteniendo el sentido de la misma.

Creemos que con la exposición de las anteriores sentencias queda en completa relevancia el problema que se plantea, es decir, la conducta de la alzada consistente en la utilización de criterios jurisprudenciales que introducen formalismos no requeridos taxativamente por las leyes procesales aplicables, los cuales permiten a los Tribunales revisores dejar de hacer uso del ejercicio de su actividad jurisdiccional, por defectos en el escrito de expresión de agravios, lo cual se verá en los subsecuentes capítulos es una actividad que vulnera flagrantemente la tutela judicial efectiva.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

2.1 LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LA LEY.

En aras de priorizar un orden conceptual que nos permita comprender más profundamente el contenido de la “Tutela Judicial Efectiva” —hoy en boga en las tendencias neo constitucionalistas—, es preciso iniciar esta investigación no desde la conceptualización típica de la “tutela judicial efectiva”; o sea, desde el punto de vista meramente constitucional: como garantía o derecho humano o fundamental de los ciudadanos de acceder a la justicia (a la jurisdicción del juez) en busca de la aplicación de la voluntad de la ley; ni tampoco partir de la naturaleza adjetiva de la función tuteladora del derecho (o sea, el proceso); pues nos hemos percatado que en su mayoría la bibliografía sobre el tema, lo aborda desde cualquiera de estos puntos de partida.

Nosotros por el contrario pretendemos dejar sentado que la denominada “tutela judicial efectiva” en sentido estricto, no es sino la garantía o preservación de los fines del derecho, otorgados por el propio derecho. Es un mecanismo jurídico que tiene su sustento en una necesidad derivada de la naturaleza propia de la ley sustantiva; estas normas se componen de uno o varios supuestos, ordenes, hipótesis, o bien contenidos de carácter general, abstracto (con unidad, coherencia y plenitud), cuya naturaleza es ser respetadas, cumplidas, garantizadas o positivadas; dicho de otro modo, el derecho (en el sentido aquí analizado) es creado para ordenar relaciones sociales (entre otros fines), pero su naturaleza es pasar de la inactividad que genera la abstracción, a la acción generada por la adecuación de una conducta a los supuestos normativos. ATIENZA ha dicho: *“El derecho en cuanto fenómeno social e histórico, es, evidentemente*

una obra humana, pero que, en un cierto sentido adquiere vida propia".²⁹ La naturaleza de la ley (su voluntad) es hacerse respetar coactivamente, por eso se crean los mecanismos para lograr esa actuación; la jurisdicción y el proceso como mecanismos tuteladores, permiten la "tutela judicial efectiva" —del derecho—, actividad o función regulada por el proceso, garantizada por la Constitución y los Tratados Internacionales; pero en un orden jurídico como el nuestro puede afirmarse tajantemente que: solo tutelando la ley, se puede hacer justicia al ciudadano.

La justicia deriva de la legalidad, en un estado de derecho donde imperan principios como el de legalidad, audiencia y debido proceso, solo haciendo cumplir la ley con todas sus formalidades puede otorgarse acceso a la justicia. El derecho debe garantizar por el único medio que le es posible <<esto es, a través de otras normas de derecho>>, la materialización de su voluntad, la aplicación de sus sanciones, consecuencias y previsiones. BOBBIO define a la norma jurídica —diferenciándola de otro tipo de normas— como aquella "*cuya ejecución está garantizada por una sanción externa*"³⁰, la norma jurídica, la que contiene la sustancia del derecho "el derecho sustantivo", tiene como principal punto de distinción de otro tipo de normas (morales, éticas, de etiqueta, etc.) la garantía de que su contenido será materializado, de que será actuado y sancionado según lo que la propia norma dicta. A este mismo respecto conviene citar las palabras de VILLORO TORANZO:

"Lo que precisamente permite distinguir a priori al Derecho de los convencionalismos sociales, de las directivas derivadas de las fuerzas biológicas, sociológicas y económicas de la realidad y de las directivas arbitrarias, es el intento incesante renovado de realizar la Justicia y de imponerse así a lo que pueda haber de injusto en las

²⁹ ATIENZA, Manuel. *Introducción al Estudio del Derecho*. 1ª Ed. Fontamara. México. 2003. Pp 11, 12.

³⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. 2ª Ed. Themis. Bogotá, Colombia. 2002. p 147.

*relaciones humanas, ya se deba esta injusticia al mismo hombre y a condiciones derivadas de la realidad”.*³¹

Precisamente esa intención incesante de hacer justicia, como lo menciona VILLORO TORANZO, es una característica propia de la norma de derecho, pero esa interminable voluntad de hacer justicia, se logra precisamente a través de la transición de lo <<juris>> a lo <<facto>>: que es el deseo primordial del orden jurídico ¡la ley quiere ser respetada!, ya voluntariamente, ya mediante el uso de la coerción ejercida por los Órganos apropiados del poder estatal, vía tutela judicial efectiva. El derecho nace y es creado por la necesidad de regular relaciones sociales, sin la existencia de sociedades organizadas el orden jurídico sería innecesario. Pero una vez que la norma es creada y adquiere obligatoriedad, nada sería si no contara con medios que la impulsen a ser respetada, aún en contra de la voluntad de los particulares; por eso si de alguna manera podemos concebir la existencia de Tribunales que hagan posible la “Tutela Judicial Efectiva”, a través del propio proceso y el acceso pleno a la jurisdicción, lo es precisamente por la necesidad del propio sistema normativo de contar con esos medios tuteladores del derecho. Es una reacción estructural a las necesidades de la ley, así como los seres humanos contamos con información genética que va proporcionando las estructuras básicas para el buen funcionamiento del cuerpo humano (durante su creación y desarrollo), el derecho sustancial, en su naturaleza, tiene ya incorporada la necesidad de una estructura jurídica que le permita desarrollarse en plenitud, que le otorgue paso de simple conjunto lingüístico de letras y signos transmisores de información <<abstracto>>, a acción afectiva y materialización de su contenido normativo.

En un plano constitucional FERRAJOLI habla sobre la función garantista o tuteladora del derecho: *“Si bien, respecto a la tradición iuspositivista clásica, la razón jurídica actual tiene la ventaja derivada de los progresos del constitucionalismo del siglo pasado, que le permiten configurar y construir hoy el*

³¹ VILLORO Toranzo, Miguel. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. 6ª Ed. Porrúa. México 2006. P 480.

*derecho —bastante más que en el viejo Estado liberal— como un sistema artificial de garantías constitucionalmente pre ordenado a la tutela de los derechos fundamentales.*³². Ciertamente las constituciones actuales tienden a configurar ese sistema de garantías, sobre que toda la actividad jurídica será conforme a la letra de la ley suprema; pero ya todo el derecho fundamental, como especie del derecho sustantivo, implica su implícita tendencia a la obtención de un sistema de garantías tuteladoras de la propia norma. La estructura actual del derecho en los países modernos, nos enseña que en la parte superior de la pirámide se encuentra la norma suprema (ahora a la par de los tratados), y es en esa fundamental legislación donde según las más socorridas teorías iuspositivistas, como la de BOBBIO, nos señalan que ahí se pactan los más preciados derechos del hombre, que busca auto limitarse a favor del bien colectivo, en el rango que sea establecido en la Constitución.

Por eso es que actualmente en las diversas Constituciones de los países se encuentra plasmado el derecho a la tutela judicial efectiva, como el caso de México que tutela como Acceso a la Justicia en el artículo 17 de la Constitución General de la República, o en España el artículo 24 de su Constitución. Al igual que FERRAJOLI, también ÁLVAREZ SACRISTÁN nos habla de la efectividad de la Justicia a la luz de la Constitución y dice: *“la justicia alcanza su cenit cuando actúa como valor de valores, es decir, resulta eficaz para la salvaguarda de la constitución de un Estado Social y democrático”*.³³

KELSEN hace referencia a la característica autotuteladora del derecho, pero lo hace indirectamente, pues al hablar sobre el orden normativo y la coacción de la norma jurídica,³⁴ nos manifiesta que la coacción es una de sus características, esto es, no solo estatuye una conducta, sino que establece una sanción para el caso de que se incumpla y dice: *“En cuanto orden coactivo, se diferencia el*

³² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías “La ley del Más Débil”*. 7ª Ed. Trotá. España. 2010. p 19.

³³ ALVAREZ Sacristán, Isidoro. *La Justicia y su Eficacia “De la Constitución al Proceso”*. 1ª Ed. Colex. España. 1999. p 17.

³⁴ En su obra *Teoría Pura del Derecho*.

derecho de otros sistemas sociales. El momento de la coacción —es decir, la circunstancia de que el acto estatuido por el orden como consecuencia de un hecho considerado como socialmente dañino, deba llevarse a cabo inclusive contra la voluntad del hombre a que toca y, en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física— es el criterio decisivo”.³⁵; así, es fácil comprender que el criterio decisivo que puede diferenciar al derecho de los demás ordenes sociales normativos (moral, ética, etc.) es la coacción, que resulta inherente al sistema de derecho al tener medios de tutela, para hacer factible esa coacción característica propia de la norma de derecho; pero KELSEN además sostiene:

*“En cuanto el orden jurídico determina las condiciones bajo las cuales debe seguirse el recurso de la fuerza, así como los individuos que la utilicen; en cuanto establece el monopolio de la coacción por la comunidad jurídica, pacifica la comunidad que constituye, al eliminar la amenaza de la fuerza. ...El derecho es un orden de la coacción, y en cuanto orden coactivo y conforme a su evolución, un sistema de seguridad y orden de paz.”*³⁶

Si el derecho es “un orden de la coacción”, tiene en su naturaleza la necesidad de encontrar medios que tutelen esa coacción, que garanticen la tutela de su voluntad; así en atención a su teleología, no le sería dable existir como <<ius perfectum>>, si no contara con medios que le permitieran garantizar que su contenido de valor será en efecto respetado, aún por la fuerza; pues al hablar de la tutela judicial efectiva no hacemos referencia al cumplimiento voluntario del imperativo normativo, sino al que se realiza en contra de la voluntad de uno o varios sujetos, al que KELSEN llama coactivo, esto es, al que se impone aún en contra de la voluntad del obligado, o del sujeto pasivo de la conducta a respetar o de la sanción, o sea, quien ha infringido la norma, o quien con su conducta se ha ajustado a las hipótesis o supuestos que describe.

Ciertamente existen dispositivos de derecho que por alguna causa, falta de previsión o laguna, por haber caído en desuso, o porque simplemente no cuenta

³⁵ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 16ª Ed. Porrúa. México. 2011. p 48.

³⁶ Óp. Cit. p 51.

con mecanismos de tutela (por no haber sido legislados), carecen de la coactividad característica propia del derecho, como bien puede suceder cuando en una constitución se plasman preceptos que no se regulan mediante la codificación secundaria, y que por tanto carecen de medios de tutela para llevarlos a cabo; pero ello no implica que el derecho no sea por naturaleza coercitivo y autotutelador,³⁷ sino simplemente que no se ha actuado prudentemente en el desarrollo o establecimiento natural de ese derecho; así como sucede cuando un ser biológico no alcanza su desarrollo completo y natural, en el derecho pueden existir casos de excepción que no por eso merman la naturaleza del derecho en general, es más, siguiendo a FERRAJOLI podríamos decir que en esos casos es propio de la función legislativa buscar los medios de tutelar ese derecho, si una norma carece de medios tuteladores o sancionatorios es por un defecto atribuible al legislador, no a la norma, veamos como lo refiere FERRAJOLI:

“De forma análoga, es muy posible que de hecho no exista la obligación o la prohibición correlativa a un derecho subjetivo y, más todavía, que no exista la obligación de aplicar la sanción en caso de violación de unos y del otro. En otras palabras, que existan lagunas primarias, por defecto en la estipulación de las obligaciones y las prohibiciones que constituyen las garantías primarias del derecho subjetivo, y lagunas secundarias, por el defecto de institución de los órganos obligados a sancionar o a invalidar sus violaciones, o sea, a aplicar las garantías secundarias. Pero tampoco en tales casos es posible negar la existencia del derecho subjetivo estipulado por una norma jurídica; se podrá lamentar la laguna que hace de él un <<derecho de papel>> y afirmar la obligación del legislador de colmarla.”³⁸

Y ciertamente coincidimos plenamente con LUIGI FERRAJOLI en el sentido de que las normas y los derechos subjetivos que de ellas se desprenden al estar plasmadas en un orden legal existen, independientemente de sí se fijaron o no las garantías para su debido cumplimiento coercitivo, pues una cosa será su

³⁷ Al decir autotutelador no hacemos referencia en esta investigación a la autotutela como forma privada de solución de conflictos, o venganza, o auto justicia, sino a la característica que apuntamos de que el derecho mismo genera otras normas que le permitan tutelarse.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías “La ley del Más Débil”*. 7ª Ed. Trota. España. 2010. pp 61 y 62.

existencia y otra su efectividad, de existir, existe, pero como lo menciona excelsamente el autor, el reproche es al legislativo, pues es a quien le compete la creación de las normas, función que se espera sea acorde a la naturaleza del derecho, no a ninguna actuación desnaturalizada, o desprovista de naturalidad. En fin, la cuestión es que no porque existan algunos casos que pudiéramos tachar de irregulares, el derecho va a perder su naturaleza o debemos crear clasificaciones que dependan de la posibilidad de tutelar ese derecho o de su efectividad, el derecho por su propia naturaleza tiene como característica propia la coercitividad, que no es otra cosa sino la tutela de su efectividad; los casos excepcionales solo nos sirven para reafirmar que efectivamente, el derecho debe ser tutelado, que carecer de tutela efectiva es anti derecho, que no es una excepción, sino una decepción de la función legislativa; por ello es posible afirmar que la tutela judicial efectiva, en un sentido estricto, es un mecanismo propio de la norma jurídica, o más bien, que: la tutela judicial efectiva, antes que ser un derecho fundamental de acceso a la justicia para el hombre (que también es un aspecto que cubre dicha tutela), representa la culminación de los medios proporcionados por el derecho para que su voluntad sea cumplida; pues solo tutelando que se respete la voluntad de la ley, como objeto directo, se logra que se haga justicia al particular titular del derecho, como objeto indirecto, siendo este el aspecto de acceso pleno a la justicia que forma parte o es contenido de la tutela judicial efectiva.

BOVERO al comentar sobre la redefinición del derecho subjetivo planteado por FERRAJOLI, en un punto de la disertación, comenta: *“Ello significa que <<tener derechos>> no basta: para que esa divergencia se reduzca al mínimo, los derechos exigen garantías idóneas, que deben ser establecidas y hechas valer eficazmente por el mismo ordenamiento normativo que atribuye derechos”*.³⁹ Por su parte RADBRUCH comenta: *“En efecto, la seguridad por el derecho presupone que el derecho mismo sea una certeza. Así, nuestra segunda definición entiende por seguridad la certidumbre del derecho que exige la perceptibilidad cierta de la*

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. Bovero Michelangelo, y otros. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales “Debate”*. 4ª Ed. Trotta. España. 2009. p 222.

norma de derecho, la prueba cierta de los hechos de que depende su aplicación, y la ejecución cierta de lo que ha sido reconocido por el derecho".⁴⁰ Las "garantías idóneas" mencionadas por BOVERO, coinciden con "la ejecución cierta de lo que ha sido reconocido por el derecho" mencionada por RADBRUCH, con su concepto de seguridad dado en este sentido, pues el derecho para "ser"⁴¹ en su plenitud jurídica, requiere esa garantía de que su contenido normativo será respetado, cumplimentado, de esa ejecución cierta.

CASARES también nos comenta: *"Ahora bien: la coacción es una propiedad del derecho. Un derecho perfecto tiene que ser un derecho con coacción, esto es, que pueda hacerse obedecer, que disponga de la fuerza indispensable para hacer efectivo su cumplimiento"*.⁴² ; en estas últimas letras encontramos evidenciada la naturaleza o propiedad del derecho de contar con los elementos para hacer efectivo su cumplimiento, que no puede ser otra cosa que la tutela judicial efectiva de la ley, llevada a cabo por los órganos encargados de aplicar el derecho a la singularidad de casos.

IHERING en "La Lucha por el Derecho" comprende de una manera muy profunda lo que quiere dejarse evidenciado en todas las anteriores palabras, o sea, que ser derecho implica que va acompañado por un medio que le haga eficaz, que esa es su naturaleza propia:

"...pero aquí, se habla de la lucha del derecho contra la injusticia. Si en esta hipótesis el derecho no lucha, es decir, no hace una heroica resistencia contra aquella, se negará a sí mismo. Esta lucha durará tanto como el mundo, porque el derecho habrá de prevenirse siempre contra los ataques de la injusticia. La lucha no es, un elemento extraño al derecho, antes bien es una parte integrante de su

⁴⁰ RADBRUCH, Gustav. Y Otros. *Los Fines del Derecho. "El Fin del Derecho"*. 3ª Ed. UNAM. México.1997. p 64.

⁴¹ Dándole la misma profundidad a la palabra "ser" que en sus Carta Sobre el Humanismo le proporciona Heidegger, refiriéndose a la persona humana, pero aquí al derecho, esto es, tomando "ser" como más profundo y característico de la norma.

⁴² CASARES, Tomas D. *La Justicia y el Derecho*. 3ª Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. S/Año. p 104.

*naturaleza y una condición de su idea. ...el derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; he ahí por qué la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerle efectivo. La espada, sin la balanza, es la fuerza bruta, la balanza sin la espada, es el derecho en su impotencia; se compelan recíprocamente: y el derecho no reina verdaderamente, más que en el caso en que la fuerza desplegada por la justicia para sostener la espada, iguale a la habilidad que emplea en manejar la balanza.*⁴³

2.2 EL OBJETO DIRECTO E INDIRECTO DE LOS DERECHOS.

La Tutela Judicial Efectiva, como derecho fundamental y subespecie del derecho sustantivo, no se abarca ni compone tan sólo con la garantía de acceso a la justicia, que garantiza la intervención de los tribunales mediante un derecho fundamental, sino que más bien debe identificarse un sentido estricto y uno amplio, a lo que también llamaremos objeto directo e indirecto de la tutela judicial efectiva, respectivamente (aunque también esto será aplicable al propio derecho sustantivo en general, como a cualquiera de sus subespecies, como lo son los derechos fundamentales, donde bien podemos encontrar ubicada a la tutela judicial efectiva, y a otras muchas de las llamadas garantías individuales).

Hagamos, pues, referencia a la natural identificación del objeto o contenido de valor de los derechos sustantivos en general, para en el punto siguiente, simplemente hacer lo propio con la tutela judicial efectiva como <<un derecho fundamental>>. Como ya lo vimos en el punto anterior, y siendo estrictos, el derecho sustantivo como tal, una vez creado “adquiere vida propia” —aunque sólo como ficción—, y tiene características propias que lo diferencian de los demás tipos de normas (no jurídicas), y que en esencia podríamos decir que le son propias como ente jurídico; de esta forma el derecho sustantivo se provee a través de otras normas de derecho <<adjetivas>> —en oposición a sustantivas—, de los

⁴³ IHERING, Rudolf Von. *La Lucha por el Derecho*. 1ª Ed. Ediciones Coyoacán. México 2011. p 70.

medios necesarios para hacerse efectivo, para ser respetado; de ahí que debamos distinguir entre el objeto propio del derecho en cuestión, y su actuación a través de los medios adjetivos mencionados. En primer término establezcamos que el derecho es abstracto, impersonal, general, imperativo y coactivo, cuando se encuentra en estado de reposo, por lo que solamente establece un sentido permisivo, prohibitivo, u ordenativo, que debe ser acatado mediante una acción u omisión, ese es el estado natural del derecho, sirviendo generalmente como figura preventiva o regulativa. Pero diverso es el derecho cuando se actualiza la hipótesis normativa y pasa de la abstracción a la individualización, o a la esfera jurídica personas determinadas, ahora, en manos del actor, se convierte en una facultad de exigir de un deudor: una obligación de dar, hacer o no hacer; y por el contrario por parte del deudor: en una obligación correlativa. Necesariamente un derecho sustantivo determinado —en abstracción— tiene un fin en sí mismo, tiene un contenido lingüístico que se encuentra dotado de un sentido de valor, es poseedor de un significado abstracto que espera ser acatado en caso de que se actualicen uno o varios de los <<supuestos normativos>>. ⁴⁴ Aunque debemos ser cuidadosos, pues no es en sí ese conjunto de signos lingüísticos el objeto del derecho, sino lo que pretende significar, el sentido que en su conjunto imprime la norma. Para esto resultan relevantes las siguientes palabras de ALCHURRON Y BULYIN:

“Toda norma se formula o puede ser formulada en un lenguaje, pero la norma no es un conjunto de signos lingüísticos, sino el sentido que esos signos expresan. Tenemos que distinguir, por lo tanto, entre la formulación de la norma (enunciado normativo) y la norma. Los enunciados normativos son entidades lingüísticas; las normas son el sentido expresado por esos enunciados. La misma norma puede ser expresada por dos o más enunciados diferentes y también vale la conversa: el mismo enunciado puede expresar dos o más normas distintas, tiene más de un

⁴⁴ García Maynez respecto de los supuestos jurídicos/normativos, expresa: “Las normas genéricas expresan siempre una o varias hipótesis, cuya realización da nacimiento a las obligaciones y derechos que las mismas normas, respectivamente, imponen y otorgan. ...Hemos definido el supuesto jurídico como la hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por las normas”. GARCÍA Maynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Porrúa. 62ª Ed. México. 2010. pp 170 y 172)

*sentido. Lo decisivo para la identidad de la norma es, pues, la identidad del sentido”.*⁴⁵

El derecho tiene un significado que manda, ordena, o prohíbe, algo que debe en algún sentido ser acatado; por lo tanto, el sentido de la norma de derecho, el mandato que pretende comunicar la norma, ese es su objeto directo, y de ahí deberá inferirse su significado estricto (para los fines de esta investigación). Aunque nos parezca, por mucho, muy elemental, el objeto directo de un determinado derecho, se encuentra identificado con su mandamiento o prohibición, con su significado de valor, podríamos decir que con su núcleo. IHERING sostiene: *“Los dos elementos del derecho que hemos analizado, la norma y la coacción, son elementos de pura forma que no nos enseñan nada del contenido del derecho”;*⁴⁶ así es, la coacción y el conjunto de signos lingüísticos (norma) son características una de forma a través de la cual se materializa o tangibiliza el derecho (el precepto normativo), y otra intangible, inmaterial, inherente a su naturaleza (la coacción). Pero eso no nos responde que es en sí la norma; si bien hemos adelantado que es su <<significado de valor>>, eso no nos aclara en toda medida la duda. IHERING en la misma obra antes citada habla sobre el fin del derecho, y en el capítulo relativo a “El fin del Derecho.-Las Condiciones Vitales de la Sociedad.”, señala:

*“En el terreno del derecho todo existe para el fin y en vista del fin; el derecho entero no es más que una creación única del fin, ...El hombre que piensa, que medita, hallará siempre, en el terreno del derecho, el fin de cada una de sus instituciones. ...podemos decir que el derecho representa la forma de la garantía de las condiciones de vida de la sociedad”.*⁴⁷

Con esto podemos señalar que el derecho sustantivo en sentido estricto esta representado por una norma (conjunto de signos lingüísticos), que dicta un significado de valor, generalmente asociado a alguna de las condiciones de la vida

⁴⁵ ALCHURRÓN, Carlos E. BULYIN, Eugenio. *Definiciones y Normas*. Dentro del Libro: *El Lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*. 1ª Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1983. Pp 14, 15.

⁴⁶ IHERING, Rudolf Von. *El Fin del Derecho*. S/E. Heliasta. Argentina. 1978. Pp 210.

⁴⁷ Óp. Cit. p 212.

en sociedad. Y diríamos que el objeto directo del derecho se identifica con su significado o sentido de valor, lo que ordena, protege, o preceptúa, su contenido normativo inteligible; pero por otro lado, su objeto indirecto se encontrará identificado con su actuación o materialización, en los objetos que persigue y las conductas que espera sean la consecuencia de dicha actuación (un dar, hacer, o no hacer).

Si por ejemplo quisiéramos saber el objeto directo de una norma que regula el contrato de arrendamiento como aquel en el cual existe arrendamiento cuando una persona trasmite el uso de una cosa a otra, a cambio de una renta, entonces el objeto directo de esa norma, es el perfeccionamiento de un acto jurídico llamado arrendamiento, es decir, el acuerdo de voluntades de dos partes cuya voluntad se dirige a otorgar el uso de una cosa a cambio de una renta, ese acuerdo de voluntades que se ajusta al contenido normativo inteligible, es el objeto directo de la norma y, su objeto indirecto, sería la materialización de la entrega del uso de la cosa y el pago del dinero pactado, lo que las partes dan, hacen o no hacen, como consecuencia de la actualización de la norma a través del acuerdo de voluntades.

El objeto indirecto de un derecho no es ya su contenido normativo, sino que se identifica con ese contenido en tutela de una conducta efectivamente desplegada o que debe ser acatada. Si una norma prohíbe apropiarse de bienes ajenos, su objeto directo es la protección de la propiedad (o posesión) ajena; y su objeto indirecto lo encontramos en la materialización o actuación del derecho, esto es, en la devolución de la propiedad ajena apropiada por acato a la voluntad de esa norma. Sabemos que en materia de actos jurídicos (contratos) el objeto directo es el contenido del acto, en tanto, el indirecto es lo que se debe dar, hacer o no hacer; pero el derecho en general, y en su esencia, también tiene un objeto directo y uno indirecto. El directo lo identificaremos pues, con el contenido o sentido inteligible del derecho o el bien jurídico que tutela, lo que se desprende de su contenido lingüístico, de su núcleo; y el objeto indirecto se identifica con la actuación de ese derecho, entendiéndose por actuación la materialización de la

voluntad concreta de la ley, su personalización, o individualización en un acto concreto, en movimiento, lo que se ha de dar, hacer o no hacer.

KELSEN por su parte explica al derecho y a la norma en forma semejante a la que se ha venido planteando:

*“El acontecimiento externo que, por su significación objetiva constituye un acto conforme a derecho (o contrario a derecho), es, pues, en todos los casos, en cuanto suceso que se desarrolla en el tiempo y en el espacio, sensiblemente perceptible, un trozo de la naturaleza y, en cuanto tal, determinado por leyes causales. ...Lo que hace de ese acontecimiento un acto conforme a derecho (o contrario a derecho) no reside en su facticidad, en su ser natural ..., sino en el sentido objetivo ligado al mismo, la significación con que cuenta”.*⁴⁸

Es claro que coincide KELSEN en que la norma de derecho se constituye en sí por sucesos naturales del hombre, desde luego en sociedad; pero es importante hacer notar que también señala que lo que hace al acontecimiento de derecho, es su sentido o significado; y además en los párrafos subsecuentes de la obra precisa: *“No interesa, con todo, la forma lingüística adoptada, sino el sentido de acto que instaure la norma, que produce el derecho”.*⁴⁹

El derecho cuenta: con un objeto directo, que se desprende de su núcleo lingüístico, y que se identificará con el significado o sentido que esa norma establece, ordena, prohíbe o permite, es el derecho en su sentido estricto; y con un objeto indirecto —en sentido lato o amplio— que puede ser visto como la conducta, acto, hecho, o significado que se espera de la norma cuándo se actualiza, cuándo pasa de la abstracción o inacción, a la materialización en la esfera personal de un particular, generalmente otorgando la facultad al acreedor, de exigir del deudor un dar, hacer o no hacer, con la correlativa obligación por

⁴⁸ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 16ª Ed. Porrúa. México. 2011. P 17.

⁴⁹ Óp. Cit. p 85.

parte del deudor. El objeto directo es su sustancia, y el indirecto su imperio materializado.

2.3 LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA SUS SENTIDOS ESTRICTO Y LATO.

Con lo dicho hasta aquí respecto de los derechos sustantivos, podremos con facilidad establecer el objeto directo y el indirecto de la Tutela Judicial Efectiva. Antes veamos lo que debemos entender por ésta, en sentido amplio y estricto.

La tutela judicial efectiva implica una actividad de los órganos pertinentes del gobierno, tendientes a la protección de los derechos. Nosotros como se ha venido disertando, pensamos que esa tutela antes que garantizar el sentido de la ley a favor de personas determinadas, es un mecanismo que procura la actualización de la voluntad concreta de la ley; ya en el punto uno hemos aclarado que si de alguna manera podemos concebir la existencia de órganos encargados de la aplicación del derecho, y de procesos materiales para el logro de ese fin, es porque son un medio creado por el propio derecho sustantivo para la actualización de su voluntad concreta, para la actuación del derecho: ¡la ley se autotutela a través de normas adjetivas!. Algunos sostienen que es un derecho fundamental, otros más bien una garantía; y unos más un derecho de acceso a la jurisdicción.

No podríamos decir que esos son conceptos desacertados, porque dependiendo del plano de análisis o discurso en el que nos encontremos podríamos sostener que desde el punto de vista constitucional: la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental dirigido contra la actividad del estado para que aplique permita el acceso a los particulares a la aplicación coercitiva del derecho; también podríamos decir desde el plano procesal: que es el acceso a la jurisdicción derivado del ejercicio del correspondiente derecho subjetivo público de acción; incluso es factible sostener: que es una garantía individual que consagra el

artículo 17 de la Constitución General de la República para que se nos imparta justicia por el poder judicial; o bien: que es un derecho humano consagrado por los tratados internacionales como lo hace el artículo 25 del Pacto de San José; etcétera.

Creemos que por razones de orden y primacía, hay que atender a la teleología de la institución, ubicarla en el orden jurídico en que se encuentra, y establecer el motivo primario de su inclusión en ese orden, para de ahí pasar a los demás motivos que pueden desprenderse de la tutela judicial efectiva. La respuesta ya ha sido plasmada en los puntos anteriores, el derecho tiene como naturaleza la coerción, lo que significa que una vez actualizados los supuestos normativos, la ley debe imponer su imperio aún en contra de la voluntad de los obligados, debe imperar el señorío de la ley. Por eso antes que acudir a explicaciones históricas, sociológicas, antropológicas, naturalistas, positivistas, fenomenológicas, o de cualquier otra índole, es preciso analizar nuestro orden jurídico, sin intromisiones ajenas a él, para sostener que la existencia de Tribunales que aplican la ley, antes que cualquier otra cosa, representan un medio para la actuación de la voluntad concreta de la ley. No es preciso realizar toda una serie de argumentos que arrojen mayor certeza en el asunto, porque esto es palpable por cualquier jurista (aunque de cualquier modo esto encuentra apoyo en los dos puntos anteriores a este).

Así podemos explicar el objeto directo de la tutela judicial efectiva, diciendo que: es la respuesta a la característica de coercitividad de la ley, representado por Tribunales que tienen como principal función procurar la actuación de la voluntad concreta de la ley, procurar el imperio de la ley. Y podrán sostenerse muchas discrepancias, como que en el orden jurídico ello depende del ejercicio del derecho público de acción, por parte del titular de ese derecho; que la pretensión puede o no, resultar procedente en el juicio, y que por tanto el acceso a la justicia, en algunos casos no termina tutelando la ley; y algunos otros que se nos ocurren, pero no puede negarse que los Tribunales Judiciales, antes que cualquier otra

cosa, aplican la ley como medio coercitivo para la actuación de su voluntad concreta. IHERING sostiene a este respecto:

El derecho puede, en mi opinión, definirse exactamente: el conjunto de normas según las cuales se ejerce en un Estado la coacción. Esta definición encierra dos elementos: la norma y la realización de ésta por la coacción. ...Como ya hemos visto, el Estado es el soberano detentador de esta coacción.⁵⁰

Por su parte CHIOVENDA opina que: *“La jurisdicción puede ser definida como la función del estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley...”⁵¹*; la jurisdicción, (o sea, la función encomendada al poder judicial para aplicar el derecho al caso concreto) como lo dice CHIOVENDA, no tiene otro fin que la actuación de la voluntad concreta de la ley; esto es, indudablemente inherente a la ley, pues le sirve como medio coactivo, es más, pudiéramos pensar que la jurisdicción (tutela judicial), no es sino la materialización del elemento de coacción de la ley. Por su parte EDUARDO J. COUTURE, sostiene: *“Por tutela jurídica se entiende, particularmente en el léxico de la escuela alemana, la satisfacción efectiva de los fines del derecho.”⁵²* Para reafirmar lo anterior permítasenos exponer la siguiente cita del eminente procesalista ALSINA:

La norma jurídica, en efecto, no sólo contiene una regla abstracta de conducta, a la que los sujetos deben conformar sus actos, sino que lleva implícito un mandato (permisivo, imperativo, prohibitivo). Ello supone, entonces, la posibilidad del empleo de la fuerza, o sea, el principio de coercibilidad, porque el derecho sólo puede convertir en realidad las aspiraciones concretas en cuanto dispone de poder suficiente para imponerlas. Por consiguiente, el Estado no se limita a establecer el derecho, sino que garantiza su cumplimiento, y éste es el contenido de la función jurisdiccional”⁵³

⁵⁰ Óp. Cit. p 158.

⁵¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Cárdenas Editor y Distribuidor. 1ª Ed. México. 1989. P 2.

⁵² COUTURE J. Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3º ed. Depalma, Argentina, 1997. p. 478.

⁵³ ALSINA, Hugo. *Fundamentos de Derecho Procesal*. Editorial Jurídica Universitaria. 1ª Ed. México. 2001. p 3.

De esta forma desde el punto de vista estricto, la tutela judicial efectiva garantiza el cumplimiento de la voluntad concreta de la ley, por lo que puede concluirse que el objeto directo de la tutela judicial efectiva es igualmente ese cumplimiento de la voluntad concreta de la ley; en tanto, que lo que tradicionalmente se entiende como tutela judicial efectiva (acceso pleno a la justicia con todas sus implicaciones de legalidad) como medio judicial de imposición coactiva del derecho en contra de quienes nos lo han conculcado, es el objeto indirecto, el sentido lato de la tutela judicial efectiva; mismo que ahora procederemos a dejar explicado conforme tradicionalmente lo hacen destacados autores.

Para la Doctora ÁNGELA FIGUERUELO, la tutela judicial efectiva no es otra cosa sino el “derecho a la jurisdicción”, quien además opina que “es un derecho fundamental”,⁵⁴ pues se encuentra consagrado en el artículo 24 de la Constitución de España; la misma eminente investigadora sigue opinando:

*“Puesto que la justicia es uno de los valores fundamentales (o superiores, como lo señala el artículo 1.º de la C.E.) que todo ordenamiento jurídico ha de perseguir, su consecución es uno de los fines primordiales de cada Estado. Siendo una exigencia derivada del Derecho natural, el Estado no podrá desatenderse del problema de si existen o no, en el conjunto de sus actividades, algunas que se dirijan a la prosecución de aquel valor. Frente a esa obligación por parte del Estado, los ciudadanos poseen un auténtico derecho subjetivo a que el poder público se organice de tal modo que los imperativos de justicia queden mínimamente garantizados”.*⁵⁵

Como es evidente desde el punto de vista de la DRA. FIGUERUELO, la tutela judicial efectiva se identifica con el derecho fundamental plasmado en la mayoría de las constituciones (como en el caso del artículo 24 de la Constitución Española, 17 de la Mexicana), para que las personas accedan a los órganos adecuados del poder, a efecto de conseguir la aplicación de la justicia (que no es otra cosa sino la

⁵⁴ FIGUERUELO, Ángela. *El derecho a la tutela judicial efectiva*. S/E. Tecnos. Madrid. 1990. p 49.

⁵⁵ *Ibíd.* p 49, 50.

aplicación de la ley). Por lo que al ser la justicia impartida por Tribunales, podemos sostener que desde el punto de vista lato, la tutela judicial efectiva es la garantía de acceder plenamente a los Tribunales, pidiendo la aplicación (aún coercitiva) del derecho indexado a nuestra esfera jurídica que nos ha sido violentado, siendo por ende ese acceso a la justicia el objeto indirecto de la Tutela Judicial Efectiva.

Por su parte LUIZ GUILHERME MARINONI ha sostenido que: *“el procedimiento, además de dar oportunidad a una adecuada participación de las partes y posibilidad de control de la actuación del juez, debe viabilizar la protección del derecho material. En otros términos debe propiciar la efectiva tutela de los derechos”*;⁵⁶ aquí hay que señalar que si bien el autor hace referencia al procedimiento (que no debe ser confundido con proceso), éste (en el sentido utilizado por el autor) conjuntamente con la jurisdicción, constituyen medios de los cuales se sirve el derecho para ser respetado. No se pierde de vista que el autor hace referencia a la tutela de derechos como algo que también debe procurarse al impartirse justicia a través de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental, pero olvida que lo que la tutela judicial <<tutela>> es la correcta aplicación de la voluntad concreta de la ley, y con esa aplicación se hace justicia; solo tutelando la ley, materializándola, se hace justicia a los particulares, la justicia deriva del cumplimiento de la ley, y una vez materializada su voluntad, decretada en la sentencia, se repercute en la esfera de las partes haciendo justicia, se tutela efectivamente la voluntad de la ley, para que su mandato impere sobre las partes. No debemos simplemente identificar el acceso a la justicia a través de los tribunales, como la tutela judicial de los derechos, pues como ha quedado arriba señalado, aquella es el objeto indirecto, en tanto la última el directo. Lo que pretendemos seguir insistiendo es que la tutela judicial efectiva es un concepto complejo, que a la vez que garantiza el acceso fundamental de los particulares a la impartición de justicia por parte de los Tribunales, es un mecanismo que prima facie, responde a una necesidad de la característica de coercibilidad de la ley. Los

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva*. 1ª Ed. Palestra. Lima 2007. p 173.

justiciables no acuden a los Juzgados a que se les aplique cualquier justicia, sino la derivada de la voluntad de la ley, de ese sentido que se desprende del texto o contenido normativo del derecho. Por eso no lo podemos ver como dos cosas distintas o simplemente relacionadas, es un solo derecho que a la vez que cumple con uno de los mayores estándares del estado de derecho <<el respeto de la ley>>, lo hace a través del acceso a la justicia a las partes legitimadas para ello; pero antes que todo está la voluntad de la ley, que debe ser cumplida, ese es el sentido del orden jurídico, si lo viéramos de otra manera correríamos el riesgo de romper el estado de derecho, o de crear un vacío, que rompería la continuidad de la cadena de la razón del derecho. Pues si sostuviéramos que la tutela judicial efectiva es un simple acceso a la justicia impartida por los tribunales, pudiera implicar que ese acceso sea a cualquier tipo de justicia, a la voluntad de los tribunales, pero la única justicia y voluntad de que puede tratarse o que pueden aplicar los tribunales es la que se deriva de la voluntad de las normas, por eso la voluntad de la ley es lo que se tutela, y con esa voluntad se logra el acceso a los particulares a la justicia de la ley.

A mayor abundamiento citemos las palabras de ISIDORO ALVARES SACRISTÁN, quien menciona:

*“Entendemos con Sainz de Robles que <<el servicio de la justicia no es un servicio público al ciudadano, sino una prestación para que el titular del poder judicial pueda efectuar la función que le atribuye la Constitución>. Porque, en efecto, el poder no está al servicio del ciudadano sino que emerge de él y actúa como poder constitucional. De ahí que el proceso sea una secuencia de la tutela judicial efectiva, bajo la acertada denominación de <<debido proceso legal>>”.*⁵⁷

Desde luego que visto desde la perspectiva de ALVARES SACRISTÁN, el proceso es una secuencia de la tutela judicial efectiva, pues resulta necesario para llegar a ésta, pero esto es correcto sólo si identificamos a la tutela judicial efectiva con su objeto directo, puesto que hemos mencionado que el proceso, al igual que

⁵⁷ ÁLVAREZ Sacristán, Isidoro. *La justicia y su eficacia. De la constitución al proceso*. S/E. Ed. Colex. Madrid. 1999. p 28.

la jurisdicción (vista como la facultad de los jueces de aplicar el derecho al caso concreto) son los medios para la materialización de la voluntad concreta de la ley, o pudiéramos decir, con SACRISTÁN, que son su secuencia, pues la ley se crea, y como parte de su naturaleza establece una secuencia —jurisdiccional y procesal— para su tutela. El mismo autor en diversa parte de su obra sostiene:

*“A través de los jueces es por el único cauce por el que se obtiene la tutela efectiva. ...quien se siente perturbado en su derecho tiene un único medio tutelador a través del cauce jurisdiccional. Se convierte al Juez, así, en guardián de la norma y cuyo compromiso de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado alcanza caracteres subliminales para adentrarse en otro mundo que es tangencial con el derecho. Estamos refiriéndonos a la ética, a la deontología, el arte de juzgar, a la equidad. Todas las virtudes —u obligaciones morales— que no son cuestiones estrictamente técnico-jurídicas”.*⁵⁸

Desde luego el autor reconoce en su obra que la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental recogido en el artículo 24 de la Constitución Española, y además en las diversas constituciones de los países. En esencia diremos que desde el punto de vista lato, la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental garantizado por las Constituciones (y tratados internacionales) que establece a los particulares el acceso a la justicia como medio efectivo de tutela o actuación de sus derechos y que en su contenido sustancial se reflejan los elementos sustanciales para el debido ejercicio de los derechos sustantivos a través del respectivo proceso. Y como lo sostiene ROBERTO OMAR BERIZONCE en su sentido lato la tutela judicial efectiva se comprende al menos de lo que en el siguiente párrafo nos comenta:

De las resultas combinadas de tales preceptos se deriva que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comprende, al menos y no taxativamente: (i) el debido proceso, como oportunidad de ser oído y probar en el contradictorio, en cualquier proceso, para la determinación de los derechos y obligaciones del orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; (ii) el libre e irrestricto acceso a la jurisdicción, enfatizado cuando están en juego derechos de tutela preferente; (iii) las debidas garantías del

⁵⁸ Óp. Cit. p 39.

procedimiento, que incluye la operancia del contradictorio de todas sus facetas, instancias, y procedimientos, y también las garantías de igualdad efectiva que conduce a la igualación en concreto de las partes, cuando se controvierten derechos de tutela preferente; (iv) una sentencia “intrínsecamente” justa, sustentada en la verdad jurídico-objetiva y no tributaria de un excesivo rigor formal; (v) y dictada dentro de un plazo razonable; (vi) la ejecución efectiva de la sentencia para remover la resistencia del obligado, y (vi) las medidas cautelares, urgentes y anticipatorias necesarias, sean para asegurar el cumplimiento de la sentencia, sea como decisión provisional anticipada de merito.”⁵⁹

2.4. LOS CRITERIOS DESESTIMATORIOS DE AGRAVIOS Y LA VULNERACIÓN A LOS OBJETOS DIRECTO E INDIRECTO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En el primer capítulo se ha expuesto el problema que en materia de expresión de agravios, se genera con la conducta de los Tribunales de Alzada al hacer uso de criterios (en materia de agravios y de conceptos de violación), creados específicamente para desestimar agravios por defectos en su expresión. Para nosotros resulta claro que la creación de tesis y su aplicación para desestimar los agravios por motivos tales como que esos agravios (o conceptos de violación) expresados resultan “insuficientes”, “inoperantes”, “infundados”, “inatendibles”, “defectuosos”, “improcedentes”, “imprecisos”, “oscuros”, “irregulares”, “fundados pero insuficientes”, “faltos de forma”; y otras denominaciones conceptuales que se han confeccionado para no tomar en consideración o desechar en todo o en parte los recursos interpuestos por los litigantes, implica que los dos primordiales motivos de existencia de los Tribunales sean desatendidos y violentados, lo que conlleva a una evidente vulneración a la tutela judicial efectiva. Por un lado la utilización de esos criterios en las sentencias (de las cuales también se expusieron ejemplos reales) implica que se omita, en todo o en parte, estudiar el fondo o el procedimiento llevado a cabo por el tribunal A Quo, y ello conlleva a que se debiliten los mecanismos que aseguran la correcta

⁵⁹ BERIZONCE, Roberto Omar. *Tutelas Procesales Diferenciadas*. 1ª Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 2009. Pp 21 y 22.

aplicación e interpretación de la voluntad de la ley a la luz de los actos procesales, pues si bien dicha aplicación e interpretación ha sido llevada a cabo por la primera instancia, no se realiza debidamente por la segunda instancia, por el tribunal superior, al que en forma unitaria o colegiada, le fue otorgado el poder de confirmar, modificar o revocar resoluciones como parte de un sistema que procura al máximo evitar el error o ilegalidad derivados de la falibilidad y naturaleza humana, según se vera al hablar sobre los medios de impugnación y finalidad de los Tribunales.

De esta forma si hemos visto que la ley tiene como principal característica que la distingue de otras su coercitividad, ésta se ve trasgredida con la aplicación de los criterios jurisprudenciales de que hablamos. La norma jurídica hemos dicho que mediante la coercitividad procura aplicar su voluntad, para ello se crean los Tribunales, pero éstos, para dar mayor certeza del cumplimiento de la voluntad de la ley, se estructuran de tal manera que se crea una segunda instancia que revisa la correcta aplicación de la voluntad de la ley, además de la legalidad del procedimiento seguido. Pero dejar de analizar los agravios desestimándolo en todo o en parte el recurso, implica indudablemente falta del ejercicio de la jurisdicción de alzada, y ello incide directamente en la aplicación de toda la estructura jurisdiccional creada para asegurar su mayor medida la aplicación de la correcta voluntad de la ley. Como se vera adelante el acceso a la segunda instancia es considerado un derecho protegido por la tutela judicial efectiva, pero ese acceso debe ser pleno, deben evitarse los formalismos que desnaturalicen e impidan el normal ejercicio de la función jurisdiccional de alzada, lo que se considera mayormente violentado si el recurso se encuentra establecido, y si las formalidades no se desprenden de la letra de la ley (esto será ampliamente visto en los puntos de esta tesis relativos a los formalismos en la admisión de la demanda, *iure novit curia*, la tutela del derecho sustantivo como finalidad deontológica de los Tribunales Mexicanos, y el derecho a la revisión integral de la sentencia por la Alzada como requisito de la Tutela Judicial Efectiva)

De esta forma es en primer término la voluntad de la ley la deja de procurarse en toda su amplitud con la ilegal conducta apuntada. Si mediante la segunda instancia se procura eliminar al máximo el error o incluso la aplicación o interpretación dolosa del tribunal de primar instancia, el hacer uso de criterios que por formalismos permiten dejar de aplicar su función a la Superioridad, evidentemente perjudica a la voluntad concreta de la ley, que no encuentra confirmación, modificación o revocación por el Órgano que fue creado y facultado para hacerlo, de ahí que el sentido estricto de la tutela judicial efectiva, el debido y exacto cumplimiento de la voluntad concreta de la ley, encuentra un aspecto de vulneración, por dejar de hacer uso de todos los mecanismos creados para la mejor aplicación e interpretación de la ley, o sea, la jurisdicción conferida al Tribunal Superior o Alzada.

Por otra parte se impide a los particulares el acceso pleno a la justicia, el sentido lato de la tutela judicial efectiva, pues resulta claro que al dejar de ejercerse total o parcialmente la función jurisdiccional de revisión de fallos por dichos formalismos, se repercute en la esfera jurídica de las partes, especialmente de aquella parte a quien le son aplicados los criterios precisados en el primer capítulo de esta tesis, pues los posibles errores o aplicación dolosa de la ley no son revisados y declarados, aumentándose la posibilidad de que no se aplique debidamente la voluntad de la ley, y con ello se impida al particular acceder a la consecuencia que el derecho le asegura o protege, lo que desde luego implica la injusticia, la falta de cumplimiento de la voluntad legal, la negación a una o varias partes a lo que tiene derecho para que les sea dado, hecho o no hecho; y esto es la evidente antítesis de la función que debe realizar y garantizar el Poder Judicial específicamente en la función jurisdiccional ejercida en la segunda instancia.

CAPÍTULO TERCERO

LOS PRESUPUESTOS DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Y SU RELACIÓN CON EL PROBLEMA EXISTENTE EN LA EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

3.1 LOS PRESUPUESTOS DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Si de lo hasta aquí dicho podemos comprender el contenido esencial de la tutela judicial efectiva, esto es, sus finalidades stricto y lato sensu; ahora es preciso destacar que en nuestro sistema jurídico existen diversos presupuestos que han de cumplirse para lograr la actuación de la voluntad de la ley. No es para nadie ignorado que corresponde al Juez (Poder Judicial) tutelar las leyes, aplicar esa voluntad de la ley presuntamente violentada, a un caso concreto puesto a su conocimiento. Desde luego que pudiéramos sostener que corresponde a la Teoría General del Proceso (Ciencia Procesal) el análisis de los presupuestos necesarios para la actuación de la función jurisdiccional, y que por tanto son presupuestos indispensables para la tutela legal, la amplia gama de instituciones y temas procesales estudiados por dicha teoría procesal; a lo que podría añadirse que también se encuentra plasmado en los diversos códigos de rito.⁶⁰

Pero si bien es necesario que en aras de ofrecer mayor seguridad jurídica a los gobernados, se encuentren plasmadas en dichos códigos las reglas esenciales para el desenvolvimiento legal del proceso, por cuestión metodológica sólo analizaremos aquellas que consideramos forman parte de los presupuestos de la tutela judicial efectiva. Estas son la pretensión, la acción, la jurisdicción y el proceso⁶¹, los cuales estrecha relación con la tutela judicial efectiva, pues

⁶⁰ Se utiliza la expresión “Código de Rito” como sinónimo de “Código de Procedimientos”, esto debido a que en éstos se plasman los ritos o rituales del proceso, como referencia de tales usos véase: PICARDI, Nicola. *La Jurisdicción en el Alba del Tercer Milenio*. 1ª Ed. Comunitas. Lima. 2009. p 12.

⁶¹ En concordancia con lo dicho en este punto, el proceso será analizado como institución jurídica compuesta por diversos actos y procedimientos, tendientes a la obtención de la tutela legal, omitiéndose el análisis particular de cada uno de esos actos y procedimientos que integran la figura del proceso legal.

constituyen los medios directos para tutelar la ley, son las formas creadas por el derecho para hacerse efectivo, y en torno a ellas pueden catalogarse y clasificarse procesalmente la teoría creada sobre la tutela judicial efectiva.

3.2 LA PRETENSIÓN

Sería impropio sostener que: un presupuesto necesario para la instauración de un proceso en el que pueda tutelarse la ley, es la existencia de un derecho violentado. Postular tal aseveración, es como asegurar que la violación de la ley, es indispensable para que el titular del derecho violentado acuda ante el órgano jurisdiccional; para ello deberían de existir mecanismos que permitieran conocer con certeza ¿cuándo la ley ha sido trasgredida?, quizás se requeriría de un procedimiento prejudicial de índole declarativo. Pero desde luego tales argumentaciones no son propias de la teoría del proceso. Si así fuera y existiera una certeza en la violación del derecho, todas las sentencias de los juicios declararían la reparación de la norma (como objeto directo de la tutela judicial), y se limitarían a declarar la medida exacta de la procedencia de las pretensiones del accionante (como el objeto indirecto); por lo tanto en un imaginario de tal tipo, el demandado jamás podría tener una sentencia completamente absolutoria, pues si acaso existiese absolución sería respecto de la medida de las pretensiones⁶², dicho de otra manera, si ya se encontrara pre declarada la existencia de un derecho violentado, solo tendría que determinar el Juzgador, la forma de reparar la ley, dentro de la esfera de derechos del actor, por cuanto a esto, podemos citar como apoyo las palabras expresadas por ALBERTO HINOSTROZA MÍNGUEZ: *“Insistimos en que si bien toda demanda cuenta con una pretensión, ello no quiere decir que la razón –de hecho o de derecho- tenga que ser auténtica y gozar de*

⁶² Aunque es prudente aclarar que tratándose de supuestos hipotéticos, podríamos integrar posturas intermedias, o incluso, que desacrediten la afirmación de que no sería posible una absolución integral; pues simplemente piénsese que en un sistema como el imaginado, se declare la existencia prejudicial de un derecho, que luego en juicio se decrete prescrito, con ello caería devastada la aseveración antes realizada; pero por eso, y sólo con fines ilustrativos que permitan aclarar lo que es la pretensión, es por lo que se realiza tal supuesto de índole hipotético.

*eficacia o legitimidad, pues esto implicaría que en todos los casos los fallos pronunciados sean favorables al demandante*⁶³. Si bien la norma en su contenido pretende ser coactiva una vez que sus supuestos se actualizan, ella misma es incapaz de hacerlo; por un lado es abstracta y general, y sólo personalizada puede generarse su coactividad, alguien ocupa creer que el contenido normativo se ha particularizado en su esfera jurídica, y pretender —“querer” “reclamar”— sean actualizadas las consecuencias normativas; por otro lado la Ley ocupa un impulso que la coloque ante la propia institución encargada de vigilar el cumplimiento de la palabra de la ley (institución creada por el propio sistema normativo) “el Juez”.

Existen quienes han distinguido de entre la pretensión material de la procesal, siendo la primera la que se tiene cuando alguien cree se han actualizado la hipótesis normativa, la cual puede ser incluso satisfecha voluntariamente; y por otro lado la procesal surge cuando esas pretensiones o reclamos legales son llevados ante la potestad jurisdiccional. Tal es el caso de MONROY GÁLVEZ, quien además expresa casi acertadamente:

*“Al ser abstracto, el derecho de acción carece de existencia material: es solo un impulso de exigir tutela jurisdiccional al Estado. Sin embargo, es cierto también que realizamos tal actividad cuando tenemos una exigencia material y concreta respecto de otra persona o de otro sujeto de derechos, es decir, cuando tenemos un interés con relevancia jurídica respecto de un bien tutelado, que es resistido por otro. El acto de exigir algo —que debe tener por cierto la cualidad de caso justiciable, es decir, relevancia jurídica— a otro, antes del inicio de un proceso se denomina pretensión material. ...pretensión procesal, la que no es otra cosa que la manifestación de la voluntad por la que un sujeto de derechos exige algo a otro a través del Estado, concretamente utilizando sus órganos especializados en la solución de conflictos, llamados también jurisdiccionales”.*⁶⁴

Desde luego que no pretendemos hacer notar las inconsistencias del autor, como el hecho de confundirse al hablar del derecho de acción como si fuera el

⁶³ HINOSTRA Mínguez, Alberto. *Las Excepciones en el Proceso Civil*. 4ª Ed. Jurista Editores. Lima, Perú. 2010. p 18.

⁶⁴ MONROY Gálvez, Juan F. *Teoría General del Proceso. Biblioteca de Derecho Procesal. #6*. 3ª Ed. Communitas. Lima. 2009. Pp 498 y 500.

derecho sustantivo propiamente dicho, pero ello es debido a que no trata el tema con la profundidad, y siguiendo como línea o guía de acción una teoría de la tutela jurisdiccional, como nosotros lo hemos pretendido hacer a lo largo de estas páginas; y, sin embargo son certeras sus demás palabras.

Así las cosas, un presupuesto para el ejercicio de la acción, y para el propio ejercicio de la función jurisdiccional, es “*la pretensión*”,⁶⁵ la cual supone: —no la existencia propia de un derecho violentado— un ligamen entre el derecho subjetivo de todo ciudadano para que le sea impartida justicia, el particular derecho de acción ejercido por ese ciudadano mediante una determinada demanda, y el derecho objeto del juicio; y esa liga, consiste, precisamente, en la pretensión, que podemos empezar identificándola como un tipo de creencia, suposición, o manifestación de la voluntad, emitida por el actor, sobre la existencia aparente de reclamos tutelados legalmente, que tiene contra otra determinada persona (demandado), y para lo cual por la negación de la autotutela, acude ante otra persona dotado de poder jurisdiccional (juez), en vía de heterocomposición judicial; la pretensión implica siempre un principio de pleito, una disconformidad o desacuerdo, la creencia de la parte actora de que puede exigir la tutela de algún derecho cuya reparación se vea reflejada en su esfera jurídica; a su vez, implica la existencia de otra persona (demandado) a quien se le atribuye la trasgresión a la voluntad de la ley, o la obligación de asumir las consecuencias previstas por la norma.⁶⁶ Por tanto supone la preexistencia de un principio bélico entre dos personas, de ahí el derecho de contradicción. Así para FRANCESCO CARNELUTTI:

“también ésta es una palabra que los juristas emplean desde hace largo tiempo, aunque es más reciente su precisión como exigencia de la subordinación del interés

⁶⁵ Aunque existen autores que tratan a la pretensión como un elemento de la acción, lo cual a nuestro parecer confirma nuestra postura, pues si es elemento de la acción, es entonces indispensable para la tutela judicial efectiva; véase: ALCALA-Zamora, Niceto. *Estudios de Teoría e Historia del Proceso*. Vol. 3. 1ª Ed. Editorial Jurídica Universitaria. México. 2001. Número 3.5.5.3. p 115.

⁶⁶ Así tenemos que si los hijos menores, incapacitados, los empleados al servicio del Estado, etc., causan daños, la trasgresión a la norma es atribuida a estos, y la obligación de asumir corresponderá a terceros, como al padre o al Estado.

*ajeno al interés propio. La misma palabra, en su valor semántico (de prae-tendo), sugiere la idea de una tensión, como de quien quiere seguir adelante a pesar de los obstáculos”.*⁶⁷

Esta palabra según COUTURE, es: *“Atribución de un derecho por parte de alguien que, invocándolo, pide que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica”*⁶⁸; y sigue sosteniendo el autor que deriva: *“Del francés pretensión, formado en el siglo XVI para servir de sustantivo verbal al verbo prétendre, procedente del latín praetendo, -ere “tener delante de sí”, y en el sentido abstracto “aducir, pretender”.*⁶⁹ De estas anteriores palabras se infiere que la pretensión deriva de pretender, aunque no sea diga expresamente, es fácil comprender que una persona por más que la Constitución le otorgue la garantía de acceder a la Justicia, o a la tutela judicial efectiva, el ejercicio del derecho de acción se encuentra condicionado a una pretensión, a la existencia de exigencias o reclamos de una persona contra otra, y desde luego a la idea de que la reparación de esas exigencias, pueden ser derivadas de la tutela de uno o varios derechos de los que el actor asegura estar legitimado ad causam y ad processum.

No se habla de que exista un derecho violentado, sino de la creencia de que existe: la pretensión no implica certeza, sino creencia firme, intención. Esta es la fórmula que se ha creado para no caer en el error de exigir para la iniciación del proceso, la existencia de un derecho sustantivo trasgredido efectivamente, lo que implicaría prejuzgar sobre esa supuesta existencia; por ello sólo se exige que se tenga la creencia firme de que se puede exigir un dar, hacer o no hacer en contra de otro, derivado de un presunto derecho anexado a la esfera jurídica del actor del que se solicita su tutela. Como el derecho es abstracto y general, se dirige a reglamentar la vida de todos, cuando alguien determinado cree que las consecuencias de una norma se han materializado y que han alcanzado su esfera

⁶⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*. Biblioteca Clásicos del Derecho. Tomo 4. 1ª Ed. Harla. México. 1997. p 40.

⁶⁸ COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*. 1ª Ed. Depalma. Buenos Aires. 1993. Locución “Pretensión”. P 473.

⁶⁹ Ídem.

jurídica, cuenta con una pretensión, el derecho no deja a los particulares la determinación sobre la configuración acontecida de los supuestos normativos; el sistema jurídico creado por el derecho permite que esa persona pueda creer que la norma se violentó, y (en la mayoría de los casos) le deja la aptitud para decidir o no acudir al Juez, pero como la correlación “pretensión-acción-jurisdicción-proceso” sirven para tutelar la ley, sólo pidiendo la reparación de un derecho que se piensa violentado, se puede acceder al sistema jurisdiccional; la pretensión es un requisito de acceso a la jurisdicción, y la medida de la tutela jurisdiccional.

ALVARO DE OLIVEIRA dice: *“El poder de exigir alguna prestación positiva o negativa se denomina pretensión”*.⁷⁰ Como se aprecia éste último autor asimila la pretensión al derecho subjetivo o potestativo derivado de la propia norma material de derecho, lo que en nuestro criterio no es lo adecuado, pues no se trata del poder de exigir, puesto que el poder latente se llama derecho subjetivo, y el poder ejercitado se denomina acción, en tanto que la pretensión a nuestro criterio, da sentido a esa facultad latente o ejercitada, es el contenido de la misma, como bien lo dice CARNELUTTI atrás citado: *“la subordinación de un derecho ajeno al propio”*, y el derecho propio a que se refiere CARNELUTTI, no es la norma, sino la sustancia derivada de ella y puesta en un plano social, o dicho de otro modo, los objetos que se reclaman, a diferencia de la *causa petendi*;⁷¹ aunque no se equivoca el citado autor cuando sigue manifestando en la obra:

“El ejercicio de la pretensión puede, eventualmente generar efectos materiales, como la constitución en mora, pero sin otras consecuencias, ya que el cumplimiento de la obligación depende exclusivamente de la voluntad del obligado. Si no hay colaboración del obligado, a pesar del ejercicio extrajudicial de la pretensión material, o en cualquier otra

⁷⁰ ALVARO De Oliveira, Carlos Alberto. *Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional*. Biblioteca de Derecho Procesal. 1ª Ed. Comunitas. Lima. 2008. P 31.

⁷¹ La causa Petendi son los hechos y derecho en que se funda la demanda, los diversos códigos adjetivos civiles establecen la necesidad de expresarlos (los primeros fijan la litis y son sustento de excepciones como la cosa juzgada, la litispendencia, etc.), aunque decir el derecho no es indispensable, pues debe conocerlo y aplicarlo el Juez conforme al principio *iura novit curia*; de Pina define a la causa petendi como: Fundamento, de hecho y de derecho, de la pretensión formulada en la demanda judicial. DE PINA Rafael. *Diccionario de Derecho*. 6ª Ed. Porrúa. México. 1977. Voz: *Causa Petendi*. p 127.

*hipótesis donde el derecho material no produzca la eficacia efectos que le son propios, la única solución es el recurso a un tercero independiente, provisto de soberanía suficiente para imponer la solución adecuada, que parte del derecho material, pero que no se confunde con éste”.*⁷²

De esta manera la pretensión puede dirigirse directamente como un reclamo extrajudicial al contrario, por muchas vías no judiciales, tales como la directa realizada por el titular de esas pretensiones, o bien, por vías alternas tales como los medios alternos de solución de controversias, mediación, conciliación, amigable composición, arbitraje, etc.; pero la pretensión a que nos referimos aquí —la procesal—, es la que se realiza ante ese tercero con potestad soberana investido de poder jurisdiccional, el Juez. Con respecto hasta lo aquí apuntado, conviene citar el siguiente extracto de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación con número de Registro No. 180929:

“Como antecedente conviene puntualizar el contenido de la frase "pretensión deducida en el juicio" o petitum al tenor de lo siguiente: a) La causa puede ser una conducta omitida o realizada ilegalmente, o bien, el acto ilícito que desconoce o viola un derecho subjetivo que es motivo de la demanda y determina la condena que se solicita al Juez que declare en su sentencia, es decir, es la exigencia de subordinación del interés ajeno al propio; b) La pretensión o petitum es la manifestación de voluntad de quien afirma ser titular de un derecho y reclama su realización; c) El efecto jurídico perseguido o pretendido con la acción intentada y la tutela que se reclama; y, d) El porqué del petitum es la causa pretendida consistente en la razón y hechos que fundan la demanda.”

El actor comparece con su demanda y solicita la realización material de un derecho de parte del demandado, los códigos de procedimientos civiles establecen la necesidad de establecer lo que se pide. La pretensión no sólo se dirige a que la parte demandada pueda estar en aptitud de conocer los reclamos de su contraparte (eso es sólo una función), sino que además se dirige al Juez, quien debe resolver sobre las pretensiones, o peticiones, que se encuentren

⁷² Óp. Cit. p 32.

debidamente realizadas y sustentadas en los hechos, las pretensiones encuentran cabida en la sentencia: fundadas, infundadas, procedentes, improcedentes, concluyentes o no, siempre debe el Juez agotar su estudio en la sentencia, pues así lo exigen los principios procesales de exhaustividad y congruencia. El Código Federal del Procedimientos Civiles lo establece en su artículo 322, fracciones III y V; al igual lo hace el artículo 612 fracción IV, del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León. GOLDSCHMIDT, de una manera característica, habla sobre esto y lo hace en el siguiente sentido:

*“Entre los actos de obtención, aquellos con respecto a los cuales los demás están en una relación de finalidad, son las peticiones (solicitudes, instancias, demandas en sentido más amplio). Pueden definirse como requerimientos dirigidos al juez para que dicte una resolución de contenido determinado. Entre la petición de la parte y la resolución judicial existe una relación psicológica de causa y efecto o resultado, es decir, la motivación. El fin de la petición es siempre el logro de una resolución de contenido determinado. El resultado necesario es que el Juez resuelva sobre la petición, y el resultado posible (al cual se arriesga el solicitante) es que el juez deniegue la petición”.*⁷³

Esencialmente podemos decir que la pretensión no es en sí el derecho violado, sino los reclamos que la parte actora tiene contra el demandado, los que dice derivan de un derecho adjudicado a su esfera, y que alega fue trasgredido. HINOSTRA MÍNGUEZ sostiene: *“El análisis de la demanda en conjunto se aprecia la pretensión del actor como una finalidad concreta que espera alcanzar, esto es, el lineamiento que espera que se siga en la sentencia. Esa pretensión constituye el petitorio de la demanda. Es una manifestación de su interés y a la vez una declaración de voluntad”.*⁷⁴ ALCALÁ-ZAMORA por su parte sostiene:

“Dijimos más atrás ... que la pretensión era el cordón umbilical que unía a la acción con el derecho material en litigio” ... “En tercer término, así como la acción se opone a la reacción, frente a la pretensión se alza la contraposición,

⁷³ GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*. 1ª Ed. Editorial Obregón y Heredia, S. A. México. 1983. p 70.

⁷⁴ Óp. Cit. p 16.

*nombre que tomamos de Carnelutti, pero que utilizamos con significado diferente: mientras para nosotros la contraprestación expresa la actitud del demandado en contra de la pretensión del actor, para el profesor de Milán aquélla representa un pretensión de la contraparte, o sea, un pretensión reconvencional, como creemos que debiera llamarse”.*⁷⁵

De esta manera podemos establecer con mayor claridad que la pretensión implica una parte esencial de la acción, y que a la vez resulta ser muy importante en el aspecto indirecto de la tutela judicial efectiva, esto vista como garantía de permitir a lo particulares el acceso a tribunales que tutelen sus derechos. En este sentido GUIMARÃES RIBEIRO sostiene: *“Ontológicamente hablando, la acción procesal solo existe en ejercicio, en cuanto acto, y como ocurre con todos los actos humanos, también ella debe estar precedida de un motivo al que justifique su existencia, pues, como acto jurídico que es no escapa de ser considerada como un puro fenómeno social que en virtud de su trascendental importancia social puede ser considerada como el ejercicio de la justicia”.*⁷⁶ Es más, debe considerarse que se hace justicia al demandante, a través de la garantía de tutela judicial efectiva, mediante la declaración de procedencia de sus pretensiones. Por un lado el Juez determina que un derecho ha sido violentado y en ejercicio de su función jurisdiccional (como objeto directo de su función) ordena la tutela de tal derecho, pues dice: ha procedido la acción “X” intentada por el accionante, y al hablar de acción, no hace sino referirse al imperativo de la ley, a la voluntad de la ley que ahora se acciona en la sentencia; pero la declaración de que ha procedido la acción, no es suficiente para que se tenga por reparado el derecho en la esfera del gobernado, pues ese derecho ya no se encuentra en abstracción, sino particularizado en la esfera del demandante, por ello el Juez ordena que se repare el derecho específicamente afectando la esfera jurídica del demandado, y beneficiando la del actor, y es en esta dualidad cuando directamente se entiende realizada la voluntad de la ley, y bajo su manto se reparó el agravio sufrido en la

⁷⁵ Óp. Cit. p 82.

⁷⁶ GUIMARAES Ribeiro, Darci. *La Pretensión Procesal y La Tutela Judicial Efectiva, Hacia una Teoría Procesal del Derecho*. 1ª Ed. Bosch. España. 2004. p 118.

esfera del actor. Con respecto a la pretensión resultan muy clarificadoras las palabras de ARMIENTA CALDERÓN:

“De lo expuesto se desprende que en el terreno del derecho sustantivo, la pretensión se concreta en la exigencia de subordinación de un interés ajeno a un interés propio; exigencia que formula directamente el pretensor al titular del interés cuya subordinación se pretende; en cambio, esta manifestación de voluntad se transforma en pretensión procesal en cuanto se proyecta hacia el órgano jurisdiccional para que provea a su satisfacción, subordinado, en uso de sus facultades de imperio, al interés del pretensor.”

“Cabe, entonces, concluir que cuando trasladamos al proceso la pretensión material insatisfecha (resistida, discutida o simplemente necesitada —por mandato legal— de la tutela jurisdiccional) nos enfrentamos a una nueva figura jurídica”.⁷⁷

Con todo lo dicho nos queda claro que para los efectos de la tutela judicial efectiva, las pretensiones principales y accesorias del actor son presupuesto para el logro de esa tutela, tanto desde su punto de vista estricto, como lato. Ahora bien, en este punto conviene distinguir de la pretensión activa que hemos venido hablando, y que corresponde al actor o accionante de un juicio, y de la pretensión pasiva, que es propia del demandado, pues el demandado al igual que su contraparte, al momento de contestar la demanda tiene una pretensión generalmente contraria a la de su contrincante, pues pretende la absolución del juicio, la declaración parcial de procedencia de la acción, la condena en costas, o cualquier otra cosa que sea distinta a los reclamos principales de la demanda, de ahí que la pretensión pasiva casi generalmente consiste en la desestimación de las acciones reclamadas. A este respecto es conveniente citar las palabras de GUIMARÃES RIBEIRO quien acertadamente sostiene:

“La pretensión a la tutela jurídica, así como a la acción procesal, pertenece tanto al demandante que pone en movimiento la jurisdicción con la acción procesal, como al demandado que apenas se defiende y, aunque no ejercite acción alguna, con su

⁷⁷ ARMIENTA Calderón, Gonzalo M. *Teoría General del Proceso*. 2ª Ed. Porrúa. México 2006. p 202.

*presencia en juicio, exige también del Estado su tutela judicial mediante la desestimación de la acción material que el autor supuestamente dijo ser titular como bien demuestra el art. 30 del CPC Francés. ...Es por ello que también se prohíbe el desistimiento de la acción procesal sin oírse antes al demandado debidamente emplazado, porque según Ovidio B. Da Silva "En este caso la oposición del demandado coloca al Estado en el deber de prestar la misma actividad que la acción del actor provocó. Su discordancia con que el actor desista de la acción se traduce, por lo tanto, en una efectiva exigencia de la tutela jurisdiccional".*⁷⁸

En atención a las anteriores consideraciones resulta importante establecer el alcance que tiene la tutela judicial efectiva respecto de las pretensiones reclamadas, pues debemos preguntarnos: ¿qué sucede cuando el juicio no prosperó? por muy diversos motivos, como porque la contraparte acreditó sus excepciones y defensas, o porque el actor no justificó los extremos probatorios de su acción, o porque el juez aplicó incorrecta o erróneamente la acción, o si existe no sólo una tutela judicial efectiva y pretensiones activas, sino pasivas, por parte del demandado, o sea, si también a éste último le asiste la tutela judicial efectiva contradictoria o excepcional, o reconventional y si también se tutela la ley impidiendo que se decrete como violentada en juicio, o que pasaría si no se permite a las partes probar, si el juicio carece de las garantías esenciales del procedimiento, si no se otorga la garantía de audiencia, si como en el caso se impide el acceso a la segunda instancia, ya porque no existe legislado, o porque no se ejerza la función debidamente (aspecto en el que se centra esta tesis), o bien si la tutela del derecho se logra sólo con la tutela restauratoria, pero que pasa con la resarcitoria, y en general con los otros muy diversos tipos como la inhibitoria, cautelar, preventiva, difusa, colectiva, etc.; y algunas otras instrucciones que han sido previstas por Tribunales Internacionales, y que derivan de los Tratados Internacionales, que ahora deben ser respetadas por en nuestros Tribunales de conformidad con la reciente reforma al artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁷⁸ GUIMARAES Ribeiro, Darci. *La Pretensión Procesal y La Tutela Judicial Efectiva, Hacia una Teoría Procesal del Derecho*. 1ª Ed. Bosch. España. 2004. Pp 78 y 79.

En fin, algunos de estos puntos serán analizados posteriormente al estudio de los que hemos denominado presupuestos de la tutela judicial efectiva, por guardar relación directa con este trabajo, pues creemos que analizados tales elementos podremos comprender con mayor amplitud los problemas y soluciones adoptadas.

3.2.1 LA DESESTIMACIÓN DE AGRAVIOS POR DEFICIENCIAS, Y LA CORRELATIVA LESIÓN A LAS PRETENSIONES COMO PRESUPUESTO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Uno de los problemas que se materializan con la desestimación de los agravios por deficiente expresión, específicamente con la utilización de los criterios jurisprudenciales referidos en el primer capítulo de esta tesis, repercute directamente en el ámbito de las pretensiones. Puede deducirse ampliamente de lo expuesto en el punto que antecede, que las pretensiones activas y pasivas se derivan directamente de la voluntad de la ley, y aunque dijimos que la pretensión no necesariamente implica la existencia cierta de un derecho trasgredido, lo normal es que la ley se haya vulnerado y que por eso se genere la pretensión y el ejercicio de la acción a través de la demanda. Así partiendo del supuesto de que en el juicio existan pretensiones reales por violentación de normas legales, éstas representan la medida del acceso pleno a la jurisdicción que deberán ser declaradas en la sentencia, tanto de primera instancia, como en su caso, confirmadas, modificadas o revocadas en la segunda instancia, como un parámetro más certero de declaración de la voluntad expresa de la ley.

De esta forma el acceso pleno a la justicia sólo es efectivamente logrado cuando las pretensiones positivas o negativas del actor o del demandado — específicamente de la parte a quien asista la razón legal— son realizadas mediante la ejecución material de la voluntad de la ley decretada en la sentencia; de ahí que sí tanto la voluntad de la ley, como los efectos o alcances de dicha voluntad materializados en la declaración o medida de las pretensiones dictadas

en la sentencia, se ven vulneradas por la omisión del ejercicio debido de los mecanismos (existencia de la Segunda Instancias como procuración de la más precisa y exacta voluntad de la ley) creados para procurar el integró cumplimiento de la legalidad. El abandono del ejercicio de la función jurisdiccional de alzada por formalismos o errores en la expresión de agravios, repercute directamente en el goce de esa instancia, y ello se traduce en la posible afectación de las pretensiones de alguna o de ambas partes, además de trascender a su esfera individual o particular de derechos, pues se le limita el más exacto y cumplido acceso a los derechos materiales de dar, hacer o no hacer, a que tiene derecho y que no son reafirmados mediante una correcta revisión y declaración de confirmación, revocación, o modificación de la resolución, por indebida aplicación o interpretación de la voluntad de la ley, a la luz de lo demostrado en juicio.

La segunda instancia representa un mecanismo que pretende asegurar en mayor medida la declaración de la voluntad expresa de la ley en juicio, ya en materias como la penal es un requisito esencial para el debido proceso legal, pues si en esta materia no existiera reglamentada una segunda instancia, sería contrario a los derechos humanos. Aunque nosotros pensamos que la segunda instancia debe ser obligatoria en todos los procedimientos, se verá adelante en esta tesis, que en cualquier materia cuando existe reglada una segunda instancia, surge como derecho humano la necesidad de que el funcionamiento de la alzada sea eficaz, pues no basta la existencia del Tribunal Revisor, sino que su actuación debe ser tal que realmente otorgue la mayor garantía de aplicación de la exacta voluntad de la ley, y ante ello es necesario evitar cualquier tipo de formalidades o requisitos que vayan contra el debido ejercicio de la función jurisdiccional encomendada, o que contraríe el principio *pro actione*. Cualquier trasgresión a esto se considera una violación a los derechos humanos, como puede ser apreciado en el siguiente criterio:

DERECHO A UNA SEGUNDA INSTANCIA EN EL
PROCEDIMIENTO PENAL. SU OBJETO Y FIN CONFORME A LA
CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

(LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). De la interpretación sistemática de los artículos 415 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; 7., punto 6, 8., punto 2, inciso h), y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se advierte el derecho a una segunda instancia en el procedimiento penal, la cual se abrirá a petición de parte legítima para resolver sobre los agravios expresados al interponer el recurso o en la audiencia de vista, ya que si el ad quem omitiera estudiarlos o lo hiciera sólo en una parte, dejaría al quejoso en estado de indefensión y violaría sus derechos fundamentales previstos en los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En ese sentido, conforme al objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el derecho de recurrir el fallo es una garantía primordial que debe respetarse en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica; prerrogativa que no sólo se satisface con la existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante quien éste tenga acceso, sino que para que haya una verdadera revisión de la sentencia es preciso que aquél reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto; de ahí que todo recurso ordinario deba ser eficaz en la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias a derecho, y alcanzar los resultados para los cuales fue concebido en aras de proteger los derechos humanos.⁷⁹

Con esto queda claro que el abandono en el ejercicio de la función jurisdiccional por la segunda instancia, por deficiencias en la expresión de agravios, específicamente en lo relativo a la aplicación de criterios que exigen formalismos no derivados directamente de la expresión de la ley, implica la vulneración al aspecto de acceso pleno a la jurisdicción, por no garantizar a las partes del juicio que sus pretensiones activas o pasivas son las derivadas de la voluntad de la ley y de lo actuado en juicio, pues el mecanismo garantista de la exacta aplicación de dicha voluntad legal deja de realizarse y con ello se ve vulnerada la tutela judicial efectiva, con incidencia directa en las pretensiones de las partes, y en su debida y

⁷⁹ Época: Décima Época. Registro: 2000553. Instancia: NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO . Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Libro VII, Abril de 2012, Tomo 2. Materia(s): Constitucional. Tesis: I.9o.P. J/3 (10a.). Pág. 1370.

legal materialización, el simple desapego a la actividad jurisdiccional revisora por formalismos contrarios a la naturaleza del órgano, implica violación a los derechos humanos, y es en las pretensiones donde se ve reflejada finalmente esta violación, partiendo desde luego de la directa violación a la exacta aplicación de la voluntad de la ley.

3.3 LA ACCIÓN

Los Jueces se encuentran investidos de la facultad de aplicar el derecho coercitivamente, a esa facultad se le llama jurisdicción; pero el Juez no es un Justiciero, en nuestra época no se la pasa indagando dónde ha habido una violación legal para buscar la tutela de la ley; aunque es sabido que en otras épocas esa sí pudiera haber sido parte de la función de los Jueces —recuérdese simplemente la inquisición—. Por esto no puede un Juzgador de mutuo propio iniciar un proceso, aunque esté investido de esa facultad jurisdiccional, aunque esté obligado a impartir justicia, podríamos decir que tal como la ley, también su facultad es abstracta, pues requiere de un impulso que no le es propio, para poder hacer uso de sus facultades.⁸⁰ Los sistemas jurídicos como el nuestro, incluso el

⁸⁰ Piero Calamandrei, en su obra Derecho Procesal Civil, explica esto de la siguiente manera: *“Para comprender cuál es, en el proceso moderno, la función de la acción, no se puede descuidar otro aspecto fundamental, que sirve para integrar el concepto. Conforme se ha dicho el capítulo precedente acerca de la naturaleza pública del interés que mueve a la jurisdicción, se podría pensar que el Estado, para poner en ejercicio la justicia no tuviera necesidad de ser solicitado por el individuo que la invoca a favor propio: si el fin de la jurisdicción no es la defensa de los derechos subjetivos, sino, antes de todo, la exacta observancia del derecho objetivo, parecería natural que el Estado, aún dando al individuo la facultad de invocar justicia a favor propio cuando su derecho subjetivo apareciese sin satisfacer, no considerase, sin embargo, tal invocación como condición indispensable para poner en movimiento la jurisdicción; y atribuyese a los órganos judiciales un poder de iniciativa que permitiese a los mismos moverse de oficio, sin petición de parte, siempre que observasen una violación de derecho objetivo y considerasen poder proceder útilmente para restablecer su observancia. En realidad una jurisdicción sin acción, que el órgano juzgador podría ejercer por iniciativa propia sin esperar la petición proveniente de un sujeto diverso, sobran ejemplos en la historia; típico es, al respecto, el proceso penal inquisitorio de la época intermedia, en que el juez penal acumulaba en sí el oficio acusador, y que debía, por consiguiente, juzgar sobre una acusación promovida y sostenida por él mismo”. Realmente, en nuestro ordenamiento jurídico, lo mismo que en los de todos los estados civiles contemporáneos ..., la regla fundamental es que no se tiene jurisdicción sin acción; es decir, que la justicia no se mueve si no hay quien la solicite. . . .Una jurisdicción ejercida de oficio rechazaría, por una razón psicológica antes que jurídica, al concepto que modernamente nos hemos formado de la función del juez, el cual para conservarse imparcial, debe esperar a ser llamado y limitarse a hacer justicia a quien la pide: de*

common law, niegan al Juzgador la capacidad para iniciar un proceso y hacer uso discrecional de su facultad jurisdiccional, vamos a decir que le coaptan esas posibilidades. En su lugar esa potestad se le otorga a un tercero, el cual puede ser particular o incluso autoridad, pues en derecho privado es a los particulares a quien la ley faculta para dar marcha a la actividad jurisdiccional del juez, y en derecho público en muchos casos se les otorga a las autoridades ese derecho, como por ejemplo el ministerio público (pero no es la única autoridad que ejerce acción ante Tribunales); aunque si bien en el caso del particular se trata de un derecho subjetivo, o potestativo, no se puede decir lo mismo de las autoridades, quienes por virtud de sus funciones tienen la obligación de solicitar acción, o accionar, cuando se dan los requisitos objetivos señalados por las leyes; ellos no pueden nunca negarse a ejercitar una acción, cuándo se reúnen los supuestos que las diversas leyes señalan para que lo hagan; pues no deben desconocer un mandato de ley, sería delictivo.

Es de explorado derecho que eminentes procesalistas han expuesto teorías encontradas sobre la naturaleza de la acción,⁸¹ y hay quien incluso (recientemente) ha pretendido sostener que la naturaleza de la acción es ser un derecho constitucional,⁸² por cuanto a esto podemos citar las palabras de MONROY GÁLVEZ, quien para justificar la naturaleza constitucional de la acción sostiene lo siguiente:

“En nuestra opinión, la naturaleza jurídica de las categorías esenciales básicas, como el derecho de acción, suele nutrirse de las exigencias humanas de un momento históricamente determinado. Con tal premisa, nos parece que el derecho procesal contemporáneo se encuentra severamente influido por la necesidad de hacer efectivos los

suerte que, si nos dijeran que un magistrado, sin ser solicitado por nadie, se ha puesto en un viaje para ir en busca de entuertos para enderezar, nos sentiríamos llevados a considerarlo, mas bien que como un héroe de la justicia, como un monomaniaco peligroso, del tipo de Don Quijote o del legendario zapatero de Messina. CALAMANDREI, Piero. Derecho Procesal Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho. Tomo 2. 1ª Ed. Harla. México. 1997. Pp 40, 41.

⁸¹ Chioventa, Carnelutti, Rocco, Devis Echandía, Alcalá-Zamora, Savigny, Kholer, Calamandrei, Couture, Alsina, Goldschmidt, etc.

⁸² Véase Hinostra Mínguez, Alberto. Óp. Cit. p 34.

derechos constitucionales. Todos los acontecimientos políticos de los últimos cincuenta años confirman la tesis de que el bienestar y la grandeza de una sociedad sólo se logran cuando los derechos de los ciudadanos están garantizados respecto de la arbitrariedad de quien o quienes ejercen el poder. En este contexto, los derechos que aseguren a toda persona la oportunidad de exigir la eficacia de sus derechos materiales tienen una importancia esencial, por tanto, deben tener un reconocimiento constitucional.

Esta influencia del derecho constitucional en el derecho procesal, que es recíproca –el derecho constitucional también está afectado por el derecho procesal- ha determinado que la naturaleza de las instituciones procesales básicas pueda ser explicada a partir de su esencia constitucional.

En tal consideración, nos parece que el derecho de acción es aquel derecho de naturaleza constitucional, inherente a todo sujeto –en cuanto es expresión esencial de éste- que lo faculta a exigir al Estado tutela jurisdiccional para un caso concreto”⁸³.

Estas posturas que conciben la naturaleza de la acción, e incluso las principales instituciones procesales como constitucionales, nos parecen equivocadas, y más bien derivadas del uso de una simple óptica o punto de vista, es decir, categorizadas dependiendo de su inclusión o no en las constituciones, lo que consideramos erróneo, por desconocimiento propio del deber ser de la existencia procesal de la acción; también podríamos decir que el derecho de acción tiene una naturaleza jurídica, dependiendo si se encuentra o no incluido en determinado sistema de derecho, o que es un derecho humano, dependiendo si se encuentra reconocido como tal en los tratados sobre la materia, o que es un derecho supranacional, por estar reconocido en tratados internacionales, etc. No es que no sea un derecho constitucionalmente protegido, pues se encuentra reconocido en las leyes supremas, incluso en los tratados internacionales, pero una afirmación de tal magnitud, no puede sino ser una simple clasificación o conceptualización inherente al lugar donde se encuentre inserto el reconocimiento del derecho de acción. Pero definir éste derecho como constitucional no es

⁸³ MONROY Gálvez, Juan F. *Teoría General del Proceso*. 3ª Ed. Communitas. Lima Perú. 2009. Pp 496, 497.

atender a su naturaleza, no es científico, es como pretender desprenderlo del estudio de la ciencia procesal. Es retrogrado; inconveniente, y simplista. Es como decir que la naturaleza del derecho a la vida, o a la libertad, es ser constitucional, lo que desde luego a luces deviene impropio. Pues de esta manera todo derecho reconocido o recogido por una Constitución sería de naturaleza constitucional. Nosotros incluso sostenemos que el propio derecho a la Tutela Judicial Efectiva, Acceso a la Justicia, Derecho a la Impartición de Justicia, si bien se encuentran reconocidos y garantidos en las constituciones, ello no implica que su naturaleza sea constitucional; al hablar de la naturaleza de algo (en derecho) necesariamente tenemos que partir de su conceptualización ius filosófica, de los fines propios de su concepción como institución jurídica, del porqué de su existencia en el ámbito del derecho. El derecho de acción no existe porque las constituciones en sí mismas lo hayan reconocido, sino porque fue incluido en ellas su tutela; éste derecho fue concebido con anterioridad a tales pactos, pero su protección ha sido necesaria en un estado de derecho neo constitucional.

Es preciso mencionar que esta aclaración se realiza sólo por lo evidentemente desproporcionado de esas opiniones, no por nada los eminentes procesalistas no hacían afirmaciones tan ligeras; sino que por el contrario, trataban de encontrar la naturaleza propia inherente a la institución, y si bien, existen opiniones diversas, todas ellas son serias, e invitan a la reflexión profunda.

Además decir que el derecho de acción es un derecho constitucional que corresponde a cada sujeto para exigir al Estado la tutela jurisdiccional, es confundir el derecho de acción, como una condición para el ejercicio de la jurisdicción, con la tutela judicial; el derecho de acción no es una facultad de exigir, es una condición o presupuesto para la tutela judicial efectiva, la constitución garantiza el acceso a los particulares a la justicia, a la impartición de justicia por Tribunales, pero no se agota la tutela judicial con la acción —es impensable—, no se puede confundir con exigir justicia, nosotros podemos ir a exigir justicia a un tribunal, y si no existe una pretensión, jurisdicción y proceso, o son erróneamente

planteados, no nos será impartida, la acción cuando es debidamente ejercitada, constituye una condición para que se acceda a los Tribunales, y pueda obtenerse la tutela jurisdiccional, la cual puede no ser obtenida aún y cuando se ejercite el derecho de acción, por ello no podemos asimilar el derecho de acción y la tutela judicial, aquel es la chispa que enciende la maquinaria judicial; y la tutela jurisdiccional sí es garantizada por la constitución, pero para ello se crean Tribunales, se otorgan facultades, se inviste a funcionarios con ellas, se crean una serie de instituciones, y no por ello diríamos que todo esto es el derecho de acción, o la tutela judicial efectiva. Es simplemente una confusión y una inconveniente manera de conceptualizar el derecho de acción. A este respecto cabe citar el estudio realizado por MARÍA INMACULADA SÁNCHEZ BARRIOS, denominado “La Acción Como Derecho a la Tutela Judicial Efectiva”, en el que habla del derecho de acción y lo trata como un derecho de acceso a la jurisdicción, quien citando a BUJOSA VALLE expresa que: *“Es un derecho dirigido al Estado que hace surgir la obligación para el órgano jurisdiccional de poner en marcha su actividad y de dar lugar a una resolución jurídicamente fundada”*.⁸⁴ Como se aprecia al hablar de un derecho dirigido al Estado se hace referencia a una actividad que da inicio al proceso jurisdiccional, que impone la condición para que el Juez haga uso de sus facultades, se dirige al Estado porqué en un sistema en el que se prohíbe a los particulares la autotutela, entonces surge la obligación al ente estatal de impartir justicia, y sólo lo hace cuando la parte legítima ejercita el derecho de acción, por eso la citada autora lo considera un derecho de acceso a la jurisdicción, a la tutela judicial efectiva-lato sensu-.

En esta tesitura, no pretendemos en este trabajo analizar la naturaleza del derecho de acción, sino sólo definirlo (aunque es claro que en las definiciones dadas por los procesalistas que serán citados, aparece inmersa su teoría), comprenderlo, porque lo que realmente nos interesa es hacer una conexión de la acción con la tutela judicial efectiva como un presupuesto de ésta, pues veremos

⁸⁴ SÁNCHEZ Barrios, María Inmaculada. *La Acción Como Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*. Justicia: Revista de Derecho Procesal. Tomos 1-2/2010. p 172.

que aquí encuentra contrapuntos el objeto directo de la tutela judicial efectiva, aquí la coercibilidad e imperatividad del derecho, depende no de la propia naturaleza jurídica de la ley, sino de la potestad o subjetividad de un tercero, se subordina, aún en derecho público, a la inicial actividad por parte de sujetos de derecho.

La acción podemos inicialmente identificada como una facultad que la ley otorga a un sujeto de derecho, para acudir ante la jurisdicción del juez pidiéndole inicie un proceso contra otro sujeto de derecho. Pero es preciso también distinguir entre el derecho subjetivo que se tiene para solicitar la reparación de un derecho, y la acción propiamente dicha. Y para hacerlo, no encontramos mejores palabras que las que ya nosotros mismos expresamos atrás en este trabajo: el poder latente (de acudir ante el Juez) se llama derecho subjetivo, y el poder ejercitado se denomina acción. Como sujetos de derecho tenemos un poder latente, de solicitar a la autoridad la reparación de nuestros derechos, ello es un derecho subjetivo, esto implica que podemos decidir o no, proveer la satisfacción jurídico coactiva de nuestros derechos, el derecho subjetivo se deriva de la norma; pero cuando ese poder latente, potestativo, inherente a la voluntad propia de un sujeto jurídico, se ejercita y se aparece ante el Juez mediante una demanda, etc., se denomina derecho de acción, es el derecho ya no latente, sino ejercitado, la acción es el acto mismo de acudir ante el Juez haciéndole posible la condición para que aplique su facultad jurisdiccional. Existe una teoría que categoriza a la acción como un derecho subjetivo público,⁸⁵ y aunque no nos resulta oportuno ahora tratar de desacreditarla, si viene al caso establecer que el derecho subjetivo público, sólo es subjetivo mientras se encuentre latente, y sólo es acción cuando se ha ejercitado. La acción implica actividad, acudir ante el Juez; sostener que la acción es un derecho subjetivo es confundir su naturaleza. La acción es: la actuación de un sujeto de derecho que da inicio a la jurisdicción y proceso. Ciertamente podríamos decir que el ejercicio del derecho de acción si es subjetivo o potestativo. Pero la acción sólo es tal cuando se ejercita.

⁸⁵ Expuesta por Muther, Wach, Kisch.

Para definir la acción, y tratar de hacer comprender a un estudiante de derecho parte de su naturaleza, sí es factible sostener que la acción es un derecho subjetivo público de dar vida a la condición para la actuación de la ley mediante la jurisdicción. Pero para nosotros eso no sería el derecho de acción, sino la “*facultad*” de ejercitar el derecho de acción. Esa misma definición acortada un poco diciendo que la acción es: “el *ejercicio* de la condición para la actuación de la ley mediante la jurisdicción”,⁸⁶ nos parece más acertado para una definición. Por lo tanto conceptualizar a la acción como el propio derecho subjetivo, como facultad o potestad, como derecho constitucional, público, o procesal, es sólo señalar algunas de sus características; las cuales ni siquiera son generales, porque hay acciones no potestativas, sino obligatorias. Lo correcto es a nuestro parecer lo que hemos precisado con antelación.

La acción se ejercita en derecho civil mediante la demanda, pero como ya se ha venido expresando existen presupuestos que deben existir para que la ley pueda ser tutelada y consecuentemente con ello se imparta justicia: la pretensión, la acción, la jurisdicción y el proceso son esos presupuestos; y en torno a ellos gira y se desenvuelve la Tutela Judicial Efectiva.

Para CLARIA OLMEDO: “*la acción procesal es el poder de presentar, y mantener ante el órgano jurisdiccional una pretensión jurídica, postulando una decisión sobre su fundamento, y en su caso la ejecución de lo resuelto*”,⁸⁷ esta definición es muy completa, pero como ya se mencionó para nosotros el poder de que habla el autor es el derecho subjetivo, en tanto que la acción es en sí el acto (actuar) de promover la demanda ajustado a derecho, pues ello implica la condición necesaria para que el juzgador utilice su jurisdicción y tutele la ley.

⁸⁶ Esa condición es la presentación de la demanda, querrela, denuncia, etc.

⁸⁷ CLARIA Olmedo, Jorge A. *Derecho Procesal*. 1ª Ed. Depalma. Buenos Aires. 1983. p 300.

Algo semejante (aunque no del todo idéntico) expone OVALLE FAVELA, en el siguiente comentario, emitido precisamente en torno a la definición de CLARIA OLMEDO:

*No obstante, conviene aclarar que la acción no es sólo un poder, una potestad, una facultad o una posibilidad jurídica. Estimamos, de acuerdo con el pensamiento de Liebman, que la acción es un verdadero derecho subjetivo procesal, pues si bien confiere a la parte actora la facultad de promover la actividad del órgano jurisdiccional para que, seguido el proceso correspondiente, emita una sentencia sobre la pretensión expresada en la demanda o en la acusación, también impone al órgano jurisdiccional, cuando la acción cumple con los requisitos o las condiciones legales, el deber de dar trámite a la demanda o a la acusación, de llamar a juicio a la contraparte, de cumplir con los actos del proceso, de dictar la sentencia y, en su caso de ordenar su ejecución”.*⁸⁸

Desde luego que OVALLE FAVELA trata a la acción como un derecho subjetivo procesal, con lo que quiere sostener que es un presupuesto del proceso, es lo que activa el proceso, pero es más que eso, el proceso existe ya, los códigos establecen al proceso con todas sus reglas y ritos, para regular la conducta del Juez y las partes, para dar seguridad jurídica, etc., el proceso ya existe y, quien lo dirige, quien navega entre sus diversas posibilidades a través de resoluciones judiciales, es el juez, de oficio o a instancia de parte (dependiendo si estamos en procesos inquisitivos o dispositivos), pero el Juez no puede hacer uso de él, el juzgador hace uso de las reglas procesales cuando una parte lo activa con la acción, cuando una parte inserta la llave en el cerrojo de su facultad jurisdiccional y la libera para que pueda hacer uso de ella, no podríamos decir que las diversas fases procesales expuestas por FAVELA son correctas, sólo piénsese en los procedimientos voluntarios, no se llama a ninguna contraparte, y sin embargo la ley en cierta medida sí se actúa o declara; pues se dictan sentencias declarativas, en ese tipo de procesos la facultad jurisdiccional del juzgador se dirige no a dirimir una controversia, sino a declarar un estado de derecho, a declarar la voluntad de

⁸⁸ OVALLE Favela, José. *Teoría General del Proceso*. 6ª Ed. Oxford. México. 2005. p 163.

la ley en aquellos casos en que no existe controversia, y también en esos casos se requiere de que el tercero (promovente) accione, inicie la actividad jurisdiccional del juez; de esta forma, reconociendo que la acción es el acto de activar la facultad jurisdiccional del juez, la teoría procesal es concordante con el procedimiento.

Don EDUARDO PALLARES clasifica las definiciones de la acción en cuatro grupos: las que establecen que la acción es un derecho público contra el Estado, para obtener mediante él la protección o tutela jurídica; las que ven a la acción como un derecho subjetivo del actor contra el demandado; otras que ven a la acción como una norma procesal; y las semejantes a CHIOVENDA, que consideran a la acción como un derecho autónomo, de carácter potestativo, sustancialmente diverso del derecho que protege.⁸⁹

De estas la que nos parece la más acertada, es la de CHIOVENDA, quien es el procesalista que nosotros más respetamos y seguimos, para él la acción es “*el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley*”⁹⁰; aunque debemos resaltar que aquí el gran maestro hacía referencia al derecho subjetivo, a la facultad potestativa, lo que según nosotros hemos expuesto ahora debe ser superado, pues la definición que se propuso arriba, es la misma de CHIOVENDA —porque es correcta—, pero tan sólo eliminaríamos la frase “el poder jurídico de dar vida a”, y en su defecto agregaríamos “el ejercicio de” para decir que la acción es “el ejercicio de *la condición para la actuación de la voluntad de la ley*”, aunque ello implicaría que la ley solamente puede ser actuada jurisdiccionalmente; por eso nosotros proponemos como definición más acertada que la acción es: “el *ejercicio* de la condición para la actuación de la ley mediante la jurisdicción”; o, “el ejercicio de la condición para el ejercicio de la facultad jurisdiccional como medio de tutelar los derechos”, esto como queda visto, permite integrar todo lo que hasta el momento hemos venido sosteniendo en esta

⁸⁹ PALLARES, Eduardo. *Tratado de las Acciones Civiles*. 7ª Ed. Porrúa. México 1997. p 29.

⁹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Cárdenas Editor y Distribuidor. 1ª Ed. México. 1989. p 26.

investigación, y desde luego cualquiera de las dos definiciones nos parece apropiada, pero ésta última, nos resulta *ad hoc*.

Como apoyo a lo que hemos sostenido, resulta oportuno citar las palabras de CIPRIANO GÓMEZ LARA, quien establece: *“Entendemos por acción el derecho, la potestad, la facultad o actividad, mediante la cual un sujeto de derecho provoca la función jurisdiccional”*;⁹¹ conforme a lo que hemos expuesto, a esta definición sólo le expusiéramos que incluye al derecho subjetivo “facultad” “potestad”, pero si la dejara solamente en “actividad” mediante la cual se provoca la función jurisdiccional, sería perfectamente concordante con nuestra forma de pensar, aunque quizá el autor no busco deslindar ese punto, pues creemos que de haberlo querido sí hubiera caído en el mismo razonamiento, lo que lo deducimos de la inclusión en su definición de la palabra “actividad”.

De una forma todavía más plausible podemos citar las palabras de ARELLANO GARCÍA, quien establece:

“...Cuando la acción se atribuye a la conducta humana, se hace alusión a una actitud dinámica en la que el sujeto realiza un hecho o un acto, es decir, provoca un acontecimiento en el mundo de la realidad que lo rodea, lo que puede dar lugar a una actitud en los demás. ...” “En la acción procesal interesa la conducta dinámica de una persona, física o moral, que originará la actuación del órgano con potestad para el desempeño de la función jurisdiccional. ...”

“Aceptamos que, mediante el derecho de acción se puede provocar la función jurisdiccional pero, consideramos que el hecho de ejercitar la acción es lo que provoca la función jurisdiccional. Por tanto, hemos de distinguir entre la acción que es el derecho de provocar la función jurisdiccional del hecho que consiste en ejercitar la acción que ya provoca la función jurisdiccional. En otros términos, una cosa es la acción y otra diferente es el ejercicio de la acción. Lo que provoca la actividad del órgano con función jurisdiccional no

⁹¹ GÓMEZ Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso. 10ª Ed. Oxford. México. 2010. p 95.

*es la tenencia del derecho de acción sino el ejercicio del derecho de la acción”.*⁹²

Desde luego lo único que le faltó al DR. ARELLANO, es simplemente diferenciar el derecho subjetivo, del derecho de acción, aunque sí es atinente cuando quiere dejar sentado que la acción es el ejercicio propio del derecho, la actividad. Pero lo que no nos parece es que hable de la tenencia del derecho de acción, y del ejercicio, como dos distintos derechos de acción o dos momentos; lo que puede ser fácilmente evitado sí el primer momento no se identifica con el derecho de acción, sino con el derecho subjetivo derivado de la norma, y el segundo, el ejercicio, la actividad propia de acudir al tribunal, como el derecho de acción.

Por su parte CALAMANDREI, sostiene:

*“La acción es, pues, empíricamente, no sólo la facultad de dar el primer impulso a la actividad del juez, que de otra forma permanecería inerte; sino que es, además, el poder de preparar por el juez la materia y el programa de su providencia. No se trata solamente de un impulso para poner en movimiento, en virtud del cual la justicia, superada la fase de inercia, quede después en libertad de seguir su camino; se trata de una constante colaboración, mediante la cual, durante todo el curso del proceso, el actor continúa señalando la ruta, a la cual el juzgador se debe atener”.*⁹³

Por cuanto a esto, sólo podemos decir que obviamente no pensamos como PIERO CALAMANDREI, sobre el hecho de que la acción es una constante colaboración durante el proceso, ni que sea el actor quien señale la ruta del juez, por muy obvias razones.

⁹² ARELLANO García, Carlos. Teoría General del Proceso. 18ª Ed. Porrúa. México. 2010. Pp 233, 239 y 240.

⁹³ CALAMANDREI, Piero. *Derecho Procesal Civil*. Biblioteca Clásicos del Derecho. Tomo 2. 1ª Ed. Harla. México. 1997. p 42.

3.3.1 EL DERECHO DE ACCIÓN Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

De resaltada importancia es dejar sentado cuál es la relación existente entre el la acción y la tutela judicial efectiva a que nos hemos estado refiriendo. Desde el punto de vista constitucional, la tutela judicial efectiva (lato sensu) garantiza a los ciudadanos el derecho de acceder a la justicia a través de Tribunales; desde luego hemos visto que de fondo lo que se busca con el sistema judicial y los presupuestos de la tutela judicial, es procurar el cumplimiento de la ley, por ello tanto la pretensión, la acción, la jurisdicción y el proceso son elementos que de manera inseparable conforman un sistema que proporciona el sistema jurídico para el cumplimiento heterocompositivo y coercitivo de la ley. Ante estas premisas podemos sostener que si la acción es: “la realización de la condición para el ejercicio de la facultad jurisdiccional como medio de tutelar los derechos”, esa condición constituye una actividad realizada por el ciudadano en ejercicio de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, específicamente la actividad de acudir ante la autoridad jurisdiccional con una demanda y una pretensión, constituyéndose así el requisito indispensable para que el juez actúe su jurisdicción a través del proceso (con la salvedad de que no sólo el ciudadano ejerce acciones, como se expresó supra).

La tutela judicial efectiva es también llamada derecho de acceso a la jurisdicción,⁹⁴ porque se le asimila a la facultad garantizada de acudir ante un Tribunal. Por cuanto a esto GARBERÍ LLOBREGAT expresa:

“Por todo ello, el derecho de acción consagrado en el artículo 24.1 CE puede ser definido en el momento presente como el derecho de acceder a los tribunales para plantearles la pretensión procesal y obtener de estos, sin padecer estado alguno de indefensión a lo largo del proceso, una resolución, a ser posible de fondo, motivada y fundada en el derecho objetivo y en las pruebas practicadas, congruente con las peticiones esgrimidas por los litigantes, frente a la que podrán interponerse los recursos establecidos legalmente, y que, una vez alcanzada la firmeza,

⁹⁴ Véase Ángela Figueruelo, Óp. Cit.

*resultará susceptible de ejecución forzada e inmodificable fuera de los cauces establecidos por el ordenamiento.*⁹⁵

Debemos indicar que la acción por sí misma es inocua, requiere de los otros presupuestos (pretensión, jurisdicción y proceso) para hacerse efectiva, por ello no es correcto llamar a la tutela judicial efectiva acceso a la jurisdicción, dado que resulta de muy precario alcance. El momento preciso en el que se accesa a la jurisdicción es cuando se acciona ante el tribunal, en ese acto se constituye una relación jurídica entre el juzgador y el accionante, pues se obliga a aquél a proveer respecto de la demanda interpuesta; esa relación se perfecciona entre las partes del juicio cuando se emplaza al demandado y éste hace uso activo o pasivo de su derecho a contestar la demanda.⁹⁶

De lo dicho puede sostenerse que la acción constituye un elemento importantísimo de la tutela judicial, pues es mediante este acto positivo, como se acude ante el Juez pidiéndole haga valer coercitivamente el mandato de la ley presuntamente violentada; es precisamente mediante la acción que la ley en quebranto se posa frente a la persona que el sistema de derecho y el estado le ha encomendado la función coercitiva de la norma, esta persona dotada de imperio, es la única facultada para hacer cumplir de manera imperativa y contra la voluntad de las personas la ley, es además quien tiene encomendada la labor interpretativa auténtica del núcleo normativo, de la voluntad de la ley; por ello es que la acción sí constituye el acceso a la jurisdicción, visto simplemente como la forma de arribo al Tribunal, pero no en el sentido estricto de la jurisdicción, pues según este mediante la jurisdicción se tutela la ley, y para ello no basta la acción, es necesario que se conjugue con la pretensión, con la propia jurisdicción, y con un proceso como medio material o conjunto de actos, que permita a las partes un litigio legal.

⁹⁵ GARBERÍ Llobregat, José. *Constitución y Derecho Procesal, Los Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal*. 1ª Ed. Thomson Reuters, Civitas. España. 2009. p 130.

⁹⁶ Cuando se dice uso activo o pasivo, nos referimos a que la parte demandada una vez que es emplazada puede acudir ante el Juez contestando la demanda en tiempo y forma, o puede acudir a destiempo, o no acudir, y aún así habrá hecho uso pasivamente de ese derecho de defensa, para esto basta citar el contenido del artículo 631 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León (semejante a otros del Código Federal de Procedimientos Civiles y de otros Estados de la República Mexicana) el que dice: "Artículo 631.- Transcurrido el término del emplazamiento sin presentarse el escrito de contestación, se dará por contestada en sentido negativo".

MARINONI ha sostenido por cuanto a la correlación directa entre la acción y la tutela judicial efectiva lo siguiente: *“Es por este motivo que el derecho de acción, o el derecho de acudir al Poder Judicial, debe ser pensado como el derecho a la tutela jurisdiccional, para lo cual no basta una sentencia, sino la posibilidad de una efectivización concreta de la tutela buscada”*.⁹⁷ Nosotros pensamos que para ser pensado en la forma que expresa el autor, no puede asimilarse a la propia tutela judicial efectiva, sino incluirse entre los presupuestos necesarios para tutelar la ley (pretensión, acción, jurisdicción y proceso) como le hemos hecho en este análisis. Lo esencial en este punto es establecer de forma clara que existe una correlación directa entre la acción y la tutela judicial, en tanto aquella representa el medio activo o del primer contacto entre el ciudadano y el juzgador, pero no solo del ciudadano, también la ley —la norma de derecho cuyo acatamiento se pretende— encuentra en la acción la vía primera que la coloca ante quien deberá hacerla valer, y aquí encontramos que en algunos casos una misma vía —la acción— puede permitir al juez impulsar por sí mismo el proceso, pues ya tuvo conocimiento legítimo de la realización de los supuestos normativos, y se encuentra compelido a decretar el cumplimiento de las consecuencias; mientras que en otros casos deberá, incluso una vez que haya tenido conocimiento de la violación legal, esperar que las partes sigan impulsando el proceso hasta el dictado de la sentencia y su materialización.

Lo anterior dependerá de si el proceso es de orden público o privado, de si se trata de un proceso en el que aplique el principio o modelo dispositivo “adversial”, inquisitivo, o publicista lo que se encuentra directamente relacionado con el interés público o privado en el bien jurídico protegido por la norma sujeta a la jurisdicción del interprete judicial.⁹⁸

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Óp. Cit. p 279.

⁹⁸ Cuando hacemos referencia a lo adversial, inquisitivo y publicista, es común que las diversas fuentes legales y doctrinales los traten unos como sistemas y hablan así de: *“sistema inquisitivo”*; *“sistema adversial”* o como también se denomina a este último *“sistema dispositivo”* y *“sistema acusatorio”*; *“sistema publicista”*; pero al indagar sobre mayores referencias habrá algunos otros autores que los denominen modelos, para hablar sobre modelos inquisitivo, dispositivo y publicista,

3.3.1.1 LA DESESTIMACIÓN DE AGRAVIOS POR DEFICIENCIAS, Y LA CORRELATIVA LESIÓN AL DERECHO DE ACCIÓN COMO PRESUPUESTO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Según puede inferirse de lo visto en los puntos que anteceden relativos al derecho de acción, y a este derecho y su relación con la tutela judicial efectiva, con la conducta que hemos señalado en esta tesis como violatoria de la tutela judicial efectiva, también se repercute negativamente en el legal ejercicio y desenvolvimiento del derecho de acción, esto por violación directa de la Constitución General de la República en su artículo 17 y de la propia Declaración Americana de los Derechos Humanos en su artículo 25, pues conforme a estos preceptos tenemos garantizado el derecho a un tribunal que resuelva nuestros derechos, nuestros litigios o conflictos, y no sólo a que ese Tribunal exista, sino a que se nos garantice el acceso debido y completo acceso al mismo, y además se verá en nuestra tesis que ese acceso debe ser pleno, debe ser tal que no resulte ilusorio, sino que por el contrario sea efectivo para la materialización de la voluntad de la ley y la consecuente restauración en nuestra esfera de nuestros derechos materiales, sirviendo como sustento de esto, además, lo que se narra adelante en relación a la materialización de las sentencias, lo dicho por MARINONI

y hay otros más que los refieren como principios, por lo que de inicio nos resulta difícil saber cómo referirnos propiamente, o incluso cuál es la denominación correcta. En el modelo adversarial son las partes quienes llevan el proceso, quienes lo dirigen; las partes tienen una igualdad general en el proceso, les rige el llamado principio dispositivo, según el cual el juez no puede impulsar el proceso si las partes no lo hacen; el de instancia de parte según el cual es a las partes a quienes corresponde normar el proceso, dirigirlo, impugnarlo, solicitar su regularización, el juez no puede tomar determinaciones sin solicitud de parte; el principio de contradicción mediante el cual antes de resolver sobre cualquier cuestión —que no sea de mero trámite— el Juzgador debe escuchar a la otra parte; como bien lo sostiene Cipriano Gómez Lara, en este modelo el juzgador es como un director del proceso, solo vigila que se lleve conforme a las reglas preestablecidas en los Códigos Adjetivos; pero principalmente el Juez no puede hacer sino lo que le está expresamente permitido. El modelo inquisitivo tiene un sustento fundamentalmente opuesto al dispositivo, pues si en éste último la intervención del Juez es limitada, incluso asemejada a la de un simple director del proceso, en el inquisitivo el Juez tiene una actividad mucho más activa, deja de estar limitado o supeditado a la actividad de las partes, para pasar a impulsar el proceso, investigar, desahogar pruebas, incluso en otros tiempos llegaba a ser acusador —en materia penal—. Por último en el publicista el juez juega un papel mayor, incluso pretendiendo dar igualdad a las partes, supliendo deficiencias a favor de algunas de ellas, en razón de su condición (menores, trabajadores, ejidatarios), o por la importancia de los derechos debatidos (como en el caso de aquellos casos donde existe jurisprudencia en materia de amparo, en caso de violencia familiar, alimentos, etc).

por cuanto a que: *“Es por este motivo que el derecho de acción, o el derecho de acudir al Poder Judicial, debe ser pensado como el derecho a la tutela jurisdiccional, para lo cual no basta una sentencia, sino la posibilidad de una efectivización concreta de la tutela buscada”*.⁹⁹ De ahí que el abandono de la función de juzgar en la segunda instancia por la aplicación de criterios que introducen formalismos no legales en la expresión de agravios, implique una evidente trasgresión a la conceptualización integradora del derecho de acción con el de la tutela judicial efectiva, específicamente con el de un acceso pleno a la jurisdicción. Una vez ejercitada la acción se nos garantiza que se agoten todas las medidas dispuestas por la ley para el pleno ejercicio de nuestros derechos y desde luego para la consecución de la voluntad de la ley, por estos motivos los criterios jurisdiccionales que confrontamos con la tutela judicial efectiva, coaptan el correcto desempeño del derecho de acción, por el abandono injustificado de la función de juzgar en la segunda instancia (pues según será visto en esta tesis, y será parte de nuestras conclusiones, consideramos que la falta de análisis del fondo y procedimiento por formalismos en la expresión de agravios, representa un abandono de la función de juzgar, además de que se comprueba que es una directa trasgresión de la tutela judicial efectiva).

En efecto, es recurrente en los Tribunales la utilización de criterios, que como los expuestos, sirven para desestimar los agravios —y a veces el recurso en su totalidad—, por deficiencias en su expresión; no podemos dejar de hacer notar que la conducta que se justifica con la utilización de este tipo de criterios es dejar de analizar la dolencia, y la propia sentencia impugnada; y tampoco podemos pasar por alto que esta conducta conduce a la falta del ejercicio de la función jurisdiccional por parte de la alzada, si el derecho de acción es la condición para el ejercicio de la jurisdicción, tal derecho se ve vulnerado porque es precisamente el ejercicio de la jurisdicción de la segunda instancia lo que se omite con la conducta señalada de violatoria, y ejercitar la acción nos genera derecho a que sean agotadas todas las formalidades esenciales del proceso, para colmar la garantía

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Óp. Cit. p 279.

de debido proceso, formalidades que incluyen el debido y cumplido ejercicio de la función encomendada a la alzada, la acción constituye el medio mediante el cual se activa la jurisdicción, y ésta jurisdicción no es sólo la de primera instancia, sino toda la otorgada por las leyes procesales, incluyéndose la ejercida por las Salas de los Tribunales Superiores, por esto a nosotros nos resulta clara la violación al derecho de acción que dejamos sentada en este punto.

3.3.2 LA EXISTENCIA DE RECURSOS O PROCEDIMIENTOS PARA RECLAMAR LOS DERECHOS.

Para hacer posible el ejercicio de la acción, y el propio acceso a la jurisdicción, en primer lugar precisamos que existan procedimientos o recursos a través de los cuales hacer valer la tutela de los derechos; a este respecto, y por ser México parte de la Convención Americana de los Derechos Humanos, la aplicación de dicho tratado resulta obligatoria, por lo que conviene citar su artículo 25.1 el cual a la letra dispone lo siguiente:

“Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”

El anterior precepto garantiza la existencia de recursos, puesto que para que se tutele la ley no basta con la existencia de jueces, es necesario que materialmente se estatuyan las vías judiciales necesarias a través de las cuales se pueda ventilar el pleito. Desde luego ese tema queda incluido dentro del apartado correspondiente al proceso, como uno de los medios creados por la ley para tutelarse, pero la conveniencia de tocarlo dentro de la acción, es porque para ejercitar la acción a través de una demanda, es necesario que exista una vía procesal a través de la cual acudir ante el Juez, esa vía se le ha denominado juicio o recurso, para identificar el tipo especial de procedimiento a través del cual acudir

al juez. Incluso para hacer referencia a los formalismos en la admisión de la demanda (que es el tema siguiente) es necesario primero hablar de la existencia de un recurso.

No basta que existan leyes sustantivas y procesales, el acceso a la jurisdicción como sentido lato (o constitucional) de la tutela judicial efectiva requiere de la existencia de recursos judiciales a través de los cuales acceder a los jueces, no es tan difícil entender la necesidad de este punto, pues antes que hablar de la posibilidad incluso de acceder a la justicia, deben existir configurados juicios que hagan posible ejercer derechos, cualquier derecho existente que se encuentre en la esfera jurídica de cualquier persona, debe contar con mecanismos, recursos o juicios que hagan posible su materialización coercitiva mediante los Tribunales, tal y como se infiere de las siguientes palabras de JOAQUÍN URÍAS:

*“En el momento en el que el poder judicial es una garantía, puede exigírsele un modo de operar jurídico que resulte apto para desarrollar esa función garante. En cualquiera de estos sentidos, cuando la garantía se convierte en derecho fundamental, parece que se extiende el régimen de los derechos fundamentales a la necesidad de protección de todos los derechos e intereses constitucionales. Es decir, que la esencia del derecho fundamental a la tutela reside en que cualquier interés legítimo reconocido por el ordenamiento, de cualquier nivel que sea, debe gozar de una vía jurisdiccional para su protección”.*¹⁰⁰

Pues bien para estar en aptitud de acceder a los Tribunales, es preciso que exista un medio procesal reglamentado a través del cual pueda el juez conocer el pleito expuesto por las partes, y no sólo eso, sino que en nuestros días y ante la necesidad de respetar los derechos humanos derivada de la reciente reforma al artículo 1 Constitucional, es imprescindible también que existan medios o recursos que permitan incluso respetar los derechos humanos, como lo es el propio

¹⁰⁰ URÍAS, Joaquín. *La Tutela Frente a las Leyes*. 1ª Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2001. Pp 87 y 88.

derecho de acceso a la justicia, ello lo podemos observar del siguiente razonamiento de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“107. Consecuencia de lo anteriormente expuesto es que los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio.

108. Al respecto, la Corte Interamericana señaló que:

[...] la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial¹⁰¹.

109. Esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter erga omnes. Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas. La mencionada obligación alcanza la totalidad de los derechos contemplados por la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, inclusive el derecho a las garantías judiciales. De ese modo, se preserva el derecho de acceso de todos a la justicia, entendido como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”¹⁰².

¹⁰¹ Caso “Cinco Pensionistas”, *supra* nota 27, párr. 136; y *cfr.* Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *supra* nota 27, párr. 113; Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrs. 136 y 137; y Garantías judiciales en Estados de Emergencia, *supra* nota 17, párr. 24.

¹⁰² GARCÍA Ramírez, Sergio. *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Volumen II. Opinión Consultiva 18/03, párrafos 107, 108 y 109. 1ª Ed. UNAM. México 2006. Pp 828.

Como queda claro es necesario que exista un procedimiento adecuado, y con otras características que serán expuestas adelante, pero de inicio no basta la existencia de una autoridad encargada de aplicar el derecho, deben existir medios adecuados para llevar a cabo esa función, y no basta con que exista un código de procedimientos vinculado con esos derechos, pues puede ocurrir que aún existiendo con un código de procedimientos en su reglamentación no se encuentre incluido un procedimiento especial o general para hacer valer algún tipo de derecho, o incluso alguno que le sea incompatible, o que la configuración propia de ese recurso no permita tutelar determinado derecho sustantivo,¹⁰³ de ahí que de inicio es conveniente apuntar la necesidad de la existencia de un recurso (juicio o vía) adecuados y efectivos para el ejercicio del derecho, y la tutela directa del mismo. A este respecto KARLOS CASTILLA JUÁREZ, comenta:

“Así el primer elemento para determinar la efectividad de un recurso es que éste debe ser capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido, apto para conducir a un análisis por parte de un órgano competente a efectos de establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y, en su caso, proporcionar una reparación, esto es, que si está destinado para que por medio de él se hagan exigibles los derechos sociales, su

¹⁰³ Como por ejemplo en el caso de las recientes reformas en materia de arbitraje en el Código de Comercio, específicamente en el artículo 1466 que establece lo siguiente: “*Artículo 1466.- Se tramitarán en vía de jurisdicción voluntaria conforme a los artículos 530 a 532 y 534 a 537 del Código Federal de Procedimientos Civiles: I. La solicitud de designación de árbitros o la adopción de medidas previstas en las fracciones III y IV del artículo 1427 de este Código. II. La solicitud de asistencia para el desahogo de pruebas prevista en el artículo 1444 de este Código. III. La consulta sobre los honorarios del Tribunal Arbitral prevista en el artículo 1454 de este Código*”. Lo ejemplificativo del precepto deviene de la incompatibilidad del procedimiento de jurisdicción voluntaria con el ejercicio de los derechos que el mismo dispositivo dispone, porque la característica de la jurisdicción voluntaria es la inexistencia de litis, y que en el supuesto de que alguien se oponga debe terminarse con el procedimiento de jurisdicción voluntaria, tal como se desprende del propio artículo 533 del Código Federal de Procedimientos Civiles, el que dice: “Si, a la solicitud promovida, se opusiere parte legítima, se seguirá el negocio conforme a los trámites establecidos para el juicio”., por tanto, basta con oposición de parte legítima para que el procedimiento establecido para hacer valer los derechos derivados de la fracciones I, II y III del artículo 1466 del Código de Comercio se concluye y se hagan nugatorios los derechos mencionados, por incompatibilidad manifiesta del procedimiento previsto por la propia ley. Pensamos que quisieron decir vía incidental, como comúnmente se hace en este tipo de solicitudes dentro de un procedimiento.

*conclusión proporcione la posibilidad real de gozar de esos derechos, y no sea un medio destinado al fracaso”.*¹⁰⁴

Ciertamente no sólo deben existir los recursos, o dicho de otra manera, no basta con que la ley contemple procedimientos para hacer valer los derechos, la garantía va mucho más allá, pues esos procedimientos además de respetar el debido proceso (que será visto adelante), deben a la vez ser aptos para lograr la efectividad de la norma, no sólo para que los particulares sean satisfechos en sus pretensiones, sino primordialmente para que la voluntad de la ley sea procurada, es ampliamente sabido que si bien los derechos pueden encontrarse en un mismo plano de validez y primacía respecto a otros, muchas veces un mismo procedimiento no resulta apto para hacerlos valer a todos ellos, pues existen algunos que cuyo contenido es de una naturaleza más urgente, o que el núcleo normativo se dirige a proteger situaciones o hechos más volátiles, perecederos o que pueden verse destruidos con el simple paso del tiempo o que más bien debe buscarse no que la norma se restituya cuando es violentada, sino precisamente tutelar que no sea trasgredida, por la naturaleza irreparable de la consecuencia de su violación, y por ello no basta con que exista un recurso que permita que la voluntad de la ley se imponga aún en contra de la voluntad de las personas, sino que es probablemente necesario que exista otro tipo de recurso que efectivice mayormente la naturaleza de la norma, y que incluso permita la materialización de la sentencia judicial que se dicte en el caso. Por cuanto a esto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido los siguientes criterios que aparecen citados en las notas 127 y 128 de la resolución de 1 de Julio del 2011, en el caso Chocron Chocron contra Venezuela:

“127.- La Corte ha señalado que el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Parte de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales¹⁰⁵. Dicha efectividad supone que, además de la

¹⁰⁴ CASTILLA Juárez, Karlos Artemio. *Acceso Efectivo a la Justicia*. 1ª Ed. Porrúa. México. 2012. P 176.

¹⁰⁵ Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones Preliminares, supra nota 14, párr. 91; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, supra nota 34, párr. 164, y Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, supra nota 13, párr. 141.

existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes¹⁰⁶. En ese sentido, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia¹⁰⁷. Así, el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento”.¹⁰⁸

“128.- De otra parte, como lo ha señalado anteriormente el Tribunal, al evaluar la efectividad de los recursos incoados en la jurisdicción contencioso administrativa nacional¹⁰⁹, la Corte debe observar si las decisiones tomadas en aquélla han contribuido efectivamente a poner fin a una situación violatoria de derechos, a asegurar la no repetición de los actos lesivos y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la Convención¹¹⁰. El Tribunal no evalúa la efectividad de los recursos interpuestos en función a una eventual resolución favorable a los intereses de la víctima.”

Veamos un ejemplo: los códigos de procedimientos civiles establecen el Juicio Ordinario como aquel que debe promoverse cuando no se tenga señalada

¹⁰⁶ Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, supra nota 121, párr. 90; Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela, supra nota 12, párr. 59; Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, supra nota 158, párr. 101, y véase también, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra nota 148, párr. 23.

¹⁰⁷ Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 137; Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 213, y Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, supra nota 27, párr. 69.

¹⁰⁸ Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 73; Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, supra nota 162, párr. 217, y Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, supra nota 27, párr. 69.

¹⁰⁹ Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No 134, párr. 210; Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 338, y Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, supra nota 30, párr. 139.

¹¹⁰ Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia, supra nota 164, párr. 214; Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, supra nota 164, párr. 339; y Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, supra nota 30, párr. 139.

alguna otra tramitación especial para tutelar algún derecho,¹¹¹ de tal manera si existe la necesidad de tramitar una acción plenaria de posesión, de prescripción adquisitiva, o en general sobre algún derecho real, conforme a lo dispuesto en el Código Civil, el artículo mencionado resulta efectivo, pues prevé un procedimiento que permite restituir el derecho, decretar la voluntad de la ley, y con ello el bien seguirá conforme a la ley a quien tiene mejor derecho real sobre él, no existe controversia sobre que la sentencia ejecutoria y ejecutada permite la voluntad de la ley, el procedimiento resulta apto; pero ahora imaginemos que sucede si el derecho que se quiere proteger es el de la convivencia, la custodia, la patria potestad, el que tienen los menores o los miembros débiles de una familia a no ser maltratados o vivir libres de violencia, quizás para este tipo de derechos el mismo juicio ordinario no resulte apto, o incluso uno especial, pues la sentencia ejecutoria y ejecutada de que hablábamos no resulta suficiente dado que materialmente no es posible que los rastros de la violación a la norma desaparezcan o puedan subsanarse con una tutela reparatoria; el daño causado no se repara completamente con una condena, el tiempo que el procedimiento emplea quizás no lo hacen efectivo, o incluso el propio procedimiento permite una violación prolongada del derecho y la causa de mayores daños, en estos casos resultaría más adecuado un procedimiento sumarísimo, o incluso la existencia de procedimientos preventivos que garanticen no el reparo de la voluntad de la ley, sino la prevención a la trasgresión de la ley.

De ahí que no basta que exista un procedimiento, sino que es necesario que sea efectivo, que su ingeniería sea adecuada para los fines de la norma, en este punto tiene que hacerse un balance entre el objeto directo y el indirecto de la tutela judicial, el cumplimiento de la voluntad de la ley, y la reparación en la esfera jurídica del titular del derecho mediante su acceso a la justicia, para realizar un ejercicio ponderativo que nos permita determinar si el recurso implementado por la ley resulta efectivo, adecuado, si es capaz de otorgar justicia.

¹¹¹ Ejemplo de esto lo encontramos en el artículo 638 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, el cual dice: Artículo 638.- Las controversias que no tuvieren señalada en este Código tramitación especial se ventilarán en juicio ordinario.

3.3.3 LOS FORMALISMOS EN LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos garantiza el acceso a los Tribunales como medio para lograr la aplicación del derecho; como vimos algunos llaman a este derecho acceso a la jurisdicción y materialmente se tangibiliza cuando se presenta una demanda (como medio concreto del ejercicio de la acción). En la practica este momento preciso de acceso y configuración de la relación jurídica procesal —la presentación y admisión de la demanda—, ha generado problemas en la interpretación en relación al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva pues existen formalismos procesales que han de ser cumplidos para poder admitirse la demanda como medio de acceso al Tribunal. A este respecto JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ ha dicho:

*“Los requisitos procesales son aquellas circunstancias que el Derecho procesal exige para que un órgano judicial pueda examinar en cuanto al fondo la pretensión que ante él se formula. Un Tribunal no puede examinar la demanda de Justicia que ante él se deduce si no concurren aquellas circunstancias. De aquí que, desde la perspectiva del artículo 24 de la Constitución, el primer problema que se plantea es hasta qué punto tiene sentido la exigencia de la concurrencia de unos requisitos formales para que un juez pueda juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, para que un juez pueda atender la demanda de tutela para la protección de unos derechos o intereses legítimos”.*¹¹²

Cuando se acude ante el Tribunal con una demanda ejercitando acción, ello no obliga de manera invariable al Juzgador a admitirla a tramite e iniciar un proceso judicial, las leyes procesales disponen de ciertos formalismos que deben

¹¹² GONZÁLEZ Pérez, Jesús. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. 3ª Ed. Civitas. España. 2001. P 72.

reunirse para formular de manera correcta una demanda;¹¹³ pero si esas formas y requisitos no son cumplidos, la mayoría de las legislaciones establecen la posibilidad de prevenir al actor para corregir los defectos,¹¹⁴ pero si acaso el defecto es insubsanable o no se subsana, la demanda puede desecharse, o dicho de otra manera puede no ser admitida a tramite, posibilidad que es reconocida en el artículo 622 del propio Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, el que preceptúa: *“Las providencias que se dicten desechando una demanda son apelables en ambos efectos y para las que las admiten no habrá recurso alguno, pero el demandado podrá defenderse de ellas mediante la excepción que corresponda.”* De aquí que se discute sí el establecimiento de requisitos excesivos o no, constituye una violación al derecho de tutela judicial efectiva en su aspecto lato, esto es, si el acceso a la jurisdicción debe ser

¹¹³ Esos requisitos de fondo y forma los podemos encontrar en los artículos 612, 614 y 615 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, que dicen:

Artículo 612.- Todo juicio comenzará por demanda del actor, la que contendrá:

I.- La designación del Juez ante quien se entable;

II.- El nombre y apellidos, domicilio, nacionalidad, edad, profesión u oficio del actor y de las personas físicas que lo representen, en su caso, expresándose la naturaleza de la representación;

III.- El nombre y apellidos y domicilio del demandado;

IV.- El objeto u objetos que se reclaman, con sus accesorios;

V.- La exposición clara y sucinta, en párrafos numerados, de los hechos que motivan la demanda, incluyendo la descripción de los hechos contenidos en las grabaciones de audio o video o discos de computadora; y de los fundamentos de derecho en que se apoya.

VI.- La enumeración precisa y concreta, consignada en la conclusión, de las peticiones que se formulen al Tribunal;

VII.- El valor de la suerte principal si de ello depende la competencia del Juez.

Artículo 614.- Al escrito de demanda se acompañarán necesariamente:

I.- El documento o documentos que acrediten el carácter con que el litigante se presente en juicio, en el caso de tener la representación legal de alguna persona física o moral;

II.- El poder que acredite la personalidad del mandatario cuando éste intervenga;

III.- Los documentos en que fundamenten su acción y todos los demás que quieran utilizar como prueba;

IV.- Tantas copias simples o fotostáticas siempre que sean legibles a simple vista, cuantas fueren las personas demandadas, del escrito de demanda y de todos los documentos que acompañe, para el efecto de correr traslado.

V.- Cuando se acompañen grabaciones de audio o video o discos de computadora, para que se imponga de ellos, se exhibirá un duplicado certificado por notario público de los mismos para ser entregado a la parte demandada al corrersele traslado.

Artículo 615.- Lo dispuesto en los artículos anteriores se observará en lo conducente cuando se trate de incidentes o se hagan proporciones en las que sea necesario correr traslado.

¹¹⁴ Por cuanto a esto el Código de Procedimientos Civiles del Estado establece: **Artículo 616.-** Si la demanda fuere obscura o irregular, el juez debe prevenir al actor que la aclare corrija o complete de acuerdo con los artículos anteriores, señalando en concreto sus defectos; hecho lo cual le dará curso.

invariable, sin condiciones, o sí es válido que se establezcan formalismos que puedan menguar este derecho, si esos requisitos al hacer más difícil en cualquier forma el acceso a la jurisdicción, en consecuencia la vulneran. La DRA. FIGUERUELO en referencia a esto ha dicho:

“Y cuando el legislador ha previsto un recurso jurisdiccional, el acceso a éste forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva de tal manera que la decisión de la inadmisión sólo será constitucionalmente válida si se apoya en una causa a la que la norma legal anuda tal efecto, siempre y que el juez haga aplicación razonada de la norma y que en todo caso la interprete en el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental.”

“...En síntesis el artículo 24.1 comprende el derecho a la utilización de los medios de impugnación y a las diversas instancias judiciales previstas en las Leyes (...) e impone a los jueces y tribunales que en el control de los requisitos formales que condicionan la válida interposición de los mismos utilicen criterios interpretativos que sean favorables a dicho acceso evitando incurrir en el rigor formalista de limitarse a una aplicación automática y literal de los preceptos legales que conduzcan a negar el recurso por una irregularidad formal subsanable sin dar lugar al interesado de proceder a la subsanación. ...”¹¹⁵

La tendencia judicial y doctrinal nos conduce a sostener que el establecimiento de formas legales para el ejercicio de la acción a través de la demanda, no es por sí mismo contrario a la garantía de acceso a la jurisdicción como medio para lograr la tutela judicial efectiva, pero esos requisitos no deben ser excesivos, y sobre todo debe existir la posibilidad de subsanar las omisiones y errores cometidos, aunado a que el interprete judicial debe conducirse de tal manera que procure el respeto de la garantía, omitiendo resoluciones de aplicación literal de la ley, que permitan vulnerar sin mayor preámbulo el derecho fundamental. En México el poder judicial de la federación ha emitido criterios que confirman esta forma de pensar, en el sentido de que los Juzgadores deben permitir la posibilidad del recurso judicial, que su forma de interpretar debe siempre en la medida que permita el acceso al recurso judicial y a la jurisdicción, en su

¹¹⁵ Óp. Cit. Pp 81 y 84.

caso permitiendo subsanar los errores reparables; como puede inferirse de la tesis con número de registro 200 0497.¹¹⁶

Nosotros pensamos que el no admitirse una demanda por meros formalismos, o incluso el establecimiento de formalismos excesivos no sólo violenta la garantía de acceso a la justicia, sino que incide de manera contundente en el objeto directo de la tutela judicial efectiva a que nos hemos referido atrás, pues es el derecho que presuntamente fue violentado al que se le priva la posibilidad de ser norma jurídica plena, es decir, de contar con mecanismos que le permitan el imperio de su mandato aún mediante la imposición coercitiva contra

¹¹⁶ El mencionado criterio reza: TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA. PARA LOGRAR LA EFICACIA DE ESE DERECHO HUMANO LOS JUZGADORES DEBEN DESARROLLAR LA POSIBILIDAD DEL RECURSO JUDICIAL. De la interpretación conforme de los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se advierte que la tutela judicial efectiva se compone de los siguientes postulados: a) el derecho a la administración de justicia o garantía de tutela jurisdiccional es un derecho público subjetivo incorporado en la esfera jurídica de todo gobernado para que, dentro de los plazos previstos en la legislación aplicable, pueda acceder a tribunales independientes e imparciales a plantear su pretensión o defenderse de la demanda en su contra; b) debe garantizarse al gobernado el acceso ante la autoridad jurisdiccional con atribuciones legales para resolver una cuestión concreta prevista en el sistema legal, es decir, todo aquel que tenga necesidad de que se le administre justicia tendrá plena seguridad de recibirla por los órganos jurisdiccionales permanentemente estatuidos, con antelación al conflicto, sin más condición que las formalidades necesarias, razonables y proporcionales al caso para lograr su trámite y resolución; y, c) la implementación de los mecanismos necesarios y eficaces para desarrollar la posibilidad del recurso judicial que permita cristalizar la prerrogativa de defensa. Así, el poder público no puede condicionar o impedir el acceso a la administración de justicia, lo cual debe entenderse en el sentido de que la ley aplicable no deberá imponer límites a ese derecho, aunque sí la previsión de formalidades esenciales para el desarrollo del proceso, por lo que además de la normativa, los órganos encargados de administrar justicia deben asumir una actitud de facilitadores del acceso a la jurisdicción. Lo anterior no implica la eliminación de toda formalidad ni constituye un presupuesto para pasar por alto las disposiciones legislativas, sino por el contrario, ajustarse a éstas y ponderar los derechos en juego, para que las partes en conflicto tengan la misma oportunidad de defensa, pues la tutela judicial efectiva debe entenderse como el mínimo de prerrogativas con las cuales cuentan los sujetos. Por tanto, para lograr la eficacia del indicado derecho humano, los juzgadores deben desarrollar la posibilidad del recurso judicial, esto es, eliminar formalismos que representen obstáculos para ello. Lo anterior se ejemplifica en el caso de que se impugne un acto y el tribunal ante el que se interpuso la demanda advierta que es incompetente, en cuyo caso no debe sobreseer, sino señalar al particular cuál es la vía de impugnación procedente y remitir los autos al órgano jurisdiccional que deba conocer de él, el cual deberá inclusive otorgar la oportunidad de adecuar la pretensión a los requisitos previstos en los ordenamientos aplicables, sin perjuicio de que se analice la oportuna presentación del medio de defensa. Época: Décima Época. Registro: 200 0479. Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA TERCERA REGIÓN, CON RESIDENCIA EN GUADALAJARA, JALISCO.. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Libro VI, Marzo de 2012, Tomo 2. Materia(s): Constitucional. Tesis: III.4o.(III Región) 6 K (10a.). Pág. 1481

quien la ha vulnerado. En el momento en que se interfiere en la fluidez del derecho, en su normal desenvolvimiento, ya porque el juzgador abusa o abandona su función, o porque existen normas que dificultan o imposibilitan la fácil declaración de la voluntad de la ley, se estará actuando en contra del sistema jurídico.

Sin embargo resulta necesario que las leyes procesales —que serán analizadas adelante— establezcan normas que regulen los parámetros de comportamiento de las partes que deseen acceder a la jurisdicción; las formalidades son necesarias, pues por ejemplo si el artículo 612 del Código de Procedimientos Civiles del Estado establece una serie de requisitos para la formulación de una demanda, ello más que entorpecer la tutela judicial, permite un mejor ejercicio de la misma, pues por un lado esos requisitos son de fácil cumplimiento, además dan forma lógica a la solicitud, permiten al Justiciante identificar no sólo las lesiones o pretensiones, sino él o los preceptos que cuya cumplimiento deberá analizar y en su caso hacer valer, y además dan certeza jurídica al contrario sobre la materia del pleito, e incluso le imponen una extensión a donde deberá limitar su batalla; en esencia no aparece que se entorpezca el acceso a la jurisdicción, ni la tutela coercitiva de las leyes, sino que se da certeza y cierta nitidez a la petitio, dan una seguridad jurídica a las partes del proceso, y a la relación jurídica procesal en general. Aunado a lo anterior tenemos que el propio Código de Procedimientos Civiles obliga a permitir el subsanamiento de los errores, como se puede advertir del contenido del artículo 616 que antes fuera citado. En esencia podemos sostener que el establecimiento de requisitos u obstáculos para un libre ejercicio de la tutela judicial efectiva solo puede considerarse legítimo cuando su establecimiento es el resultado de la protección de otros bienes o intereses constitucionalmente protegidos, como puede ser el derecho a la defensa, a la audiencia, el respeto a las garantías esenciales del proceso, así como en atención a la especial protección que en las diversas

materias especiales puedan establecerse¹¹⁷; por cuanto a esto FRANCISCO CHAMORRO BERNAL comenta:

*“Estos obstáculos a la jurisdicción sólo serán legítimos si obedecen a la finalidad de proteger otros bienes o intereses amparados constitucionalmente y guardan proporción con las cargas que imponen a los justiciables, requisitos todos ellos que deberán ser examinados por el TC para comprobar su constitucionalidad. La falta de proporción entre los fines y los medios determinará la existencia o no de arbitrariedad en el legislador”.*¹¹⁸

Resulta enriquecedor a los objetivos de este estudio citar algunas partes de las argumentaciones de la sentencia emitida por el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán, el 31 de Agosto del año 2010, dentro del Recurso de Reconsideración JA-R-0058/2010-I, y que aparece glosada en la revista Dialogo Jurisprudencial, en ese caso fue denegada la admisión de una demanda de nulidad por haberse promovido de manera extemporánea, motivos por los cuales el demandante interpuso el recurso de reconsideración:

“Robustece la posición adoptada el contenido del artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece el derecho fundamental de un recurso judicial efectivo, breve y sencillo que a criterio de este órgano jurisdiccional no es otra cosa que el conocido derecho a la tutela judicial efectiva dentro del ámbito del sistema jurídico mexicano, que lo podemos ubicar dentro de un ámbito constitucional en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

“Respecto de éste principio estimado violado, es necesario recalcar que se compone de un contenido esencial y primario, el de obtener de los órganos jurisdiccionales del Estado Mexicano una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.”

“No obstante, al ser un derecho prestacional (como el mismo

¹¹⁷ Pueden mencionarse diversos procedimientos que contienen limitaciones al ejercicio pleno de los derechos de acceso a la tutela judicial, o a la igualdad de las partes en el proceso, como por ejemplo en los casos de menores, discapacitados, violencia de genero, etc., en los cuales se establecen diversos requisitos de protección de los intereses que dan mayor acceso al sujeto activo, y, por el contrario el pasivo sufre una leve carga o desigualdad procesal.

¹¹⁸ CHAMORRO Bernal, Francisco. *La Tutela Judicial Efectiva*. 1ª Ed. Bosch. Barcelona. 1994. P 28.

recurrente lo señaló en su recurso) de configuración legal su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que haya establecido el legislador para cada sector del ordenamiento procesal, por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface igualmente cuando los órganos judiciales pronuncian una decisión de inadmisión o meramente procesal, apreciando la concurrencia de una causa legal que, a su vez, sea respetuosa con el contenido esencial del derecho fundamental, como sucedió en el presente supuesto.”

“Sin embargo, dada la trascendencia que para la tutela judicial tienen las decisiones que deniegan el acceso a la jurisdicción, su revisión se debe de realizar de forma especialmente intensa, más allá de la verificación de que no se trata de resoluciones arbitrarias, manifiestamente irrazonables o fruto de un error patente. Dicho control procede a través de los criterios que proporciona el principio pro actione, entendido no como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión, sino como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulte desproporcionadas entre los fines que se pretenden preservar y los intereses que sacrifican.

“El principio pro actione deriva del pro homine, pero por sus peculiaridades rigen principalmente en la interpretación que se realiza para asegurar el acceso a la justicia; busca, de esa manera, que la persona pueda acceder a los mecanismos de tutela de sus derechos, donde las condiciones o limitaciones que la ley pueda establecer para el acceso al recurso o juicio deban ser interpretadas de manera tal que se optimice al mayor grado la efectividad del derecho y pueda ser iniciado el mayor número de procesos”.¹¹⁹

Nosotros estimamos de una manera general muy acertados los razonamientos interpretativos de la sentencia, a excepción de la parte que establece: *“por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface igualmente cuando los órganos judiciales pronuncian una decisión de inadmisión o meramente procesal”*, la tutela judicial efectiva no se satisface cuando se desestima una admisión, al menos no en el sentido estricto configurado por el

¹¹⁹ INSTITUTO Interamericano de Derechos Humanos. *Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tribunales Nacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Tomo 9, Julio-Diciembre de 2010. 1ª Ed. Editorial de Servicios Especiales-IIDH. México. 2011. Pp 152 y 153.

propio sistema jurídico, esto es, la norma presuntamente violentada deja de acceder ante la persona encargada de verificar y en su caso ordenar su exacto cumplimiento de manera imperativa y coercitiva; lo que sí creemos es que el aspecto indirecto de la tutela judicial, el acceso a la jurisdicción, la garantía otorgada por el artículo 17 al ciudadano, no se ve trasgredida con la existencia de requisitos de forma, siempre y cuando una inadmisión sea decretada de manera rígida y rigurosa, tratando de evitar interpretaciones que sea evidentemente alejadas de la garantía, esto es, que en la labor hermenéutica de los formalismos procesales, el juzgador la realice llevando a cabo una interpretación conforme al citado artículo 17; pero sí se trasgrede la garantía otorgada al propio derecho por el sistema jurídico, sí se deja de tutelar la ley, aunque debe entenderse que si se realiza la inadmisión en los términos antes señalados, el sistema jurídico creado por la propia ley sustantiva para hacerse efectiva, no se configuró, pues no podría considerarse que se ejercitó la acción, lo que justifica la incapacidad del juzgador para juzgar un derecho inaccionado. Cabe precisar que existen criterios del Poder Judicial de la Federación que hablan del principio pro actione, en términos semejantes a la aludida sentencia, como puede observarse en las tesis I.4o.A.724 A; I.4o.A.723 A.; I.4o.A. J/82; 1a./J. 55/2009; IV.2o.A.13 A (10a).¹²⁰

¹²⁰ Los números de registro de las señaladas tesis en el mismo orden son 163 591, 163 627, 164 461, 166 345, 200 0900; y la primera de las ellas contiene la misma esencia de las restantes, y expresa: PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. CARACTERÍSTICAS DE LOS PRINCIPIOS QUE RECOGE EL ARTÍCULO 50 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA. El artículo 50 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, tácitamente y por integridad del sistema, recoge los principios de tutela judicial efectiva, pro actione, iura novit curia y de eficiencia, previstos en los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que es obligación de las Salas del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa considerarlos al resolver los conflictos que se les planteen. Así, el principio de tutela judicial efectiva implica, en primer lugar, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, a que el gobernado pueda ser parte en un proceso judicial, dando con ello inicio a la función de los órganos jurisdiccionales; en segundo, el relativo a que en dicho proceso se sigan las formalidades esenciales, a fin de no dejar al justiciable en estado de indefensión y, en tercero, el derecho a obtener una sentencia sobre el fondo de la cuestión planteada y su cabal ejecución. A su vez, el principio pro actione exige que los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma, con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las reglas procesales impidan un enjuiciamiento del fondo del asunto. Por su parte, el principio iura novit curia que significa, literalmente, el Juez conoce el derecho, es utilizado para referirse al principio de derecho procesal según el cual, el Juez conoce el derecho aplicable y, por tanto, es innecesario que las partes prueben en un litigio lo que dicen las normas. Finalmente, el principio de eficiencia implica excluir cualquier interpretación que anule o prive de eficacia algún precepto constitucional,

Por otro lado la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido lo siguiente:

*“El sistema procesal es un medio para realizar la justicia y... ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de los límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica”.*¹²¹

Aún y cuando ésta jurisprudencia no hace referencia directa a la admisión de demanda, si lo hace por cuanto a los formalismos procesales, que es el punto clave analizado. Cabe mencionar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe ser respetada y acatada por los países adheridos a la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, entre ellos México, por lo que resalta la importancia de la interpretación por parte de éste organismo, lo que puede ser constatado en el trabajo publicado en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado por JOSÉ OVALLE FAVELA.¹²² Por su parte JESÚS GONZÁLEZ

además de que aquélla no debe hacerse en función de la intención de las partes, sino a partir de la necesidad de producir un efecto útil en el momento de su aplicación. Época: Novena Época, Registro: 163 591, Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Tipo Tesis: Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Localización: XXXII, Octubre de 2010, Materia(s): Administrativa, Tesis: I.4o.A.724 A, Pág. 3150.

¹²¹ GARCÍA Ramírez, Sergio. *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Caso del Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia de 31 de Enero de 2001. Párrafo 45. Vol I. 2ª Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México 2006. P 782.

¹²² BOLETIN Mexicano de Derecho Comparado. La Influencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el Derecho Interno de los Países Latinoamericanos, por José Ovalle Favela; Mayo- Agosto. Año 2012. Número 134. En este trabajo el autor sostiene: *“Con independencia de la jerarquía normativa que establezca la Constitución política de cada Estado parte, es un hecho evidente que, al haber firmado y ratificado, en ejercicio de su propia soberanía, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cada Estado se sometió expresamente a las disposiciones de ésta. En este sentido, los Estados partes se obligaron a “respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna, por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (artículo 1.1). En la misma Convención se define a la persona como todo ser humano (artículo 1.2).”*

“Asimismo, asumieron la obligación de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades establecidos en la Convención, cuyo ejercicio no estuviese ya garantizado por sus propias disposiciones (artículo 2).”

PÉREZ nos establece ciertos parámetros o causas de viabilidad para la procedencia legal de estas formalidades (el las llama consecuencias del principio de tutela judicial efectiva), y nos señala las siguientes: “a) *Inadmisibilidad de requisitos procesales que constituyan formalismos enervantes o claramente desviados del sentido propio de los mismos interpretados a la luz del artículo 24 de la Constitución—17 de la Constitución Mexicana;* b) *Que el requisito esté establecido en una norma con rango de ley;* c) *Que las normas reguladoras de los requisitos procesales deben interpretarse siempre en el sentido más favorable a la admisión de las pretensiones procesales;* y, d) *que no debe declararse la inadmisibilidad de una pretensión por un defecto procesal si este es subsanable, sin dar oportunidad de subsanación*”.¹²³ Por último nos permitimos citar las precisas palabras de PIERO CALAMANDREI:

*“Sin embargo la historia de las instituciones judiciales demuestra que las formas adoptadas originariamente para alcanzar ciertos fines, tienden a sobrevivir a su función y a permanecer cristalizadas en la práctica aún y después de terminada su justificación histórica, como fin en sí mismas; así, en ocasiones, el valor puramente instrumental de las formas que deberían servir para facilitar la justicia, degenera en formalismo y las mismas se convierten en objeto de un culto ciego como fórmulas rituales que tienen por sí mismas un valor sacramental (en el lenguaje forense, en efecto, el procedimiento se llama también rito). Y, en tales casos, no deja de tener fundamento la repugnancia de los profanos, entre los cuales es común la creencia de que el procedimiento mata el derecho”.*¹²⁴

3.4 LOS CRITERIOS DESESTIMATORIOS DE AGRAVIOS POR DEFICIENCIAS EN SU EXPRESIÓN, GENERAN FORMALIDADES EXCESIVAS QUE VULNERAN LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Así es, se trasgrede el derecho a la tutela judicial efectiva por violación directa al artículo 25.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, y

¹²³ Óp. Cit. Pp 75-87.

¹²⁴ CALAMANDREI, Piero. *Derecho Procesal Civil. Clásicos del Derecho*, Vol. 2. 1ª Ed. Harla. México. 1997. p 70.

el 17 de Nuestra Constitución, pues tal y como se vio los anteriores puntos que versan sobre la necesidad de existencia de recursos efectivos y sobre los formalismos en las admisiones, tenemos garantizado el acceso a un recurso efectivo que pueda declarar la reparación de nuestros derechos, o sea, que permita un acceso pleno a la justicia, y según es visto el acceso al recurso implica a todas las posibilidades, medios de impugnación y demás actos que las leyes han formulado para la debida declaración de los derechos, por esto al omitir por formalismos en la expresión de agravios el debido ejercicio de la función jurisdiccional de la Segunda Instancia, se niega y restringe el acceso al recurso en todas sus facetas y con todas sus características legales, lo que es contrario a la tutela judicial efectiva, según quedó visto al hablar sobre el acceso al recurso. Pero aún más evidente y patente resulta la violación, si consideramos que al analizar el punto relativo a los formalismos en la admisión de la demanda, que resulta aplicable a la admisión y debido desarrollo de cualquier recurso o medio de impugnación, e incluso a todo el juicio, quedó establecido que para considerar respetado debidamente el derecho a la tutela judicial efectiva, deben evitarse cualquier formalismo que atente contra la naturaleza y funcionamiento del recurso, máxime si puede ser subsanado, y si la ley no prevé o no autoriza dejar de ejercer su función jurisdiccional por determinado formalismo incumplido, aunado a que se vio que el juzgador debe evitar al máximo cualquier formalismo que impida el ejercicio de su función y del recurso mismo, para lo que se citaron las correspondientes opiniones doctrinales, jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y la propia del Poder Judicial de la Federación.

En este sentido resulta innegable que la aplicación de los criterios que se mencionaron en el capítulo primero implica la exigencia de formalismos, que consideramos excesivos para el ejercicio de la jurisdicción de segunda instancia, a través de estudio del recurso interpuesto, y de la propia revisión de la sentencia de primera instancia, formalismos que además no se desprenden de la propia letra de la ley, la cual no los establece, pues vimos que el concepto de expresión de agravios es un concepto indeterminado, y que en este aspecto resulta una laguna

legal, por esto la creación y utilización de los mencionados criterios jurisprudenciales merma flagrantemente la tutela judicial efectiva.

3.5 LA JURISDICCIÓN

Una vez que surge una pretensión y alguien interpone una demanda es necesario que exista alguna persona u órgano colegiado que se encuentre investido de la facultad de aplicar coactivamente la ley, dejamos claro en las primeras páginas que la coercitividad es la característica primordial del orden jurídico, dijimos que la ley debe ser respetada, que quiere ser respetada pues es su naturaleza, y que para eso a través del sistema jurídico se dota de la característica de coercibilidad. Pero sí la norma es un ente jurídico incapaz de hacerse valer por sí misma, entonces requiere que la estructura de gobierno en la cual rige cuente con órganos capaces de aplicarla, de hacer acatar su voluntad; pero el gobierno no crea al órgano y luego a la norma que dicho órgano ha de aplicar, por el contrario el sistema jurídico se forma otorgándose a sus normas la coercibilidad mencionada, desde ese momento la naturaleza propia de la ley la obliga a hacerse respetar de alguna manera, y como hemos dicho que carece de órganos físicos propios que le permitan realizar por sí misma esa autoaplicación, entonces en el momento mismo de su creación como parte de un sistema jurídico se crean los órganos estatales capaces de aplicarla, al ser esos órganos parte del sistema jurídico podemos afirmar que constituyen la forma a través de la cual la ley encuentra su aplicación por medio del sistema jurídico, en la que garantiza que su principal característica “la coercibilidad” será actuada, no solo de jure, sino de facto.¹²⁵ Existen muchos órganos estatales, pero no todos pueden aplicar la ley, aún conociendo la división de poderes, no es factible sostener que todas las autoridades del poder judicial puedan aplicar la ley, sólo aquellos miembros del

¹²⁵ Desde luego nos referimos a un sistema actual de derecho, como hemos venido haciéndolo a lo largo de este trabajo, pues en la antigüedad la jurisdicción era distinta como por ejemplo el periodo feudal; para mayores referencias ver Nicola Picardi. Óp. Cit. Cap. II. La Jurisdicción en el Derecho Común. Pp 29-66.

poder judicial que se encuentran investidos de la facultad jurisdiccional. Se cree que los investidos de la facultad jurisdiccional responden sólo a la necesidad de los ciudadanos de contar con tribunales a los que puedan acceder para resolver sus litigios, y en un plano constitucional el “acceso a la justicia” —que es garantizado por el artículo 17 de nuestra Carta Magna— sí responde a esa necesidad; en efecto la constitución les otorga a los ciudadanos esa garantía, de contar con tribunales que resuelvan sus litigios e incluso los Tratados como el Pacto de San José Costa Rica lo consideran un Derecho Humano. HAYDÉE BIRGIN Y BEATRIZ KOHEN expresan que : *“El acceso a la justicia es un derecho humano fundamental en un sistema democrático que tenga por objeto garantizar los derechos de todos por igual. Cuando otros derechos son violados, constituye la vía para reclamar su cumplimiento ante los tribunales y garantizar la igualdad ante la ley.”*¹²⁶

De lo dicho podemos sostener que el artículo 17 de nuestra constitución sí regula a favor de los gobernados el acceso a la justicia, y podemos afirmar que de él se desprende la garantía de *“acceso a la justicia”*, o sea, ese precepto contiene el objeto indirecto de la tutela judicial efectiva, el sentido lato, pues conforme a nuestro sistema jurídico, quien tenga una pretensión jurídica debe acudir en ejercicio de la acción ante los Tribunales, quienes deberán estar expeditos para iniciar un proceso, declarar la voluntad de la ley, y hacer efectiva dicha voluntad en la esfera jurídica de su titular. Los particulares tienen prohibida la autotutela, por ello cuentan con órganos estatales, que orgánica y formalmente responden a la necesidad coercitiva de la ley, y materialmente a la necesidad de los particulares de acceder a la justicia de sus pretensiones. Por cuanto a esto DARCI GUIMARÃES RIBEIRO manifiesta:

“El monopolio de la jurisdicción es el resultado natural de la formación del Estado que trae consigo consecuencias tanto para los individuos como para el propio Estado. Para los primeros, alejó

¹²⁶ BIRGIN, Haydée y Kohén Beatriz. *El Acceso a la Justicia Como Derecho. En la Obra Acceso a la Justicia Como Garantía de Igualdad, Instituciones, Actores y Experiencias Comparadas*. 1ª Ed. Editorial Biblos. Buenos Aires. 2006. p 15.

*definitivamente la posibilidad de reacciones inmediatas por parte de cualquier titular, consecuentemente ellos se encuentran impedidos de actuar privadamente para la realización de sus intereses. Para el segundo, el monopolio creó el deber de prestar la tutela jurisdiccional efectiva a cualquier persona que lo solicite.*¹²⁷

Pero que hay del objeto directo: “*la tutela de la norma de derecho*”, la aplicación coercitiva de la voluntad concreta de la ley, ella se encuentra plasmada en la creación misma del orden normativo, en su formación orgánica. Por supuesto que al sistema jurídico le importa que se permita el acceso a la justicia a los particulares, pero antes que eso la ley requiere contar con órganos capaces de hacer cumplir su voluntad, de perpetuar su coercibilidad, de hacerla realidad, y para ello necesita insertar esos órganos jurisdiccionales en el sistema jurídico, y por eso es que su fundamento, o sea, la reglamentación del objeto directo de la tutela judicial efectiva la encontramos en diversos preceptos de la Constitución General de la República, distintos a su parte dogmática, esto es, en su parte orgánica, como en el artículo 49 que divide el poder en legislativo, ejecutivo y judicial, siendo éste último el que corresponde a la obligación de tutelar la norma; y el artículo 94 que crea al poder judicial, al que se le encomienda la aplicación coactiva de la ley, esto es la facultad jurisdiccional de que hablamos en éste punto; el artículo 104 constitucional que establece, en términos generales, que son los tribunales de la Federación los únicos facultados para dirimir las controversias que surjan con motivo de la aplicación de leyes federales, salvo que dichas controversias sólo afecten intereses particulares; evento en el cual los Jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal pueden conocer de los juicios respectivos, a elección del actor; el artículo 116 que crea el poder judicial en los estados.¹²⁸

¹²⁷ GUIMARAES Ribeiro, Darci. *La Pretensión Procesal y La Tutela Judicial Efectiva, Hacia una Teoría Procesal del Derecho*. 1ª Ed. Bosch. España. 2004. p 76.

¹²⁸ Estos preceptos de la Constitución en lo que nos atañe sostienen: Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial... . La competencia de la Suprema Corte, su funcionamiento en Pleno y Salas, la competencia de los Tribunales de Circuito, de los Juzgados de Distrito y del Tribunal Electoral, así como las responsabilidades en que incurran los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación, se regirán por lo que dispongan las leyes, de conformidad con las bases que esta Constitución

Con lo anterior queda claro que la jurisdicción corresponde al Estado, el sistema jurídico “la ley” se lo encomienda al Estado, forma parte de su actividad desarrollada a través del Poder Judicial, no existen otros órganos ajenos al Estado que estén dotados de facultad jurisdiccional en todos sus sentidos, pues no se trata sólo de la capacidad de aplicar e interpretar la ley, sino de la imperatividad y coercibilidad que son las características imprescindibles de la jurisdicción de que hablamos. Sabemos que existen opiniones que sostienen la existencia de facultad jurisdiccional en los tribunales arbitrales, pero desde luego no puede sino tratarse de una aplicación directa y gramatical del término jurisdicción “juris <<iuris>> derecho” “dicción <<dictio, decire>> decir”, decir el derecho; si bien éstos órganos privados por voluntad de las partes, o por darse situaciones jurídicas concretas¹²⁹, se encuentran facultados para decir el derecho, ello no implicará jamás que tengan la jurisdicción en el sentido estricto u objeto directo de la tutela judicial, pues carecen de facultades coercitivas, estos tribunales no pueden aplicar la voluntad de la ley por cuenta propia, se ocupa o que las partes acaten voluntariamente el laudo, o bien, que lo ejecute una autoridad jurisdiccional según las leyes y tratados aplicables en la materia¹³⁰. Por cuanto a esto CHIOVENDA a dicho:

establece. Artículo 104. Los Tribunales de la Federación conocerán: I. De los procedimientos relacionados con delitos del orden federal; II. De todas las controversias del orden civil o mercantil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. A elección del actor y cuando sólo se afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas, los jueces y tribunales del orden común. Artículo 116. El poder público de los estados se dividirá, para su ejercicio, en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y no podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un solo individuo. Los poderes de los Estados se organizarán conforme a la Constitución de cada uno de ellos, con sujeción a las siguientes normas: III. El Poder Judicial de los Estados se ejercerá por los tribunales que establezcan las Constituciones respectivas.

¹²⁹ Como en el caso de los arbitrajes de inversión, en los cuales la situación que legitima la actuación del órgano privado de decisión y aplicación de la ley, lo es el hecho de la existencia de una inversión en términos legales en un país ajeno al inversionista, en el que se tenga celebrado un tratado específico en la materia, o uno de libre comercio, etc.

¹³⁰ El Código de Comercio otorga una definición de arbitraje en su artículo 1416, fracción II, en la cual establece: “Arbitraje, cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo. Desde luego esta definición no aclara el punto sobre la jurisdiccionalidad o no del arbitraje, y el código de comercio no nos define lo que es un procedimiento arbitral. Por su parte sostiene Francisco González de Cossío que: *“El arbitraje es la alternativa a las cortes nacionales*

“Hoy ya no se admite en el territorio del Estado instituciones y personas distintas del estado que constituyan órganos para la actuación de la ley, como ocurría en otras épocas, particularmente a favor de la iglesia, cuyos tribunales conocían en muchas materias (principalmente en las relaciones entre eclesiásticos), incluso con efectos civiles”¹³¹

En general lo que queremos dejar claramente apuntado es que la jurisdicción responde al atributo de coercibilidad de la ley, la jurisdicción y la ley se encuentran ligadas —la primera es consecuencia de la segunda—; la tutela judicial efectiva (y sus presupuestos pretensión, acción, jurisdicción y proceso) responde a esa naturaleza de coercibilidad de la ley, el objeto primordial de esa tutela judicial es la actuación de la ley, como lo dice CHIOVENDA: *“Pero siendo la jurisdicción actuación de la ley, no puede haber sometimiento a la jurisdicción, sino donde pueda haber sometimiento a la ley; y viceversa, donde hay sometimiento a la ley, hay por lo común sometimiento a la jurisdicción”*.¹³² En este trabajo hemos venido hablando de la tutela judicial efectiva, dividiéndola en los dos primordiales objetos que puede tener esa tutela, el primero la actuación de la ley, hemos sostenido que existe tutela judicial efectiva cuando se actúa la ley; y el segundo la

establecidas por el Estado para dirimir cualquier tipo de controversia” (GONZALEZ de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. 3ª Ed. Porrúa. México. 2011. p 2). Alcalá-Zamora, citando a Calamandrei, al hacer referencia a los equivalentes jurisdiccionales, habla del compromiso, o intervención de jueces privados (ALCALA-Zamora, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. 1ª Ed. Editorial Jurídica Universitaria. México. 2001. P 33). El arbitraje es a nuestro entender un mecanismo legal para la solución heterocompositiva de conflictos, mediante el cual se somete el litigio a terceros independientes e imparciales carentes de imperio, para que resuelvan el conflicto mediante un laudo vinculatorio para las partes. A esto agrega Ovalle Favela “En esta especie de la heterocomposición, el tercero —al que se denomina árbitro— no se limita a proponer la solución a las partes, sino que va a disponer dicha solución a través de una resolución obligatoria para las partes, a la que conocen como laudo” (OVALLE Favela, José. *Teoría General del Proceso*. 6ª Ed. Oxford. México. 2010. P 26). Por lo que hace a la naturaleza jurídica del arbitraje, a nosotros nos parece inadecuado hablar de que el arbitraje es jurisdiccional, pues la jurisdicción es una función pública encomendada a los jueces, para que apliquen el derecho, y es el resultado del mecanismo creado por la ley para autotutelarse. Y por tanto no creemos que pueda ser propio hablar de una naturaleza híbrida entre el contrato y la jurisdicción, pues ésta última debe ser completamente descartada. Tampoco creemos que sea autónoma, por su carácter sui generis. Creemos que la naturaleza jurídica del arbitraje la podemos situar sosteniendo que es un verdadero acuerdo de voluntades. “un contrato”. Específicamente un acuerdo de voluntades (contrato nominado) sobre la heterocomposición de uno o varios conflictos legales.

¹³¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Cárdenas Editor y Distribuidor. 1ª Ed. México. 1989. p 2.

¹³² Óp. Cit. p 5.

materialización de los efectos de la actuación de la ley en la esfera jurídica de las personas, lo que se logra mediante el acceso que se permite de estos a los Tribunales para resuelvan sus conflictos; pero recordando que sus conflictos se resuelven prima facie, declarando la voluntad de la ley —objeto directo de la tutela judicial efectiva—, lo que incide en su garantía de resolución de conflictos mediante los tribunales —objeto indirecto de la tutela judicial efectiva, la denominada garantías de “acceso a la jurisdicción”—.

La jurisdicción en su sentido procesal, en su acepción más apegada al propio sistema jurídico y siguiendo las enseñanzas de CHIOVENDA: es la facultad coercitiva del juez de aplicar el derecho al caso concreto;¹³³ según lo dicho, el Juez quien es la persona dotada de la facultad jurisdiccional, tutela la ley y con ello hace justicia a los particulares; como lo sostiene NICOLA PICARDI:

En el derecho común clásico, la expresión “iurisdictio” era conocida como “dictio iuris”, poder del juez de declarar el derecho y de establecer la equidad. Irnerio ya había señalado: “iurisdictio est potestas cum necessitate iuris s. Rendendi, equitatisque statuende”. Pero la jurisdicción presenta también un aspecto coercitivo y sancionatorio (armata seu coactiva potestas). Esta —se decía— tiene como correlativo al “imperium”. Irnerio también puntualizaba, en efecto, lo siguiente: “imperium: sine quo nulla est iurisdictio”¹³⁴.

En este estudio no tenemos por objeto discutir las diversas teorías a cerca de la naturaleza de la jurisdicción, las cuales primordialmente se teorizan siguiendo a ROCCO en los siguientes sentidos: 1. Mediante la jurisdicción el Estado provee a la tutela del derecho subjetivo, según puede ser observado en las posturas de GERBER, HELLWIG, KISCH, MANFREDI, SIMONCELLI, CASTELLARI Y CAMMEO; 2. La jurisdicción es la actividad del Estado es la actuación del derecho subjetivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto, teniendo como principales expositores a WACH, SCHMIDT, LANGHEINKEN, CHIOVENDA, BETTI RASSELLI; la de VITTORIO SCIALOJA quien propone delimitar la función jurisdiccional

¹³³ Concepto ya citado atrás en esta obra.

¹³⁴ PICARDI, Nicola. *La Jurisdicción en el Alba del Tercer Milenio*. Biblioteca de Derecho Procesal Tomo 12. 1ª Ed. Communitas. Lima. 2009. Pp 34, 35.

de la administrativa, en términos semejantes a la de CHIOVENDA; o la de LEBAND Y BORNACK quienes opinan que no hay modo de distinguir la jurisdicción, sino atendándose a la cualidad del órgano estatal que actúa.¹³⁵ Como debe de haber quedado claro en esta exposición nosotros conceptualizamos la jurisdicción como un presupuesto de la tutela judicial efectiva, que conjuntamente con la pretensión, la acción y el proceso, son la consecuencia de la característica de coercibilidad de la ley, y definiéndola siguiendo la propia concepción de CHIOVENDA pero adecuada a los fines de esta obra, como la facultad derivada de la función jurisdiccional del estado de aplicar el derecho al caso concreto imponiéndolo aún coactivamente; nosotros no confundimos la jurisdicción con el derecho subjetivo, ni con la acción, ni la pretensión, pero reconocemos que para ir acorde a nuestro sistema de derecho la jurisdicción es una facultad del órgano jurisdiccional, y específicamente en esa capacidad o aptitud es donde identificamos y encontramos la cuadratura perfecta a la definición del término jurisdicción. Como apoyo a lo dicho citamos enseguida las amplias palabras de ALFREDO ROCCO, quien en de una manera extensa pero inteligente expresa palabras que concuerdan ampliamente con la postura de nuestra investigación:

“Los conceptos de jurisdicción y procedimiento tienen su raíz en el concepto mismo de la norma jurídica, toda vez que la función jurisdiccional y la actividad judicial son un derivado necesario de la naturaleza y carácter de aquella particular categoría de norma de conducta que constituyen las normas jurídicas. Dentro de los caracteres diferenciales de la norma jurídica, recordaremos aquí los que nos interesan particularmente para la determinación del concepto de jurisdicción. A) El primer carácter de la norma jurídica que debemos recordar, derivase de su función específica: la garantía. El derecho es garantía de fines o tutela de intereses; por lo tanto se encuentra con estos intereses en una relación de medio fin. B) Pero precisamente porque la norma jurídica es garantía de fines, es irrefragablemente obligatoria. Este es el segundo carácter de la norma jurídica que nos interesa. Garantir, en efecto, significa hacer cierto, asegurar; por consiguiente la norma jurídica se presenta con un carácter de necesidad que la hace absoluta e irrefragablemente obligatoria.

¹³⁵ ROCCO, Ugo. *Derecho Procesal Civil. Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil. Vol 1. 1ª Ed.* Editorial Jurídica Universitaria. México 2001. Pp 34 a 41.

Los fines que la norma garantiza deben dentro de los límites de esa garantía, ser conseguidos a toda costa: la necesidad de la norma jurídica no es pues (como sucede en otra clase de normas) relativa al fin a que tiende, sino que es absoluta, porque absoluta es la necesidad del fin. Este debe ser conseguido por todos los medios y eventualmente, aún sin, o contra la voluntad de los que deben, con su acción positiva o negativa contribuir a realizarlo. ...Con estos antecedentes, podemos determinar en qué casos surge la posibilidad y la necesidad de la jurisdicción, o sea, cuál es el objeto de la función jurisdiccional. ...Objeto de la actividad jurisdiccional es precisamente la realización de los intereses que el derecho objetivo tutela cuando esta tutela resulta ineficaz, o sea, cuando las normas generales de conducta, mediante las que el derecho prevé a la tutela de aquellos intereses, encuentran por algún motivo obstáculos para su efectiva realización. ... Nosotros entendemos la jurisdicción "la actividad mediante la que el Estado procura directamente la satisfacción de los intereses tutelados por el derecho, cuando por algún motivo (inseguridad o inobservancia) no se realice la norma jurídica que los tutela"¹³⁶.

Para efectos críticos nos permitimos exponer algunas definiciones a modo de concluir este punto: UGO ROCCO dice "por jurisdicción entendemos la actividad con que el Estado, por medio de los órganos jurisdiccionales e interviniendo por requerimiento de los particulares, sujetos de intereses jurídicamente protegidos, sustituye a ellos en la actuación de la norma que tutela aquellos intereses, y declara en lugar de ellos si existe y cuál es la tutela que una norma concede a determinado interés, imponiendo al obligado, en lugar del derechohabiente, la observancia de la norma y realizando mediante el uso de su fuerza coactiva, en vez del derechohabiente, de modo directo aquellos intereses cuya tutela legalmente se ha declarado cierta".¹³⁷ PABÓN GIRALDO por su parte sostiene "En sentido estricto, la jurisdicción es "la función pública de administrar justicia", que emana del Estado y la ejerce un órgano especial. Este concepto le interesa al derecho procesal, puesto que es mediante éste que se busca la realización del derecho objetivo, la composición de los litigios y la aplicación de la ley a casos

¹³⁶ ROCCO, Alfredo. *La Sentencia Civil. La Interpretación de las Leyes Procesales*. 1ª Ed. Cárdenas, Editor y Distribuidor. México. 1985. Pp 4 a 15.

¹³⁷ Óp. Cit. p 34.

concretos, tomando en cuenta etapas procesales del proceso”.¹³⁸ BRISEÑO SIERRA dice: “Se ha mencionado desde los sistemas clásicos como el romano, donde le fueron atribuidos contenidos que tradicionalmente se reconocen sin mayor análisis: *vocatio* como facultad de citar a las partes, *notio* como facultad de conocer las contiendas, *iudicium* como potestad para decidir el litigio, y el *imperium* como potestad de usar la fuerza pública para ejecutar los fallos”.¹³⁹ ARMIENTA CALDERÓN citando a COUTURE dice: “el fin de la jurisdicción es asegurar la efectividad del derecho. Es el despliegue jerárquico de preceptos, propio de la normatividad, la jurisdicción asegura la continuidad del orden jurídico. Es, en ese sentido, un medio de producción jurídica. El derecho instituido en la Constitución se desenvuelve jerárquicamente en las leyes; el derecho reconocido en las leyes, se hace efectivo en las sentencias judiciales. Esto asegura no sólo la continuidad del derecho, sino también su eficacia necesaria”.¹⁴⁰ ALSINA por su parte sostiene: “La norma jurídica, en efecto, no sólo contiene una regla abstracta de conducta, a la que los sujetos deben conformar sus actos, sino que lleva implícito un mandato (permisivo, imperativo o prohibitivo). Ello supone, entonces, la posibilidad del empleo de la fuerza, o sea, el principio de coercibilidad, porque el derecho sólo puede convertir en realidad las aspiraciones concretas en cuanto dispone del poder suficiente para imponerlas. Por consiguiente, el Estado no se limita a establecer el derecho, sino que garantiza su cumplimiento, y éste es el contenido de la función jurisdiccional”.¹⁴¹

3.5.1 ACCESO PLENO A LA JURISDICCIÓN (INSTITUCIONES JURÍDICAS QUE PREVALECEAN SOBRE EL PROBLEMA EXISTENTE EN LA EXPRESIÓN DE AGRAVIOS)

El hecho de que en un determinado sistema jurídico existan tribunales y se establezcan las vías procesales para que las partes hagan valer sus controversias,

¹³⁸ PABÓN Giraldo, Liliana Damaris. Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal Derecho Procesal. *Derecho Procesal Contemporáneo*. 1ª Ed. Sello Editorial. Colombia. 2010. P131.

¹³⁹ BRISEÑO Sierra, Humberto. *Derecho Procesal*. 1ª Ed. Oxford. México. 1999. p 514.

¹⁴⁰ Óp. Cit. p 55.

¹⁴¹ Óp. Cit. p 3.

no es suficiente para que se considere que los particulares ejercen su garantía de acceso a la justicia, esto es la tutela judicial efectiva en su aspecto lato requiere de otros elementos que garanticen la impartición de justicia plena en la esfera de los gobernados, así como la actuación de la voluntad de la ley —tutela judicial en sentido estricto—. Existen realidades que no pueden ser obviadas, las cuales pueden incidir en una justa y efectiva actuación de la ley. Esta por sí misma resulta precaria para garantizar a las partes su efectividad. Aún y cuando la norma jurídica sea abstracta y general, existen desigualdades de facto en la sociedad que son claros impedimentos a la efectiva coercibilidad de la ley, y al acceso efectivo a la jurisdicción. ROBERTO O BERIZONCE así lo reconoce al sostener que: *“Precisamente a la remoción de obstáculos de todo tipo —especialmente económicos y culturales— que impiden el libre acceso a la jurisdicción, tienden ciertas instituciones legales equilibradoras, que consagran una suerte de igualdad por compensación.”*¹⁴² Cuestiones culturales como las que se presentan en los grupos indígenas, situaciones de grupos más débiles como en los casos de menores, trabajadores, ejidatarios, mujeres y familia en casos de violencia familiar, desigualdades económicas reflejadas en la debida defensa de los derechos, desconocimiento técnico de las leyes, prejuicios judiciales, y costos en la administración de justicia, son factores que pueden mermar y conculcar la prevalencia del estado de derecho mediante la debida actuación de la voluntad de la ley, y la materialización de sus mandatos en la esfera de los particulares. Es por ello que existen diversas instituciones jurídicas que son especialmente diseñadas como mecanismos igualadores o de contrapeso para coadyuvar en la efectividad de la tutela judicial efectiva en todos sus sentidos, y que se consideran propios de un sistema en el que rige dicha tutela. Por cuanto a esto MARINONI expresa:

“Como ya dijimos, los procedimientos, como todos los actos del poder público, deben estar en armonía con el principio de igualdad. El legislador infraconstitucional está obligado a diseñar procedimientos que no constituyan privilegios, sino atender a los socialmente más carentes, a estructurar procedimientos que sean

¹⁴² O. Berizonce, Roberto. *El Acceso a la Justicia*. 1ª Ed. Librería Editora Platense, S.R.L. La Plata. 1987. p 10.

*diferenciados, en la medida en que la diferenciación de procedimientos es una exigencia insuprimible para un ordenamiento que se inspira en la igualdad sustancial”.*¹⁴³

Si queremos aspirar a que impere la voluntad de la ley en caso de infracción y omisión por cualquier motivo a su cumplimiento o reparación, es necesario contar con instituciones que sean derivadas de la realidad social y humana; por ejemplo no puede ser desconocido que la naturaleza humana nos lleva normalmente a pretender tener razón en nuestras posturas, y a preferir que nuestros intereses se sobrepongan a los ajenos, de ahí que es normal que quienes cuentan con recursos económicos puedan —y quieran— tener acceso a mejores mecanismos de defensa que los que por sí mismos pudieran tener los más desfavorecidos económicamente, imaginémonos la desigualdad que se presentaría si algunos pudieran tener acceso a una representación legal profesional, y otros no, ello no sólo implica un peligro evidente en la posible falta de materialización del derecho en la esfera jurídica del más desprotegido, sino a lo que como juristas nos resulta preciso proteger: el prevalecimiento del estado de derecho mediante la actuación coercitiva de la voluntad concreta de la ley; si la norma jurídica se dota de los presupuestos necesarios para su actuación, es imprescindible contar con instituciones legales que permeando en la realidad social, instituyan las bases coadyuvantes al cumplimiento de la tutela judicial efectiva en sus sentidos estricto y amplio.

Es por esto que enseguida veremos algunos de ellos que inciden y se encuentran relacionados directamente con la jurisdicción y su acceso pleno, como la aplicación de los principios dispositivos, inquisitivos y publicista, la asistencia legal pública, la obligación del juez de establecer y conocer el derecho, la presunción de inocencia, y la gratuidad de la justicia, aunque existen otros que ya vimos atrás, como los formalismos en la admisión de la demanda; y otros relacionados con el proceso, como el debido proceso, la fundamentación y la

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva*. 1ª Ed. Palestra. Lima 2007. p 244.

motivación, la audiencia, la equidad procesal, y el principio in dubio pro reo que serán analizados en el apartado correspondiente al proceso.

Desde luego debemos adelantar que la existencia de estas figuras jurídicas generan un contorno más amplio a la tutela judicial efectiva e inciden en la demostración de la ilegalidad que en estos casos puede generarse mediante la utilización de los criterios desestimadores de agravios que hemos venido manejando en esta tesis, pues se verá que para tratar de sobrellevar estas desigualdades y permitir un acceso pleno a la justicia, es necesario que la Superioridad acceda al estudio de la legalidad del procedimiento de la propia sentencia recurrida, para favorecer con ello la aplicación de la voluntad concreta de la ley, con lo que se permite realizar un acto de balance en el acceso a la justicia para aquellas partes que se encuentran en los grupos de desigualdad o en las situaciones legales que serán analizadas en los subsecuentes puntos. Tal y como sucede en la aplicación de los modelos y principios dispositivo, inquisitivo y publicista, en cuya debida combinación e interactuación podemos equilibrar el acceso pleno a la justicia a favor de las partes desiguales; en la propia asistencia y defensa pública y privadas, que deben ser aptas para garantizar el acceso pleno a la jurisdicción de la segunda instancia, ya que pensamos que aún en caso de ineficiente defensa, por deficiencia en la expresión de agravios, no representa un verdadero obstáculo para el debido ejercicio de la función jurisdiccional revisora los que puede inferirse de diversos apartados de esta tesis; la propia suplencia de la queja que implica que en determinados casos resulta imposible dejar de resolver o analizar la legalidad del procedimiento y de la sentencia por falta o deficiencia en la expresión de agravios, lo que confirma evidentemente nuestra postura; el propio principio *iura novit curia*, que obliga a todas las autoridades a resolver aún en ausencia de ley o ante una obscura, lo que debe trascender al ámbito de la alzada cuando en la primera instancia se ha llevado a cabo el uso de esta obligación/potestad; la obligación de decidir la controversia, como punto de partida para el ejercicio pleno de la revisión integral de la sentencia, aún ante ausencia de o deficiencia de agravios; etc.

3.5.2 APLICACIÓN DE LOS PROCESOS DISPOSITIVO, INQUISITIVO Y PUBLICISTA.

Para ser iguales, hay que tratar igual a los iguales, y desigual a los desiguales, es por esto que en atención a este principio, el desenvolvimiento de la justicia y la interacción y actividad del juez puede ser diferente dependiendo del tipo de personas y de derecho que se encuentren vinculados con el proceso. Desde tiempos primitivos los procesos han ido evolucionando, adquiriendo y presentando formas y características que les permiten servir más ampliamente a los fines que le son propios. Podríamos sostener que se accede plenamente a la justicia cuando se les da a las partes un trato igual y equitativo, donde el juzgador es imparcial en todo el proceso y no intervine más que para dirigir el proceso, pero si bien esa es una característica de la actividad que puede desempeñar legalmente un juez en el ejercicio de su función jurisdiccional, no siempre esa actitud es la más favorecedora a la consecución del acceso pleno a una justicia; existen diversos modelos y principios procesales que tienen que ser considerados para la consecución de la tutela judicial efectiva, estos son esencialmente los llamados procesos adversariales (dispositivos), inquisitoriales (inquisitivos) y publicista. Pero toda vez que existe una confusión sobre si llamar a estos modelos, principios o sistemas, antes que describirlos y relacionarlos con la tutela, es necesario tratar de determinar como referirnos a ellos, pues se vera que la denominación no es precisamente analógica, sino que existen tanto principios como modelos procesales e incluso unos interactúan con otros para conseguir un acceso pleno a la justicia.

3.5.2.1 PROCESOS ADVERSIAL, INQUISITIVO, PUBLICISTA (SISTEMA, MODELO O PRINCIPIO)

Cuando hacemos referencia a lo adversarial, inquisitivo y publicista, es común que las diversas fuentes legales y doctrinales los traten unos como sistemas y hablan así de: “*sistema inquisitivo*”; “*sistema adversarial*” o como también

se denomina a este último “*sistema dispositivo*” y “*sistema acusatorio*”; “*sistema publicista*”; pero al indagar sobre mayores referencias habrá algunos otros autores que los denominen modelos, para hablar sobre modelos inquisitivo, dispositivo y publicista, y hay quienes los refieren como principios, por lo que de inicio nos resulta difícil saber cómo referirnos propiamente, o incluso cuál es la denominación correcta o si unos y otros son la misma cosa. Ante esta “*pluralidad de denominaciones*” nos parece que lo apropiado es que de inicio dejemos por resuelta ésta indeterminación, ésta vaguedad.¹⁴⁴

Creemos que no es correcto que cuando se haga referencia al proceso adversarial, inquisitivo o publicista, se lo haga con la extensión que a un “*sistema*” corresponde, pues un sistema legal o jurídico es mucho más amplio o extenso que una forma o tipo de proceso; incluso pensamos que lo adversarial, inquisitivo o publicista son tan sólo características que pueden adoptarse en los diversos sistemas legales para desarrollar sus procesos; y además es posible que en un sistema jurídico existan procesos en los que se adopte el modelo adversarial, y otros el inquisitivo, o publicista y que en ellos concurren principios opuestos en relación con determinados derechos.

Para tener una mejor comprensión respecto de lo que debe ser entendido por “*sistema jurídico*”, permítasenos citar las palabras de SIRVENT: “*Por sistema*

¹⁴⁴ Para Guastini, “La vaguedad es, entonces una propiedad de la referencia de los predicados. Un predicado es vago siempre que la pregunta “¿a que se refiere?” admita una respuesta dudosa. GUASTINI, Riccardo. *Estudios Sobre la Interpretación Jurídica*. 2ª Ed. Porrúa. México. 2000. p 62. Por su parte Sainz Moreno comenta que “*La vaguedad o indeterminación de los términos del lenguaje suele denunciarse como una de las imperfecciones del lenguaje*” SAINZ, Moreno, Ricardo. *Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa*. Civitas. Madrid 1976. p 68. Este mismo autor hace en llamado a pie de página hace referencia a Ullman, para describir las causas de la vaguedad, con la siguiente cita: “*La vaguedad puede resultar de una serie de causas, algunas inherentes a la naturaleza misma del lenguaje, otras entran en juego sólo en circunstancias especiales 1) Una de las fuentes de la vaguedad es el carácter genérico de las palabras. 2) Otra fuente es la falta de homogeneidad de las palabras: hasta las más simples y monolíticas tienen cierto número de facetas diferentes que dependen del contexto y de la situación en que se usan. 3) Otro factor es la falta de límites bien definidos en el mundo no lingüístico. 4) También contribuyen a la vaguedad de las expresiones la falta de familiaridad con las cosas que representan. ¿Cuántas personas pueden dar una información razonablemente clara de lo que quiere decir existencialismo, positivismo lógico, etc.? ULLMAN, Stephen. *Semántica, Introducción a la Ciencia del Significado*. Traducción al Castellano de Juan Martín Ruiz Weiner. Madrid. 1965. Pp 131 a la 143.*

jurídico entendemos el conjunto de instituciones gubernamentales, normas jurídicas, actitudes y creencias vigentes en un país sobre lo que es derecho, su función en la sociedad y la manera en que se crea o debería crear, aplicar, perfeccionar, enseñar y estudiar".¹⁴⁵ LAN ARREDONDO expresa: "De esta manera, y generalmente con una constitución en la cúspide de la jerarquía de las normas, los países cuentan con sus propios sistemas jurídicos basados en el concepto de soberanía, la cual atañe tanto a la dimensión interna como a la externa"¹⁴⁶. Por otro lado Manuel Terán sobre el mismo tema nos comenta:

"Sistema es un conjunto ordenado de elementos según un punto de vista unitario. Así, los diversos sujetos jurídicos dentro de un orden de derecho, los actos a título de causas y efecto dentro de un orden jurídico, los diversos actos de autoridad y sujeción al derecho, todo engloba dentro de un orden unitario".¹⁴⁷

A nuestro juicio son todavía más ilustrativas las palabras de GÜNTER SCHMIEG, citado por JUVENTINO V. CASTRO:

"La rápida penetración de enfoques propios del análisis de sistemas en las ciencias sociales no puede llevarnos a pensar, erróneamente, que exista un concepto claro y generalmente aceptado de sistema. Es por ello por lo que la determinación de todo aquello que se da cita en torno a la fórmula general de análisis de sistemas ha de realizarse de una manera negativa y enumerativa, prescindiéndose en esta empresa del concepto 'clásico' de sistema, basado en relación de todo-partes y el modelo de organismo, por una parte, y de la aceptación de sistema en el lenguaje corriente en expresiones como la de 'sistemas de gobierno', por la otra".¹⁴⁸

Posterior a estas palabras reflexiona DON JUVENTINO V. CASTRO y apropiadamente concluye:

"Más me atengo —porque así lo necesito para que mis exposiciones resulten claras y entendibles—, al concepto que se

¹⁴⁵ SIRVENT Gutiérrez, Consuelo. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Porrúa. 12ª Ed. México 2010. p 5.

¹⁴⁶ LAN Arredondo, Arturo Jaime. *Sistemas Jurídicos*. 1ª Ed. Oxford. México. 2007. Pp 2 y 3.

¹⁴⁷ TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*. Porrúa. 20ª Ed. México. 2009. p 146.

¹⁴⁸ CASTRO, Juventino V. *Hacia el Sistema Judicial Mexicano del Siglo XXI*. Porrúa. México. 2000. Pp 1 y 2. SCHMIEG, Günter. Sin mayores datos.

*tiene del sistema, como un “agregado de intereses o actividades conexas” (a la manera del Diccionario de Sociología, editado por Henry Pratt Fairchild), cuando hace referencia a los sistemas institucionales, identificándolos como aquellas agrupaciones de instituciones que se hace con arreglo a los campos principales o fundamentales de la vida social en que las mismas ejercen sus funciones básicas; tales como el sistema económico o el sistema político, y dentro de este, entender que se agrupan las instituciones administrativas, las legislativas, las judiciales, las militares y otras similares.”*¹⁴⁹

Como bien puede ser inferido, al hablar dentro del derecho de “sistema” lo correcto y debido es hacer referencia a todo un conjunto instituciones que rigen la vida jurídica de un país “*sistema jurídico*”; como lo sostiene CISNEROS FARÍAS: “*En el mundo de normas en que vivimos obedece a ciertos principios lógicos desde su elaboración hasta su aplicación. En su conjunto, a esos principios le llamamos sistema jurídico*”,¹⁵⁰ por ende consideramos que no es correcto hablar de sistema adversarial, inquisitivo o publicista, pues lo que cada uno de estos engloba, no hace referencia a “*campos principales o fundamentales de la vida social en que las mismas ejercen sus funciones básicas*” parafraseando a DON JUVENTINO CASTRO, considerando que el motivo de la clasificación de los procesos en adversarial e inquisitivo, está “*basado en relación de todo-partes y el modelo de organismo*”—en esta ocasión parafraseando a GÜNTER SCHMIEG—, y por ello es que no nos parece correcto clasificar a los modelos o tipos de proceso como “sistemas”, en atención a que el principal motivo de la distinción entre unos y otros es tan sólo el comportamiento de las partes y juez dentro del proceso y el alcance de las facultades de éste último. Por cuanto a la inclusión de lo adversarial, inquisitivo o publicista como “principio”, pensamos que sí puede haber principios dispositivo, inquisitivo, o publicista, pero estos principios no pueden, ni deben ser confundidos con los procesos del mismo tipo, pues los procesos de cualquiera de estos tipos o modelos, forman su base adjetiva, conductual, de relación jurisdiccional, con sustento en una serie concatenada de pasos organizados bajo la estructura adversarial, inquisitiva o publicista; y los principios de esta misma naturaleza nos

¹⁴⁹ Óp. Cit. p 2.

¹⁵⁰ CISNEROS Farías, Germán. *Derecho Sistemático*. 3ª Ed. Porrúa. México. 2008. p 69.

facultan a exigir que se respete una conducta, forma, o axioma; pero para entender mejor esto, debemos empezar por diferenciar lo que es un “principio general del derecho”, de un “principio general del proceso”, para en este sentido poder diferenciar estos últimos de los modelos procesales. En primer término permítasenos referir que la misma voz “principios generales” es referida sinónimamente de diversa manera algunas veces como principios básicos, principios generales, principios jurídicos, principios comunes, máximas, postulados, reglas del derecho, aforismos jurídicos, adagios, como bien lo refiere FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN:

“Sono diverse le espressioni utilizzate per la loro citazione, nonostante esista la consapevolezza che vengono utilizzati alla stregua di sinonimi. A volte si parla laconicamente di “principi”, in altre di “principi basilari”, “principi generali”, “principi giuridici” e “principi comuni”, nonché frequentemente di massime, regole del diritto, aforismi giuridici ed adagi, termine accompagnato di solito dall’aggettivo romano. In molte occasioni, la citazione viene effettuata in lingua latina sulla base della convinzione che si tratta di una massima di conoscenza generale, per cui se ne considera superflua la traduzione”.¹⁵¹

Al hablar de principios hacemos referencia a la sustancia natural que debe permear algo, a ciertas consideraciones de orden deontológico sobre las cuales gira una institución, las formas principales sobre las cuales debe dirigirse la conducta o la forma de pensar, como en el caso el derecho procesal; el Diccionario de la Real Academia Española, sobre esta palabra, en la acepción que nos corresponde, refiere:

“principio. Del latín “principium”//3. Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo sobre cualquier materia// 7. Cualquiera de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empieza a estudiar las ciencias o las artes// 9. Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta.”¹⁵²

¹⁵¹ FERNÁNDEZ de Buján, Federico. *Principi Generali del Diritto e Regole FIS*. Revista General de Derecho Romano. N. 19. Diciembre de 2012. S/N.

¹⁵² REAL Academia Española. *Diccionario*. Voz “Principio”. Brosmac. 21ª Ed. España. 1996. p 1182.

Como puede ser apreciado, al referirnos a principio hablamos de reglas que norman la conducta o pensamiento humano, y que se refieren al origen, la razón, verdad fundamental sobre alguna materia o cosa. Y como nuestra materia es el derecho, refirámonos a los principios jurídicos generales. Por cuanto a estos ROJAS ARMANDI nos comenta que conforme a la concepción positivista: *“principios generales del derecho debe entenderse sólo los principios generales del sistema legal positivo (italiano, español, etc.) obtenidos por procesos de generalización creciente de los criterios que informan los distintos preceptos”*¹⁵³; es importante destacar por cuanto a esta concepción que los principios generales se forman precisamente por la generalización o aceptación sobre algún criterio, postura, postulado, racionalización, idea, norma legal o moral, o fundamento; esto es, los principios generales del derecho conforme a nuestra concepción son aquellos postulados que a través de los tiempos, se han considerado como inherentes a la ciencia jurídica, ya por ser directamente atribuibles al derecho natural, o por ser los que determinan o conforman la teleología de alguna institución o norma jurídica, esto es su ethos, su naturaleza deontológica; por tanto son considerados como derechos sustantivos atribuibles a toda persona y normalmente son fuente del derecho.

Ya en relación con los “principios generares del proceso” ARMIENTA CALDERÓN nos refiere lo siguiente:

*“Cuando hablamos de principios rectores del proceso, nos ubicamos en el campo de la técnica jurídica, por cuanto hacemos referencia a aquellos modelos que deben orientar, tanto las norma como la conducta de los sujetos que intervienen en la estructuración del proceso, como instrumento para solucionar conflictos jurídicos”*¹⁵⁴

De antemano nos permitimos disentir de la respetable opinión del antes citado jurista, pues no concordamos en que al hablar de principios rectores del

¹⁵³ ROJAS Amandi, Víctor Manuel. *Ronald Dworkin y los Principios Generales del Derecho*. Porrúa. México. 2007. p 14.

¹⁵⁴ ARMIENTA Calderón, Gonzalo M. *Teoría General del Proceso*. Porrúa. México 2003. p 120.

proceso, estemos en el campo de la técnica jurídica; pues en la concepción que pretende manejar el autor más que técnica, estaríamos en el campo del método. Si bien los principios son rectores de la conducta procesal, no lo son porque tengan una naturaleza forense, sino porque son postulados superiores que al respetarse permiten que el proceso siga su naturaleza, lo forense son las normas adjetivas y positivas de los diversos ordenamientos procesales; los principios aun en materia procesal, son de carácter sustantivo pues como tales son un derecho subjetivo propio de la parte procesal, de inquirir a que la conducta procesal se rija conforme a un superior postulado. Debemos distinguir entre “principios generales del derecho”, que también son superiores, pero utilizados como fuentes de interpretación, que debe verse reflejada en las diversas resoluciones del Juzgador; y por otro lado “los principios generales del proceso”, que al regular una parte forense, norman la conducta procesal, aún las propias sentencias o resoluciones, pues al ser los actos máximos o finales del proceso, deben garantizar el respeto de los principios del proceso, como de los generales del derecho, y ambos implican un derecho subjetivo de las partes a exigir su acatamiento, no solo que la actividad judicial se realice conforme al principio, sino que derivado de esta conducta se vea reflejada en el derecho sustantivo de las partes detentadoras de la protección del principio.

Cuando hablamos de que dentro de un proceso se sigue un “principio general del derecho”, hacemos referencia principalmente a la forma de interpretación llevada a la sentencia por parte del Juez, o sea, a un derecho subjetivo por parte de las partes procesales para esperar del Juzgador y su contraparte un determinado comportamiento jurídico, que debe verse reflejado en el proceso mediante las resoluciones que se vayan decretando, por ello un principio constituye un derecho sustantivo, y es una fuente de interpretación o integración de la ley. Por otro lado el “principio del proceso”, rige en las conductas de los sujetos procesales, pero se extiende aún a la conducta del Juzgador al momento de emitir esas sentencias. En estos términos cuando hablamos de un proceso con un modelo inquisitivo, nos referimos a que ese proceso está

construido forensemente bajo esa forma metódica; y cuando nos referimos a que en tal o cual proceso se sigue un principio por ejemplo inquisitivo, generalmente hacemos referencia a que tenemos derecho a ver reflejado el principio en la conducta procesal, y aún en las resoluciones que se decreten; hablar por ejemplo de modelo procesal es una referencia forense, y por cuanto a “principio” es derecho sustantivo que se refleja como facultad a exigir esa conducta adjetiva natural dentro del proceso, nosotros somos de la idea de que principio conlleva la facultad de exigir, o sea, un derecho sustantivo; para aclarar mejor esto permítasenos hacer referencia a las palabras de VIGO, respecto de su concepción de “Principios Generales de Derecho”:

“Principios jurídicos positivos particulares. Cada norma, conjunto de normas, institución jurídica, o rama del derecho positivo, está minada por uno o varios principios reguladores, que aquellas pretenden traducir con la mayor fidelidad a través de la particular estructura formal normativa. ...Consecuentemente, en virtud de un proceso inductivo de generalización es posible alcanzar principios jurídicos de diferente amplitud, aunque siempre aplicables a un número indeterminado de casos, hasta lograr los específicos de una rama del derecho, y corresponde que el juez competente los tenga presentes al realizar la función de interpretación o al explicitar la disposición con la cual resuelve la situación de que se trate, contribuyendo de esa manera a la coherencia interna del ordenamiento y a la validez de la sentencia”.¹⁵⁵

Desde luego VIGO hace referencia a cuatro tipos de “principios generales del derecho”, pero van encaminados todos a la actuación interpretativa o resolutoria del juzgador, pues los principios de este tipo esencialmente sirven para la interpretación, y guían el actuar del A quo en la sentencia; consecuentemente pensamos que representan derechos que las partes subjetivamente esperan sean respetados en las resoluciones o en la sentencia; al respecto el propio VIGO en su diversa obra Interpretación Jurídica, hace referencia a los distintos tipos de Códigos que recogen entre su articulado a los principio generales del derecho, comentando a ese respecto:

¹⁵⁵ VIGO, Rodolfo L. *Integración de la Ley “Artículo 16 del Código Civil”*. Astrea. Buenos Aires. 1978. p 73.

“Pasemos ahora rápidamente revista a los códigos que nos hablan de los principios generales del derecho, tenemos así:

a) Los de inspiración iusnaturalista, por ejemplo el Código Civil austriaco de 1811 que, frente a la ausencia de ley, remite al juez a los “principios naturales del derecho” o “principio de derecho natural”, consecuente con la orientación iusnaturalista kantiana de uno de sus principales inspiradores, Francisco Zeiller; también mencionemos, entre otros, a los códigos civiles de Colombia de 1887 y de Ecuador de 1861 que aluden a los “principios de derecho universal.

b) Más excepcionales son los códigos de filiación claramente positivista; uno de los pocos casos lo constituye el Código Civil italiano de 1942 que para problemas dudosos establece que la solución se buscará en los “principios generales del ordenamiento jurídico del Estado, y

c) Finalmente nos encontramos con aquellos Códigos que al emplear, como el nuestro, la fórmula neutra de “principios generales del derecho” toleran una interpretación de alcance positivista y también la inclusión de estimaciones o criterios iusnaturalistas o axiológicos, el primer Código Albertino de 1837, lo continúan el italiano de 1865, el español de 1888, el mexicano de 1928, el venezolano de 1942, y por supuesto, el artículo 16 del Código Civil de Vélez Sarsfield”¹⁵⁶.

Por esto puede considerarse que “principio general del derecho” es una idea o derecho fundamental de todo un sistema jurídico, considerado como algo superior a lo que debe acudir en caso de duda por ser parte de su fuente; y el “principio general del proceso” es un postulado que debe ser respetado y que rige la conducta de las partes de la relación jurídica procesal, pero no debemos asimilarlos materialmente la conducta desplegada, sino que se identifica con la facultad de exigir que el proceso se desarrolle conforme a la conducta que se desprende del principio procesal, traducidas aún en las resoluciones judiciales; estos principios pueden referirse a todo el proceso, o bien, a partes especiales del mismo, pero en nuestra manera de pensar en un mismo proceso no pueden imperar principios contrarios o contradictorios, pues no sería lógico aplicar dos principios opuestos en un mismo proceso, y como postulado lógico tenemos que

¹⁵⁶ VIGO, Rodolfo L. *Interpretación Jurídica “Del Modelo Iuspositivista Legalista Decimonónico a las Nuevas perspectivas”*. Rubinza-Culzoni Editores. Buenos Aires. 1999. Pp 113 y 114.

no se puede ser y no ser. Respecto de los principios generales del proceso, OVALLE FAVELA refiere:

*“Los principios procesales son aquellos criterios o ideas fundamentales, contenidos en forma explícita o implícita en el ordenamiento jurídico, que señalan las características principales del derecho procesal y sus diversos sectores, y que orientan el desarrollo de la actividad procesal”.*¹⁵⁷

Así podemos tener en claro que los “principios generales del proceso” no son sustancialmente iguales a los “principios generales del derecho”, pues aunque ambos generan un derecho subjetivo para pedir sea respetado el postulado, unos son esencialmente una fuente de interpretación del derecho, y otros reglas de conducta en la relación jurídica procesal; pero estos últimos no pueden ser confundidos con derechos adjetivos, pues no son materialmente la conducta desplegada, son el derecho de exigir esa conducta y a ver reflejados los efectos de una conducta en el ámbito jurídico de quien los detenta; el proceso cuando se reglamenta parte en mucho de su contenido de los principios, pero una vez como norma, deja de ser principio, es derecho, y el principio ahora sirve como referente directo, y genera el derecho a solicitar el respeto de la norma, forma y conducta a ese deber ser; de ahí que no sea correcto hablar que cuando un proceso está reglamentado en forma inquisitiva, dispositiva, o publicista, se hable de principio, sino de modelo, o tipo de proceso, pues ya materialmente estamos haciendo referencia a los actos materiales (normas) concatenados en forma de proceso, ya esas normas que configuran el proceso se desprendieron del principio, para constituirse en derecho objetivo y positivo, y el principio ahora sirve a las partes como un derecho subjetivo, de exigir que tanto las normas, las conductas y las formas del proceso se ajusten al principio del cual derivaron.

Por cuanto a la concepción como modelo adversarial, inquisitivo o publicista, nos parece más apropiada, pues hace referencia a la parte forense del proceso, como conducta, como serie de actos, como relación jurídica procesal encaminada

¹⁵⁷ OVALLE Favela, José. *Teoría General del Proceso*. Oxford. 6ª Ed. México. 2010. p 199.

a la actuación de la ley. Aunque como lo hacen varios autores, entre ellos CIPRIANO GÓMEZ LARA, bien pudiéramos omitir el calificativo de modelo, o cualquier otro, y hacer referencia tan solo a proceso adversarial, inquisitivo, o publicista. Cuando hablamos de modelo hacemos por supuesto alusión a una forma preestablecida, a un molde, y como tal sí es propio referirnos, porque al ser cada uno de estos formas preestablecidas de conductas y circunstancias procesales, entonces sí es posible hablar de un molde o modelo. Pues modelo es más identificado con lo adjetivo, versus sustantivo; y el derecho procesal es adjetivo. Pero también es preciso decir que de estos modelos pueden desprenderse principios que han venido formulándose en diversas relaciones jurídicas, en relación con diversos grupos desprotegidos o iguales de personas, o en relación a la naturaleza objetiva del derecho de que se trate, y ante estas circunstancias es justo referirnos a principio dispositivo, inquisitivo o publicista, aún y cuando un proceso siga un modelo distinto, pues creemos que no pueden coexistir en un mismo proceso dos modelos procesales, pero sí puede darse el caso de un modelo procesal adversarial, por ejemplo, en el cual en relación con alguna de sus partes, pueda seguirse un principio diametralmente distinto, verbigracia publicista, e incluso que ese principio alcance a ser normado.

Ejemplo de lo anterior podemos encontrarlo en materia civil o familiar, donde se sigue el modelo dispositivo en el proceso, pero si por ejemplo se está en el caso de derechos de menores, incapacitados, violencia familiar, etc., el Juzgador podrá con base en el principio publicista inclinarse en la protección de los derechos de esas partes desprotegidas, respecto de las demás partes que no lo son, incluso actuar en forma inquisitiva impulsando el proceso.¹⁵⁸ De ahí que también puedan llamarse principios, pero cuando se refieren a un derecho

¹⁵⁸ Ejemplo de esto lo encontramos en el artículo 952 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, en el que dentro de los procesos esencialmente dispositivos, encontramos inmerso el principio publicista ya plasmado en una norma jurídica, el mismo que dispone: Artículo 952.- Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir ésta la base de la integración de la sociedad. Tratándose de menores y de obligaciones alimentarias, así como de todos los demás casos del orden familiar, el Juez está obligado a suplir la deficiencia de la queja en los planteamientos de hecho y de derecho y demás aspectos de la demanda y de otras promociones legales y a velar por el interés superior de menores o incapacitados

sustantivo derivado de los modelos comentados, pueden coexistir en un modelo de proceso, principios que como modelos serían contradictorios y no mezclables. Cabiendo mencionar que a veces los principios que se desprenden de los modelos, son más reducidos pues contienen tan solo alguna característica de la globalidad que sigue al modelo, de estos se desprende que el modelo abarca a todo el proceso, es la regla, en tanto que el principio es excepción, son dispositivos aislados que protegen determinados intereses jurídicos dentro del proceso.

En el libro Derecho Procesal Contemporáneo Mónica Bustamante hace referencia citando a BEATRIZ QUINTERO que lo correcto es la denominación como sistema dispositivo o adversarial o acusatorio, inquisitivo, etc., como se aprecia en la siguiente referencia:

“Ahora bien, para delimitar el campo en torno a lo que hemos de entender por principio procesal, debemos precisar qué vamos a entender por “inquisitivo” y “dispositivo”, toda vez que algunos autores los enlistan como “principio inquisitivo” o “principio dispositivo”; entre tanto, otra parte de la doctrina los enmarca como “sistema inquisitivo” o “sistema dispositivo”, incluso se encuentran algunas referencias como “modelo inquisitivo” y “modelo dispositivo.”

Desde la perspectiva de los “Tipos o sistemas procesales”, señala Beatriz Quintero que son las formas técnicas aptas para el desarrollo de los presupuestos político-jurídicos del derecho procesal, los cuales se caracterizan por se bifrontes, abstractos y puramente técnicos.

“Así en aras de la precisión metodológica y temática, en este capítulo no se abordarán estos conceptos en el marco de los principios, por el contrario, se acepta la denominación empleada por Beatriz Quintero y otros autores: “sistema”.¹⁵⁹

Por cuanto a los anteriores comentarios pensamos que no resultan afortunados, pues en su concepción se realiza una interpretación meramente forense, alejados de lo filosófico, *theos*, o verdad última de los conceptos, cayendo

¹⁵⁹ BUSTAMANTE Rúa, Mónica María. *Derecho Procesal Contemporáneo*. Universidad de Medellín. Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal. 1ª Ed. Sello Editorial. Colombia. 2010. p 70.

en el error de sostener una postura sólo porque alguien más así lo hace, pero sin esgrimir fundamentos del orden argumentativo que sostengan su hipótesis, por lo que lo único que se logra es contribuir a la vaguedad o indeterminación del término.

En ese orden de ideas podemos precisar la importancia que para la tutela judicial efectiva tiene el respeto de los diversos modelos procesales y de los principios que dentro de los mismos pueden existir, haciendo específica referencia a los denominados adversarial, inquisitivo y publicista.

Como veremos en los siguientes puntos para el debido respeto de la tutela de la norma y la realización de esos efectos en la esfera jurídica de las partes, es necesario que el acceso a la jurisdicción sea pleno. Ante esto existen diversas formas legales que puede revestir la conducta del juez frente a las partes y sus derechos, así como en torno a la actividad procesal desplegada. Por un lado existen derechos en los que se justifica la existencia de una igualdad procesal, en los derechos comerciales, civiles, crediticios, etc., normalmente se persigue la tutela de una norma de contenido esencialmente económico, esto es, en los que se litigan asuntos monetarios, o con implicaciones de dinero. Veremos que existe un modelo procesal en el cual se privilegia una igualdad en las partes, y una conducta imparcial y más que nada de dirección del proceso por parte del juez, eso es el modelo adversarial. Pero si bien dentro de este modelo existen normas que balancean a las partes, y ello genera un acceso más pleno a la justicia, ¿qué sucede si una de las partes es una persona incapacitada, un menor o un padre litigando contra los intereses de su hijo incapacitado?; el tipo de derecho “privado” “publico”, no es en esencia determinante para que un juez siga una conducta activa o protectora primordialmente, aunque generalmente se sigue ese parámetro.

Consideramos que si bien el modelo procesal sí generalmente se determina por el tipo de derecho, la conducta del juzgador en torno a los derechos

de los sujetos procesales se debe determinar en atención a las cualidades especiales de las partes en el proceso, con base en la inmersión de principios adecuados dentro de esos modelos procesales. Así aunque un juicio ordinario civil o mercantil se encuentre moldeado adversialmente, si una de las partes es un menor o incapacitado, en torno a él debe aplicar un principio publicista. Ello garantiza el acceso más pleno a la justicia, y a la tutela de la voluntad concreta de la ley. Pero existen otros supuestos en los cuales lo que genera un pleno acceso es la realización de una conducta más activa por parte del juez, en la cual se busca que impulse el proceso, que participe activamente en las pruebas, como en el caso de los procesos donde se resuelve la aplicación de procesos de orden público, aquí se requerirá de un modelo inquisitivo, pues ello genera un acceso más pleno a la justicia, y es más acorde a la tutela judicial efectiva, esto en su sentido pleno, en su objeto directo. Incluso puede suceder que existan procesos donde es común que una de las partes sea más desprotegida que la otra, por ejemplo en materias laboral, agraria, familiar, etc., en los cuales se justifica una conducta del juzgador más pro jure, pero no solo en ciertos actos sino en todo el proceso. En tales casos se requiere una actividad procesal, un modelo de proceso que en su conjunto esté diseñado para salvaguardar los derechos de ciertos sujetos procesales, y nótese que hablamos de protección de los derechos de las partes; jamás hablaremos de una conducta imparcial, sino que busca el sentido estricto de la tutela judicial efectiva, su objeto directo: la aplicación de la voluntad concreta de la ley; en estos procesos se requiere una actividad que iguale a las partes balanceando la consecución de los intereses de la justicia.

Es por estos motivos que resulta necesario abordar en este estudio el contenido y aplicación de los diversos modelos y principios procesales inquisitivo, adversial y publicista.

3.5.2.2 MODELO ADVERSIAL

El modelo adversial es también llamado dispositivo o acusatorio (esté último en materia penal); GOLDSCHMIDT tratando de diferenciar los modelos inquisitivo y adversial nos comenta:

*“Uno es que el juzgado criminal, al considerar que hay indicios suficientes de un hecho punible, proceda de oficio y recoja por sí mismo el material, a fin de adquirir el convencimiento de la existencia del delito. ... esta configuración del proceso se llama inquisitiva. ... El otro camino para llegar a la verdad y a la justicia es que el juez encargado de la jurisdicción penal se limite al fallo de las solicitudes interpuestas y del material producido, dejando la interposición de las solicitudes y la recogida del material a quienes, persiguiendo intereses opuestos, se representan como partes. Esta configuración del proceso, es decir, la aplicación del principio dispositivo o de instancia de parte al procedimiento criminal, es la acusatoria”.*¹⁶⁰

Por su parte CIPRIANO GÓMEZ Lara respecto al proceso dispositivo nos hace la siguiente referencia:

*“El proceso dispositivo surge de la Revolución Francesa y, desde luego, representa una reacción contra el despotismo procesal inquisitorial. ... En este proceso, el estado es un ente de autoridad que tiene sus atribuciones delimitadas, que solamente hace aquello que la ley le autoriza expresamente. Las partes pueden disponer del proceso, y de aquí la denominación. El juez es un mero espectador pasivo de la contienda, su papel se contrae a vigilar que se cumplan las reglas del juego. Una vez desenvuelta la contienda, dicta su resolución determinando a quien le corresponde la razón jurídica”.*¹⁶¹

En el modelo adversial o dispositivo son las partes quienes llevan el proceso, quienes lo dirigen; las partes tienen una igualdad general en el proceso, les rige el llamado principio dispositivo, según el cual el juez no puede impulsar el proceso si las partes no lo hacen; el de instancia de parte según el cual es a las partes a quienes corresponde normar el proceso, dirigirlo, impugnarlo, solicitar su

¹⁶⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*. Serie Clásicos de la Teoría General del Proceso. Editorial Jurídica Universitaria. México. 2001. p 107.

¹⁶¹ Óp. Cit. p 60.

regularización, el juez no puede tomar determinaciones sin solicitud de parte; el principio de contradicción mediante el cual antes de resolver sobre cualquier cuestión —que no sea de mero trámite— el Juzgador debe escuchar a la otra parte; como bien lo sostiene GÓMEZ LARA, en este modelo el juzgador es como un director del proceso, solo vigila que se lleve conforme a las reglas preestablecidas en los Códigos Adjetivos; pero principalmente el Juez no puede hacer sino lo que le está expresamente permitido.

Para CHIOVENDA la participación del juez en el proceso tiene límites, si bien también cuenta con deberes y obligaciones, existen diversas limitaciones muy marcadas que rigen la actividad del juez; estas las identifica (entre otras) en la formación material del conocimiento y en la participación del juez en la dirección del proceso.¹⁶²

El principio dispositivo para este autor (un proceso con modelo dispositivo) implica una muy variada gama de restricciones y reglas en la conducta y relación del juez con las partes y en el juzgamiento. Así tenemos que desde la actuación propia del juzgador condicionada a la presentación de la demanda como condición para el ejercicio de la función jurisdiccional, hasta la determinación o selección de los hechos aplicables, la proposición y desarrollo de las pruebas, la intervención de terceros, el nombramiento de abogados o procuradores, la aplicación por parte del juzgador de los presupuestos procesales y el impulso procesal, son cuestiones que presentan connotaciones especiales en los procesos con modelo dispositivo.¹⁶³

En efecto, un proceso con modelo dispositivo tiene reglas que rigen marcadamente el comportamiento del juez y las partes en el proceso, generalmente limitando las facultades del primero y supeditándolo a la actuación de las partes en el proceso, pero en las páginas antes señaladas nos menciona

¹⁶² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tomo III 1ª Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1989. p 58.

¹⁶³ *Ibíd.* Pp 58 a 81.

CHIOVENDA que esos principios no son rígidos, sino que interactúan, de tal manera que no se limita completamente al juzgador, sino que tiene ciertos márgenes cedidos dentro de las propias leyes, y que por tanto en un proceso con modelo dispositivo no todo depende de las partes, sino que hay actos propios impulsados por el juez. Por cuanto a estos señalamientos, nosotros sostenemos como ya se adelantó atrás, que no es que se trate de seguir principios disimiles en los procesos, sino que por naturaleza los poderes del juez son amplios en la consecución de la voluntad de la ley, pues ya hemos dicho que de hecho la función jurisdiccional es un engranaje de los que conforma el sistema jurídico para procurar la característica de coercitividad de la ley. Pero en atención a la naturaleza de los derechos a juzgar y a las características de las partes, los procesos se pueden moldear limitando o extendiendo los límites de las facultades del juez, y como la propia función jurisdiccional consistente en la procuración de la voluntad de la ley, es tan extensa como sea necesario para lograr dicho objetivo, entonces lo que se indexa son limitaciones a las amplias facultades originales del juzgador, y por ello es que encontramos mezcladas limitaciones con casos de excepción, no pueden existir dos modelos contrarios dándole forma a un proceso, eso sería caótico; lo que sí dijimos es que en atención a las características especiales de las partes en un proceso con modelo por ejemplo dispositivo, y en relación con alguna parte puede regirle un principio distinto (inquisitivo, publicista) que le permita al juzgador actuar distinto en relación con los derechos de ese sujeto.

También mencionamos que normalmente estos casos (principios) encuentran cabida en las leyes como normas, pero que aunque no estuvieren normadas un sujeto en una situación especial reconocida en un principio procesal, podría alegar la asistencia del principio. Por ejemplo si una ley no contiene condiciones especiales en materia procesal en relación con menores, incapacitados, indígenas, etc., existen principios recogidos en tratados internacionales que podrían ser alegados; como bien sucede e incluso genera producto jurídico en las cortes internacionales.

Para MONROY GALVES existe una marcada diferencia entre los dos principales sistemas procesales que él identifica, el de contenido privatístico y el publicístico (en este punto sólo hablaremos del primero); es concordante con lo que hemos mencionado que los de contenido privado coinciden perfectamente con los procesos que siguen un molde dispositivo, adversial; nos dice el autor lo siguiente:

“La diferencia entre los dos sistemas que hemos descrito, nos parece se asienta en la respuesta a una pregunta específica: ¿Quién sirve a quien? Los sujetos que actúan como objeto de la pregunta son el Estado y los particulares. Dentro de una concepción privatística, el proceso es el medio a través del cual el Estado concede a los particulares la oportunidad de resolver su conflicto de intereses. Por esta razón, como el Estado está a disposición de los particulares, el proceso, que es el vehículo del servicio, está bajo el control de quienes lo reciben, es decir, de los particulares”.¹⁶⁴

Como se aprecia, el autor indica que en los tipos de procesos de tildes privados, como lo son los adversiales, son las partes las rectoras del proceso, es a ellos a quienes corresponde guiarlo, activarlo, llevarlo por los cauces legales a fin de que el juzgador tan sólo sea como un espectador a quien le toca resolver la disputa legal llevada a cabo por los particulares; esta concepción desde luego es muy amplia, aunque generalmente en los procesos moldeados bajo este tipo privatístico, no son tan rígidos en torno a la simple actividad pasiva y espectadora del juez, sino que se toman las principales características y se moldea bajo su torno el proceso, pero siempre con cualidades y concurrencia de principios diversos y de cierto margen en la actividad del juzgador para no convertirlo en mero espectador. El mismo autor señala que algunos de los principios que generalmente forman parte de este tipo de procesos son el de instancia de parte, el de la defensa privada, de congruencia, y de impugnación privada.¹⁶⁵ Por su parte UGO ROCCO, en relación a las delicadas limitaciones del juez en la

¹⁶⁴ MONROY Gálvez, Juan F. *Teoría General del Proceso. Biblioteca de Derecho Procesal. #6.* 3ª Ed. Communitas. Lima. 2009. p 158.

¹⁶⁵ *Ibíd.* Pp 189 a 194.

realización de los intereses públicos tutelados por el derecho, y de los intereses privados de las partes dentro del proceso, derivados de procesos civiles de índole dispositivo, menciona:

“Y esto es apenas natural, ya que en ejercicio de la función jurisdiccional el Estado persigue una finalidad de carácter público, a saber, la realización de los intereses tutelados por el derecho objetivo; por esto tiene que desplegar su actividad de modo que sólo los intereses efectivamente tutelados tengan su realización y sólo dentro de los límites de la tutela concedida sean efectivamente realizados.

Por otra parte, frente a esta finalidad y a esta función del Estado, están la finalidad y la función que las partes quieren lograr y asumen en el proceso, ya que tienden a la realización de los intereses privados o públicos, tutelados por el derecho objetivo.

*De este contraste de actividades se deriva por tanto, una serie de limitaciones que aparecen como límites al ejercicio de las facultades, los poderes, las pretensiones y las obligaciones de los órganos jurisdiccionales”*¹⁶⁶

En esencia y como será comentado adelante, estos límites a la actividad del juez, si son desmedidos, pueden ser peligrosos, e incluso ir en contra del propio sistema del derecho, es por eso que generalmente no existe un proceso moldeado tajantemente bajo la completa concepción de adversarial, inquisitorial o publicista, pero eso será visto más adelante en un punto especial donde toquemos el acceso pleno a la justicia, y su interacción con los diversos modelos existentes.

Es importante mencionar que nuestros códigos de procedimientos civiles y en relación con procesos en el que se litiguen asuntos de índole privada, la forma forense es la adversarial o dispositiva, es a las partes a las que corresponde desde la iniciación del procedimiento, hasta su impulso e impugnación privada, y la aportación de los elementos de convicción, la regla general implica que corresponde a las partes disponer del proceso, así tenemos que el Código de

¹⁶⁶ ROCCO, Ugo. *Derecho Procesal Civil. Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil. Vol. 1. 1ª Ed.* Editorial Jurídica Universitaria. México 2001. p 315.

Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León dispone claramente que la demanda da inicio a la acción e inicio del procedimiento, lo que excluye la posibilidad del juez de incentivar por sí mismo el procedimiento, todo asunto que deba ser litigado bajo el amparo del citado Código debe ser iniciado por demanda de parte interesada, esto se desprende de los artículos 1, 6, 612, 615, 616, 638 y diversos de dicha legislación; todo el Código ordena a las partes el impulso del proceso, pues las faculta solo a ellas a realizar esos actos, y con ello se limita al juez a hacerlo, pues así se desprende del artículo 55 de dicha legislación adjetiva; en las resoluciones y sentencias el Juez debe apegarse a lo litigado, a lo expuesto por las partes, tiene que ser congruente, exhaustivo, claro y preciso, lo que puede evidenciarse de los artículos 400 al 405 del citado código de rito; los recursos deben ser interpuestos por las partes, como se puede apreciar en el título octavo; las pruebas deben ser aportadas por las partes tal y como se desprende del artículo 223 y siguientes del mismo cuerpo normativo, en general encontramos que nuestros códigos procesales civiles, semejantes al comentado, son del modelo adversarial, y aunque ello no se establezca con precisión, si puede interpretarse de la redacción de la ley que el molde es dispositivo, pero además los principios procesales en que se inspiran los procedimientos adversariales siguen permeando y rigiendo la materia, como puede ser observado de los diversos criterios que de los tribunales judiciales, de los cuales enseguida solo nos permitimos exponer algunos a modo de ejemplo, solo para evidenciar que tal y como fue expuesto, aún y cuando los principios moldean el procedimiento adversarial y son acogidos a modo de normas, los mismos siguen guiando la labor del interprete, y general el derecho subjetivo a ser respetados:

“CARGAS PROCESALES RELACIONADAS CON EL IMPULSO PROCESAL. ATENTO AL PRINCIPIO DISPOSITIVO, EL LEGISLADOR PUEDE ESTABLECERLAS CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA. En los juicios de derecho público, en los que normalmente se ventilan cuestiones que interesan y afectan a toda la sociedad, prevalece el principio inquisitivo del procedimiento, en términos del cual, el juzgador tiene la facultad y la función de llegar a la verdad de los hechos mediante el empleo de todos los medios a su alcance. En cambio, en los juicios de

*derecho privado, donde se afectan únicamente intereses particulares, como son, salvo excepciones muy concretas, los juicios del orden civil, debe prevalecer el principio dispositivo sobre el inquisitivo, pues en términos del primero, son las partes quienes encauzan y determinan el desarrollo del procedimiento, porque en éste se ventilan sus propios intereses; de manera que el juez debe conformarse con llegar a la mayor veracidad posible respecto de los hechos controvertidos, a través de los medios de convicción y argumentos que aporten las partes. Esto es, en este tipo de procedimientos pesa sobre las partes el impulso procesal; de ahí que al regular estos juicios, atento al mencionado principio dispositivo, el legislador puede establecer cargas procesales relacionadas con el impulso procesal, con fundamento en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en aras de procurar una pronta impartición de justicia y dar celeridad al procedimiento, el cual es una concatenación sucesiva de etapas en que la procedencia y naturaleza de cada una depende de la manera en que concluyó la anterior”.*¹⁶⁷

*“PROCEDIMIENTO MERCANTIL, CARACTER DISPOSITIVO DEL. No siendo el procedimiento mercantil de carácter inquisitivo sino dispositivo, el Juez no puede oficiosamente impulsar el procedimiento, sino que es a las partes a quienes incumbe esta tarea procesal”.*¹⁶⁸

“PROCESO MERCANTIL, CARACTER DISPOSITIVO DEL. En un proceso de carácter dispositivo, como resulta ser el juicio ejecutivo mercantil, el impulso procesal representa una carga para los interesados, cuya insatisfacción acarrea consecuencias adversas exclusivamente imputables al omiso. Por tanto, si el interesado no hizo promoción alguna solicitando la expedición del exhorto para el desahogo de una prueba testimonial fuera del territorio jurisdiccional del juzgado de conocimiento a pesar de que estaba ordenado su envío, resulta infundado el argumento hecho en el sentido de que correspondía al juzgador la remisión del exhorto a los tribunales competentes con jurisdicción en el lugar de residencia de los testigos ya que conforme a los principios que rigen el proceso mercantil, se encuentra el principio dispositivo, por el cual la promoción y continuación del proceso es exclusiva de la iniciativa de las partes, razón por la cual no era posible que el Juez girara el exhorto

¹⁶⁷ [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Septiembre de 2009; Tesis: 1a. CLVII/2009. Pág. 438

¹⁶⁸ [TA]; 6a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; Volumen XCVIII, Cuarta Parte; Pág. 100. Localización: Volumen XCVIII, Cuarta Parte

*directamente a los tribunales competentes en el lugar de residencia de los testigos”.*¹⁶⁹

ALSINA por su parte comenta sobre el proceso dispositivo en la siguiente manera:

*“El sistema dispositivo confiere a las partes el dominio del procedimiento y sus reglas fundamentales son las siguientes: el juez no puede iniciar de oficio el proceso (nemo iure sine actore); no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes (principio de presentación: quod non est in actis non est in mundo); debe tener por ciertos los hechos en que aquellas estuviesen de acuerdo (ubi partis sunt concordēs nihil ab iudicem); la sentencia debe ser conforme a lo alegado y probado (secundum allegata et probata); y el juez no puede condenar a más ni a otra cosa que la pedida en la demanda (ne eat ultra petita partium)”.*¹⁷⁰

3.5.2.3 MODELO INQUISITIVO

Este tipo —o modelo— tiene un sustento fundamentalmente opuesto al dispositivo, pues si en éste último la intervención del Juez es limitada, incluso asemejada a la de un simple director del proceso, en el inquisitivo el Juez tiene una actividad mucho más activa, deja de estar limitado o supeditado a la actividad de las partes, para pasar a impulsar el proceso, investigar, desahogar pruebas, incluso llega a ser acusador —en materia penal—. Una clara conceptualización de este sistema nos la proporciona GOLDSCHMIDT, quien hablando de materia penal distingue los modelos inquisitivo y dispositivo o acusatorio, mencionando:

“El fin del procedimiento penal es la averiguación de la verdad y la verificación de la justicia. Pero hay dos distintos caminos para lograr ese fin.

¹⁶⁹ [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo XII, Agosto de 1993; Pág. 524. Tesis: XVI.2o.1 C

¹⁷⁰ ALSINA, Hugo. Fundamentos de Derecho Procesal. Editorial Jurídica Universitaria. 1ª Ed. México. 2001. p 34.

El uno es que el Juzgado criminal, al considerar que hay indicios suficientes de un hecho punible, proceda de oficio y recoja por sí mismo el material, a fin de adquirir el convencimiento de la existencia del delito. Otras personas no se tienen en cuenta sino como medios de información. Esto no sólo tiene valor para el perjudicado que se admite exclusivamente como testigo, sino también para el procesado. Por tanto y como que naturalmente el procesado es la mejor fuente de cognición, se le señala la misma exigencia de declarar, y esto conforme a la verdad, como un testigo imparcial, y se le da vigor a esta exigencia por medios de coacción. Esta configuración del proceso es inquisitiva. Aborrece toda limitación que la ley pondría al libre arbitrio de Juez con respecto a los presupuestos de su intervención o a la recogida o al aprovechamiento del material procesal, y, por tanto, no puede hacer ningún defecto en estas actuaciones a consecuencia de la inactividad de una parte o de la vinculación legal del Juez”.¹⁷¹

Desde luego este “principio” inquisitorio en su forma de desenvolvimiento goza de las características señaladas por GOLDSCHMIDT, pero de aquellos tiempos a esta fecha ha venido teniendo cambios en su conceptualización, pues ahora en los diversos procesos que siguen este modelo, se identifica ya no con una actividad desmedida, omnímoda o fuera de la ley por parte del Juzgador, sino más bien, con el impulso del proceso por parte del Juez, con más amplios poderes que en la conducción del proceso se le otorgan al Juez en ciertas materias, generalmente donde hay leyes de orden público, como en materia penal, y en otros se realiza una combinación entre el inquisitivo y el inquisitivo, pues puede el juez impulsar el proceso, pero además proteger los derechos de partes desprotegidas, como en materias familiar, en caso de menores, discapacitados, violencia familiar, indígenas, etc.; esto puede ser apreciado en los comentarios realizados por OVALLE FAVELA, en su libro Proceso y Justicia, cuando hace referencia a la evolución histórica del sistema de la prueba legal:

“El sistema de la prueba legal funcionó dentro del procedimiento inquisitorio, caracterizado por el secreto y la escritura, la reducción al máximo de las posibilidades defensivas

¹⁷¹ Óp. Cit. p 107.

del imputado, su tratamiento más como objeto que como sujeto del procedimiento y, en fin, la confusión de las funciones de acusar, juzgar y defender en el mismo órgano inquisidor. Dentro de este tipo de procedimiento, el sistema de la prueba legal tuvo una función de contrapeso y límite (si bien relativos) frente a los exagerados poderes del tribunal inquisitorio.

De esta manera, el sistema de la prueba legal fue un elemento racionalizador, primero al excluir el sistema irracional de las ordalías o juicios de dios y después, al tratar de asegurar que un instrumento autoritario, como lo fue el procedimiento inquisitorio, tuviese que concluir con una verificación de los hechos basadas en reglas previas y precisas; que el juicio de culpabilidad, a pesar del autoritarismo y la arbitrariedad que significó el procedimiento inquisitorio, se fundara en pruebas claramente suficientes. ...”¹⁷²

Así las cosas podemos sostener que actualmente el modelo inquisitivo no es lo que a la postre fue, pues ya no es identificado con las innumerables facultades que en las antiguas épocas tenía, sino que ahora tiene más facultades en la consecución de la verdad, en materia de prueba, en el impulso procesal, pero sin llegar a las extralimitadas facultades con que contaba antiguamente como llegar a ser acusador, o incluso a iniciar un proceso de mutuo propio. Este tipo de modelos normalmente lo encontramos en procesos donde se litigan derechos de orden público, y en ellos el juzgador tiene un papel más activo, impulsa el proceso, esta en la completa disponibilidad de aportar elementos de convicción que considere apropiados a la consecución de la verdad, en ellos no opera normalmente la caducidad de la instancia, y en general la conducta del juzgador se torna en pro de la realización de la voluntad de la ley, aquí lo que importa es que la ley sea declarada, no es de sumo importante la actividad o interés de las partes involucradas el impulso del juicio. Un ejemplo de este tipo de procesos lo es el penal, en este proceso aún y cuando la acción depende de un tercero ya sea el ministerio público o la parte afectada (conforme a las recientes reformas en torno al ejercicio privado de la acción penal), una vez dada la condición para el ejercicio de su jurisdicción puede impulsar el proceso, y de hecho está obligado a hacerlo, debe buscar el momento del juicio, puede suplir la deficiencias de la defensa y de

¹⁷² OVALLE Favela, José. *Proceso y Justicia*. Porrúa. México. 2009. Pp 18 y 19.

la consignación por ejemplo reclasificando los delitos, puede aportar pruebas, el proceso no caduca, puede, de ser necesario (y en algunas legislaciones), promover la defensa pública del acusado, suplir las faltas del abogado privado, buscar cambiar la defensa ineficiente, en general tiene el juez un papel mucho más activo, sin llegar a ser acusador, pues sigue siendo imparcial, buscando únicamente la realización de la voluntad de la ley. En otras materias el juzgador también cuenta con impulso procesal, como en la de amparo, en materias administrativas, en otros procedimientos de control constitucional, como en las acciones de inconstitucionalidad y en las controversias constitucionales. ALSINA ha dicho respecto al proceso inquisitivo lo siguiente:

*“En el sistema inquisitivo el juez debe investigar, sin otra limitación que la impuesta por la ley, la verdad material con prescindencia de la actividad de las partes (principio de investigación judicial: de inquirere, averiguar); no sólo puede el juez iniciar de oficio el proceso, sino que está facultado para buscar los hechos, descubriéndolos a través de los que ya conoce y utilizando cualquier medio tendiente a la averiguación de la verdad”.*¹⁷³

Es importante mencionar que lo expuesto por el anterior autor en el sentido de que puede el juez de oficio iniciar el proceso, si bien si es una característica del proceso inquisitivo, fue más bien propio de la época inquisitoria, pues en la actualidad la función jurisdiccional está condicionada al ejercicio legítimo de la acción, sin ello no le es posible al juzgador iniciar un proceso. A lo anterior podemos agregar parte de la definición que sobre la voz “Impulso Procesal”, nos da el Diccionario de Derecho Procesal del Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la UNAM, el cual sostiene:

“En otro sentido, el principio inquisitorio se encuentra presente en los procesos penal, administrativo y constitucional, en el que corresponde al juez y no a las partes. ... Cabe decir que los juicios de tipo familiar también se encuentran influidos por el

¹⁷³ Óp. Cit. p 34.

*principio inquisitorio, pues el juez tiene amplios poderes de conducción del proceso, por su importancia social”.*¹⁷⁴

CIPRIANO GÓMEZ LARA narra las características que este tipo de procesos ha tenido durante el desarrollo evolutivo de los diversos sistemas jurídicos:

*“El proceso inquisitorial es característico de los regímenes absolutistas anteriores a la Revolución Francesa. Aquí, el juez ejerce el poder que le ha sido transmitido o delegado por el soberano, sin ninguna limitación. Además de ser el juzgador, es también investigador con amplios poderes e inclusive un acusador. Todo esto nos hace pensar que se rompe la triangularidad característica esencial del proceso y, por ello, se cree que en el llamado proceso inquisitorial en rigor no hay tal proceso ni mucho menos habría desempeño, por parte del estado, de una genuina función jurisdiccional. En materia penal este proceso presume la culpabilidad y no la inocencia. Es decir el acusado debe probar que es inocente, y no, por el contrario debe probarse la acusación. En general, el proceso inquisitorial entraña un amplísimo poder de los órganos del estado y muy limitadas posibilidades de actividad de los particulares frente al orden estatal.”*¹⁷⁵

Es preciso concluir este punto mencionando que tanto los procesos de índole inquisitivos, dispositivos y publicistas tienen en su origen connotaciones muy marcadas, pero en la actualidad los procesos de éstos tipos han venido evolucionando para conservar características propias del modelo que les da origen, sin que existan procesos en los que completamente se siga uno de estos modelos, o que lo cumpla tajantemente, mas bien los procesos se crean siguiendo uno de estos moldes, pero contando con innumerables reglas que rompen o son excepción al tipo de molde procesal, y siguiéndose en relación con diversas personas y derechos principios propios de otro tipo de proceso; la necesidad de conocer las características propias de los tres tipos de modelos procesales surge para comprender mejor los principios que de ellos se desprenden, y que actualmente rigen los procesos. En general podemos decir que los procesos

¹⁷⁴ UNAM, Colegio de Profesores de Derecho Procesal Facultad de Derecho. *Voz “Impulso Procesal”*. Biblioteca Diccionarios Jurídicos Temáticos. Vol 4. Harla. México. 1997. p 101.

¹⁷⁵ GÓMEZ Lara, Cipriano. *Teoría General del Proceso*. 10ª Ed. Oxford. México. 2010. Pp 59 y 60.

actuales de índole inquisitorios toman algunas de las características de sus antecesores, pero con notas propias y combinaciones y excepciones que los hacen compatibles con nuestros tiempos, como ya bien lo dejamos apuntado líneas atrás.

3.5.2.4 MODELO PUBLICISTA

Como reacción contra la muy marcada pasividad del juez en los procesos de índole privatística (dispositivo en su antigua concepción), surge el modelo publicista que pretende rescatar la efectividad del derecho y la protección jurídica a los desprotegidos otorgando a los juzgadores un papel más activo, dándole un encargo más social y de protección del contenido de la norma, otorgándose al juzgador la dirección del proceso, una actividad más oficiosa, mayores facultades de consecución de la verdad, mayor contacto con los elementos objetivos y subjetivos del pleito, y privilegiando la oralidad forma procesal. Por cuanto a esto CIPRIANO GÓMEZ LARA expresa:

*“El proceso publicista sirvió para aliviar los excesos a que había llegado el liberalismo. Es un intento de atenuar las aberraciones a que se arribó con un proceso dispositivo exagerado y mal entendido. Hay una ampliación del ámbito de los poderes del estado, a través del juez, con un sentido tutelar y proteccionista de los intereses de las clases débiles, es decir, una intención y un propósito para lograr bienestar común con un espíritu de tutela de las clases más expuestas a sufrir desigualdades y las injusticias que propició el liberalismo y el capitalismo. Esta socialización del derecho, en general, se manifiesta con la creación de ramas especiales jurídicas, como el derecho del trabajo y el derecho agrario, pero no se limita a ello, sino que la influencia socializante se deja sentir en todas las ramas, sectores y materias de lo jurídico”.*¹⁷⁶

De esta manera el actual modelo publicista tiene connotaciones sociales, pero no de imparcialidad, el juez en cualquier modelo procesal que se adopte

¹⁷⁶ Óp. Cit. p 60.

debe siempre ser imparcial, si bien no queda duda que en la sociedad existen clases desiguales, o personas cuya defensa debe ser privilegiada o protegida, ello no significa de ninguna forma que para conseguir tales fines se subyugue a una de las partes por favorecer a otra, en este tipo de procesos se crean normas que permiten otorgar una mayor igualdad y protección de los derechos de los desfavorecidos, por ejemplo en materia de prueba se permite al juzgador aportar elementos para mejor proveer, o para regular el proceso y llegar a la verdad, privilegiándose la tutela de la ley. En nuestra concepción no se trata sólo de intervenir a favor de los desprotegidos, sino de procurar que la voluntad de la ley sea la que impere, y para ello tiene que intentarse igualar a las partes. Un ejemplo de esto lo encontramos en el artículo 49 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, el que permite al juzgador regularizar el procedimiento, así como aportar las pruebas necesarias para la consecución de la verdad, procurando que no se lesione la igualdad de las partes en el proceso.¹⁷⁷ Por cuanto a esto es conveniente citar el siguiente extracto de la Opinión Consultiva OC-16/99 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de

¹⁷⁷ Dicho precepto establece: Artículo 49.- Para la consecución de la verdad y de la justicia, que constituyen interés fundamental y común de las partes y de la autoridad judicial ante quien se tramitan los procedimientos, los Magistrados y Jueces en todo tiempo podrán ordenar que se subsane toda omisión que notaren en la substanciación, para el efecto de regularizar el procedimiento, asimismo y con independencia de los elementos de convicción que rindan las partes, decretarán la práctica de cualquiera diligencia, la aportación o la ampliación de pruebas, que se estimen necesarias y conducentes a aquellos objetivos, sin más limitación que sean de las reconocidas por la Ley y que tengan relación con los hechos controvertidos. Para el desahogo de la determinación que se adopte conforme al párrafo anterior, los jueces procederán de la manera más pertinente para lograr el propósito mencionado, cuidando siempre de conservar la igualdad de las partes y de no lesionar sus derechos.

*desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”.*¹⁷⁸

Nuestros códigos procesales civiles si bien normalmente se rigen bajo modelos adversiales, se encuentran tocados por la tendencia socializadora de los principios publicistas, pues contienen dispositivos que le dan una actividad más activa al juzgador en aras de procurar la realización de la voluntad de la ley, y de proteger a los ciudadanos; como también puede ser observado en el artículo 952 del Código de Procedimientos Civiles del Estado que declara de orden público los asuntos de familia y ordena que tratándose de menores, obligaciones alimentarias y asuntos de familia, se supla la deficiencia de la queja, y velar por el interés de los menores e incapacitados.¹⁷⁹ Como lo señala MONROY GÁLVEZ existen diversos principios orientados hacia un sistema publicista entre ellos el principio de la dirección del proceso, mediante el cual se otorga al juez un rol mas activo y de dirección procesal; el principio de impulso oficioso para que coadyuve con las partes en el impulso del proceso en situaciones preestablecidas por la ley; el principio de intermediación que procura un mayor contacto del juez con las partes y las actividades del proceso para lograr un resultado con mayor conocimiento de causa; el de concentración, que procura acumular la mayor cantidad de actos en el menor número de audiencias procesales; el de buena fe y lealtad procesal tanto de las partes como del juez; el de economía procesal a efecto de procurar ahorrar tiempo, dinero y esfuerzo en el desarrollo del proceso, desestimando cuestiones infundadas, ajenas al juicio, retardadoras y costosas; el de celeridad procesal, íntimamente ligado al de economía que procura limitar en lo posible los plazos procesales, haciéndolos perentorios e improrrogables; el de socialización, que

¹⁷⁸ GARCÍA Ramírez, Sergio. *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-16/99. El Derecho a la Información Sobre asistencia Consular.* 1 de Octubre del 2009. Párrafo 119. Vol I. 2ª Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México 2006.p 1068.

¹⁷⁹ Cfr. Código Civil. Artículo 952.- Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir ésta la base de la integración de la sociedad. Tratándose de menores y de obligaciones alimentarias, así como de todos los demás casos del orden familiar, el Juez está obligado a suplir la deficiencia de la queja en los planteamientos de hecho y de derecho y demás aspectos de la demanda y de otras promociones legales y a velar por el interés superior de menores o incapacitados.

implica los fundamentos mismos que hemos visto del proceso publicístico; el de vinculación y elasticidad, siendo el primero el que sujeta a las partes al proceso y sus resultados, y el segundo permite al juzgador adecuar las normas procesales públicas a la consecución de la verdad y de la voluntad de la ley, el de adquisición, que implica que las pruebas que aporta una parte hacen prueba plena en lo que benefician a la contraria; el de preclusión, que castiga con pérdida de los derechos procesales la desatención y abandono de los recursos y términos, así como la propia caducidad; y desde luego el de oralidad, que privilegia el proceso oral sobre el escrito.¹⁸⁰

Un claro ejemplo de la tendencia publicista del proceso civil puede ser encontrado en el Libro Séptimo del Código de Procedimientos Civiles, mismo que reglamenta los juicios orales, de no tan lejana inclusión en nuestra legislación adjetiva, y que contempla lo que puede ser considerado un proceso de modelo publicista, pero influenciado desde luego con principios del orden dispositivo o adversarial, e incluso con algunos del tipo inquisitivo, pues se privilegia la forma oral, y se reglamenta bajo muchos de los principios que acabamos de ver, como lo son la oralidad, inmediación, abreviación, publicidad, contradicción, concentración y continuidad, con adición de las facultades en materia probatoria y de suplencia y protección de derechos familiares y de protección de menores e incapacitados que son de aplicación y que se encuentran normados en los artículos 49 y 952 citado a pie de página atrás. Lo anterior puede verse en el artículo 990 que declara que el procedimiento oral se realizará conforme a esos principios, e incluso puede ser constatado en los diversos artículos 1002 y 1018 que establecen facultades de interrogación en caso de pruebas testimoniales hacia el juez, y que además le ordenan procurar la integridad de menores en pruebas periciales.¹⁸¹ CHIOVENDA ha

¹⁸⁰ Ver MONROY Gálvez, Juan F. Óp. Ci. Pp 194 a 221.

¹⁸¹ Estos preceptos disponen lo siguiente: Artículo 1002.- Para la consecución de la verdad y de la justicia, el Juez puede de oficio interrogar ampliamente a los testigos sobre los hechos objeto de esta prueba. Las partes también pueden interrogar a los testigos, limitándose a los hechos o puntos controvertidos, debiendo el Juez impedir preguntas ociosas o impertinentes.

Artículo 1018.- Cuando se trate de la evaluación de menores, el Juez determinará la forma en que se llevará a cabo, procurando que no se afecte la integridad física, psicológica o emocional de

dicho por cuanto a esto lo siguiente:

*“Y no puede ocultarse que la oralidad y la concentración procesal son principios estrechamente ligados a otro grave problema, el concerniente a los poderes del juez. En el proceso civil moderno el juez no puede conservar la actitud pasiva que tuvo en el proceso de otros tiempos. Es un principio del derecho público moderno que el Estado hallase interesado en el proceso civil ; no ciertamente en el objeto de cada pleito, sino en que la justicia en todos los pleitos se realice lo más rápidamente y lo mejor posible. ... El juez, por lo tanto, debe estar provisto también en el proceso civil, de una autoridad de que careció en otros tiempos. Autoridad dirigida ya sea a impulsar cuidadosamente el pleito (señalando las audiencias de manera que no se den aplazamientos, rechazando demandas propuestas fuera de tiempo, realizando de oficio las pruebas admitidas, notificando de oficio las resoluciones) ya a formar en el juez una convicción y la más justa convicción”.*¹⁸²

Un claro ejemplo de la tendencia publicista o de protección de ciertos grupos desfavorecidos, o marginados, así como de la interpretación constitucional y supranacional que a favor de éstos se ha dado al bloque constitucional de nuestro país, lo encontramos en la sentencia del 6 de Junio de 2007, emitida por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en cuya motivación el mencionado órgano jurisdiccional emitió razonamientos importantes en torno a la tutela judicial efectiva y la correspondiente garantía de acceso pleno a la jurisdicción, con interpretación directa de nuestros derechos fundamentales, así como de tratados internacionales aplicables, al haber sido ratificados por nuestro país; habiéndose emitido consideraciones en torno a la protección jurídica procesal que en aras de respeto al acceso pleno a la jurisdicción, debe darse a grupos desprotegidos como lo son los indígenas, por lo que enseguida nos permitimos exponer los principales argumentos de dicha sentencia:

“SEGUNDO. ...Determinación del alcance de la suplencia en los juicios promovidos por ciudadanos pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas para la defensa de sus derechos político-

aquéllos.

¹⁸² CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil. Tomo II. 1ª Ed. Editorial Reus. Madrid. 1925. p 136.*

electorales. La interpretación sistemática y funcional de los artículos 2, apartado A, fracción VIII, 17 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2, 4, 9, 14 y 15 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, 2, 4, apartado 1 y 12 del Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, y 1, apartado 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos conduce a sostener, que los juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano promovidos por integrantes de comunidades o pueblos indígenas, por medio de los cuales se plantee, como consecuencia del desconocimiento o infracción de las prerrogativas ciudadanas tuteladas con este medio de control constitucional, el menoscabo o enervación de la autonomía política con que cuentan dichos pueblos y comunidades para elegir sus autoridades o representantes conforme sus propias normas, procedimientos y prácticas tradicionales, esta Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación está en aptitud no sólo de suplir la deficiencia en los motivos de inconformidad, en términos del artículo 23, apartado 1 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, sino de corregir cualquier tipo de defecto o insuficiencia del escrito de demanda, como por ejemplo, determinar con base en los elementos existentes en autos o los que en su caso se requieran, el acto que realmente causa agravio a la parte actora, aun cuando dicho acto no se señale explícitamente en el escrito de demanda, y actuar en consecuencia, sin más limitaciones que las derivadas de los principios de congruencia y de contradicción inherentes a todo proceso jurisdiccional, en tanto se considera que semejante medida es consecuente con los postulados constitucionales que reconocen los derechos de estas colectividades y sus integrantes, además de ser idónea conforme las exigencias derivadas de la legislación federal vigente y de los tratados internacionales suscritos y ratificados por México en la materia e incluso, es de naturaleza similar a las previstas por el ordenamiento federal en casos análogos en los cuales son parte en un proceso judicial, los integrantes de grupos sociales vulnerables o históricamente desprotegidos.

El criterio anunciado se apoya en los fundamentos y razonamientos que enseguida se exponen.

El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el derecho fundamental de todo individuo a que se le administre justicia por los tribunales que deben estar expeditos para impartirla en los plazos y términos fijados por las leyes, mediante la emisión de resoluciones que revistan las características de prontas, completas e imparciales.

La garantía individual precisada constituye, pues, un derecho público subjetivo, derivado de la prohibición constitucional a la

autotutela contenida en el mismo precepto (“Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para defender su derecho”), para acudir a los tribunales (judiciales o materialmente jurisdiccionales) a fin de que éstos se pronuncien respecto de alguna situación jurídica o de hecho anómala o contraria al ordenamiento que inhiba, dificulte o impida el ejercicio de algún derecho o su reconocimiento, mediante el dictado de una resolución que respete las formalidades esenciales del procedimiento y se adecue a las leyes vigentes con anterioridad al hecho generador de la controversia o de la situación que motive incertidumbre respecto de la existencia de un derecho, en consonancia con la diversa garantía reconocida en el artículo 14 constitucional.

El derecho a una tutela jurisdiccional completa y efectiva, en términos del dispositivo invocado, comprende una serie de obligaciones para los órganos estatales a fin de hacerlo efectivo.

En primer término, la norma constitucional exige que los tribunales, esto es, los órganos del Estado que deben conocer y pronunciarse respecto de lo solicitado por las partes, estén expeditos para impartir justicia en los términos y plazos que al efecto fijen las leyes, con lo cual se habilita al Poder Legislativo para configurar o desarrollar en ley los términos, plazos, condiciones y modalidades para la presentación de la demanda, la admisión de ésta, la sustanciación del juicio con la citación de la parte demandada o de quien pudiere resentir negativamente el dictado del fallo, el desahogo de las pruebas ofrecidas, aportadas y admitidas, así como la presentación de alegatos y la emisión de la resolución o de la sentencia, según sea el caso. ...

Acorde con lo expuesto, los derechos de corte fundamental reconocidos a los pueblos y comunidades indígenas, así como sus integrantes, constituyen medidas que procuran beneficiar directa e indirectamente a estos conglomerados de la sociedad mexicana, a través de una clara diferenciación de trato que redunde en una mayor igualdad, por considerarse que se encuentran en una grave situación de desigualdad y desamparo con el resto de la población, precisamente porque no se han tomado en cuenta sus particulares concepciones del uso y explotación de la tierra, sus procesos de producción, sus tradiciones y costumbres, los entramados sociales y políticos que les son propios, aspectos que han redundado en ciertas relaciones de sometimiento, discriminación y miseria.

Desde esta óptica, queda claro que la incorporación constitucional de derechos a estos sujetos no equivale a pretender crear un ámbito jurídico propio y exclusivo de la realidad indígena, desvinculado del ordenamiento jurídico general, ni perpetuar o reinstaurar viejas desigualdades propias de los viejos colonialismos.

Por el contrario, tales derechos forman parte de dicho ordenamiento, como mecanismos específicos de defensa de los derechos a la libertad de pensamiento y expresión, a la libertad de formas de vida y maneras de vivir, así como a la libertad de creación, mantenimiento y desarrollo de culturas, contempladas en el artículo 27, apartado 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo basamento último, se encuentra en la especial consideración que el ordenamiento tiene para con la dignidad humana, como valor imprescindible sobre el que se ha de sustentar cualquier sociedad que pretenda dotar de legitimidad a las normas jurídicas que le rigen, derivado de la cláusula general del artículo 39 de la Constitución Federal, así como del reconocimiento genérico a la personalidad jurídica y dignidad de todo ser humano, previsto en los artículos 16, apartado 1, del pacto recién invocado, 3 y 11, apartado 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De tal forma, con motivo del reconocimiento de la dignidad humana, se le dota de significado a la libertad individual, que permite desarrollar su ámbito inmediato en la capacidad y posibilidad de pensar, crear, opinar sobre y elegir estilos y formas de vida, y que también sustenta la búsqueda y creación de los medios sociales y económicos que hacen posible el desarrollo normal de la vida humana, así como también, dicha libertad sirve de sostén para la introducción de instrumentos o mecanismos que destruyan o disminuyan los obstáculos de orden social y económico que limiten la posibilidad de vivir dignamente, como ciertamente ocurre en regímenes que, como el nuestro, tutelan diversos derechos de índole social para la consecución de tales objetivos, adquiriendo así un calificativo de Estado Constitucional Democrático de Derecho, pese a que en el articulado constitucional no exista una cláusula que lo proclame así expresamente.

Consecuentemente, dada la naturaleza y función de los derechos reconocidos a las colectividades indígenas y sus miembros por la Constitución Federal, es posible sostener que el derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado a que se refiere la fracción VIII del apartado A del artículo 2, a diferencia de la garantía individual consignada en el artículo 17, no se limita a la erradicación de los obstáculos técnicos o económicos en los términos expuestos, sino también aquellas circunstancias temporales, geográficas, sociales y culturales que tradicionalmente han generado en la población indígena una situación de discriminación jurídica, que a su vez ha evitado u obstaculizado que dicha población solucione sus problemas acudiendo a los tribunales o que lo hagan en condiciones realmente equitativas, más allá de la igualdad formal.

La conclusión se corrobora si se atiende a las dos garantías

constitucionales específicas que acompañan al derecho genérico a acceder en plenitud (es decir totalmente, sin reservas) a los tribunales de justicia: La aplicación en los procesos en los cuales sean parte los indígenas (individual o colectivamente) de sus costumbres y especificidades culturales, con respecto del orden constitucional y, adicionalmente, el otorgamiento en todo tiempo de defensores y traductores que tengan conocimiento de su lengua y de su cultura.

En ambos casos, como se mencionó, se atiende a las condiciones o situaciones particulares que caracterizan a esta colectividad y que les permite identificarse como tales y, consecuentemente, desarrollarse en lo individual, pues por un lado, con la especial consideración (y eventual aplicación) de sus costumbres y especificidades culturales se pretende el respeto y la preservación de las normas de control social que han sido fundamentales para mantener su identidad (colectiva e individual), y se evita la percepción de la jurisdicción del Estado, como ajena y opuesta a sus usos consuetudinarios; y por otro, a contrarrestar la situación de desigualdad material en que se encuentran los indígenas por el desconocimiento o falta de pericia en el uso del lenguaje español o del régimen jurídico específico que regula la materia del litigio.

Como se ha recalcado en los párrafos precedentes, el derecho a acceder plenamente a la jurisdicción estatal no se agota con las dos garantías anteriores, sino que, por el contrario, dado el carácter genérico en que se encuentra proclamado, su contenido normativo es más amplio, que incluso reviste los alcances de principio normativo de rango constitucional por cuanto constituye una norma que expresa y tutela valores superiores del orden jurídico, la cual define un tipo de pauta que no se reduce a una hipótesis particular o a determinados supuestos de hechos concretos, sino que más bien contiene la obligación de perseguir determinados fines, en concreto, la eliminación de toda circunstancia fáctica que impida o inhiba el acceso completo o cabal de las colectividades indígenas y de sus miembros a los tribunales de justicia.

La amplitud del mandato constitucional en comento se extiende a toda clase de tribunales y procedimientos jurisdiccionales, pues la Carta Magna no lo limita a una materia en específico ni prevé excepciones a los alcances del derecho- principio de garantizar el acceso pleno de los indígenas a la jurisdicción estatal, ni tampoco la directriz está dirigida a determinadas autoridades, como podrían ser los cuerpos legislativos o las instancias administrativas, pues a diferencia de los antecedentes legislativos, su incorporación y redacción evidencian su calidad de directriz general que vincula a todos los poderes del Estado y autoridades públicas, y no sólo a algunas de éstas.

Por tanto, es claro que el artículo 2, apartado A, fracción VIII de la

Constitución General tiene aplicación en la jurisdicción electoral estatal, como la ejercida por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en los asuntos de su competencia, y por lo mismo, esta Sala Superior está vinculada a observar el mandato constitucional de mérito en la tramitación y resolución de los asuntos que conozca, como ocurre con el presente juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.

No es impedimento para lo anterior, que una vez que entró en vigor la nueva redacción del artículo 2 constitucional, la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, reglamentaria de lo dispuesto en los artículos 41, fracción IV y 99, párrafo cuarto de la Carta Magna, no haya sido reformada o adicionada para incorporar medidas generales de carácter tuitivo a fin de reglar aquellos medios impugnativos promovidos por los indígenas, individual o colectivamente, que garantizaran el pleno acceso de éstos a la jurisdicción estatal electoral de carácter federal, ni que tales medidas aún no se hayan incorporado, con carácter genérico, en algún otro ordenamiento del mismo ámbito.

Ello es así porque, como ya se sostuvo, se está en presencia de derechos constitucionales que vinculan directamente a todos los órganos y autoridades de Estado, para cuya virtualidad, a diferencia de lo previsto en el antiguo primer párrafo del artículo 4 de la Constitución Federal (ahora derogado), no es necesario desarrollo legislativo alguno, que ciertamente podría configurar reglas concretas para el ejercicio del derecho o para la satisfacción de la finalidad pretendida, pero en modo alguno podría disminuir o desconocer el contenido esencial de la prerrogativa, a que ya también se ha hecho alusión.

En ausencia de legislación secundaria aplicable de manera directa, el contenido normativo esencial del derecho de acceso pleno de los indígenas a la jurisdicción estatal o, lo que es igual, dada la función que desempeñan los derechos de las colectividades indígenas para erradicar las desigualdades fácticas en las cuales se encuentran respecto del resto de la población, las medidas que deben adoptarse para hacer efectivo este principio constitucional son susceptibles de desarrollarse o concretarse a partir de otras disposiciones de inferior jerarquía normativa, como son los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano o las leyes secundarias (en este caso federales) que se constituyan en forma inequívoca como expresión de las facultades, garantías o posiciones jurídicas no explicitadas constitucionalmente pero que evidentemente se hacen derivar de su relación con el derecho fundamental, o bien, que sin mediar esa relación en forma clara, se trate de mecanismos o instrumentos que respondan a igual o semejante finalidad, pues en este caso, por virtud del principio de completitud, se justificaría

su adopción por existir, en lo sustancial, las mismas razones. ... Consecuencia de este postulado, se impone a las autoridades federales, entre ellas las jurisdiccionales como esta Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el deber u obligación de adoptar medidas positivas y compensatorias (denominadas medidas especiales en el instrumento internacional que se ha citado) a favor de las colectividades que se hallan en esa situación de desigualdad real o material, entre ellas los pueblos y comunidades indígenas, medidas que no se limitan a las expresamente previstas en la ley, sino que se admite el empleo de otras, siempre y cuando, desde luego, las medidas que se adopten sean adecuadas e idóneas para procurar las condiciones suficientes para frenar la inercia social de desigualdad en la cual se encuentran, y que de esta forma se pueda ejercer plenamente el derecho de que se trate, con lo que, al mismo tiempo, se propenda a mediano y largo plazo la erradicación de los factores y condiciones fácticas que inhiben u obstaculizan el ejercicio de dicho derecho.

Lo hasta aquí expuesto es, además, consecuente con el deber de garante de los derechos fundamentales que el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos atribuye a los Estados partes de este instrumento internacional, entre los cuales se encuentran el mexicano, al haber sido suscrito por el Ejecutivo de la Unión y después aprobado por la Cámara de Senadores (la aprobación se publicó en el Diario Oficial de la Federación el nueve de enero de mil novecientos ochenta y uno, en tanto que la promulgación se publicó el siete de mayo del mismo año), en los términos en que ha sido interpretada dicha disposición por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Del precepto citado la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha derivado dos obligaciones fundamentales para los estados partes del convenio. La primera, consistente en respetar los derechos y libertades reconocidas en la convención, en tanto se trata de esferas individuales que el poder público no puede vulnerar o en las cuales sólo se puede penetrar de manera limitada. A su vez, la segunda obligación es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la convención a toda persona sujeta a su jurisdicción, deber que "no se agota en la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (caso Velázquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988, párrafos 165 a 167, y caso Godínez Cruz. Sentencia de 20 de enero de 1989, párrafos 174 a 176).

En posteriores resoluciones, el organismo jurisdiccional

interamericano precisaría que el deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la convención, “implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención” (Excepciones al agotamiento de los recursos internos [Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana Sobre Derechos Humanos]. Opinión consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, párrafo 34; caso Bámará Velázquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 194; caso Hilaire, Constantine y Benjamín y Otros vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002, párrafo 151, y caso Cantos. Sentencia de 28 de noviembre de 2002, párrafo 49).

Semejante intelección también se ha estimado aplicable en el caso de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, respecto de las cuales, según ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural” (Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 51).

Con base en esta interpretación, en consonancia con la obtenida a partir del texto constitucional, de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación y del diverso instrumento internacional que se ha invocado (el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo), el Estado Mexicano, a través de sus órganos, debe proveer las medidas de corrección o compensación necesarias que permitan, a los sujetos situados en desigualdades de hecho, acceder al libre y efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales, pues de otra manera tales derechos se traducen en meras declaraciones retóricas carentes de virtualidad, con lo que se desnaturaliza su función de instrumentos para el pleno desarrollo de la persona y se socava la dignidad de la persona, sustento de todo el andamiaje estatal.

En congruencia con el mandato de adopción de medidas especiales, de corrección o compensatorias a que se ha hecho

alusión, esta Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación considera que, en atención a las particularidades del procedimiento contencioso electoral federal, cuyas fases esenciales están recogidas en los artículos 17 a 24 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, y que están inspiradas por los principios de celeridad y concentración procesales, dado que se impone a los demandantes la carga procesal de presentar las demandas antes las autoridades u órganos señalados como responsables, a fin de que éstos tramiten el medio impugnativo y de esta forma atender de manera adecuada la impugnación y lograr que, en la brevedad de los plazos que caracteriza a los procesos electorales, se tramiten y resuelvan con la oportunidad requerida y con el mínimo de actuaciones posibles, en el caso de los juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, en los cuales se aduzca la violación a esta clase de derechos por el desconocimiento o infracción de la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas, no sólo debe suplirse la deficiencia en la queja en los términos del artículo 23, apartado 1 de la ley recién invocada, sino que, como medida tuitiva especial, igualmente debe suplirse cualquier tipo de insuficiencia advertida por el juzgador en el escrito de demanda, de tal suerte que se pueda apreciar, por ejemplo, con base en las constancias existentes en autos o las que en su caso sean requeridas, el acto que realmente cause un perjuicio a la parte demandada, aun cuando dicho acto no haya sido impugnado en forma explícita, y por obrar en consecuencia, sin más limitación que el respeto a los principios de congruencia y de contradicción, esto es, sin apartarse de la violación a los derechos político-electorales tutelados a través de esta clase de juicios y siempre dando oportunidad de defensa al órgano o autoridad que aparezca en realidad como responsable de la lesión jurídica advertida.

Con la medida especial apuntada se logran atemperar las consecuencias derivadas de la situación de desigualdad en que se hallan los colectivos indígenas y sus integrantes, producto de la pobreza y marginación en que se encuentran, y que evidentemente repercuten en la calidad de la defensa en sus derechos, al colocarlos en una situación de desigualdad procesal en relación con las autoridades emisoras de los actos que suelen conculcar esta clase de prerrogativas ciudadanas.

Ello es así porque una suplencia amplia como la que se propone permite al juzgador examinar de manera oficiosa y libre los motivos de inconformidad planteados inicialmente, aun cuando existan omisiones, defectos, confusiones o limitaciones en su exposición, así como también allegar elementos de convicción al expediente que puedan acreditar la violación a los derechos político-electorales del ciudadano, incluso si no fueron ofrecidos,

*extremos que, evidentemente, corrigen las omisiones o deficiencias en que hubieren incurrido los promoventes, que responden en buena medida a la precaria situación económica y social en que están los indígenas en nuestro país. Asimismo mediante la maximización de la suplencia es posible tomar en consideración, para la fijación de la controversia y su resolución, las características propias de la comunidad o pueblo indígena y sus especificidades culturales, que evidentemente los diferencian del resto de la ciudadanía”.*¹⁸³

3.5.2.5 EL ACCESO PLENO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA A TRAVÉS DE LOS MODELOS Y PRINCIPIOS PROCESALES DISPOSITIVO, INQUISITIVO Y PUBLICISTA, Y LA TRANSGRESIÓN A ESTOS POR LA UTILIZACIÓN DE CRITERIOS DESESTIMADORES DE LA EXPRESIÓN DE AGRAVIOS.

La utilización de los modelos dispositivo, inquisitivo y publicista adquiere gran relevancia en la consecución de la voluntad de la ley y el acceso pleno a la justicia por parte de los particulares. Somos de la idea que el exceso de formalismos, y la propia excesividad en los principios que rigen el modelo dispositivo pueden llegar a poner en peligro la actuación de la ley, y que de hecho conlleva a erróneos y retrocesos en la administración de justicia. Un claro ejemplo de ello lo encontramos en la exposición de agravios; como se ha expuesto en diversos apartados de esta investigación la expresión de los agravios que se esgrimen en contra de los recursos judiciales es un requisito sine qua non para la propia admisión y procedencia del reclamo. Pero acontece que las diversas leyes son omisas en la determinación del concepto de agravios, lo que ha generado la creación de una serie de criterios de desestimación del recurso que sin duda lo único que propician es (en muchos casos) la ineffectividad de la ley, y el consecuente grado de injusticia en la esfera de las partes del proceso.

¹⁸³ Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Expediente SUP-JDC-11/2007. 6 de Junio del 2007. Joel Cruz Chávez y Otros contra la Quincuagésima Novena Legislatura del Estado de Oaxaca.

La errónea interpretación de la locución agravios a la luz del principio dispositivo, instancia de parte, y demás que concurren en los procesos del tipo privatístico, a conllevado a que el Poder Judicial de la Federación recurrentemente emitiera criterios que tildan a los agravios, conceptos de violación, de anulación, y demás contra argumentaciones judiciales de: “*insuficientes*”, “*inoperantes*”, “*infundados*”, “*inatendibles*”, “*defectuosos*”, “*improcedentes*”, “*imprecisos*”, “*oscuros*”, “*irregulares*”, “*fundados pero insuficientes*”, “*faltos de forma*”; y otras denominaciones conceptuales que se han confeccionado para no tomar en consideración o desechar los recursos interpuestos por los litigantes, esto por carecer los agravios de la debida forma y sustancia que las propias leyes omiten establecer, es decir, por falta de técnica en la contra-argumentación judicial. Hasta los últimos tiempos ha venido modificando el criterio con otros que exigen la “causa de pedir”.

Consideramos que ese tipo de interpretaciones han mermado gravemente la función jurisdiccional, ello por una incomprensión cabal del papel que juegan los diversos modelos y principios que concurren en los procesos del orden dispositivo, e incluso en otros de orden público, como en materia de amparo o administrativos, donde también han cobrado aplicación recurrente los mencionados criterios. Una cosa es que en los procesos del orden dispositivo las partes deban tener igualdad procesal, conforme al principio de ese orden, y que tengan derecho de contradicción y de audiencia, lo que debe ser ampliamente respetado durante el desarrollo del proceso y sobre todo durante la fase de instrucción; y otra cosa es que se exija a las partes en desacuerdo con las resoluciones judiciales, que tengan que litigar con los juzgadores mediante la contra argumentación judicial. No existe un argumento de suficiente peso que justifique desestimar los recursos por deficiencias en la exposición de agravios.

Hagamos una pequeña referencia a las sentencias judiciales, en estas las autoridades culminan y desarrollan la fase del juicio, es la máxima expresión de la función jurisdiccional, las sentencias son de orden público, y se consideran la

manifestación de la voluntad de la ley en el caso concreto; de esta manera cuando se interpone un recurso de apelación en materia civil, de revisión o cualquier otra denominación en otras materias, la función jurisdiccional es lo que se combate, los recursos tienen como su fundamento deontológico la falibilidad humana, los jueces como los demás humanos somos proclives al error. Por ello es inconcuso que dada la condición para la actuación del tribunal revisor (la interposición del recurso), no debiera existir desestimación del mismo por falta de precisión o ineficacia de la expresión argumentativa realizada contra la sentencia; la labor del Tribunal del Alzada es analizar el ejercicio de la función jurisdiccional del inferior, y no deben existir trabas para ello, lo que se revisa es una sentencia y un proceso (ambos considerados de derecho público) y mediante estos se debe lograr la característica coercitiva de la ley, el imperio de su voluntad, consideramos que incluso a falta de agravios debiera analizarse la resolución, ello no va en contra ni siquiera del modelo dispositivo, pues la contienda inter partes es durante el desarrollo del proceso, la sentencia y la dirección del proceso por parte del juez son de orden público, y ello es suficiente para que no existieran trabas en la revisión integral de la sentencia y del juicio, para procurar el imperio de la voluntad de la ley y la consecución de la justicia a las partes.

Podría argumentarse que es necesaria cierta forma en los agravios para dar oportunidad a la contraparte del principio de contradicción, pero no lo consideramos del todo insalvable ese punto, dado que lo que se impugna es una resolución judicial, y a la vez que una parte podría esgrimir argumentos en su contra, la otra debe tener oportunidad de hacerlo a su favor, he ahí el principio de contradicción bien integrado en un proceso que privilegie el acceso pleno a la justicia, que respete la tutela judicial efectiva. Podría incluso existir un proceso que una vez interpuesto se le de vista a la contraria, para que en caso de que se hayan realizado agravios pueda contradecirlos y apoyar la sentencia, y en caso negativo, pueda hacer valer su derecho a apoyar la resolución; pero no existe argumento para desestimar el recurso por ineficiencia de los agravios, pues ya las partes pudieron contradecirlos tal y como fueron expuestos; el principio de lucha

es entre las partes, no de las partes con las autoridades, por ello debe mediante la función jurisdiccional procurar que la voluntad de la ley sea respetada, y con ello se haga justicia, esa es la función y motivo de creación de los órganos jurisdiccionales.

Con este breve ejemplo queda identificada la importancia de la correcta utilización de los modelos y principios dispositivo, inquisitivo y publicista, porque un correcto balance entre éstos puede marcar la diferencia entre hacer justicia, y ser injusto y desatender la alta función jurisdiccional encomendada al poder judicial; pero existen otros muchos que pueden presentarse por un desequilibrio entre estos principios, o por un abuso en el establecimiento de los procesos.

3.5.3 ASISTENCIA Y DEFENSA PUBLICA Y PRIVADA (ACTIVA Y PASIVA)

Uno de los factores de mayor influencia en la consecución de la correcta aplicación de la ley, en el cumplimiento de su voluntad, y en el acceso a la jurisdicción por parte de los particulares, es el derecho a la defensa o asistencia jurídica por parte de profesionales del derecho tanto privada como pública. El conocimiento técnico del derecho no es general, no es posible que el grueso de la población cuente con las herramientas cognoscitivas aptas para auto defenderse legalmente, e incluso para hacer valer sus derechos ante los encargados de la función jurisdiccional. Al igual que la medicina, la ingeniería, la física, etc., el estudio de lo jurídico se ha constituido como una ciencia, pues las instituciones legales, procedimientos, la hermenéutica e integración de la ley, la terminología jurídica, la propia estructura de los órganos tanto jurídicos, políticos y legislativos que concurren en la creación, aplicación, y ejecución de las normas, son factores cuyo conocimiento y dominio requiere de una gran especialización y la guía y enseñanza que corresponde a las universidades y catedráticos inculcar en quienes desean estar dotados de la capacidad y reconocimiento estatal para el desempeño de la labor de abogado.

En esta tesitura se ha considerado que los particulares deben tener acceso a una defensa adecuada y apta para el correcto desenvolvimiento de sus derechos. Contar con una defensa adecuada es una garantía que puede ser desprendida del artículo 17 Constitucional como parte del acceso a la tutela judicial efectiva, por ser imprescindible para tener un pleno acceso a la jurisdicción. Aunado a que en materias especiales como la penal, la propia constitución establece como derecho fundamental a sus partes contar con defensa privada o pública, tal como puede ser desprendido del artículo 20, apartado B, fracción VIII, que establece a favor del inculgado la siguiente garantía:

“VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designara un defensor publico. también tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y este tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y”

Los propios tratados internacionales reconocen este mismo derecho, como puede ser inferido de lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos que en lo conducente establece:

“Artículo 8:

2. [...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- d) derecho del inculgado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculgado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;”*

Como se aprecia la mencionada convención internacional reconoce como derechos humanos tanto el de a ser asistido por un defensor privado de las confianzas del procesado, e incluso de defenderse por sí mismo (lo que consideramos es contrario al sentido protector de acceso pleno a la jurisdicción); y

por otro lado se le otorga el irrenunciable derecho a la asistencia gratuita por defensores proporcionados y pagados por el Estado. Este mismo derecho encuentra respaldo en el artículo 14.3.d del Pacto Internacional Sobre Derechos Civiles y Políticos, mismo que dispone lo que enseguida se reproduce:

“3.- Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

d. a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste atenderlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;”

En este sentido el derecho a la asistencia de letrado debe ser garantido por nuestras leyes secundarias, y su vulneración puede trascender al fallo, puesto que impedir o consentir la deficiencia en la defensa supone un grado de desigualdad que afecta gravemente la consecución de la voluntad de la ley, y la reparación de los posibles derechos violentados a las partes; de ahí que se impescindible que el legislador provea en todos los procedimientos la posibilidad de defensa a las partes del juicio, tanto nuestra constitución como los tratados y pactos internacionales no pueden quedar en letra muerta; aunque si alguna ley carece de normas que prevean el ejercicio pleno de este derecho, el juzgador en aras de hacer respetar la tutela judicial efectiva debe convertirse en un medio de control difuso de nuestro bloque constitucional, máxime la reciente reforma al artículo primero de nuestra Constitución. A este respecto ANTONIO CANO MATA sostiene:

“En lo que afecta al derecho de defensa y asistencia de letrado, su contenido básico debe garantizarse de modo que no se convierta en una mera formalidad (sentencia de 15 de junio de 1981). La doctrina sobre la congruencia de las resoluciones puede, en algunos casos, determinar la violación del artículo 24 de la Constitución, por inobservancia de este derecho de defensa; derecho que , por el contrario, es perfectamente compatible con el

principio iura novit curia (sentencia núm. 20/1982, de 5 de Mayo)".¹⁸⁴

En materia penal el derecho a ser asistido por abogados durante toda la defensa lo poseen todos por igual, ya sean personas de alto nivel económico, así como quienes carecen de recursos suficientes para contratar un defensor; esto se justifica por las consecuencias que pueden originarse del dictado de una sentencia condenatoria, específicamente las sanciones de privación de la libertad del procesado, dado que éste (la libertad) derecho es uno de los más preciados con que contamos los ciudadanos, reconocido tanto en nuestra Constitución como en los Tratados Internacionales, los que lo reconocen como derecho inherente a la persona humana sometida a un proceso del tipo penal. Se busca que quien sea condenado por la comisión de un hecho delictivo no haya carecido de defensa, y que en consecuencia la condena no sea por falta de la misma, lo que se pretende es que la característica de coercitividad de la ley haga prevalecer su voluntad, pero no porque quien se ajusto a la tipicidad de la ley penal haya carecido de su pleno derecho a la jurisdicción, del derecho de contradicción y defensa, sino porque su conducta realmente encuadra el tipo penal, y porque la misma es en verdad un hecho u omisión típico, antijurídico, culpable y punible. De esta manera tenemos que es al Estado a quien le toca vigilar el correcto ejercicio de la defensa adecuada, a través de los órganos encargados de la función jurisdiccional, específicamente del Juez Penal, aún del Ministerio Público durante la fase de la averiguación previa. En nuestro orden jurídico la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido la siguiente jurisprudencia que precisa los deberes del juzgador para procurar la garantía de defensa adecuada a favor de los inculpados en procesos penales:

“DEFENSA ADECUADA. FORMA EN QUE EL JUEZ DE LA CAUSA GARANTIZA SU VIGENCIA. La garantía individual de defensa adecuada contenida en el artículo 20, apartado A, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos

¹⁸⁴ CANO Mata, Antonio. *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en la Doctrina del Tribunal Constitucional (Artículo 24 de la Constitución)*. 1ª Ed. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Unidas. Madrid. 1984. p 27.

Mexicanos (en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008) entraña una prohibición para el Estado consistente en no entorpecer el ejercicio del derecho de defensa del gobernado y un deber de actuar, en el sentido de informarle el nombre de su acusador, los datos que obren en la causa, brindarle la oportunidad de nombrar un defensor, no impedirle que se entreviste de manera previa y en privado con él y, en general, no impedir u obstaculizar el ejercicio de las cargas procesales que le corresponden dentro del proceso penal para desvirtuar la acusación del Ministerio Público. Así, para proteger la citada garantía es necesario que la labor de quien funja como defensor sea eficaz, pues aquélla no puede concebirse como un mero requisito formal, sino que debe permitir una instrumentación real para tener oportunidades de descargo que, básicamente, permitan al imputado una efectiva participación en el proceso. Ahora bien, el juez de la causa garantiza la posibilidad de defensa al permitir que se den todas las condiciones necesarias para que el inculpado sea debidamente asistido, tanto formal como materialmente, de manera que si en los hechos no puede calificar su adecuada defensa -en razón de la forma en que se conduce el defensor respectivo-, ello no significa que el juez de la causa viole la garantía en cuestión, pues el control de la correcta o incorrecta actitud procesal del defensor, del debido ejercicio de las cargas procesales, así como de su pericia jurídica, sólo podrían ser materia de responsabilidad profesional, en términos de las leyes administrativas o penales, y según se trate de un defensor de oficio o particular. Esto es, el juez respeta la garantía de defensa adecuada: (i) al no obstruir en su materialización (como ocurre cuando niega el derecho a una entrevista previa y en privado o interfiere y obstaculiza la participación efectiva del asesor) y (ii) al tener que asegurarse, con todos los medios legales a su alcance, que se satisfacen las condiciones que posibilitan la defensa adecuada, sin que ello signifique que esté en condiciones de revisar la forma en que los defensores efectivamente logran su cometido, pues ello excedería las facultades que tiene a su cargo para vigilar que en el proceso se garantice una defensa adecuada”¹⁸⁵.

Como se aprecia del citado criterio judicial, el Juez se adecua a la garantía formal de defensa adecuada tanto al no impedir la libre comunicación acusado-defensor, ni obstruir sus debidas estrategias de defensa, tanto él y su personal,

¹⁸⁵ Época: Décima Época. Registro: 160044. Instancia: PRIMERA SALA. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Libro X, Julio de 2012, Tomo 1. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a./J. 12/2012 (9a.). Pág. 433.

como en su caso el Ministerio Público Adscrito; pero sin llegar al extremo de dedicarse a calificar la actividad de la defensa, pues dichos actos o comportamiento adecuado a la normatividad de las partes de la relación jurídica procesal, se deducen del principio de buena fe procesal, necesario dentro de la garantía de la tutela judicial efectiva¹⁸⁶. A este respecto resultan enriquecedoras las palabras de FAUSTINO CORDÓN MORENO quien sostiene:

*“La intervención del abogado no es sólo un derecho fundamental del acusado, sino también, por encima de tal derecho un presupuesto indispensable e imprescindible en determinados momentos y circunstancias del procedimiento penal en el que su asistencia es irrenunciable y se configura como un derecho-deber y han de ser los Jueces y Tribunales quienes velen por su efectividad (STS 18 de Junio de 1992, con cita de las SSTEDH de 9 de Octubre de 1979 y 5 de Abril de 1983 y de la STC de 5 de Julio de 1982). Con ella se trata de evitar la producción de situaciones de indefensión, por lo que de hecho de poder comparecer personalmente ante un Juez o Tribunal no puede ser la causa que haga decaer el derecho a la asistencia letrada, pues el carácter no preceptivo de la intervención de abogado en ciertos procedimientos no obliga a las partes a actuar personalmente, sino que los faculta para elegir entre la autodefensa y la defensa técnica, quedando por consiguiente, en tales casos incólume el mencionado derecho, cuyo ejercicio se deja a la libre disposición de la parte (cfr. SSTC 276/1993 y 92//1996 de 20 de septiembre y 27 de Mayo)”*¹⁸⁷.

¹⁸⁶ El principio de buena fe procesal y su correlación con la garantía de tutela judicial efectiva, así como con los principios de acceso a la defensa, y debido orden y comportamiento judicial puede ser corroborado con el siguiente criterio judicial: *PRINCIPIO DE BUENA FE PROCESAL. EMANA DE LA GARANTÍA DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. El principio de buena fe procesal puede definirse, de manera general, como la conducta exigible a toda persona en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta. Generalmente dicho principio no se incluye expresamente en los ordenamientos procesales, sino que resulta por inferencia de las normas que sancionan actos concretos contrarios a la buena fe. No obstante ello, el principio en comento tiene su origen en el derecho de tutela judicial efectiva y está relacionada con los derechos de defensa, igualdad y expedites en la administración de justicia, porque la posibilidad de acudir a un órgano jurisdiccional para que declare el derecho que le asista a la parte que lo solicite es el medio por el cual el Estado dirime las controversias y, con ello, hacer efectivo el mandato de que ninguna persona pueda hacerse justicia por sí misma. Época: Novena Época. Registro: 168826. Instancia: SEPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXVIII, Septiembre de 2008. Materia(s): Común. Tesis: I.7o.C.49 K. Pág. 1390.*

¹⁸⁷ CORDÓN Moreno, Faustino. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. 1ª Ed. Editorial Aranzadi. Navarra. 1999. p 152.

Pero además en las medidas de su legal alcance el Juzgador debe procurar vigilar que la defensa tenga la capacidad formal de procurar dicha garantía; para lo cual una de las formas de lograrlo es cerciorarse que quien ha sido designado como defensor de oficio cuenta con título legal que lo faculte para ejercer la profesión de abogado, como también ha sido resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia obligatoria 91/2001 que establece:

“DEFENSOR PÚBLICO EN MATERIA PENAL FEDERAL. DEBE CONTAR CON TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO. La fracción IX del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé tres formas a través de las cuales el inculpado puede ejercer su defensa, a saber: a) por sí mismo, b) por abogado, y c) por persona de su confianza; y, además, dispone que en caso de que el inculpado no elija una de estas posibilidades, después de que haya sido requerido para ello, el Juez deberá nombrarle un defensor. En concordancia con esa disposición, el numeral 128, fracción III, del Código Federal de Procedimientos Penales, en lo conducente señala que cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, deberán hacérsele saber los derechos que le otorga la Constitución Federal, entre otros, el de: "... Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio ...". Ahora bien, esa designación de defensor en materia penal efectuada por el Estado (órgano jurisdiccional o Ministerio Público), debe recaer en un defensor público, el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5o., fracción II, de la Ley Federal de Defensoría Pública, debe contar con título de licenciado en derecho. Lo anterior es así, porque el espíritu del legislador no fue otro que el de otorgar a los gobernados acceso a la justicia, y tal prerrogativa se colma, entre otros muchos aspectos, cuando se da la posibilidad a las personas de escasos recursos económicos, de que durante el desarrollo del proceso al que se encuentran sujetos, estén asesorados por profesionales del derecho, por personas con capacidad en la materia que puedan defender con conocimiento jurídico y suficiente sus intereses, a fin de que su garantía de seguridad jurídica en los procedimientos penales se vea respetada. En contraposición con esa disposición, es claro que la designación que haga el propio inculpado de su defensa puede no satisfacer

*ese requisito; por tanto, el nombramiento de defensor podrá ejercerlo cualquier persona”.*¹⁸⁸

También debemos destacar que si bien es cierto que los procesados tienen derecho a nombrar como defensor a persona de su confianza, nosotros contrario a lo expuesto por la Corte, pensamos que el Juzgador debe velar porque esa designación recaiga en alguien con conocimiento de la ciencia jurídica, específicamente en un abogado con título, pues resultaría contradictorio con el principio de defensa adecuada que en dicha designación acuda en representación del inculcado una persona carente de conocimientos legales. No negamos que existan personas no tituladas con conocimientos en defensa penal, el principio publicista que permea la teoría de la defensa adecuada en materia penal, requiere que se encuentre garantizada en la medida de lo posible la correcta defensa de los sujetos a procesos penales, por tanto si bien el inculcado tiene derecho a nombrar una persona de su confianza, si tal designación no recae en un profesional del derecho, el juzgador debería requerirlo para que designe uno, y prevenirlo que de no hacerlo, se le nombrará un defensor de oficio para que coadyuve en la defensa con la persona de confianza carente de título legal en la materia; esto lo encontramos previsto en algunas legislaciones penales como en la del Estado de Nuevo León, y consideramos que es la correcta forma en que debiera interpretarse el derecho a nombrar una persona de confianza¹⁸⁹. Esta

¹⁸⁸ Época: Novena Época. Registro: 188 418. Instancia: Primera Sala. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XIV, Noviembre de 2001. Materia(s): Penal. Tesis: 1a./J. 91/2001 .Pág. 9

¹⁸⁹ Cfr. *DEFENSA ADECUADA. SI EN LA DECLARACIÓN PREPARATORIA LA PERSONA DESIGNADA POR EL PROCESADO COMO DEFENSOR EXHIBE COPIA DEL ACTA DE SU EXAMEN PROFESIONAL, DICHO DOCUMENTO NO SUSTITUYE LA AUTORIZACIÓN PARA EJERCER LEGALMENTE LA PROFESIÓN DE ABOGADO O PASANTE DE DERECHO, POR LO QUE EL JUEZ DEBE NOMBRAR UN DEFENSOR DE OFICIO A FIN DE COLMAR AQUEL DERECHO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). De la interpretación sistemática del artículo 204, fracción III, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León se advierte, entre otras cosas, que el inculcado tiene derecho a una adecuada defensa por abogado, por sí o por persona de su confianza, de modo que si no quiere o no puede nombrar un defensor se le designará uno de oficio. Dicha norma también establece la hipótesis de que si el nombramiento recae en quien no tenga cédula profesional de licenciado en derecho o autorización de pasante, conforme a la ley que reglamente el ejercicio de las profesiones, el tribunal dispondrá que intervenga, también un defensor de oficio que oriente a aquél y directamente al propio inculcado, en todo lo concerniente a su adecuada defensa. De manera que si la persona elegida por el procesado pretende acreditar que está facultado para ejercer la profesión de licenciado en*

opinión personal se expone aún y cuando sabemos que existen muy diversos criterios que sostienen que la persona de confianza no tiene porque contar con título para ejercer la profesión de abogado, pues consideramos que con dicha forma de representación no es posible garantizar una defensa adecuada por parte del juzgador, quien tiene el deber de hacerlo.¹⁹⁰ Si bien de una interpretación

derecho, sólo con una copia del acta de su examen profesional, expedida por autoridades universitarias, es inconcuso que tal documento no sustituye a la autorización para ejercer legalmente la profesión de abogado o pasante en derecho de acuerdo con los artículos 5o., 6o., 13o., 25 y 26 de la Ley de Profesiones del Estado y la Ley Reglamentaria del Artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que para tal efecto facultan a quienes se les haya expedido la licencia respectiva por el departamento de profesiones de la entidad o, en su caso, por la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública, por lo que con independencia de la intervención de la persona designada por el impetrante, el Juez debe nombrar además a un defensor de oficio para que oriente a ambos, colmando así su derecho a una adecuada defensa. Época: Novena Época. Registro: 171486. Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL CUARTO CIRCUITO . Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXVI, Septiembre de 2007. Materia(s): Penal. Tesis: IV.1o.P.32 P. Pág. 251.

¹⁹⁰ Por cuanto a lo dicho en el sentido de que la persona de confianza no requiere tener título expedido, y que así lo ha sostenido la jurisprudencia obligatoria, son ilustrativos los siguientes criterios: *DEFENSOR DEL INDICIADO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. NO SE REQUIERE QUE SE TRATE DE UN PROFESIONAL DEL DERECHO O QUE TENGA RELACIÓN ESTRECHA O DE AFINIDAD CON AQUÉL. Es evidente que cuando en la fracción II del apartado A del artículo 20 constitucional se hace alusión al concepto de "defensor", no puede pretenderse asignarle a éste una connotación única y exclusivamente como de profesional del derecho, pues además de que no se exige así, ello sería descontextualizar el contenido de los diversos preceptos constitucionales que hacen alusión a las formas en que el inculpado puede ser asistido, esto es, por sí, por abogado o por persona de su confianza, como refieren las fracciones IX y X, párrafo cuarto, del propio artículo 20 constitucional, sin que pueda soslayarse que tratándose de la averiguación previa, es precisamente en los términos que refieren estas fracciones que el indiciado tiene el derecho de verse asistido. Lo anterior significa, por un lado, que durante la etapa de averiguación previa el indiciado puede ser asistido, para efectos de su declaración, por abogado o por persona de su confianza, y que incluso puede hacerlo "por sí", y no obstante, en cualquier caso, se cumple con el derecho de una defensa adecuada; por otra parte, por "persona de confianza", ni la Constitución ni la ley exigen una relación previa de amistad, parentesco o afinidad tal que genere un motivo posible de "confianza" en el sentido personal, sino que con tal expresión se designa a quien, fuera de los supuestos relativos a una defensa por abogado, o por sí mismo, el indiciado opta por designar a una persona distinta, es decir, se trata del otorgamiento de diversas opciones para el indiciado, a fin de no restringir la facultad de designación respecto de quienes no contasen con determinados atributos. Época: Novena Época. Registro: 175109. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXIII, Mayo de 2006. Materia(s): Penal. Tesis: II.2o.P. J/19. Pág. 1524.*

DEFENSOR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. EL INDICIADO TIENE LIBERTAD PARA DESIGNARLO AUNQUE CAREZCA DE TÍTULO PROFESIONAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 20, FRACCIÓN IX, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). De acuerdo con lo dispuesto en el precepto constitucional mencionado, el acusado tiene una facultad amplísima para designar a la persona o personas que se encarguen de los actos de su defensa, pues ésta puede ser llevada por el propio sujeto o por otra persona que libremente designe, sin más limitación que la de ser de su confianza porque el Constituyente consideró necesaria la concesión de una plena libertad a los indiciados para decidir por quién desean ser defendidos dentro de un procedimiento penal, sin

aislada del artículo 20 Constitucional puede desprenderse la posibilidad de que el defensor penal no sea abogado cuando es designado por el inculcado, pensamos que ello va en contra del sentido garantista que debe tener la institución de la defensa penal, y del propio bloque de constitucionalidad y control de la convencionalidad derivados de nuestra carta magna, los tratados internacionales y la jurisprudencia obligatoria emitida por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.¹⁹¹ Queremos destacar que posterior a haber escrito las anteriores

exigir que se trate de un profesional del derecho, pues una defensa adecuada no sólo la pueden ejercitar los profesionales del derecho, sino también diversos ciudadanos, que sin tener la calidad de abogados, debido a sus nexos de amistad o de parentesco con el inculcado, poseen mayor interés personal para ayudarlo y protegerlo o en el caso en que la defensa la ejerza por sí mismo, por tratarse precisamente del interesado, es notorio su interés en defenderse. Época: Novena Época. Registro: 191976. Instancia: PLENO. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XI, Abril de 2000. Materia(s): Constitucional, Penal. Tesis: P. L/2000. Pág. 69.

¹⁹¹ Por cuanto a lo que debe entenderse por bloque de constitucionalidad y control de la convencionalidad, son ilustrativas las propias palabras de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que enseguida se transcriben: “26. *El desarrollo descrito de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en sede nacional, también se debe a las propias jurisdicciones domésticas, especialmente a las altas jurisdicciones constitucionales, que progresivamente han privilegiado interpretaciones dinámicas que favorecen y posibilitan la recepción de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales.*¹⁹¹ Se forma un auténtico “bloque de constitucionalidad”, que si bien varía de país a país, la tendencia es considerar dentro del mismo no sólo a los derechos humanos previstos en los pactos internacionales, sino también a la propia jurisprudencia de la Corte IDH. Así, en algunas ocasiones el “bloque de convencionalidad” queda subsumido en el “bloque de constitucionalidad”, por lo que al realizar el “control de constitucionalidad” también se efectúa “control de convencionalidad”.

“44. *En principio, el parámetro del “control difuso de convencionalidad” por parte de los jueces nacionales (con independencia de si ejercen o no control de constitucionalidad), es el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte IDH que la interpreta. La última parte de la doctrina jurisprudencial respectiva así lo prevé: “En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado [Pacto de San José], sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.” (Subrayado añadido).*”

“50. *Se forma de esta manera un auténtico “bloque de convencionalidad” como parámetro para ejercer el “control difuso de convencionalidad”. Los jueces nacionales deben atender a este “bloque”, lo que implica, por parte de ellos, una permanente actualización de la jurisprudencia de la Corte IDH y propicia una “viva interacción” entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última de establecer estándares en nuestra región para la protección efectiva de los derechos humanos.*”

“61. *De esta manera, los jueces de los Estados parte de la Convención Americana también se encuentran obligados al cumplimiento de la normatividad convencional y la doctrina del “control difuso de convencionalidad” les facilita esta labor, para realizar interpretaciones de las disposiciones nacionales (incluidas las del texto constitucional) que sean conforme al corpus juris interamericano e incluso a no aplicar aquéllas que contravengan de manera absoluta el referido “bloque de convencionalidad”, para evitar de esa forma que el Estado al que pertenecen sea responsable internacionalmente por violar compromisos internacionales adquiridos en materia de derechos humanos.*” Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México. Sentencia de 26 de Noviembre del 2010. Párrafos 26, 44.50 y 61.

palabras para ésta tesis, fue emitido el siguiente criterio jurisprudencial que confirma nuestra postura:

DEFENSA ADECUADA. A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE DIEZ DE JUNIO DE DOS MIL ONCE, ESTE DERECHO FUNDAMENTAL ÚNICAMENTE SE GARANTIZA CUANDO EL INCULPADO, AL RENDIR SU DECLARACIÓN MINISTERIAL, ES ASISTIDO POR UN LICENCIADO EN DERECHO, POR LO QUE SI LO HIZO SÓLO EN PRESENCIA DE PERSONA DE SU CONFIANZA, AQUÉLLA CARECE DE VALOR PROBATORIO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). A partir de la reforma del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, el derecho fundamental a una defensa adecuada a que se refieren los artículos 20, apartado A, fracción IX, constitucional, en su texto anterior a la reforma publicada en dicho medio de difusión oficial el dieciocho de junio de dos mil ocho y 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se garantiza únicamente cuando el imputado en la averiguación previa y en el proceso está representado por un licenciado en derecho, por ser la persona con la capacidad técnica para asesorarlo y apreciar lo que jurídicamente le es conveniente, por lo que con la asistencia de éste está mejor protegido porque guía su actuación en lo que le es favorable, esto es, ese derecho fundamental se satisface con la defensa material que realiza el inculcado por sí, y con la defensa técnica (formal) que efectúa un licenciado en derecho por ser la persona experta, aptitudes éstas con las que no cuenta la persona de confianza. Ahora bien, si al rendir su declaración ministerial el inculcado lo hizo sólo en presencia de esta última, su testimonio carecerá de valor probatorio, ya que debe estar asistido por un licenciado en derecho ya sea particular o de oficio, para otorgarle una real y efectiva defensa legal, y así respetar el principio de equidad entre las partes, pues el Ministerio Público -como acusador- es un órgano técnico representado por un licenciado en derecho y, por lo mismo, bajo el principio de igualdad, también el inculcado debe estar representado por un profesionista en la misma materia y no únicamente por persona de confianza. Consecuentemente, si el inculcado rindió su declaración ministerial asistido solamente por esta última, con ello se originó una infracción a las formalidades del procedimiento, lo que se traduce en violación a sus derechos fundamentales, que traería

como consecuencia su nulidad y, por tanto, que no se le otorgue valor probatorio alguno.¹⁹²

Por otro lado es claro que la autodefensa, o la defensa por el propio acusado o detenido carece de las mismas deficiencias que la defensa por una persona de confianza sin título de abogado, pues es muy viable que pueda verse en estado de indefensión por su inexperiencia jurídica, a menos que el sujeto a proceso sea un abogado, pues de otra manera no vemos la conveniencia de la autodefensa, tan sólo el conocimiento propio y directo de los hechos, como lo sostiene ANGELO PENNISI, quien expresa:

*“Procedimenti nei quali l’autodifesa assume sicuramente un valore preponderante rispetto alla difesa tecnica, per la conoscenza diretta che il detenuto ha del contesto penitenziario nel quale sarebbe maturata la pretesa violazione”.*¹⁹³

En estos términos estimamos que en un sentido garantista y proteccionista de los máximos principios constitucionales, el juzgador debe proceder a vigilar la adecuada defensa de la persona sujeta a un proceso penal, pues con ello privilegia no sólo el acceso pleno a la justicia, sino que además se procura el cumplimiento de la voluntad de la ley, en atención a que dar cabal cumplimiento a las leyes no consiste en condenar indiscriminadamente, sino sólo a aquellos que han configurado tipo penal, y esto se consigue en un proceso justo, donde todas las partes con intereses legítimos cuenten con la posibilidad de defenderse plenamente, de aportar todos los elementos de prueba, y promover todas las instancias y recursos posibles, para dar la posibilidad al Poder Judicial de aplicar debidamente la ley. En este sentido se pronuncia PUYOL MONTERO quien dice:

“El carácter alternativo del derecho de defensa. Pese a que en el artículo 6.3 c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos el

¹⁹² Época: Décima Época. Registro: 2003958. Instancia: NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 2. Materia(s): Constitucional, Penal. Tesis: I.9o.P. J/8 (10a.). Pág. 1146.

¹⁹³ PENNISI, Angelo. *Diritti del Detenuto e Tutela Guirsdizionale*. 1ª Ed. G. Giappichelli Editore. Torino. 2000. p 278.

*derecho a la asistencia de Letrado aparece como alternativo al derecho a la defensa por uno mismo, el artículo 24.4 de nuestra Constitución no permite que se prive al acusado de la asistencia de Abogado por el motivo de que le estuviere reconocida la posibilidad de defenderse por sí mismo, derecho que existe aún en aquellos procesos en los que no es preceptiva la defensa por medio de Letrado, y cuando la parte lo estime conveniente para la defensa de sus derechos (Fj 2). S. 216, 14-XI-1988.*¹⁹⁴

Algunas otras consideraciones que deben tenerse presente en relación con la defensa adecuada en materia penal, giran en torno a cuestiones especiales, como en el caso de extranjeros, quienes tienen derecho a asistencia consular; así como en el caso de indígenas o personas que no cuenten con el uso del idioma español, quienes deberán contar con traductor especial aún para hacerles saber el derecho a nombrar abogado o persona de su confianza, o que si no lo hacen se les designará uno de oficio.¹⁹⁵

¹⁹⁴ PUYOL Montero, Francisco Javier. *Diccionario de Derechos y Garantías Procesales Constitucionales*. 1ª Ed. Editorial Colmares. Granada. 1996. p 11.

¹⁹⁵ Son aplicables a lo comentado los siguientes criterios: *DEFENSA ADECUADA. SI EL INCULPADO ES UNA PERSONA INDÍGENA, EL JUEZ DE LA CAUSA DEBE HACER DE SU CONOCIMIENTO, A TRAVÉS DE UN INTÉRPRETE QUE CONOZCA SU LENGUA Y CULTURA, EL DERECHO QUE TIENE A NOMBRAR, SI ASÍ LO DESEA, A UN DEFENSOR CON DICHS CONOCIMIENTOS. Del artículo 2o., apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que dicho numeral tiene como finalidad, entre otras, la de garantizar a los indígenas de México el acceso pleno a la jurisdicción estatal a través de una adecuada defensa; para proteger la citada garantía es necesario que la labor de quien funja como defensor sea eficaz, pues aquélla no puede concebirse como un mero requisito formal, sino que debe entenderse en el sentido de permitir una implementación real para tener oportunidades de descargo que, básicamente, permitan al imputado una efectiva participación en el proceso. En esos términos, cuando el inculpado sea una persona indígena, además de los derechos reconocidos por el artículo 20, apartado A, de nuestra Carta Magna, el Juez de la causa debe hacer de su conocimiento, a través de un intérprete que conozca su lengua y cultura, del diverso derecho que tiene a nombrar, si así lo desea, a un defensor que también tenga conocimiento de su lengua y cultura, asegurándose con todos los medios legales a su alcance que se satisfacen tales circunstancias. Lo anterior es así, toda vez que la garantía de defensa adecuada contenida en el artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución Federal (en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008) entraña también el diverso derecho contenido en el citado artículo 2o. Época: Décima Época. Registro: 160318. Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA OCTAVA REGION . Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Libro V, Febrero de 2012, Tomo 3. Materia(s): Constitucional. Tesis: XXVII.1o.(VIII Región) 6 P (9a.). Pág. 2275.*

EXTRANJERO SUJETO A AVERIGUACIÓN PREVIA O EN PRISIÓN PREVENTIVA. SE LE DEBE DAR A CONOCER EL DERECHO QUE TIENE A SOLICITAR LA ASISTENCIA DE LA REPRESENTACIÓN DIPLOMÁTICA DEL PAÍS DEL CUAL ES ORIGINARIO, ADEMÁS DE QUE SE INFORME A DICHA SEDE CONSULAR LA SITUACIÓN JURÍDICA DE AQUÉL. El artículo 36, punto 1, incisos b) y c), de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, expresamente

Aun y cuando los menores técnicamente no comenten delitos, en el supuesto de las infracciones cometidas por ellos es necesario que también cuenten con una defensa, pues el principio que se sigue es el mismo, pueden ser privados de su libertad mediante la resolución que se dicte en el procedimiento respectivo; pero siendo el nuevo proceso para menores de reciente creación, y desconocido en sus pormenores para gran número de patrocinadores jurídicos, la Corte ha establecido que en su caso el defensor que se asigne debe contar con conocimientos especiales en la materia de justicia para adolescentes, y que de no reunirse dicho requisito las actuaciones levantadas con esa informalidad dan lugar a su nulidad.¹⁹⁶

señala que todo extranjero sujeto a averiguación previa o en prisión preventiva, que se encuentre privado de su libertad, debe ser informado del derecho que le asiste de contactar al Consulado de su país de origen para que conozca su situación jurídica; así como a dicha representación diplomática a efecto de estar en posibilidad de recibir la visita de los funcionarios consulares y en su caso, organizar su defensa ante los tribunales respectivos; por tanto si la autoridad ministerial o bien jurisdiccional, omitieron cumplir con tal imperativo, es evidente la violación al procedimiento que vulneró la defensa del peticionario, en consecuencia, a efecto de restituir al justiciable en sus garantías, debe cumplirse con la obligación de informarle la posibilidad de que sea asistido por la representación consular de su país de origen y de comunicar a esta última respecto a la prisión preventiva del quejoso; empero, no conlleva a declarar la nulidad de las actuaciones efectuadas durante el procedimiento que en lo general cumplan con las formalidades legales; mismas, que en respeto a la garantía de justicia pronta y expedita en la administración de justicia, prevista por el ordinal 17 del Pacto Federal, deberán permanecer incólumes. Y si la representación consular conducente, estima que debido a la asistencia jurídica brindada a su connacional, resulta legalmente indispensable, el ofrecimiento de un medio de convicción diverso a los desahogados previamente. Época: Novena Época. Registro: 164056. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXXII, Agosto de 2010. Materia(s): Penal. Tesis: III.2o.P.248 P. Pág. 2280

¹⁹⁶ Cfr. *JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. LA OMISIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE OTORGAR AL MENOR DETENIDO EN FLAGRANCIA SU PARTICIPACIÓN EN LAS DILIGENCIAS DE AVERIGUACIÓN PREVIA, PARA QUE INTERROGUE A LOS QUE DEPONEN EN SU CONTRA Y SE ENCUENTRE ASISTIDO EN TODO MOMENTO POR UN DEFENSOR ESPECIALIZADO, ORIGINA LA NULIDAD DE LAS DILIGENCIAS RECABADAS EN DICHA ETAPA INDAGATORIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS)*. La reforma del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de diciembre de 2005, tiene como nota esencial ser un modelo garantista conforme al cual al adolescente se le reconoce un cúmulo de garantías en el procedimiento que debe ser de corte acusatorio, resultado de la necesidad de implementar un debido proceso legal que amplíe la esfera de derechos de los menores. Así, la Ley que establece el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes en el Estado de Chiapas prevé una protección especial de tipo garantista para resguardar los derechos de los menores desde el momento mismo en que se integra la averiguación previa y recoge los principios de inmediatez, contradicción, igualdad y publicidad, previstos en el artículo 20 de la Constitución Federal. Por ende, cuando un menor es detenido en flagrancia y puesto a disposición de la representación social, sea o no especializada en justicia para adolescentes, el Ministerio Público debe observar que se permita al detenido participar en las diversas diligencias que se recepten con motivo de la integración de la

En relación con otros procesos distintos al penal, la garantía de igualdad y acceso pleno a la justicia exige la necesidad de proveer de defensa jurídica gratuita o de oficio a aquellos quienes carecen de medios económicos para contratar un abogado. En todo tipo de procesos el Estado debe procurar que todos los ciudadanos cuenten con la posibilidad de hacer valer sus derechos ante las autoridades jurisdiccionales, para ello resulta necesario el establecimiento de órganos de asistencia técnica y legal para quienes carecen de recursos económicos. En relación a esto Jesús González Pérez comenta:

*“En los procesos en que la asistencia de Letrado es un requisito procesal, la imposibilidad económica de acudir a los técnicos del Derecho constituirá un obstáculo al derecho de acceso a la jurisdicción. De aquí que hayamos de remitirnos a lo dicho sobre el llamado derecho a la jurisdicción de quienes carecen de recursos económicos. ... Pero debe reconocerse el derecho a la asistencia gratuita al que carece de medios económicos aunque sea para defenderse en proceso en que no se exija la asistencia técnica, si bien no siempre se lesiona el derecho si no se asigna Abogado de oficio”.*¹⁹⁷

Los principios en torno a la asistencia gratuita debemos considerarlos generales, aplicables a todos los ciudadanos que se encuentren en una precaria situación económica. Pero debemos considerar que para que la asistencia sea aplicada a un ciudadano, no basta con que exista la pobreza o situación de precariedad en una persona que activa o pasivamente forma parte de un proceso,

averiguación previa y respetar el derecho de aquél de interrogar a quienes deponen en su contra, en términos del artículo 142, fracción VI, de la citada ley, como son el querellante, los testigos y los policías aprehensores, entre otros, además, debe cuidar que el menor se encuentre en todo momento asistido de su defensor, sea particular u oficial, el cual debe, además, ser especializado para cumplir con el principio de contradicción que rige al nuevo sistema de justicia para adolescentes. La omisión de la representación social de cumplir con las citadas formalidades origina la nulidad de las diligencias indagatorias recabadas en la averiguación previa, sin que éstas puedan, en consecuencia, ser tomadas en cuenta para el dictado de la resolución inicial de sujeción a proceso, menos aún para el de una sentencia de condena. Época: Décima Época. Registro: 160297. Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Libro V, Febrero de 2012, Tomo 3. Materia(s): Constitucional, Penal. Tesis: XX.3o. J/3 (9a.). Pág. 2160.

¹⁹⁷ Óp. Cit. p 188.

sino que es necesario además que medie una solicitud expresa al juzgador o al órgano encargado de otorgar la función de la defensa gratuita. Por lo que no puede alegarse en un procedimiento que se violentó el citado derecho porque una parte careció de defensa, si durante el procedimiento no exigió el acceso a la defensa técnica, no puede utilizarse como una excusa para reponer el procedimiento, a menos que se trate de una persona a la que le asista el principio publicista, o sea, un discapacitado, un menor de edad, un asunto de familia, un asunto agrario, laboral, penal, según quedó visto en al hablar del proceso y principio publicista. Esto porque en asuntos del mencionado tipo el juez tiene una facultad-obligación de velar por que los derechos que les asisten a tales personas o grupos desprotegidos sean desplegados en toda su amplitud, impidiendo o solucionando situaciones que pongan en riesgo la correcta administración de justicia por factores que afecten la igualdad procesal.¹⁹⁸ Álvarez Sacristán en torno a la asistencia técnica gratuita mencionada:

¹⁹⁸ A modo de ejemplo de lo dicho pueden ser citados los siguientes criterios: *AGRARIO. ASESORÍA LEGAL Y ASISTENCIA TÉCNICA. CONSTITUYEN UN DERECHO SUSTANTIVO A FAVOR DE LOS CAMPESINOS, POR ESTAR PREVISTAS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El artículo 27, fracciones XIX y XX, de la Carta Magna, en lo conducente, prevé: "XIX. Con base en esta Constitución, el Estado dispondrá las medidas para la expedita y honesta impartición de la justicia agraria, con objeto de garantizar la seguridad jurídica en la tenencia de la tierra ejidal, comunal y de la pequeña propiedad, y apoyará la asesoría legal de los campesinos." y "XX. ... asistencia técnica. ...". Por tanto, si la asesoría legal y la asistencia técnica se encuentran previstas en favor de los campesinos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es obvio que constituyen, como garantía individual, un derecho sustantivo o fundamental, a cuyo respeto y cumplimiento están obligadas todas las autoridades. Época: Novena Época. Registro: 180730. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL CUARTO CIRCUITO . Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XX, Septiembre de 2004. Materia(s): Administrativa. Tesis: IV.2o.A.105 A. Pág. 1717.*

CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR. ES OBLIGACIÓN DEL TRIBUNAL DE ALZADA CERCIORARSE DE QUE LA PARTE RECURRENTE SE ENCUENTRE ASESORADA POR UN LICENCIADO EN DERECHO CON CÉDULA PROFESIONAL O, EN CASO CONTRARIO, SOLICITAR LA INTERVENCIÓN DE UN DEFENSOR DE OFICIO, SIN QUE TAL EXIGENCIA SE COLME CON LA DESIGNACIÓN DE AUTORIZADOS PARA OÍR Y RECIBIR NOTIFICACIONES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA SUR). De la interpretación relacionada de los artículos 929 y 936, segundo párrafo, ambos del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Baja California Sur se advierte que cuando la tramitación del juicio se haya regido por las disposiciones generales de este código, igualmente se regirá por estas disposiciones por lo que toca a los recursos, pero en todo caso: a) Tratándose de controversias del orden familiar la parte apelante, al acudir a la segunda instancia, debe estar asistida; b) Dicho asesor necesariamente debe ser licenciado en derecho con cédula profesional, lo que implica la obligación para la Sala de cerciorarse que el asesor cubra esos requerimientos; o bien, c) Cuando la Sala se percate de que la apelante carece de abogado, debe solicitar la intervención de un defensor de oficio, quien gozará de un plazo de tres días más para imponerse del asunto a efecto de hacer valer los

*“La asistencia gratuita vela por el principio de igualdad de las partes y que la contradicción se efectúe con igualdad de armas técnicas evitando así la ruptura del debido equilibrio procesal entre las partes. Bien es cierto que hay procesos y ordenes jurisdiccionales en los que no es preceptiva la asistencia letrada, pero tratándose de un derecho subjetivo, sólo cuando la otra parte acude con las mismas armas, puede negarse el derecho a la asistencia letrada gratuita. El TC tiene dicho que “sólo constituirá vulneración constitucional si la autodefensa ejercitada por aquel a quien se niega el derecho se manifiesta incapaz de compensar la ausencia de abogado que lo defienda, y por tanto, de contribuir satisfactoriamente al examen de las cuestiones jurídicas suscitadas en el proceso, lo cual será determinable en cada caso concreto, atendiendo a la mayor complejidad del debate procesal y a la cultura y conocimientos jurídicos del comparecido personalmente, deducidos de forma y nivel técnico con que haya realizado su defensa”.*¹⁹⁹

Lo anterior significa que si la persona carente de recursos tiene conocimientos o una cultura jurídica elevada, que lo hayan hecho capaz de auto defenderse, aún y cuando no hubiese sido asistido por defensor, su garantía de

agravios o cualquier derecho a nombre de la parte asesorada. En estas condiciones, se concluye que en controversias del orden familiar se impone la obligación al tribunal de apelación de verificar que si la parte apelante al acudir ante esa instancia no cuenta con abogado que la asesore, en los términos indicados, entonces debe solicitar la intervención de un defensor de oficio; lo anterior, en razón de que conforme lo señala el propio legislador común en el artículo 927, este tipo de asuntos se considera de orden público por constituir la familia la base de la integración de la sociedad; sin que tal exigencia se colme con el hecho de que se designen autorizados para oír y recibir notificaciones, dado que sus actuaciones están limitadas por las atribuciones que expresamente se les confieren y reconocen, máxime que conforme a la legislación en comento cualquier persona puede ser autorizada para el efecto. Época: Novena Época. Registro: 174118. Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO SEXTO CIRCUITO . Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXIV, Octubre de 2006. Materia(s): Civil. Tesis: XXVI.3 C. Pág. 1373.

MENOR DE EDAD. DEBE CONTAR NECESARIAMENTE CON EL ASESORAMIENTO DE UN ABOGADO EN EL PROCESO DE RESTITUCIÓN A SU PAÍS DE ORIGEN. En virtud de que la sociedad está interesada en proteger a los menores, independientemente de la voluntad, deseos, acuerdos o convenios de sus padres, es obligatorio que en todo proceso relativo a la restitución de un menor a su país de origen, esté asistido por un abogado, tanto el menor como la persona que represente sus intereses. Así debe interpretarse la disposición contenida en el artículo 7o., inciso g), del Decreto Promulgatorio de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, publicado en el Diario Oficial de la Federación el seis de marzo de mil novecientos noventa y dos. Época: Novena Época. Registro: 197606. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo VI, Octubre de 1997. Materia(s): Civil. Tesis: I.2o.C.11 C. Pág. 765.

¹⁹⁹ Óp. Cit. Pp 98 y 99.

acceso pleno a la jurisdicción mediante la asistencia jurídica gratuita otorgada por el Estado, no se vería menoscabada, para lo cual habría que analizarse el asunto en particular, determinado el nivel de defensa desplegado en el asunto, pues de ser acorde al contradictorio y a su correlativa defensa, entonces no puede considerarse indefenso, como por ejemplo, si dicha parte aún y cuando sea de escasos recursos económicos, es un abogado.

Es de resaltarse que en ocasiones el abogado que ha sido designado para la asistencia técnica renuncia al cargo durante el proceso, por lo que si dicho defensor es de oficio es claro que el juzgador debe nombrar uno nuevo, pero si es privado existe algún criterio que sostiene que el juez debe notificar a la parte la renuncia de su defensor, pues si no se violenta la defensa adecuada, consideramos que lo mismo debiera suceder en caso de muerte del defensor.²⁰⁰

3.5.4 SUPLENCIA DE LA QUEJA

Esta institución constituye una de las herramientas más efectivas con que cuenta el juzgador para lograr una adecuada impartición de justicia. Es derivada

²⁰⁰ Cfr. *VIOLACIÓN A LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO ANÁLOGA A LA MALA O FALSA REPRESENTACIÓN. LA CONSTITUYE LA OMISIÓN DEL JUEZ INSTRUCTOR DE DESIGNAR UN DEFENSOR DE OFICIO, CUANDO UNA DE LAS PARTES NO SE ENCUENTRA ASISTIDA POR UN ABOGADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COAHUILA)*. De conformidad con el artículo 119 del Código Procesal Civil para el Estado de Coahuila, las partes que ocurran a los procedimientos civiles deben hacerse patrocinar o representar por uno o más licenciados en derecho, pues en caso de que no estén asistidas, el juzgador deberá nombrarles uno, seleccionándolo dentro del cuerpo de defensores de oficio de la localidad de que se trate. En ese tenor, cuando en un juicio civil los abogados que asisten jurídicamente a una de las partes, renuncian a su cargo, de conformidad con el artículo en comento, el Juez del procedimiento debe dar vista a la parte interesada con el escrito de renuncia respectivo y, en el evento en que no designe sustituto en un término razonable, el juzgador se encuentra obligado a designarle un defensor de oficio que comparezca como abogado patrono en su defensa. Por lo tanto, si a una de las partes en el juicio civil, el Juez omite asignarle asistencia jurídica en los términos precisados, ello constituye una violación a las leyes del procedimiento, en términos del artículo 159, fracción XII, con relación a la II, de la Ley de Amparo, toda vez que la ausencia de representación legal constituye un caso análogo a la mala o falsa representación, dado que sus consecuencias procesales son similares, al verse afectada una de las partes en el derecho que le asiste de procurarse una adecuada defensa en el juicio. Época: Novena Época. Registro: 161421. Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA DECIMA REGION . Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXXIV, Julio de 2011 .Materia(s): Común. Tesis: VIII.1o.(X Región) 14 C. Pág. 2280.

de una corriente socializadora del derecho y se encuentra impregnada de toda la gama proteccionista derivada de los procesos del tipo publicista. En México con todo su esplendor la suplencia de la queja es finalmente acogida por la Constitución de 1917, después de diversos cambios y reformas que en su institucionalización se fueron forjando en la primera Ley de Amparo de 1871, y en la de 1882, así como en los Códigos Federales de Procedimientos Civiles de 1897 y 1908.²⁰¹ En este sentido Don Juventino V. Castro, citando a Tena Ramírez comenta:

²⁰¹ Por cuanto a esto resultan relevantes las palabras esgrimidas en la sentencia del 6 de Junio del 2007, por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en el expediente SUP-JDC-11/2007, siendo el actor Joel Cruz Chávez y otros, y la demandada la Quincuagésima Novena Legislatura del Estado de Oaxaca, en la que se realiza un análisis de diversas formalidades procesales a la luz del principio de igualdad, así como de nuestra Constitución y Tratados Internacionales aplicables, incluyéndose un concienzudo estudio de la institución de la suplencia de la queja, permitiéndonos enseguida transcribir sus apartados más interesantes a esta obra: *“Con la medida especial apuntada se logran atemperar las consecuencias derivadas de la situación de desigualdad en que se hallan los colectivos indígenas y sus integrantes, producto de la pobreza y marginación en que se encuentran, y que evidentemente repercuten en la calidad de la defensa en sus derechos, al colocarlos en una situación de desigualdad procesal en relación con las autoridades emisoras de los actos que suelen conculcar esta clase de prerrogativas ciudadanas. Ello es así porque una suplencia amplia como la que se propone permite al juzgador examinar de manera oficiosa y libre los motivos de inconformidad planteados inicialmente, aun cuando existan omisiones, defectos, confusiones o limitaciones en su exposición, así como también allegar elementos de convicción al expediente que puedan acreditar la violación a los derechos político-electorales del ciudadano, incluso si no fueron ofrecidos, extremos que, evidentemente, corrigen las omisiones o deficiencias en que hubieren incurrido los promoventes, que responden en buena medida a la precaria situación económica y social en que están los indígenas en nuestro país. Asimismo mediante la maximización de la suplencia es posible tomar en consideración, para la fijación de la controversia y su resolución, las características propias de la comunidad o pueblo indígena y sus especificidades culturales, que evidentemente los diferencian del resto de la ciudadanía.*

Cabe igualmente destacar que la medida especial propuesta no es ajena al sistema jurídico mexicano de impartición de justicia constitucional, como la que se ejerce para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, sino que, por el contrario, se encuentra reconocida legislativamente, en diversas modalidades, para la resolución de los juicios de amparo, y todos los supuestos en que se reconoce su aplicabilidad, la institución de la suplencia obedece a un espíritu garantista y por tanto antiformalista en la tutela de las garantías individuales. Incluso, el desarrollo histórico legislativo de la suplencia permite apreciar que la tendencia es reconocerla como un mecanismo para compensar las desventajas procesales en que acuden ciertos quejosos, con motivo de situaciones culturales, económicas y sociales desfavorables, y no sólo como un instrumento residual o excepcionalísimo, para aquellos casos en los cuales se hiciera patente el error o la ignorancia de la parte afectada, es decir, cuando fuera manifiesta la violación a un derecho fundamental.

El aserto precedente se apoya en el análisis progresivo en los diversos ordenamientos constitucionales y legales que han regulado la figura de la suplencia.

La suplencia de la queja deficiente nace directamente en la Constitución Política Mexicana de mil novecientos diecisiete, ya que ni la de mil ochocientos cincuenta y siete, ni las leyes orgánicas de mil ochocientos sesenta y uno, mil ochocientos sesenta y nueve, y mil ochocientos ochenta y dos,

ni el Código Federal de Procedimientos Civiles de mil novecientos ocho reconocieron facultad a los tribunales federales para suplir las deficiencias que aparecieran en las demandas de amparo presentadas ante ellos, cualquiera que fuese la naturaleza del acto reclamado en la queja respectiva.

En la primera Ley de Amparo de mil ochocientos sesenta y uno, en su artículo 3, consignaba el requisito de que en el curso de demanda expresara “detalladamente el hecho, fijándose cuál es la garantía violada”. La ley de mil ochocientos sesenta y nueve, en su artículo 4 estableció un precepto semejante al recién mencionado.

Posteriormente, la Ley de Amparo de mil ochocientos ochenta y dos introdujo en su artículo 42 una excepción a la regla anterior, al admitir la posibilidad de “suplir el error o la ignorancia de la parte agraviada, otorgando el amparo por la garantía cuya violación aparezca comprobada en autos, aunque no se haya mencionado en la demanda”, lo cual significaba sólo la suplencia en el error o mención de la garantía afectada, es decir, la aplicación del principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho).

En el Código Federal de Procedimientos Civiles de mil ochocientos noventa y siete aparece, por primera vez, el “concepto de violación” como requisito de la demanda en los amparos civiles, con la prohibición legal expresa de suplirlo, si bien en el propio código se reitera la suplencia por error u omisión de la garantía violada. Cabe señalar que este código no estableció prohibición de realizar la suplencia en los juicios no civiles, que en aquella época se comprendía a todo lo que era de la materia penal.

El tratamiento se rigoriza para el Código Federal de Procedimientos Civiles de mil novecientos ocho, ya que al amparo en materia civil se le denomina como de “estricto derecho”, y se señala en el artículo 767, que “deberá sujetarse a los términos de la demanda, sin que sea permitido suplir ni ampliar nada de ellos”.

Es en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de mil novecientos diecisiete, en que nace la suplencia de la queja deficiente, precisamente en la fracción II del artículo 107 de esta Constitución, en los siguientes términos: “La Suprema Corte, no obstante esta regla (la establecida en el párrafo primero de la fracción I, referida a la procedencia y requisitos del juicio de amparo en los juicios civiles y penales) podrá suplir la deficiencia de la queja en un juicio penal, cuando encuentre que ha habido en contra del quejoso una violación manifiesta de la ley, que lo ha dejado sin defensa, o que se le ha juzgado por una ley que no es exactamente aplicable al caso, y que sólo por torpeza no se ha combatido debidamente la violación”.

La redacción de la fracción II de este precepto resultó confusa por su remisión a la regla establecida en la fracción I, lo cual fue corregido en la Ley de Amparo de mil novecientos treinta y seis. En esta ley, se disoció en el artículo 163, la suplencia de la queja en materia penal, de las reglas para preparar el amparo y a partir de entonces la suplencia en materia penal pasó a ser una excepción al amparo de estricto derecho. De tal suerte, la prohibición para efectuar suplencia en los amparos civiles se tradujo en la regla general de estricto derecho.

Mediante las reformas a la Constitución de mil novecientos cincuenta, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del diecinueve de febrero del año siguiente, en el artículo 107, fracción II, se ampliaron los casos en los cuales se facultaba al juzgador la suplencia de la queja deficiente, para comprender materias diversas a la penal.

Conforme las modificaciones, a los supuestos ya contemplados inicialmente en la Carta Magna (violación manifiesta de la ley que cause indefensión y aplicación de una ley que no regula exactamente los hechos del asunto, ambos casos referidos a materia penal), se incorporó la posibilidad de suplir la queja cuando el acto reclamado se haya fundado en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación, sin distinguir la materia del asunto. También se previó la suplencia de la parte obrera en materia de trabajo, en aquellos casos en los que el juez advirtiera una violación manifiesta de la ley, que lo hubiera dejado sin defensa. En mil novecientos cincuenta y uno se reformó la Ley de Amparo para adecuarse a las disposiciones constitucionales.

Por decreto publicado el dos de noviembre de mil novecientos sesenta y dos, se agregó un nuevo párrafo a la fracción II del artículo 107 constitucional, para permitir la suplencia en beneficio de los núcleos de población, ejidatarios y comuneros. La nueva disposición se incorporó al artículo 76 de la Ley de Amparo, por decreto publicado el cuatro de febrero de mil novecientos sesenta y tres (al

crearse un libro segundo para el amparo en materia agraria en mil novecientos setenta y seis, la suplencia de la queja se incluyó en el artículo 227 de la ley).

En mil novecientos setenta y cuatro, por decreto del veinte de marzo, se adicionó de nueva cuenta el artículo 107, fracción II de la Carta Magna, para ampliar la suplencia de la queja en los juicios de amparo contra actos que afecten los derechos de los menores o incapaces, disposición que fue incorporada al artículo 76 de la Ley de Amparo mediante decreto publicado el veintinueve de octubre del mismo año.

Finalmente, a partir del decreto de veinte de marzo de mil novecientos ochenta y seis, publicado el siete de abril siguiente, la suplencia de la queja deficiente en materia de amparo, se encuentra consagrada en el artículo 107, fracción II, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los siguientes términos: **Artículo 107.** Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes:

... En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de la queja de acuerdo con lo que disponga la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de esta Constitución.

Con esta reforma, se optó por omitir en la norma constitucional los casos específicos en los cuales procedía la suplencia de la queja y se remitió a la Ley Reglamentaria respectiva la configuración de los mismos, en el entendido de que, a diferencia de los antecedentes legislativos, los supuestos que se reglamentaran tendrían el carácter de obligatorios para el juzgador, habida cuenta que se sustituyó el verbo “podrá” empleado anteriormente, por el “deberá” que actualmente se contempla. Las modificaciones constitucionales produjeron la necesidad de actualizar la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107, lo que ocurrió con el decreto de veintiséis de abril de mil novecientos ochenta y seis, publicado el veinte de mayo de la misma anualidad, mediante el cual se incorporó el vigente artículo 76 bis, mismo que recogió las distintas clases de suplencia adoptadas con anterioridad, de la siguiente forma:

Artículo 76-Bis. Las autoridades que conozcan del juicio de amparo deberán suplir la deficiencia de los conceptos de violación de la demanda, así como la de los agravios formulados en los recursos que esta ley establece, conforme a lo siguiente:

III. En cualquier materia, cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.

IV. En materia penal, la suplencia operará aun ante la ausencia de conceptos de violación o de agravios del reo.

V. En materia agraria, conforme a lo dispuesto por el artículo 227 de esta ley.

IV. En materia laboral, la suplencia sólo se aplicará en favor del trabajador.

V. En favor de los menores de edad o incapaces.

VI. En otras materias, cuando se advierta que ha habido en contra del quejoso o del particular recurrente una violación manifiesta de la ley que lo haya dejado sin defensa.

A su vez, el artículo 227 del cuerpo legal en cita es del siguiente tenor:

Artículo 227.- deberá suplirse la deficiencia de la queja y la de exposiciones, comparecencias y alegatos, en los juicios de amparo en que sean parte como quejosos o como terceros, las entidades o individuos que menciona el Artículo 212; así como los recursos que los mismos interpongan con motivo de dichos juicios.

La disposición trasunta hace patente que la suplencia, cuando opera para tutelar a los núcleos de población ejidal o comunal y a los ejidatarios y comuneros en sus derechos agrarios, así como en su pretensión de derechos, a quienes pertenezcan a la clase campesina, no se limita a la queja, sino que se extiende a las exposiciones, comparecencias y alegatos, por lo que propiamente se faculta al juzgador para dirigir el proceso en beneficio de estas colectividades, máxime si se tiene en consideración que el artículo 225 del mismo cuerpo legal, impone al juez los deberes de:

1) Recabar de oficio todas aquellas pruebas que puedan beneficiar a las entidades o individuos mencionados en el artículo 212, y

2) Resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos reclamados, tal y como hayan sido probados, aun cuando sean distintos de los invocados en la demanda (si éste último caso es en beneficio de los núcleos de población o de los ejidatarios o comuneros en lo individual).

Como puede advertirse en las sucesivas reformas de que ha sido objeto la fracción II del artículo

“En concepto de Tena Ramírez, hasta la expedición del Código Federal de Procedimientos Civiles de 1897, prevaleció el criterio liberal respecto a los requisitos de la demanda de amparo, y la resolución de la cuestiones planteadas, lo que se invirtió en ese Código cuando en su artículo 780 ya se exige en los amparos por inexacta aplicación de la ley civil, la cita de la ley inexactamente aplicada o que debiera haberse aplicado, fijándose el concepto en que dicha ley no fue aplicada o lo fue inexactamente; disposición que obligó “a relacionar los hechos y la ley, mediante una argumentación en que se demuestre al juez de amparo el por qué la violación, o sea precisamente el elemento concepto de violación” de origen casacionista. De ahí que en adelante en los sucesivos Códigos procesales y Leyes de Amparo fueron acentuando el carácter de proceso de estricto derecho de éste, pero al mismo tiempo abriendo la posibilidad de establecer excepciones al principio de congruencia que estamos examinando, que desembarca en la creación de la suplencia de la queja en la Constitución de 1917, como contrapartida al amparo de estricto derecho.”²⁰²

107 constitucional, la visión original del Constituyente respecto de la suplencia de la queja en el juicio de amparo, limitada a tutelar con especial énfasis los derechos de libertad e igualdad de los procesados y reos, ha sido modificada sustancialmente por el Poder Revisor de la Constitución, de tal suerte que, en forma sistemática y progresiva, su campo de aplicación se ha extendido a otras materias y, específicamente, para favorecer a la parte débil del proceso (trabajador, campesinos, menores e incapaces), lo que denota claramente su finalidad proteccionista y antiformalista para aquellos individuos pertenecientes a grupos sociales que tradicionalmente están en una situación de desigualdad real y que, por lo tanto, la Ley Fundamental exige un tratamiento diferenciado que haga efectivo su acceso a los tribunales de justicia constitucional, es decir, que dicho acceso no sea obstaculizado por carencias motivadas por la situación de desventaja en que se encuentran.

Por otro lado, esta Sala Superior toma en consideración para concluir que la medida especial anunciada es la adecuada para juicios como el que aquí se examina, que la figura de la suplencia está reconocida en el actual sistema de medios impugnativos electorales, y que su finalidad es, al igual que en el juicios de garantías, de corte eminentemente proteccionista, ya sea de los derechos alegados por la parte actora o, respecto del control abstracto de leyes, de la regularidad constitucional.

Ciertamente, el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el quince de agosto de mil novecientos noventa, no previó dentro del articulado correspondiente a su Libro Séptimo, relativo a las nulidades, al sistema de medios de impugnación y a las sanciones administrativas, ninguna disposición por la que se autorizara al juzgador la posibilidad de efectuar algún tipo de suplencia para resolver lo recursos jurisdiccionales regulados en ese entonces por este cuerpo legal.

La ausencia de normas en el sentido apuntado, condujo a que, probablemente por la influencia de los criterios iniciales producidos en el juicio de amparo, se concluyera que el entonces Tribunal Federal Electoral tenía la naturaleza de uno de estricto derecho, que impedía la posibilidad de efectuar suplencia alguna.”

²⁰² CASTRO, Juventino V. *Garantías y Amparo*. 12ª Ed. Porrúa. México. 2002. Pp 401 y 402.

Recordemos que al analizar el proceso con modelo publicista vimos que nace de la necesidad de otorgar un elemento socializador al proceso, y como respuesta a una indiscriminada y mal entendida aplicación del modelo dispositivo. Específicamente la suplencia de la queja es la contrapartida al principio de estricto derecho, derivado éste último, de la tendencia dispositiva de los procesos modernos de la época. Esta suplencia se otorga en diversas materias y a determinados grupos de personas, teniendo como principal característica que actúa en favor de personas o que normalmente son desfavorecidas económica, cultural, social, y psicológicamente, o bien en materias delicadas, o en las cuales resulta necesario otorgar mayores prerrogativas ante la falta de precisión y técnica jurídica de alguna parte de la relación jurídica procesal. Así en caso de menores, incapacitados, en asuntos de familia, violencia familiar, asuntos relacionados con indígenas, en materias agraria, penal, laboral, y en supuestos especiales como en materia de amparo, según lo dispuesto en el artículo 76 Bis de la Ley de la materia, el que contiene diversos supuestos como en caso de existir jurisprudencia firme, violación manifiesta de garantías individuales, etc.

La suplencia de la queja si bien en nuestro país encontró su fuente en materia de amparo, en la actualidad se ha extendido a todas las áreas en las cuales participan personas que deben ser igualadas ante las demás partes procesales. En efecto la garantía de igualdad procesal tiene un doble aspecto, por un lado conforme al principio dispositivo las partes son iguales ante la ley y en el proceso, por lo tanto el juez debe permitir el normal desenvolvimiento de la litis, sin intervenir a favor de parte alguna determinada; pero conforme al principio publicista esa igualdad sólo se conforma cuando se realizan ciertas excepciones a los formalismos, tensísimos, obligaciones y cargas en el proceso a favor de los derechos de las partes que por sus especiales condiciones, o en atención a la materia de la litis, se encuentran en un plano de desventaja frente a su contrincante. Actualmente es la garantía de igualdad la que permea la figura de la suplencia a favor de esas partes, como puede evidenciarse del siguiente criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

*“28. Es sobradamente sabido que en el proceso social --no público, no privado-- se procura la igualdad de las partes por medios distintos de la simple, solemne e ineficaz proclamación de que todos los hombres son iguales ante los ojos de la ley. Es preciso introducir factores de compensación para conseguir, en la mejor medida posible, esa igualación. Lo ha sostenido expresamente la propia Corte Interamericana en su jurisprudencia, citada en esta Opinión Consultiva²⁰³. (párrs. 47 y 97). Los procesos en que intervienen menores en forma principal, no accesoria, para la solución de sus litigios y la definición de sus obligaciones y derechos, coinciden en buena medida con los procesos de carácter, origen u orientación social, y se distinguen de los característicamente públicos, privados o penales. En aquellos se requiere la defensa “material” que proveen la ley y la diligencia judicial: asistencia especializada, correctivos de la desigualdad material y procesal, suplencia de la queja, auxilio oficial para la reunión de pruebas ofrecidas por las partes, búsqueda de la verdad histórica, etcétera”.*²⁰⁴

Así es, no basta con que las partes sean iguales ante la ley, es además imprescindible reconocer que la igualdad jurídica no es suficiente para otorgar un balance a las igualdades que de facto presentan determinados grupos sociales, como lo son los indígenas, los menores e incapacitados, las mujeres en algunos casos, los trabajadores, los ejidatarios, los sujetos a procesos penales, la familia, etc., pues en estos casos la sola declaración de igualdad no mengua las discapacidades jurídicas y sociales de este tipo de personas; también es necesario otorgar un peso a la balanza a favor de ciertos derechos que regulan materias de trascendental importancia a la sociedad, como por ejemplo las relacionadas con violencia familiar, violencia hacia las mujeres, derechos de menores de edad, derechos de familia, etc., en todos esos casos las especiales circunstancias que envuelven los derechos sujetos a litis, hace que se autorice al

²⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-16/99, de 1º de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 119. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. En sentido similar, asimismo, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 57.

²⁰⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. de 28 de agosto de 2002. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Párrafo 28.

juzgador a realizar actos que otorguen balance en pro de los derechos de especial interés, que protegen a estas categorías de sujetos. Aún en materias como la penal se otorga suplencia a favor de los procesados en aras de una preservación de la garantía de igualdad, lo que se realiza no en atención a la calidad de la persona, sino por el tipo de materia y la delicadeza y precisión con que deben ser tratados los derechos que infringen la libertad de las personas.²⁰⁵

²⁰⁵ Como sustento de lo anterior citamos enseguida la siguiente tesis que ya forma jurisprudencia por haber participado en denuncia de contradicción y haber sido confirmada: *SUPLENCIA DE LA QUEJA EN AMPARO EN MATERIA PENAL. EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE LA MATERIA, QUE LA PREVÉ SÓLO A FAVOR DEL IMPUTADO, CONSTITUYE UNA RESTRICCIÓN JUSTIFICADA AL DERECHO DE IGUALDAD PROCESAL DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO (MAYORES DE EDAD). El artículo 1o., párrafo primero, constitucional, en concordancia con los numerales 7 y 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, II y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, prevén el derecho de igualdad de trato ante la ley y su vertiente de igualdad procesal de las partes. En materia penal, además, en congruencia con dicha prerrogativa, el numeral 20, apartado B (antes de su reforma de dieciocho de junio de dos mil ocho) y actualmente C, de la aludida Norma Fundamental, dispone que a la víctima u ofendido se le reconoce la calidad de parte en el proceso criminal, a fin de otorgarle determinados derechos que equilibren su intervención en el mismo en comparación a la del imputado. Ahora bien, en términos del actual precepto 1o., párrafo segundo, de la Carta Magna, todo derecho fundamental debe interpretarse atendiendo su más amplia protección, sin embargo habrá casos en que sea factible su limitación, pero no de manera arbitraria, según lo ha determinado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 1a./J. 2/2012 (9a.), intitulada: "RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.". Pues bien, conforme a tal criterio, se advierte que la limitación que el aludido artículo 76 Bis, fracción II, impone al derecho de igualdad procesal, al prever que la suplencia en cuestión sólo opera a favor del imputado, está justificada porque: a) en la propia Constitución no sólo no existe prohibición alguna en cuanto a que no pueda restringirse aquella prerrogativa, por el contrario, se advierte factible conforme a su artículo 107, fracción II, antes de su reforma de seis de junio del año próximo pasado, incluso considerando el actual contenido de la misma y de la diversa fracción III, inciso a), pues dicha norma remite a la ley secundaria para que ahí se regulen (principio de reserva de ley) los casos en que pudiera proceder la suplencia de que se habla, esto es, permitió la posibilidad de fijar límites en ese aspecto procesal; b) el imputado y la víctima u ofendido (mayor de edad) no están en igualdad de circunstancias, dado que estos últimos pretenden que al imputado se le enjuicie y a la postre condene, generalmente con pena privativa de la libertad, a fin de obtener la reparación del daño en los casos que proceda. En tanto que el inculpado o "reo", trata de preservar el principio de presunción de inocencia, en el caso de que proceda prisión, que es en la mayoría de los casos, diferencia que conduce a determinar que no están en igualdad de condiciones, pues de la ponderación entre tales derechos, debe decirse que la inocencia y la libertad de las personas, específicamente ambulatoria (una de las prerrogativas más preciadas), son de mayor peso que la reparación del daño, que finalmente redunde en lo económico; de ahí que la restricción de la suplencia de la queja en las condiciones anotadas se advierta necesaria e idónea para mantener el equilibrio entre las partes en cuanto a los conceptos de violación o agravios que esgriman en defensa de tales derechos; y, c) tal restricción es proporcional, pues es tendente a la protección del derecho de libertad del inculpado y su inocencia, en la medida en que aquélla sólo procede respecto de éste, porque las últimas prerrogativas en cita, se insiste, son de superior valía en comparación con el de reparación del daño que asiste al denunciante, víctima u ofendido (mayor*

De esta forma para que la tutela judicial sea efectiva, y se tenga un acceso pleno a la justicia, deben suplirse las deficiencias a favor de las partes procesales que se hallen en una situación tal de desigualdad que de actuar indistinto a esas condiciones se corra peligro de hacer nugatoria la voluntad de la ley, y la correspondiente impartición de justicia que debiera alcanzarse con una defensa técnica y adecuada. En estos casos lo que se busca no es poner en una situación de desventaja a la parte a la que no le asiste a su favor la suplencia, sino por el contrario crearle una situación de igualdad a la parte que se encuentra en desventaja. El juez debe ser cuidadoso en que sus actos a favor de los derechos a quienes les asiste la suplencia, no impliquen acotar, disminuir, desconocer o impedir el libre ejercicio de los derechos sustantivos y procesales de la otra parte.

De esta forma tenemos que en materia laboral se reconoce la suplencia a favor de los trabajadores tanto ante junta como se desprende de los artículos 685 y 783 de la Ley Federal del Trabajo, como en materia de amparo, según lo dispuesto por el artículo 76 bis de la ley de amparo²⁰⁶. En materia penal tanto los

de edad). Época: Décima Época. Registro: 2002662. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: . Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 3. Materia(s): Constitucional, Penal, Común. Tesis: I.2o.P.18 P (10a.). Pág. 2234.

²⁰⁶ Resulta ilustrativo a la suplencia en materia laboral el siguiente criterio: *SUPLENCIA DE LA QUEJA EN MATERIA LABORAL A FAVOR DEL TRABAJADOR. OPERA AUN ANTE LA AUSENCIA TOTAL DE CONCEPTOS DE VIOLACION O AGRAVIOS. La Jurisprudencia 47/94 de la entonces Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que lleva por rubro: "SUPLENCIA DE LA QUEJA EN MATERIA LABORAL TRATANDOSE DEL TRABAJADOR. CASO EN QUE NO OPERA", establece que para la operancia de la suplencia de la queja en materia laboral a favor del trabajador es necesario que se expresen conceptos de violación o agravios deficientes en relación con el tema del asunto a tratar, criterio que responde a una interpretación rigurosamente literal del artículo 76 bis de la Ley de Amparo para negar al amparo promovido por el trabajador el mismo tratamiento que la norma establece para el amparo penal, a través de comparar palabra a palabra la redacción de las fracciones II y IV de dicho numeral, cuando que la evolución legislativa y jurisprudencial de la suplencia de la queja en el juicio de garantías lleva a concluir que la diversa redacción de una y otra fracciones obedeció sencillamente a una cuestión de técnica jurídica para recoger y convertir en texto positivo la jurisprudencia reiterada tratándose del reo, lo que no se hizo en otras materias quizá por no existir una jurisprudencia tan clara y reiterada como aquella, pero de ello no se sigue que la intención del legislador haya sido la de establecer principios diferentes para uno y otro caso. Por ello, se estima que debe interrumpirse la jurisprudencia de referencia para determinar que la suplencia de la queja a favor del trabajador en la materia laboral opera aun ante la ausencia total de conceptos de violación o agravios, criterio que abandona las formalidades y tecnicismos contrarios a la administración de justicia para garantizar a los trabajadores el acceso real y efectivo a la Justicia Federal, considerando no sólo*

diversos Códigos Penales contemplan la figura de la suplencia, como el antes citado artículo de la ley de amparo.²⁰⁷ En materia familiar también debe suplirse la queja deficiente, tanto a favor de menores como en favor de discapacitados, o en asuntos propios de la familia, como puede desprenderse de los artículos 49 y 952 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, y sus similares o semejantes de los demás estados de la República y del Código Federal de Procedimientos Civiles.²⁰⁸ E incluso deben aplicarse oficiosamente todos los

los valores cuya integridad y prevalencia pueden estar en juego en los juicios en que participan, que no son menos importantes que la vida y la libertad, pues conciernen a la subsistencia de los obreros y a los recursos que les hacen posible conservar la vida y vivir en libertad, sino también su posición debilitada y manifiestamente inferior a la que gozan los patrones. Época: Novena Época. Registro: 200727. Instancia: SEGUNDA SALA. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo II, Septiembre de 1995. Materia(s): Laboral. Tesis: 2a./J. 39/95. Pág. 333.

²⁰⁷ Por cuanto a la necesidad, alcances y efectos de la suplencia en materia penal son apropiadas las siguientes tesis: SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA PENAL. PERMITE SALVAGUARDAR LOS DERECHOS DEL INculpADO CUYA DEFENSA SE HAYA REALIZADO EN FORMA DEFICIENTE O NULA. En cualquier proceso penal pueden existir deficiencias en la estrategia del defensor, ya sea particular o de oficio, pero tal posibilidad no conlleva a afirmar que el juez está obligado a subsanarlas, pues exigir lo contrario sería tanto como obligarlo a velar por los intereses del inculpado, lo cual resultaría contrario al principio básico de imparcialidad que debe caracterizar su actuación. No obstante lo anterior, debe señalarse que la suplencia de la queja deficiente en beneficio del reo, aun ante la ausencia de conceptos de violación o de agravios, contenida en el artículo 76 Bis, fracción II, de la Ley de Amparo, permite salvaguardar los derechos del inculpado cuya defensa se haya realizado en forma deficiente o nula, pues esta figura obliga al juez de amparo a analizar de oficio las posibles violaciones de derechos fundamentales. Época: Novena Época. Registro: 165907. Instancia: PRIMERA SALA. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXX, Noviembre de 2009. Materia(s): Penal. Tesis: 1a. CXCIX/2009. Pág. 415. QUEJA, SUPLENCIA DE LA, EN MATERIA PENAL. EL TRIBUNAL DE APELACION DEBE ESTUDIAR SI ESTAN ACREDITADOS EL CUERPO DEL DELITO Y LA RESPONSABILIDAD. Cuando el acusado o su defensor interpongan el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, expresando agravios que no comprendan las cuestiones relativas a la comprobación del cuerpo del delito y de la responsabilidad penal, el tribunal de alzada en suplencia de queja, debe analizar dichas cuestiones de modo preferente, para estar en condiciones de decidir si se ha aplicado o no correctamente la ley o si se han vulnerado los principios reguladores de la prueba; sin que deba limitar su estudio únicamente a los motivos de inconformidad planteados, pues tal conducta resulta violatoria de garantías individuales. Época: Séptima Época. Registro: 256075. Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEPTIMO CIRCUITO. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Localización: Volumen 48, Sexta Parte. Materia(s): Penal. Pág. 83.

²⁰⁸ Cfr. DIVORCIO NECESARIO. NO LE SON APLICABLES TODAS LAS REGLAS ESPECIALES DE LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR, PERO SI LA RELATIVA A LA SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LOS PLANTEAMIENTOS DE DERECHO DE LAS PARTES CUANDO DE ELLAS DEPENDA QUE SE SALVAGUARDE A LA FAMILIA, CON INDEPENDENCIA DE QUE PERMANEZCA O SE DISUELVA EL VINCULO MATRIMONIAL (CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL). Las reglas y formas especiales sólo pueden aplicarse a los casos específicos a que las destinó el legislador. Como el divorcio necesario no se encuentra dentro de los casos que prevé el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ni tiene una regulación propia para su tramitación dentro del ordenamiento citado, se rige

derechos humanos aplicables a esta materia, tal y como puede desprenderse del siguiente criterio:

“DERECHOS HUMANOS EN MATERIA FAMILIAR. PARA SU TUTELA LOS JUECES DEBEN ASUMIR EL IMPERATIVO QUE LES CORRESPONDE COMO MIEMBROS DEL ESTADO MEXICANO, A EFECTO DE RESPETAR LA DIGNIDAD HUMANA DE LOS SUJETOS AFECTADOS. De conformidad con los artículos 1o., 4o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en el numeral 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Jueces de lo familiar, en tanto miembros del Estado Mexicano, están obligados a tutelar, en su máxima expresión, los derechos humanos de los menores de edad involucrados aplicando, a su vez, la normativa específica contenida en los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles correspondientes y, con ello, asumir con plena responsabilidad y compromiso, la función jurisdiccional que les corresponde en su materia, apoyados, desde luego, con los elementos que conforman la estructura humana con los que integran el órgano jurisdiccional del que sean titulares, quienes deben enterarse y participar activamente en la tutela específica de los derechos

por las disposiciones generales del juicio ordinario y, por tanto, no le son aplicables, en principio, todas las reglas especiales establecidas para las controversias del orden familiar. Sin embargo, como excepción y por mayoría de razón, le es aplicable la regla especial que prevé el segundo párrafo del artículo 941 del propio cuerpo legal, relativa a la suplencia de la deficiencia de los planteamientos de derecho de las partes, cuando la aplicación de esta figura procesal dé lugar a salvaguardar a la familia, en virtud de que la intención del legislador al establecer esta regla para las controversias del orden familiar, a saber, el preservar las relaciones familiares evitando que en estos asuntos una inadecuada defensa afecte a esa institución, y la razón a la que obedece su establecimiento, que expresamente consigna en el artículo 940, a saber que los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad, operan de manera más clara e imperativa tratándose del divorcio necesario pues implicando éste la disolución del vínculo matrimonial, problema capital que afecta a la familia, debe garantizarse que no se perjudique a ésta con motivo de una inadecuada defensa. Lo anterior se reafirma si se considera que la razón por la que el legislador no incluyó al divorcio necesario dentro del procedimiento para las controversias del orden familiar fue porque rigiéndose aquél por las disposiciones del juicio ordinario, que exigen mayores formalidades y establecen plazos más amplios para el ofrecimiento y recepción de pruebas, se tiene la posibilidad de preparar una defensa más adecuada, lo que favorece la preservación y unidad familiar. Por la importancia social de la familia, prevista en el artículo 4o., de la Constitución, se debe admitir la suplencia referida, lógicamente cuando la aplicación de esa figura procesal tenga como efecto la salvaguarda de la familia, independientemente de que ello se consiga con la disolución o no del vínculo conyugal. Además justifica lo anterior el que al introducir esa figura procesal el legislador, no la circunscribió a las controversias de orden familiar especificadas en el artículo 942 citado, sino que usó la expresión "en todos los asuntos de orden familiar", aunque, respecto del divorcio, que tiene esa naturaleza, debe limitarse a la hipótesis precisada, en que la suplencia conduzca a proteger a la familia. Época: Octava Época. Registro: 206797. Instancia: TERCERA SALA. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Localización: Núm. 56, Agosto de 1992. Materia(s): Civil. Tesis: 3a./J. 12/92 . Pág. 23

*humanos reconocidos por la Constitución y las convenciones internacionales, a efecto de respetar la dignidad humana de los sujetos afectados”.*²⁰⁹

Es de destacarse que en caso de menores, discapacitados, indígenas, o de ejidatarios la suplencia se otorga en cualquier procedimiento en que participen, no se limita ni a materia familiar en caso de menores e incapacitados, ni a asuntos ante el Tribunal Agrario en caso de núcleos de población ejidal, pues en cuanto a éstos últimos incluso la ley de amparo los protege de manera más amplia, según puede desprenderse del artículo 227 de la ley de la materia.²¹⁰

²⁰⁹ Época: Décima Época. Registro: 160124. Instancia: QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 2. Materia(s): Constitucional. Tesis: I.5o.C.153 C (9a.). Pág. 1863.

²¹⁰ Resultan aplicables a lo dicho los siguientes criterios: MENORES DE EDAD. LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE PROCEDE AUNQUE LOS DERECHOS CUESTIONADOS NO PROVENGAN DE UNA CONTROVERSIA DE NATURALEZA FAMILIAR. En el marco del derecho internacional público, los derechos del niño están comprendidos en varios instrumentos internacionales, entre los que destacan la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 25), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 24), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 19), la Declaración de los Derechos del Niño y, especialmente, la Convención sobre los Derechos del Niño. Este conjunto de disposiciones internacionales no sólo protegen los derechos del niño en materia de alimentación, salud y sano esparcimiento, sino en otros rubros o materias que colocan en grado predominante la protección o defensa del interés superior del niño, la cual no es limitativa a los órganos jurisdiccionales, sino de todas las autoridades administrativas que ejercen una función pública incluyendo a las instituciones privadas, cuando desarrollan actividades relacionadas con niños o prestan servicios públicos que en principio deberían estar a cargo del Estado. De ello se sigue que la suplencia de la queja deficiente no sólo fue estructurada por el legislador para tutelar los derechos de naturaleza familiar, sino también para ser aplicada en los amparos y en toda clase de juicios o controversias en los que se vea afectado el interés superior de los menores, cuando éstos sean o no parte, con independencia de cuál sea la naturaleza de las acciones que se ejecuten, previéndose la necesidad de que la autoridad que conozca de la controversia, cualquiera que sea su naturaleza o instancia, quede investida de facultades amplísimas al grado de que pueda actuar de oficio para hacer valer acciones, argumentaciones y allegarse de pruebas que conduzcan a la verdad real para resolver la controversia y lograr el bienestar del menor. Época: Novena Época. Registro: 163784. Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CUARTO CIRCUITO. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXXII, Septiembre de 2010. Materia(s): Civil. Tesis: XXIV.1o.11 C. Pág. 1346. SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. PARA QUE PROCEDA BASTA QUE EL PROMOVENTE DEL AMPARO SEA UN NÚCLEO DE POBLACIÓN AGRARIO INDEPENDIENTEMENTE DE LA MATERIA DE QUE PROVENGA EL ACTO RECLAMADO. No obstante que el acto reclamado provenga de materia diversa a la agraria, debe suplirse la deficiencia de la queja, si la parte agraviada es un núcleo de población agrario, pues para la aplicación de la institución en cita no importa la naturaleza del acto reclamado, sino el carácter del promovente, de acuerdo con el artículo 227, en relación con el diverso 212, ambos de la Ley de Amparo. Época: Novena Época. Registro: 162459. Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXXIII, Marzo de 2011. Materia(s): Común. Tesis: XX.1o.131 K. Pág. 2463.

Esencialmente la suplencia de la queja es una institución que opera en todas las materias a favor de los derechos de las personas consideradas socialmente débiles, desprotegidas, carentes de igualdad, que hemos señalado, o de las materias o tipo especiales de derechos que también fueron mencionados, y mediante esta institución el juez puede suplir no solo las deficiencias que encuentre en las demandas, contestaciones, escritos agravios, conceptos de violación y promociones de dichas partes, sino también velar por el correcto ejercicio de sus derechos, en algunos casos vigilar la actividad probatoria de las partes, dictar medidas precautorias y de aseguramiento de derechos, como ordenes restrictivas, de embargos alimenticios, de convivencia, de custodia, de resguardo de su cultura, incluye indirectamente el deber de designar abogado a estas partes, según lo vimos en el apartado anterior, la obligación de revisar la acción, los presupuestos procesales, la excepción, puede incluso impulsar el proceso, en materia penal analizar los elementos del tipo y la responsabilidad, variar abogados ineficientes o que no cumplen con sus obligaciones, solicitar la realización de pruebas necesarias o aptas para la defensa; solicitar oficios y medidas necesarias, dar vista al Ministerio Público, preservar bienes, dar vista al ministerio público familiar adscrito, etc.

Con esta institución se logra una mayor amplitud en el ejercicio de los derechos de las partes y procedimientos mencionados, así como principalmente que los derechos sujetos a la litis o que han sido violentados, o que protegen a dichas partes hagan cumplir cabalmente su voluntad, destrabando las cuestiones que sean impedimento al cumplimiento cabal de la ley; con esto se consigue un acceso pleno a la justicia, y desde luego que se logra el prevalecimiento de la tutela judicial efectiva en sus aspectos estricto y lato, en su objeto directo e indirecto, esto es, se iguala a las partes desprotegidas con lo que se prioriza y logra una mayor posibilidad de prevalecimiento de la voluntad de la ley, de la coercitividad que le es propia, y consecuentemente se refleja en la protección

directa a las partes involucradas, en procuración de la conservación, restitución o reparación de sus derechos.

3.5.5 LA DESESTIMACIÓN DE AGRAVIOS POR DEFICIENCIAS Y LA CORRELATIVA LESIÓN AL DERECHO DE ACCESO A LA DEFENSA.

Aún y cuando es algo muy esencial, debemos sostener que en materia penal no le está permitido al juzgador de alzada dejar de analizar el procedimiento y la propia sentencia como parte de su debida función jurisdiccional, aún ante al carencia absoluta o deficiente expresión de agravios, siendo prudente mencionar que ello lo podemos confirmar con la existencia del siguiente tema, esto es, la suplencia de la queja, institución que permite en esta materia suplir las deficiencias de cualquier tipo derivada de la oportuna, técnica o adecuada defensa. Pero en otras materias, debería también interpretarse a favor de la protección del derecho a una sentencia que permita el acceso pleno a la jurisdicción sin formalismo alguno; debemos precisar que si acaso en algún asunto existe falta o deficiencia en la expresión de agravios, ello necesariamente nos conduce a pensar lógicamente que existió una indebida defensa, la cuál no fue lo suficientemente técnica o profesional, y por ello es necesario suplir también cualquier deficiencia en la expresión de agravios, pues siendo todos los derechos de orden público, y obligatorios, no vemos porque sólo en materia penal deban ser suplidas las deficiencias y obligarse al Tribunal de Alzada a entrar al estudio del fondo del asunto, aún en ausencia o deficiencia de la expresión de agravios, pues conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, El Pacto de San José, y El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, todas las personas son iguales ante la ley, y por tanto los derechos que les asisten a unos en materia de tutela judicial efectiva les debieran asistir a todos, por ello pensamos que en todo caso el tribunal de alzada debe evitar utilizar criterios introductorios de formalismos en la expresión de agravios, que sean requisitos sine qua non para el debido ejercicio de su función jurisdiccional, y por tanto procurar siempre el acceso

a la tutela judicial efectiva estricto y lato sensu. Para esto nos resulta aplicable mediante una interpretación extensiva la siguiente jurisprudencia:

SUPLENCIA DE LA QUEJA EN LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO EN EL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA PENAL. OPERA CONFORME AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD (INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO Y DE LAS TESIS 2a. CXXXVII/2002 Y 1a./J. 26/2003). De conformidad con los artículos 1o. y 133, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (el primero en su texto vigente a partir del 11 de junio de 2011), los Jueces nacionales deben inicialmente respetar los derechos humanos establecidos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. Asimismo, deben acudir tanto a los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación como a los establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para evaluar si existe algún derecho que resulte más favorable y procure una protección más amplia del que se pretende proteger. En este sentido, en ejercicio del control de convencionalidad, lo dispuesto en el artículo 76 Bis, fracción II, de la Ley de Amparo, y en las tesis 2a. CXXXVII/2002 y 1a./J. 26/2003, de rubros: "OFENDIDO EN MATERIA PENAL. NO SE ACTUALIZA EN SU FAVOR LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE." y "OFENDIDO EN MATERIA PENAL. NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO A FAVOR DE AQUÉL CUANDO COMPAREZCA COMO QUEJOSO EN EL JUICIO DE GARANTÍAS.", publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, noviembre de 2002, página 449 y Tomo XVIII, agosto de 2003, página 175, respectivamente, relativo a que la suplencia de la queja deficiente en materia penal sólo opera tratándose del reo, no son acordes con los instrumentos internacionales, como son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 7 y 8); el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 17); la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto San José Costa Rica" (artículo 25) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo II), de cuyos preceptos se advierte que todas las personas son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de ésta. Por tanto, ante la obligación que tienen los órganos judiciales de cualquier nivel, de analizar si determinada norma jurídica es acorde con los tratados en materia de derechos humanos, es conveniente que en los conceptos de violación o agravios de la

víctima u ofendido deje de aplicarse el citado artículo 76 Bis, fracción II, de la Ley de Amparo, que señala que en materia penal, la suplencia opera aun ante la ausencia de conceptos de violación o de agravios del reo, así como las tesis 2a. CXXXVII/2002 y 1a./J. 26/2003 en cita; ello en razón de que, al tener los derechos de la víctima y del ofendido la misma categoría e importancia que los que se otorgan al inculpado, deben tener, sin distinción, igual protección, además de que al tener una protección a nivel constitucional, no puede obligárseles al cumplimiento de formulismo alguno al momento de elaborarlos, que de no cumplirlos se les limite la protección de sus derechos; suplencia con la que se da preferencia a lo previsto en los instrumentos internacionales aludidos, que disponen que todas las personas son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, el mismo derecho a su protección cumpliendo así con el mandato previsto en el artículo 1o. constitucional.²¹¹

Lo anterior sin perjuicio de la correlativa obligación a suplir la queja que tienen los tribunales de alzada en casos de aplicación de principio publicista, como ha sido visto en el punto anterior, derecho al que también pensamos le son aplicables los razonamientos expuestos en este punto.

3.5.6 IURA NOVIT CURIA

El juez conoce el derecho, al juez le toca determinar el derecho y aplicarlo, en estas sencillas palabras podemos resumir el principio iura novit curia su traducción exacta es “el juez conoce los derechos”. GUSTAVO CALVINHO sostiene que: *“Los estudios sobre la materia no se detienen en un aspecto de relevancia: la regla iura novit curia se concibió a partir de la expresión original “Venite ad factum. Curia iura novit. ...Nótese que, en realidad, la máxima inmaculada “Venite ad factum. Curia iura novit” contiene armoniosamente y en pie de igualdad el dominio de las partes —aportación de hechos al proceso— y el del juzgador —aplicación del derecho al sentenciarlo—, a la vez que los distingue con exactitud. Ab initio,*

²¹¹ Época: Décima Época. Registro: 2000290. Instancia: NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO . Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Libro V, Febrero de 2012, Tomo 3. Materia(s): Común. Tesis: I.9o.P. J/1 (10a.). Pág. 2218.

muestra una adecuación y respuesta al sistema dispositivo. Características que no aparecen en la variante reducida iura novit curia, que se adapta mejor a ideas ligadas con el publicismo, donde el poder se centra en el juez a costa de los contendientes”.²¹² Aún reconociendo que las partes estén representadas legalmente por abogados, y que éstos son profesionales de la ciencia jurídica, puede acontecer que existan errores, o deficiencias en las citas de los preceptos legales aplicables al juicio, pero ello no es razón para desestimar la demanda, denegar la justicia, para hacer caso omiso a la voluntad de la ley, o para afectar a la parte que expresó u omitió tal sustento legal. En este sentido el mismo autor antes citado GUSTAVO CALVINHO sostiene que: *“Ya en derecho romano el carácter obligatorio de la ley reposa en la presunción iuris et de iure de que es conocida por todos a partir de su publicación, salvo excepciones que la misma ley permite. Las codificaciones del siglo XIX receptaron este principio por su vital trascendencia: la posibilidad de aducir el error de derecho implicaría la instauración del caos y la inseguridad jurídica. De esta manera merced a la creación de una ficción se erigió uno de los pilares del ordenamiento jurídico al sostener la autoridad de la ley.”*²¹³ En nuestro derecho por virtud de este trascendental principio iura novit curia en combinación con el diverso iuris et de iure, corresponde al juez la especificación de los preceptos jurídicos aplicables, pues por un lado existe el artículo 14 Constitucional que proscribela obligación de fundar y motivar las determinaciones, de ahí que al juez le corresponda aplicar y determinar la ley aplicable; pero además conforme al principio en comento el juez debe suplir o incluso omitir la deficiencia, o error en la cita de los preceptos legales, por lo que es un principio que de inicio se encuentra íntimamente ligado con el ya comentado de suplencia de la queja, aunque la suplencia opera por virtud del principio publicista, y en atención a cuestiones de distinto orden. Pudiera incluso pensarse que éste principio encuadra perfectamente en el de suplencia de la queja, pues si el juez debe suplir, entonces está facultado para fundar o corregir las citas de derecho, y en cierta medida eso es suplir.

²¹² CALVINHO, Gustavo. *El Brocárdico Iura Novit Curia*. Revista de Derecho Procesal. Dirigida a Iberoamérica. Madrid. 2009. Pp 226 y 227.

²¹³ Óp. Cit. p 228.

Así es de destacarse que el principio iura novit curia es distinto al de suplencia de la queja, y además no puede ser abarcado por éste último en la complejidad de su naturaleza. En efecto, dijimos que la suplencia de la queja autorizaba al juez a actuar a favor de los derechos de determinados sujetos, pero en cambio el principio iura novit curia es general, pues conforme a éste, dicha cita o corrección de fundamentación jurídica debe realizarla el juzgador en todo tipo de asuntos, no en atención a la calidad de las personas o derechos sujetos a litigio, sino que por el contrario el juzgador debe hacer la correspondiente cita, corrección o aplicación de los dispositivos jurídicos que correspondan, en toda la gama de asuntos, y en todo tipo de resoluciones que puede dictar en un proceso jurisdiccional. Lo antes dicho ha sido resuelto por el Poder Judicial de la Federación en la siguiente jurisprudencia:

“FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. PARA CUMPLIR CON ESTAS GARANTÍAS, EL JUEZ DEBE RESOLVER CON BASE EN EL SUSTENTO LEGAL CORRECTO, AUN CUANDO EXISTA ERROR U OMISIÓN EN LA CITA DEL PRECEPTO O LEGISLACIÓN APLICABLE, ATRIBUIBLE AL PROMOVENTE DEL JUICIO. La inexacta invocación de los preceptos legales aplicables en un asunto o pretensión deducida ante la autoridad jurisdiccional, es una situación similar a la que acontece ante la falta de citación del fundamento aplicable, pues en ambas hipótesis resulta irrelevante tal acontecer, ya que si del contenido del escrito o instancia respectivos se pueden deducir con claridad los hechos que la motivan y el objeto que persigue el promovente, es correcto que el Juez reconozca el error del particular en su resolución, pero decida la cuestión debatida con base en la legislación efectivamente aplicable; esto es, si las partes olvidan o equivocan las disposiciones aplicables al caso, la autoridad jurisdiccional está obligada a conocer el derecho y a aplicar en forma correcta la ley, en virtud de que su función de impartir justicia implica resolver los hechos que se someten a su competencia y consideración con base en los principios generales del derecho: iura novit curia y da mihi factum, dabo tibi ius, conforme a los cuales, a los tribunales y sólo a ellos compete la elección y decisión de la institución jurídica o los fundamentos que dan lugar al sentido del fallo que dicten, por lo que no puede sostenerse que ante el error u omisión en la cita de un precepto legal o cuerpo normativo, el juzgador pueda soslayar la recta

*interpretación y aplicación de los preceptos que se adecuan al caso concreto, máxime que la satisfacción de tal deber conlleva el acatamiento del imperativo de fundamentación y motivación contenido en el artículo 14 constitucional”.*²¹⁴

Según este principio a las partes corresponde decir los hechos y al juez el derecho, pero aún en el supuesto de que una parte cite el derecho y se equivoque, el juzgador debe corregir dicha errónea cita jurídica. Un ejemplo de esto lo podemos encontrar en el artículo 6 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, que dispone la procedencia de las acciones y excepciones aún y cuando no sean citadas por su nombre.²¹⁵ El maestro CHIOVENDA ha expresado lo siguiente en relación con los poderes del juez en la determinación o selección de las normas aplicables, en relación directa con el principio iura novit curia:

“Respecto a esta última operación, la actividad del juez no tiene límites (iura novit curia), y, según ha sido dicho, ni se necesita especial demanda de la parte, ni el acuerdo de las dos partes puede coartarla en ninguna forma. Es deber del juez examinar de oficio la demanda bajo todos los aspectos jurídicos posibles (narra mihi factum, dabo tibi ius). En consecuencia, se admite sin disputa que el juez puede, en el campo del puro derecho, suplir a las partes. Si el demandante argumenta con normas de ley inexistentes o mal acordadas, el juez aplicara, sin embargo, las normas del caso, siempre que el objeto de la demanda no experimente modificación por ello. Si el demandante quiere aplicar a un hecho jurídico, regulado por normas especiales, las normas generales, no rechazará el juez la demanda, sin que, en los límites fijados por su objeto, aplicará las normas especiales. Así sucede también cuando se trate de la diferente definición jurídica de un mismo hecho, si las

²¹⁴ Época: Novena Época. Registro: 164590. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO . Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXXI, Mayo de 2010. Materia(s): Común. Tesis: VI.2o.C. J/318. Pág. 183.

²¹⁵ El mencionado dispositivo establece lo siguiente: Artículo 6o.- El ejercicio de la acción motiva la iniciación del procedimiento aún cuando en la demanda no se mencione el nombre de aquélla siempre que se determine con claridad la prestación que se exige del demandado y el título o la causa en que se funde.

La defensa procede también aún cuando la excepción opuesta no sea señalada por su nombre.

*consecuencias no cambian; en todo caso, precisa que el hecho constitutivo continúe siendo el mismo”.*²¹⁶

Como puede ser inferido de lo comentado por CHIOVENDA, el único límite del juzgador en cuanto a la cita y aplicación de los preceptos jurídicos aplicables, en los procedimientos de modelo y principio dispositivo, son los hechos o manifestaciones realizadas por las partes en la demanda, esto es, la litis. Si bien el juzgador conforme a nuestro principio puede aplicar y corregir ex officio el derecho correspondiente al asunto, ni aún las partes pueden emitir un acuerdo que limite éste poderío, pues es de orden público, al igual que todo el proceso; pero la facultad jurisdiccional mencionada tiene como sus límites naturales y legales de aplicación, el entorno jurídico narrado por las partes en la demanda y su contestación, y en aquellas otras oportunidades con que se conforma la litis (replica, duplica, etc.). El principio iura novit curia, debe ser cuidadosamente aplicado por el juzgador a la luz de los diversos principios de congruencia y exhaustividad, pues las citas jurídicas tienen necesariamente que referirse a lo litigado por las partes, a lo que es motivo de la controversia. A este respecto, el Poder Judicial de la Federación ha establecido la siguiente jurisprudencia:

“SENTENCIA INCONGRUENTE. ES AQUELLA QUE INTRODUCE CUESTIONES AJENAS A LA LITIS PLANTEADA O A LOS AGRAVIOS EXPRESADOS EN LA APELACIÓN. El principio de congruencia en una sentencia de primer grado consiste en que debe dictarse en concordancia con lo reclamado en la demanda y la contestación, y en la de segunda instancia, en atender exclusivamente los agravios expresados por el apelante, o los apelantes, en caso de adherirse al mismo la parte que obtuvo, o bien, cuando apela porque no obtuvo todo lo que pidió, porque de lo contrario se desnaturalizaría la esencia del recurso. Por ende, existe incongruencia en una resolución cuando se introducen en ésta elementos ajenos a la litis (alguna prestación no reclamada, una condena no solicitada), o bien, cuando el tribunal de alzada aborda el estudio de cuestiones no planteadas en la demanda, o en la contestación de ella, o que no fueron materia de la apelación porque el que obtuvo no apeló

²¹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil. 1ª Ed. Tomo III Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1989. Pp 61 y 62.

adhesivamente para que dicho tribunal de alzada estuviere en aptitud de estudiar las cuestiones omitidas por el inferior”.²¹⁷

En este sentido el principio *iura novit curia* constituye una herramienta más que facilita el acceso pleno a la justicia, pues al evitar formalismos y tecnicismos en la cita de preceptos legales, permite al juzgador corregir y aplicar el precepto jurídico que piensa es el aplicable al caso, lo que constituye una garantía a la ley, antes que al ciudadano, pues con esto queda en manos del juez —de quien debe ser el más experto en el juicio, de quien es el encargado de velar por que la ley sea cumplida—, la aplicación del precepto legal que efectivamente se encuentra lesionado, o de aquel que debe ser declarado en juicio; es con esta facultad-obligación del juzgador, con lo que se le constituye en una pieza más en la característica de coercitividad de la ley, pues teniendo la facultad jurisdiccional, y estando en aptitud de aplicarla, por haberse ejercido la acción, no se deja ya en manos de los particulares la determinación de cuál es el precepto aplicable, sino que es una obligación-facultad del juzgador analizar cual es el precepto que debe ser aplicado, con ello procura que la voluntad de la ley sea cumplida, no tiene limitación en el señalamiento que de la ley violentada le realicen las partes, la única limitante es que la voluntad de la ley que aplique sea referente a la litis, a la materia del pleito, lo que es natural, pues si el juez carece de la facultad de aplicar la ley sin el ejercicio de la acción por parte del titular de la misma, una vez que es ejercida la acción puede hacer uso de su facultad jurisdiccional, pero por supuesto que debe hacerlo sólo en torno a aquello sobre lo que gira el ejercicio de la acción y contradicción, sino tuviera esos límites sería incongruente con la necesidad de que sea la acción la llave para el ejercicio de su función jurisdiccional, pues si no tuviera como límites los hechos de la litis, ejercitada la acción podría actuar en cualquier esfera y no en torno a lo que el derecho subjetivo de la parte legitimada decidió exigir mediante la pretensión y el ejercicio de la acción correspondiente.

²¹⁷ Época: Novena Época. Registro: 187909. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO . Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XV, Enero de 2002. Materia(s): Civil. Tesis: VI.2o.C. J/218.Pág. 1238.

Ahora bien, en torno a los comentarios realizados en los puntos anteriores, la referencia es válida por cuanto a asuntos de litis cerrada, aquellos donde aplica el principio dispositivo o acusatorio, dónde las partes ejercen la acción y contradicción, y participan en un entorno de igualdad, donde el juez tiene la obligación de limitarse en la sentencia a la acción y excepción, a ser congruente, tal y como lo ordena el artículo 403 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León²¹⁸, son esos asuntos donde el juez tiene la obligación de limitarse a la litis expuesta por las partes los que se consideran de litis cerrada, como en materia civil, mercantil, y en ellos el juzgador tiene como límite a su facultad *iura novit curia*, la litis.²¹⁹ Pero existen otros procedimientos que se consideran de litis abierta, y en ellos no tiene el juzgador por que limitarse a lo que las partes exponen en la litis, ni en materia de selección de ley aplicable, y cita de preceptos legales, ni en materia de prueba, ni en torno a lo que puede decidir en la sentencia, pues en ellos puede suplir a las partes por constituir una garantía al derecho de igualdad, por ser de interés social o de orden público, o por el superior

²¹⁸ Este precepto establece: Artículo 403.- La sentencia se ocupará exclusivamente de las acciones deducidas y de las excepciones opuestas, respectivamente, en la demanda y en la contestación, así como de lo argumentado en la réplica de ésta última y en la dúplica, y en su caso, en la reconvencción, en la contestación, en la réplica y en la dúplica.

²¹⁹ Cfr. LITIS CERRADA EN EL JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL. De conformidad con el artículo 1327 del Código de Comercio, en el juicio ejecutivo mercantil la litis es cerrada, pues esta disposición claramente establece que "la sentencia se ocupará exclusivamente de las acciones deducidas y de las excepciones opuestas respectivamente en la demanda y en la contestación", disposición de la que se advierte que la litis en el juicio ejecutivo mercantil queda establecida con los hechos en que la actora funda su acción, que expresó en su demanda inicial y aquellos en que la demandada funda sus excepciones y que expuso en el escrito de contestación a la demanda inicial; consecuentemente la litis en el juicio natural queda fijada con los hechos que las partes precisan en sus escritos de demanda inicial y contestación a ésta, y si en éstos la actora no manifestó cuál era el origen de los documentos fundatorios de la acción, y la demandada se concretó a oponer excepciones, sin que ninguna de ellas la haya fundado en que el origen de los pagarés fundatorios de la acción que ejerció el actor, tuvieran su origen en aportaciones de los socios para un futuro aumento de capital de la ahora quejosa, atento al artículo 1327 del Código de Comercio, este hecho no formó parte de la litis establecida en el juicio natural, por lo que, independientemente de que se hayan ofrecido y aportado pruebas tendientes a demostrar tales hechos, el juzgador no estaba obligado ni a estudiar dicha cuestión ni las pruebas ofrecidas con tal objeto, dado que de los términos del citado precepto legal se evidencia que el juicio ejecutivo mercantil es de litis cerrada. Época: Novena Época. Registro: 195871. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEPTIMO CIRCUITO. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo VIII, Julio de 1998. Materia(s): Civil. Tesis: XVII.2o. J/10. Pág. 281.

interés en torno a la protección de ciertas personas, como menores, o tratándose del primordial interés en alguna materia, o institución, como la familia, en donde la litis no es cerrada, y por ende el juez puede introducir cuestiones no debatidas por las partes, en lo que se incluye la cita de preceptos legales que no forman parte del contradictorio realizado directamente por los contendientes. A este respecto resultan aplicables los siguientes criterios:

“RÉGIMEN DE CONVIVENCIA DE MENORES. ES DE LITIS ABIERTA Y OPERA LA SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LOS PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). Conforme a los artículos 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, es dable para el órgano judicial en materia familiar, tratándose de cuestiones atinentes a los menores, actuar oficiosamente tanto en la litis misma, al poder suplir, incluso, la falta de reclamación, como en la recopilación de pruebas para decidir lo conducente, entre otros aspectos, tratándose del régimen de convivencia de dichos menores con sus progenitores. Por ende, es posible para la autoridad judicial de segunda instancia modificar un régimen de visitas que fue inicialmente solicitado de una forma distinta a la que después se planteó en apelación, dado que en la materia familiar la litis no es cerrada, por lo que cuando el Juez suple la deficiencia, no hay una variación de la litis, porque es su obligación hacerlo en uso de las facultades antes precisadas”²²⁰.

“ALIMENTOS A FAVOR DE UN MENOR NACIDO DESPUÉS DE PRESENTADA LA DEMANDA, PERO ANTES DEL DICTADO DE LA SENTENCIA. PROCEDE SU ANÁLISIS AUN CUANDO NO SE HAYAN SOLICITADO, POR EXISTIR LITIS ABIERTA. Los procesos judiciales que tienen por objeto hacer efectivo el derecho al pago de alimentos son de tipo inquisitorio, pues las cuestiones familiares se consideran de orden público; por lo tanto, el órgano judicial debe suplir la deficiencia de la queja a favor de los menores, recabar pruebas y dictar las medidas conducentes a la protección efectiva de sus derechos. Cuando en el juicio se haya acreditado el embarazo de la madre y exista presunción del nacimiento del menor antes del dictado de la sentencia definitiva, el juez debe tomar las medidas conducentes

²²⁰ Época: Décima Época. Registro: 160495. Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 5. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C. J/67 (9a.). Pág. 3700.

para verificar el nacimiento del menor vivo y viable antes del dictado de la sentencia y, en caso de comprobarse de ser procedente, condenar al pago de alimentos a favor del menor. Lo anterior es así, pues de lo contrario se incumpliría con la obligación impuesta en los artículos 4o., sexto y séptimo párrafos, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en vigor a partir del 21 de octubre de 1990, así como en las normas sustantivas y procesales que atribuyen carácter público e interés social a los procesos de alimentos que involucren menores”.²²¹

En concordancia con la obligación del juzgador de conocer y aplicar el derecho, los modernos códigos de procedimientos civiles exentan a las partes de la obligación de demostrar el derecho, y establecen que sólo los hechos están sujetos a prueba, pues es al juez al que corresponde el conocimiento técnico y la aplicación del derecho, es él quien vigila el ejercicio de la voluntad de la ley²²². Este principio puede ser observado en el artículo 225 del Código de

²²¹ Época: Novena Época. Registro: 162434. Instancia: PRIMERA SALA. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXXIII, Abril de 2011. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 16/2011. Pág. 68.

²²² Cfr. PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA. SUS ALCANCES EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL. Cuando en el juicio contencioso administrativo se cuestiona la resolución mediante la cual se desecha un recurso de revisión y la Sala del conocimiento advierte que dicha resolución está fundada en diversos preceptos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo que no guardan correspondencia con las circunstancias de hecho y, no obstante ello, traslada a la actora la carga de probar cuáles preceptos debieron aplicarse o se aplicaron indebidamente, tal determinación resulta errónea, pues es obligación de la juzgadora constatar la oportuna aplicación de los artículos citados en la resolución impugnada, dado que es la que conoce el derecho, sin importar si la actora hubiera o no realizado el señalamiento correcto o incorrecto de qué normas, a su juicio, no fueron aplicados en su favor, o bien, fueron aplicadas indebida o insuficientemente, pues de conformidad con el principio iura novit curia, el Juez conoce el derecho, siendo innecesaria la referencia expresa de la parte actora respecto de los numerales que en su caso debieron aplicarse o no se aplicaron, ya que para cumplir con la exigencia de fundamentación prevista en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos, no basta que un acto administrativo se funde en diversos preceptos legales que le den sustento, sino que es necesario que guarden correspondencia con los antecedentes fácticos o circunstancias de hecho que permitan colegir con claridad que sí procedía aplicarlos y, consecuentemente, que justifiquen con plenitud que la autoridad actuó en determinado sentido y no en otro. Época: Novena Época. Registro: 161514. Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXXIV, Julio de 2011. Materia(s): Administrativa. Tesis: I.4o.A.747 A. Pág. 2161.

Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León²²³. Por cuanto a esto ALSINA comenta:

“Se funda ella en la presunción de que el juez conoce el derecho y de que en la sentencia debe confrontar los hechos (que constituyen la premisa menor) con los supuestos de hecho de la norma abstracta (premis mayor). En algunas legislaciones, como en la ática, el juez no estaba obligado a conocer el derecho; por el contrario, se partía del supuesto que lo ignoraba y por consiguiente era objeto de prueba. Pero en las legislaciones modernas el derecho se supone conocido y la ignorancia de las leyes no sirve de excusa si la excepción no está expresamente autorizada por la ley (así lo dispone nuestro artículo 20). En los países en que el ejercicio de la magistratura requiere título profesional, ello constituye una invocación para el juez, quien no puede dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley (CC, art 15; CPr, art. 6). Hace excepción la invocación de una ley extranjera, que el juez no puede aplicar si su existencia no está acreditada en autos, a este respecto dice la nota al art 4 del CC: “La ley extranjera es un hecho que debe probarse; la ley nacional es un hecho que simplemente se alega sin depender de prueba”.

*B) de ahí que los códigos de procedimiento en general establezcan como suficiente una referencia al derecho que se cita en la demanda y en la contestación. Consecuencia de ello es que aún la omisión de esa referencia no tiene ninguna repercusión, porque el juez debe aplicar el derecho resultante de los hechos supliendo las omisiones de los litigantes, desde que el y no las partes quienes deciden la contienda. Menos aún estará obligado a aceptar la errónea calificación que las partes hagan de la relación jurídica, sino que debe darle la que corresponde de acuerdo a lo que surge de los hechos”.*²²⁴

Antes de concluir éste punto y sin pretender hacer controversia, creemos que el maestro ALSINA realiza ciertas confusiones en el texto antes citado, aunque en general hace correcta referencia a la institución iura novit curia; pero cuando habla de que en nuestras legislaciones modernas la ignorancia del derecho no impide su cumplimiento, como lo reza el artículo 21 del Código de Civil del Estado

²²³ Artículo 225.- Sólo los hechos están sujetos a prueba. El Derecho Extranjero lo verificará y aplicará de oficio el juzgador, sin perjuicio de que las partes coadyuven al logro de esa información.

²²⁴ ALSINA, Hugo. Fundamentos de Derecho Procesal. Editorial Jurídica Universitaria. 1ª Ed. México. 2001. p 415.

de Nuevo León²²⁵, el maestro confunde una obligación de las partes, con el principio iura novit curia, pues ese precepto está dirigido a los ciudadanos y no al juez, no es por ese principio que el juez esté obligado a conocer el derecho, como ya se vio atrás; por otra parte tampoco debe mezclarse el principio iura novit curia con lo que menciona ALSINA sobre la insuficiencia, obscuridad o silencio de la ley, hechos que no impiden la obligación del juez de resolver la litis, pero que tampoco tienen nada que ver con el principio iura novit curia, sino más bien con la plenitud hermética del orden jurídico, según será visto en el siguiente punto²²⁶.

3.5.7 OBLIGACIÓN DE DECIDIR EN CASOS DE INTEGRACIÓN, E INTERPRETACIÓN.

El acceso pleno a la justicia, como garantía jurídica de todo ciudadano, sólo puede ser logrado si el juzgador efectivamente despliega el ejercicio de su actividad jurisdiccional; se tiene derecho a que siempre el juzgador decida el pleito mediante una resolución, para lo cual en relación con la normatividad aplicable pueden darse varios supuestos. En primer término que existan preceptos claros, y precisos que regulen la conducta o hecho sujeto al pleito, y que por tanto la labor del juzgador es aplicar la voluntad de la ley, es decir, dictar una sentencia que declare, constituya o condene en nombre de la voluntad de la ley; esto constituye, digamos, la normalidad de la actuación jurisdiccional. Otras veces puede acontecer que si existan preceptos en los cuáles pueda encuadrarse el supuesto o hecho sujeto a pleito, pero que dicha normatividad, no sea clara, sea imprecisa, vaga o indeterminada; en esta situación el juzgador deberá llevar a cabo una labor

²²⁵ Este artículo establece a las partes la obligación del cumplimiento de la ley, aún bajo la manifestación de su desconocimiento, pero no alcanza al juez, sino es de aplicación exclusiva de los ciudadanos, y dice: Art. 21.- La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público.

²²⁶ El artículo 18 del Código Civil del Estado de Nuevo León, establece este principio y al decir: el silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.

hermenéutica, mediante la cual declare la correcta manera de interpretar y aplicar la voluntad de la ley.

Además en otros casos es posible que en la normatividad aplicable directamente no existan preceptos que regulen ni clara, ni vagamente los hechos del pleito, pero que existan otras normas vigentes y válidas que de manera supletoria pudieran resolver la controversia; también puede suceder que no existan normas vigentes que puedan ser la base para resolver la controversia, pero que sin embargo existan jurisprudencias, principios, costumbres, u otras fuentes jurídicas que el juzgador pueda utilizar como base para resolver la litis; en estos casos el juez debe realizar una labor de integración de la ley, es decir, deberá resolver el pleito buscando alguna fuente jurídica que le permita resolver el pleito en justicia, analicemos estos supuestos, para estar en aptitud de establecer como debe proceder el juzgador en caso de interpretación o integración de la ley, para dar cumplimiento cabal a la tutela judicial efectiva, mediante el acceso pleno a la justicia.

3.5.7.1 LOS CONCEPTOS O INSTITUCIONES JURÍDICAS CAUSANTES DE PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN.

Las normas jurídicas están representadas por signos que nos proporcionan la información plasmada y contenida en el precepto. La técnica legislativa debe siempre procurar que la redacción de las leyes se efectúe de tal manera clara y precisa, que no deje lugar a dudas sobre su *ratio legis*. Aún y cuando el derecho es una ciencia, y como tal goza de un lenguaje científico, propio de sus allegados, deben siempre la ley, la sentencia, y los actos jurídicos en general, gozar de sencillez y precisión, a tal grado que la duda sobre su significación le sea en lo más posible ajena. BIELSA es de esta idea cuando sostiene que: “*La ley debe emplear un lenguaje claro, palabras que tienen una acepción indudable y propia; un*

lenguaje sencillo, pero no vulgar”;²²⁷ como lo afirma BIELSA las palabras utilizadas en la ley deben contar con una acepción “*indudable*”, de otro modo si las leyes no poseen la certeza de que venimos hablando se puede caer en terrenos muy próximos a la injusticia de la subjetividad.

Es preciso mencionar que si bien las leyes deben procurar la bondad de su fácil entendimiento, no podemos creer que la normatividad pueda aspirar a ser comprendida por todos a quien va dirigida; nos parecería muy improbable pensar que una comunidad entera entienda un texto legal de igual manera, pues de antemano existen ejemplos muy claros de excepciones o limitantes al entendimiento normativo, como por ejemplo el analfabetismo, las diversas lenguas existentes, los discapacitados, las posturas filosóficas irreconciliables de ciertos grupos de personas —pues algunos en razón de su forma característica de ver las cosas, pueden darle muy diversos significados a algo aparentemente claro e indudable—, etcétera. Las normas de derecho general y naturalmente son de difícil aprehensión para personas no letradas, de baja cultura y educación; incluso para este tipo de personas puede parecer hasta privilegio de ciertos grupos el entendimiento de las leyes —sin que con esta afirmación se pretenda hacer una afirmación propia del iusmarxismo, sino en todo caso próxima al iussociologismo—, a este respecto MARÍA LAURA PARDO nos comenta:

*“Hay una serie de textos que resultan oscuros o difíciles de entender y manejar si uno no es miembro de ciertos sectores o si no ha sido iniciado en determinados círculos, deportes etc. El texto judicial, ya sea oral o escrito, se alinea con otros textos burocráticos como el legislativo, ejecutivo, ministeriales, etc. y, como estos, resulta oscuro para la comprensión del ciudadano lego. ...El texto científico como el texto legal implica un esfuerzo por parte del lector para poder entender ciertas nociones propias de determinada área”*²²⁸

²²⁷ BIELSA, Rafael. *Los Conceptos Jurídicos y su Terminología*. 3ª Ed. Depalma. Buenos Aires. 1987. p 15.

²²⁸ PARDO, María Laura. *Derecho y Lingüística “Cómo se Juzga con Palabras”*. Nueva Visión. Buenos Aires. 1996. Pp 34 y 35.

Así las cosas las leyes si bien deben ser claras, precisas e indudables a la vista de sus interpretes, generalmente no lo son para todo el mundo, e incluso, como se verá adelante, la vaguedad de los conceptos jurídicos es la constante del derecho; es por ello que ante esta realidad existen preceptos que por sí mismos son vagos o indeterminados y es preciso realizar una labor interpretativa, mediante la cual en uso de los diversos métodos y técnicas se lleva a cabo la comprensión de la norma; pero otras veces la oscuridad no se debe a la imprecisión lingüística, gramática, o semántica de la terminología utilizada, sino porque el cuerpo normativo es omiso respecto de alguna conducta, mecanismo, procedimiento, figura, sanción, hecho, acto, o circunstancia propia del derecho, y entonces se dice que existe una laguna; aquí lo importante es precisar que la integración e interpretación de las leyes son cuestiones de índole diversa.

Cuando una norma en su redacción cuenta con palabras o signos que le den un significado impreciso, o que pueden tener diversas acepciones, o bien, que no son claras o precisas, que contienen indeterminaciones o vaguedades, entonces estaremos en el campo de la interpretación —a esta altura es dable aclarar que no es lo mismo la indeterminación que la vaguedad, pero en lo subsecuentes avances será aclarado ese punto—. Hay que mencionar que en sentido amplio cuando leemos y le otorgamos significado a un texto sea obscuro, claro, impreciso, preciso, determinado, indeterminado, vago, comprensible o incomprensible, esto es sin importar si ocupa o no interpretarse por carecer de fácil comprensión, aún así estamos interpretando, pues asignamos un significado a las palabras y signos de que se compone el texto que estamos leyendo; por eso GUASTINI al definir la interpretación lo hace en forma amplia y restringida, y las distingue la una de la otra en atención a si la norma requiere ser interpretada en sentido propio, porque es oscura (restringida), o siempre que le damos algún significado a alguna norma —verbigracia, cuando la leemos—, sea oscura o clara

(amplia).²²⁹ Este mismo autor al referirse a un concepto restringido de interpretación comenta:

*“En sentido estricto, “interpretación” se emplea para referirse a la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación: un texto, se dice, requiere interpretación (solo) cuando su significado es oscuro o discutible, cuando se duda sobre si es aplicable o no a un determinado supuesto de hecho. Bajo esta acepción, en suma, “interpretación” significa en pocas palabras: decisión en torno al significado no de un texto cualquiera en cualquier circunstancia, sino (sólo) de un texto oscuro en una situación dudosa”.*²³⁰

Se infiere de lo dicho que la interpretación que nos interesa es la que se define stricto sensu, esto es solo aquella interpretación que nos vemos obligados a realizar dada la imprecisión u oscuridad de la norma sujeta a análisis. El problema de inicio es ¿cómo saber si una norma ocupa ser interpretada?; puede darse el caso de que mientras alguna/s personas piensen que un precepto esta redactado de forma tal que sus palabras no dejan lugar a dudas sobre la intención que el legislador tuvo al momento de emitir el decreto, para otras esa misma norma cuenta con imprecisiones de tal grado que hace imposible otorgarle una mera interpretación gramatical o semántica. No es posible que de antemano exista una postura general sobre cuáles normas requieren ser sujetas a la labor interpretativa, aunque sí existen instancias encargadas de realizar esa labor —por ejemplo la realizada por el Poder Judicial de la Federación al momento de interpretar las leyes y crear jurisprudencia—; por ello cada quien imprimimos nuestra interpretación a las leyes, cada uno dejamos un tipo de huella digital en nuestra forma de interpretar, pues la interpretación, como la subjetividad dependen de la persona, incluso personas que siguen una misma corriente filosófica de interpretación, pueden imprimirle a su interpretación rasgos muy inherentes a su individualidad personal; aunque hay que admitir que cuando las normas son tan claras que admiten interpretación directa (meramente gramatical o

²²⁹ GUASTINI, Ricardo. *Estudios Sobre la Interpretación Jurídica*. Traducción Marina Gascón, Miguel Carbonell. 2ª Ed. Porrúa. México. 2000. Pp 3 a 5.

²³⁰ Ídem.

semántica) entonces una misma interpretación puede de forma idéntica ser compartida por grupos importantes de individuos. Por eso para evitar en lo máximo las diferenciaciones personales en la interpretación o comprensión de las normas, debe procurarse la utilización de las palabras o léxico que sea el más autorizado, o sobre la cual existe acuerdo general sobre su significado, y de todas las ciencias es precisamente el derecho el que debe particularmente ser cuidadoso en su redacción, pues como lo sostiene BIELSA:

“Si hay una disciplina en la cual conviene emplear la palabra adecuada o propia, ella es la del derecho. Tanto en el orden legislativo como en el judicial —y no digamos en el administrativo— esta precaución es indispensable aunque sólo sea para evitar controversias o discusiones que surgen precisamente de la confusión o duda sobre un término.”

“... En las leyes, en los contratos, en las sentencias, la claridad consiste no sólo en que el texto sea entendido como debe entenderse, sin esfuerzo, vacilación o duda, sino también en que las palabras empleadas en él sean las que denotan con exactitud el concepto, la idea, la intención; en suma, las que en el léxico jurídico significan precisamente lo que quiere decirse. No hay claridad donde no hay propiedad de lenguaje”.²³¹

Con lo dicho podemos decir que si una norma es oscura o irregular, imprecisa, dudosa, entonces es vaga o indeterminada, se presta a confusión o problemas de entendimiento, y por ello requiere ser interpretada. Y si por otro lado en un determinado articulado, se carece de preceptos que prevean una situación o una figura jurídica, entonces se requiere integrar la ley; lo cual puede ser hecho de diversas maneras, algunas veces acudiendo a otros apartados del sistema normativo a que pertenezca la laguna, a una interpretación extensiva de otro precepto, a la aplicación de normas de otras legislaciones, etc. La naturaleza de la integración es la creación de algo que no existe, la corrección de una laguna supone que lo que se integra carecía de existencia, no debemos confundirlo con el otorgamiento de significado a lo dudoso, pues lo que es dudoso existe, y por ello se interpreta, y la laguna en cambio no existe, se crea, se integra, se subsana.

²³¹ Óp. Cit. Pp 9 y 19.

Con esto debemos establecer ¿cuál es la obligación del juez? frente a un asunto que carece para su solución de una norma clara, precisa, si por el contrario al momento de juzgar se encuentra con que las posibles normas que pudiera llegar a aplicarse son vagas o indeterminadas, en ese supuesto ¿podrá el juez dejar de resolver el asunto?, ¿cómo debe actuar para apegarse procurar el acceso a la justicia?; supuesto estos que debemos buscarlos dejar respondidos en este apartado.

3.5.7.2 VAGUEDAD E INDETERMINACIÓN

El lenguaje tiene innumerables características que deben ser tomadas en consideración para su interpretación. Solo los conceptos claros que tienen una significación generalizada, debidamente definida, aceptada, explorada de fondo, a la cual no cabe duda sobre su forma de utilización: son ajenos a problema lingüístico, y siempre dependiendo del interprete. Pero aún la utilización de palabras con significado apegado a las características antes apuntadas, puede dar lugar a problemas de interpretación: imaginemos que quien escribe una norma o texto, emplea palabras que a su parecer son sinónimas, pero cuyo significado no es completamente igual, esto suele suceder porque las personas tendemos a no utilizar las mismas palabras en un párrafo, para evitar que se vea repetitivo; o bien, qué pasa cuando en una norma se utilizan palabras cuya significación o alcance no se encuentran debidamente definidas, o que no son aptas para expresar o comunicar el mensaje que se quiere dar a “la voluntad concreta de la ley”²³². En estos y muchos casos podemos decir que existe vaguedad o indeterminación. *“Un término es indeterminado cuando no tiene límites precisos, esto es, cuando no traza sobre la realidad que se refiere una línea clara”*²³³; el mismo SAINZ MORENO establece que los sinónimos están directamente enlazados con la indeterminación, pues al ser casi nulos los sinónimos con igual significado,

²³² Parafraseando palabras de Chioyenda.

²³³ SAINZ Moreno, Ricardo. *Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa*. Civitas. Madrid. 1976. p 70.

no existen sinónimos absolutos, pues en realidad su significación es sólo próxima o parecida, por ello cuando se utilizan dan lugar a vaguedades o indeterminaciones.²³⁴ Para GUASTINI, *“La vaguedad es, entonces una propiedad de la referencia de los predicados. Un predicado es vago siempre que la pregunta “¿a que se refiere?” admita una respuesta dudosa.”*,²³⁵ Por su parte SAINZ MORENO comenta que *“La vaguedad o indeterminación de los términos del lenguaje suele denunciarse como una de las imperfecciones del lenguaje”*.²³⁶ Este mismo autor en llamado a pie de página hace referencia a ULLMAN, para describir las causas de la vaguedad, con la siguiente cita: *“La vaguedad puede resultar de una serie de causas, algunas inherentes a la naturaleza misma del lenguaje, otras entran en juego sólo en circunstancias especiales 1) Una de las fuentes de la vaguedad es el carácter genérico de las palabras. 2) Otra fuente es la falta de homogeneidad de las palabras: hasta las más simples y monolíticas tienen cierto número de facetas diferentes que dependen del contexto y de la situación en que se usan. 3) Otro factor es la falta de límites bien definidos en el mundo no lingüístico. 4) También contribuyen a la vaguedad de las expresiones la falta de familiaridad con las cosas que representan. ¿Cuántas personas pueden dar una información razonablemente clara de lo que quiere decir existencialismo, positivismo lógico, etc.?”*.²³⁷ Por su parte HALLIVIS sostiene:

*“En lo que concierne a la vaguedad, esta se define como “calidad de vago, vacío, desocupado”. Vago proviene del latín *vagus*, y, en la acepción que nos interesa, se aplica “...a las cosas que no tienen objeto o fin determinado, sino general y libre en elección o aplicación...impreciso, indeterminado”*.²³⁸

Debemos referir que existe toda una teoría de este problema de interpretación, incluso podemos decir que si bien la indeterminación es parte de la

²³⁴ Ibídem. Pp 68 a 70.

²³⁵ GUASTINI, Riccardo. *Estudios Sobre la Interpretación Jurídica*. 2ª Ed. Porrúa. México. 2000. p 62.

²³⁶ Óp. Cit. p 68.

²³⁷ SAINZ MORENO, Ricardo. Óp. Cit. p 76. ULLMAN, Stephen. *Semántica, Introducción a la Ciencia del Significado*. Traducción al Castellano de Juan Martín Ruiz Weiner. Madrid. 1965.

²³⁸ HALLIVIS Pelayo, Manuel. *Teoría General de la Interpretación*. Porrúa. México. 2007. p 15. Citando el Autor el Diccionario de la Real Academia Española.

vaguedad, realmente no son lo mismo, pues en tanto ésta se asimila más a lo ambiguo, vago, o, a significación que no es del todo clara en sí misma dentro del contexto en que se otorga; la indeterminación se dirige más específicamente a cuestiones cualitativas o cuantitativas, o de determinación de hacia a qué, o quién se dirige la norma. Aunque es común utilizarlas sinónimamente. Por demás ejemplificativa resultan las clases de vaguedad que nos comenta GALINDO SIFUENTES, citando a HALLIVIS y CÁCERES NIETO, veamos:

“Descriptiva, se refiere a la delimitación, relación o representación de una persona o cosa, refiriendo o explicando sin precisión alguna de sus partes, por ejemplo: fuerte, alto.”

“Combinatoria, resulta de que no siempre la designación de una palabra está constituida por propiedades que sean (cada una de ellas aisladamente consideradas) necesarias para el uso del término.”

“Indeterminada, está constituida por palabras a cuyo respecto es imposible dar una lista completa y cerrada de propiedades suficientes para su uso, por ejemplo: arbitraria.”

“Valorativa, se refiere a aspectos cualitativos indeterminados, por ejemplo: bella.”

“Por requisito de quórum, es aquella en la que no es fácil determinar cuándo aplicar o no la palabra a algo, debido a que no sabemos cuales son las diferentes propiedades que deben estar presentes en el objeto para denotarlo con la expresión; por ejemplo: bella, cual sería el conjunto de características que debería satisfacer una chica para ser denotada por la palabra bella.”

*“Por requisito de quantum, que estriba en la falta de determinación de la intensidad con que una sola propiedad debe estar presente en el objeto, por ejemplo: rápido, alto, a partir de qué velocidad diríamos que un auto es rápido”.*²³⁹

Esencialmente al hablar de vaguedad e indeterminación, nos proponemos significar aquella palabra o conjugación de ellas, que son ambiguas, imprecisas, imprecisas (indeterminadas) cuantitativa o cualitativamente, cuyo significado es oscuro, irregular, que da lugar a interpretaciones distintas, y, que además nos deja en la incertidumbre sobre la naturaleza exacta de la forma y sustancia del objeto a que hace referencia. En materia legal diremos, entonces, que una norma es vaga

²³⁹ GALINDO Sifuentes, Ernesto. *Argumentación Jurídica “Técnicas de Argumentación del Abogado y del Juez”*. 4ª Ed. Porrúa. México. 2011. P

o que es indeterminada, cuándo sea ambigua y no establezca con precisión a que se refiere, cuál es su alcance, en el caso de la “expresión de agravios” (objeto principal de estudios de nuestra tesis), diríamos que es vaga porque la palabra agravios es imprecisa y ambigua, e indeterminada, porque no se establece con precisión cuáles son esos agravios, cuántos son, como los identificamos, cual es su esencia, su forma, su contenido, cómo se causan.

3.5.7.3 LAGUNA

Problema diverso al de la interpretación nos plantean las lagunas legales. “*El problema de las lagunas se presenta cuando la solución del caso no encuadra en los conceptos legales, por no ser claros*” sostiene BIELSA,²⁴⁰ nosotros no estamos de acuerdo en que la ley no sea clara y que por eso exista una laguna, pues cuando la ley no es clara hace falta interpretar, no crear. Por el contrario, pensamos que la laguna se presenta porque la ley no contiene el supuesto jurídico que se requiere, esto es, es omisa, falta, carente de esa regla o precisión, y por tanto se requiere crearla, mediante un procedimiento no ya de interpretación, sino de integración. VILLORO TORANZO respecto a la distinción entre estas dos instituciones (integración e interpretación), citando en parte a MAYNEZ, comenta:

“No hay que confundir la interpretación de la Ley con la integración de la misma. Para que haya interpretación debe existir un precepto jurídico que en alguna forma pueda cubrir las circunstancias imprevistas. Pero puede presentarse el caso de que se den circunstancias que no sólo no ha previsto el legislador sino que no pueden ser comprendidas dentro de una posible interpretación de la ley. ... “no habiendo norma aplicable, no puede hablarse de interpretación, ya que ésta debe referirse siempre a un determinado precepto; el juzgador ha dejado ya de ser exégeta y se encuentra en situación comparable a la del

²⁴⁰ BIELSA, Rafael. *Los Conceptos Jurídicos y su Terminología*. 3ª Ed. Depalma. Buenos Aires. 1987. p 47.

*legislador; debe establecer la norma para el caso concreto sometido a su consideración”.*²⁴¹

En este punto resulta importante destacar que ULISES SCHMILL habla del “control de la regularidad”, expresando que al interpretar la ley debe procurarse que esa expresión del sentido de la norma, sea ajustada al demás contenido normativo que la rodea, o del que se desprende; y así habla, por ejemplo, de las normas secundarias, respecto de las fundamentales, sosteniendo que aquellas deben interpretarse en función de éstas.²⁴² Pero este autor asimila el proceso interpretativo a la creación de la ley, lo cual consideramos que no es correcto, pues sólo si se estuviera sosteniendo una interpretación completamente alejada de la correcta labor exegética, entonces se estará creando una norma, pero sí el juzgador llegará a realizar esa interpretación tan ajena al sano juicio, entonces estaría causando agravios, pues si existe norma debe interpretarla, y la en la interpretación no existe creación de la ley, y si en lugar de interpretar, integra, entonces su conducta fue alejada, en tanto no existe norma que permita al Juez crear norma cuando existe una aplicable, sólo cuando no la existe se permite tal conducta ajena a la labor meramente jurisdiccional del funcionario judicial.

BOBBIO sostiene que lo contrario a las lagunas es la plenitud, y que por esta debe entenderse “*la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso*”,²⁴³ siendo esto lo mismo a lo que GARCÍA MAYNEZ denomina “la plenitud hermética del orden jurídico” lo que refiere es que: “*...no hay situación alguna que no pueda ser resuelta jurídicamente; esto es, de acuerdo con principios de derecho*”,²⁴⁴ ciertamente la ley tiene ciertas premisas como su coherencia, unidad, y plenitud, ésta última nos indica que cada supuesto hipotético de conducta lícita o ilícita, debe encontrarse regido por la norma, o por la interpretación de la misma; pero una cosa es lo que se pretenda ser, o sea, el

²⁴¹ VILLORO Toranzo, Miguel. *Introducción al Estudio del Derecho*. Porrúa. México. 2010. p 254. GARCÍA Máñez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. 11ª Ed. Porrúa. México. 1963.

²⁴² SCHMILL, Ulises. *Teoría del Derecho y del Estado*. Porrúa. México. 2003. Pp 202 a 207.

²⁴³ BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. 3ª Ed. Temis. Colombia. 2007. p 213.

²⁴⁴ GARCÍA Máñez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. 62ª Ed. Porrúa. México. 2010. p 359.

estado ideal de la ley; y otra, que efectivamente no exista situación alguna que se escape a la voluntad de la ley, pues efectivamente existen casos que no encuentran cuadratura legal, y para los cuales la “plenitud” los dejó de lado, y por tanto son materia de laguna, y sujetos de integración, *“si se puede demostrar que ni la prohibición ni la permisión de cierto comportamiento son producto del sistema, entonces se puede decir que el sistema es incompleto, que el ordenamiento jurídico tiene una laguna”*.²⁴⁵

Algo que resulta importante para los efectos de ésta investigación es establecer —aún brevemente— la forma en que se subsanan o complementan las lagunas, BOBBIO, siguiendo a CARNELUTTI, habla de heterointegración y auto integración,²⁴⁶ la primera es cuando se acude, para colmar la laguna, a normas externas o diversos ordenamientos; la segunda es la integración que se lleva a cabo con la propia legislación de donde deriva la laguna. En esta llamada autointegración se habla de dos formas de subsanar lagunas, una mediante la analogía, y la otra mediante la remisión a los principios generales del derecho. Por cuanto a la analogía GUASTINI sostiene que: *“En el lenguaje jurídico, suele llamarse “aplicación analógica” a la aplicación de una norma a un supuesto de hecho no contemplado por ella, pero semejante al previsto en la misma”*²⁴⁷; en general por cuanto a la analogía nos parecen por demás acertadas las palabras de Guastini, pues en caso de que aparezca una laguna, la analogía permite acudir a una diversa norma, que establece un supuesto que pudiera resolver el problema, y que se considera aplicable dado el grado de similitud o semejanza con el problema a resolverse; por lo que no nos representa mayores problemas.

En cambio, los principios generales del derecho son difíciles de identificar, VIGO dice: *“Cada norma, conjunto de normas, institución jurídica o rama del derecho positivo está animada por uno o varios principios reguladores que aquellas pretenden traducir con mayor fidelidad a través de la particular estructura*

²⁴⁵ BOBBIO, Norberto. Óp. Cit. p 213.

²⁴⁶ Ibídem. p 235.

²⁴⁷ Óp. Cit. p 93.

formal normativa”;²⁴⁸ además nos parece acertada la posición ecléctica de VIGO, quien distingue tres tipos de principios, los sectoriales, que refiere son aquellos que no abarcan a toda la legislación, sino a un sector de esa ley; los sistemáticos o fundacionales, que en cambio sí sirven de sustento a todo un ordenamiento, y los iusnaturales, que son aquellos derivados de la calidad de humano del hombre, los inherentes a su naturaleza.²⁴⁹ En esencia la integración de la ley, nos permitirá realizar esa labor, en la materia de “expresión de agravios” (tocando nuevamente el tema central de nuestra investigación), por un lado; y además conocer esa forma debida de resolver y actuar de los juzgadores, que nos permitirá establecer cuándo están actuando debidamente, y cuándo su forma de integración-interpretación, son lo procedente una o la otra, o aún procedente se realizó de forma ajena a la naturaleza que para cada una de esas labores ha establecido la ciencia.

3.5.7.4 OBLIGACIÓN DE DECIDIR LA CONTROVERSIA EN CASOS DE DEFICIENCIAS O LAGUNAS AÚN ANTE LA AUSENCIA O DEFICIENCIA DE AGRAVIOS.

En el presente análisis no es propio analizar profundamente los métodos de interpretación e integración de las leyes, sino tan sólo saber reconocer tales supuestos, pues el objeto nuestro es establecer que el acceso a la justicia como garantía del ciudadano implica que aún ante la ausencia, insuficiencia u oscuridad de la ley, el juzgador siempre está obligado a resolver el pleito, no puede alegar excusa alguna que implique carencia o irregularidad normativa para excusarse del ejercicio de su función jurisdiccional, de su obligación de resolver el pleito, pues por un lado eso es lo que puede desprenderse de la garantía de acceso a la justicia consagrada en el artículo 17 Constitucional, dado que si todos tenemos derecho a que se nos administre justicia por tribunales, éstos no pueden excusarse de su obligación de impartirla aún ante la falta total u oscuridad legal;

²⁴⁸ VIGO, Rodolfo L. *Integración de la Ley “Artículo 16 del Código Civil”*. Astrea. Buenos Aires. 1978. p 116.

²⁴⁹ Óp. Cit. Pp 116 a 118.

máxime que también resulta aplicable el artículo 14 Constitucional, que indica al juzgador la forma de cumplir con su facultad jurisdiccional ante vacío o ausencias legales.²⁵⁰

Es de destacarse que esas ausencias o falta de tipicidad o conducta, no pueden ser suplidas ni por vía interpretación ni de integración por parte del juzgador en materia penal, pues la analogía y aún la mayoría de razón están prohibidas en dicha materia por el mencionado artículo 14 Constitucional. Pero en todas las demás materias es una obligación del juzgador resolver la controversia cuando la ley no es clara, precisa, o es vaga, indeterminada o ante ausencia total o parcial de la misma.²⁵¹ Esto es lo que puede ser desprendido del siguiente criterio del Poder Judicial de la Federación:

²⁵⁰ Este precepto constitucional en la parte correspondiente dice: “Artículo 14. ... En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. ...En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.”

²⁵¹ Cfr. “PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO. El artículo 14 de la Constitución Federal elevó, a la categoría de garantía individual el mandato contenido en los artículos 20 del Código Civil de 1884, y 1324 del Código de Comercio, en el sentido de cuando no haya ley en que fundarse para decidir una controversia, la resolución de ésta debe fundarse en los “principios generales del derecho”, y la constitución limita la aplicación de estos “principios”, como garantía individual, a las sentencias definitivas, en tanto que la legislación común, así como las de diversos Estados de la República, y el artículo 19 del Código Civil, actualmente en vigor en el Distrito Federal, autoriza que se recurra a los “principios generales del derecho” como fuente supletoria de la ley, para resolver toda clase de controversias judiciales del orden civil. Universalmente se conviene en la absoluta necesidad que hay de resolver las contiendas judiciales sin aplazamiento alguno, aunque el legislador no haya previsto todos los casos posibles de controversia; pues lo contrario, es decir, dejar sin solución esas contiendas judiciales, por falta de ley aplicable, sería desquiciador y monstruoso para el orden social, que no puede existir sin tener como base la justicia garantizada por el Estado, y por ello es que la Constitución Federal, en su artículo 17, establece como garantía individual, la de que los tribunales estén expeditos para administrar justicia, en los plazos y términos que fija la ley, y los códigos procesales civiles, en consecuencia con este mandato constitucional, preceptúan que los jueces y tribunales no podrán, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito; pero las legislaciones de todos los países, al invocar los “principios generales del derecho”, como fuente supletoria de la ley, no señalan cuáles sean dichos principios, qué características deben tener para ser considerados como tales, ni qué criterio debe seguirse en la fijación de los mismos; por lo que el problema de determinar lo que debe entenderse por “principios generales del derecho”, siempre ha presentado serios escollos y dificultades, puesto que se trata de una expresión de sentido vago e impreciso, que ha dado motivo para que los autores de derecho civil hayan dedicado conjuntamente su atención al estudio del problema, tratando de definir o apreciar lo que debe constituir la esencia o índole de tales principios. Los tratadistas más destacados del derecho civil, en su mayoría, admiten que los “principios generales del derecho” deben ser verdades jurídicas notorias, indiscutibles, de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaboradas o

*“PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. SU FUNCION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO. Tradicionalmente se ha considerado en el Sistema Jurídico Mexicano que los jueces para la decisión de los asuntos sometidos a su conocimiento están sujetos a la observancia no sólo del derecho positivo-legal, sino también de los dogmas generales que conforman y dan coherencia a todo el ordenamiento jurídico, que se conocen como principios generales del derecho según la expresión recogida por el constituyente en el artículo 14 de la Carta Fundamental.- La operancia de estos principios en toda su extensión -para algunos como fuente de la cual abrevia todas las prescripciones legales, para otros como su orientación a fin- no se ha entendido restringida a los asuntos de orden civil tal y como podría desprenderse de una interpretación estricta del artículo constitucional invocado, sino que aun sin positivización para otros órdenes de negocios, es frecuentemente admitida en la medida en que se les estima como la formulación más general de los valores ínsitos en la concepción actual del derecho.- Su función desde luego no se agota en la tarea de integración de los vacíos legales; alcanza sobre todo a la labor de interpretación de la ley y aplicación del derecho, de allí que los tribunales estén facultados y, en muchos casos, obligados a dictar sus determinaciones teniendo presente, además de la expresión de la ley siempre limitada por su propia generalidad y abstracción, los postulados de los principios generales del derecho, pues éstos son la manifestación auténtica, prístina, de las aspiraciones de la justicia de una comunidad”*²⁵².

Este mismo derecho podemos encontrarlo garantido en su categoría de derecho humano en el artículo 25.2 a) de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos al “garantizar que la autoridad competente prevista por el

seleccionadas por la ciencia del derecho, mediante procedimientos filosófico jurídicos de generalización, de tal manera que el Juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiere pronunciado si hubiere estado presente, o habría establecido, si hubiere previsto el caso; siendo condición también de los aludidos "principios", que no desarmonicen o estén en contradicción con el conjunto de normas legales cuyas lagunas u omisiones han de llenarse aplicando aquéllos; de lo que se concluye que no pueden constituir "principios generales del derecho", las opiniones de los autores, en ellas mismas consideradas, por no tener el carácter de generalidad que exige la ley y porque muchas veces esos autores tratan de interpretar legislaciones extranjeras, que no contienen las mismas normas que la nuestra.” Época: Quinta Época. Registro: 357113. Instancia: TERCERA SALA. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Localización: Tomo LV. Materia(s): Común. Tesis: . Pág. 2642

²⁵² Época: Octava Época. Registro: 228881. Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Localización: Tomo III, Segunda Parte-2, Enero-Junio de 1989. Materia(s): Administrativa, Común. Tesis: . Pág. 573.

sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso”, por ende los juzgadores están obligados a decidir, no pueden abstenerse de hacerlo. Normalmente las leyes secundarias contemplan la forma de suplir sus deficiencias, así como de su propia interpretación e integración, acudiendo casi generalmente a los principios generales del derecho como una fuente del juzgador para resolver tales conflictos. Esto puede ser observado en el Código Civil del Estado de Nuevo León, en los siguientes preceptos:

Art. 18.- El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.

Art. 19.- Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho.

Art. 20.- Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados.

Por último por cuanto a este punto no nos resta sino mencionar que este aspecto de la tutela judicial efectiva, específicamente del acceso a la justicia, más que proteger el objeto directo de esa tutela, esto es la voluntad de la ley, lo que se protege el objeto indirecto de la tutela, el propio acceso a la justicia, aquí lo importante no es en sí la ley, que en el caso es confusa, oscura o inexistente, sino que en cualquier supuesto siempre el ciudadano obtenga una resolución a su controversia, que cuente con la seguridad y garantía que jamás podrá excusarse el juez de realizar su función jurisdiccional y resolver cualquiera que sea su controversia, aún ante la ausencia total de precepto legal alguno cuya voluntad deba ser declarada.

De este modo es claro que en el problema existente ante la falta o deficiencia en la expresión de agravios no puede excusarse la Sala en su obligación de decidir, cuando esta deficiencia o carencia se debe a la obscuridad o insuficiencia de la ley, pues ante estos supuestos debe integrar o interpretar la Alzada, ya que de otro modo se estaría vulnerando el principio *iura novit curia* y por ende la tutela judicial efectiva *lato sensu*.

3.5.8 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Todo acusado es inocente, hasta en tanto sea demostrado lo contrario; de esta fórmula legal se desprende la garantía y derecho humano denominado presunción de inocencia; implica una parte importante de la tutela judicial efectiva, permitiendo un pleno acceso a la justicia, y es un postulado que regula la actividad de las autoridades que forman parte del sistema punitivo penal, no sólo del juez, sino del Ministerio Público, autoridades policiales, militares, administrativas, legislativas, y en general de todo orden. Lo que se ordena específicamente es que la conducta subjetiva y poderes acusatorios de estas partes en el ámbito de sus funciones, no se vea parcializada hacia la persona acusada de la comisión de un hecho delictivo, por más cruenta y escandalosa que sea la conducta imputada, no puede realizarse ninguna actuación de autoridad que tenga por sentada la responsabilidad, ni admitirse una acusación con tan sólo la fuerza vinculatoria de las facultades estatales.²⁵³ Más allá de eso, implica el traslado de la carga

²⁵³ Cfr. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES DE ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. El principio de presunción de inocencia que en materia procesal penal impone la obligación de arrojar la carga de la prueba al acusador, es un derecho fundamental que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce y garantiza en general, cuyo alcance trasciende la órbita del debido proceso, pues con su aplicación se garantiza la protección de otros derechos fundamentales como son la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre, que podrían resultar vulnerados por actuaciones penales o disciplinarias irregulares. En consecuencia, este principio opera también en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de "no autor o no partícipe" en un hecho de carácter delictivo o en otro tipo de infracciones mientras no se demuestre la culpabilidad; por ende, otorga el derecho a que no se apliquen las consecuencias a los efectos jurídicos privativos vinculados a tales hechos, en cualquier materia. Época: Novena Época. Registro: 172433. Instancia: SEGUNDA SALA. Tipo

probatoria de culpabilidad a la autoridad estatal acusadora, al Ministerio Público. Se arranca de los poderes de acusación cualquier imputación subjetiva y desmedida, subsistiendo solamente aquellas imputaciones que se encuentren apoyadas por elementos objetivos de prueba capaces de contrarrestar materialmente el escudo protector que implica la presunción de inocencia, y permitiéndose sólo el acceso a la culpabilidad y responsabilidad del imputado mediante pruebas firmes que sumadas unas con las otras, puedan legalmente quebrantar el mencionado escudo de inocencia. No basta pues que una autoridad cualquiera (policial, militar, ministerial, federal, local, municipal, etc.), ni ningún particular afectado, realicen imputaciones en el ámbito de sus atribuciones al acusado, pues se presume la inocencia, y toda presunción legal opera salvo prueba en contrario.

Pero además esta garantía implica que el mismo legislador está obligado a emitir leyes apegadas al principio de presunción de inocencia, y a todos los demás principios, garantías derechos fundamentales, y humanos que se desprendan de la Constitución y Tratados Internacionales.²⁵⁴ Visto desde el punto de vista contrario, implica una garantía de igualdad del procesado o imputado, pues su carga probatoria solo lo obliga a demostrar su inocencia cuando sea acreditada su

Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXV, Mayo de 2007. Materia(s): Constitucional, Penal. Tesis: 2a. XXXV/2007. Pág. 1186.

²⁵⁴ Por cuanto a las obligaciones del legislador al momento de emitir una ley que implique la implementación, regulación o interacción con una garantía, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido el siguiente criterio: GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA. De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados. Época: Novena Época. Registro: 170740. Instancia: PLENO. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXVI, Diciembre de 2007. Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 130/2007. Pág. 8.

culpabilidad. Así lo ha interpretado el Poder Judicial Federal en la siguiente jurisprudencia:

*“INCULPADO. LE CORRESPONDE LA CARGA DE LA PRUEBA CUANDO LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA QUE EN PRINCIPIO OPERA EN SU FAVOR, APARECE DESVIRTUADA EN LA CAUSA PENAL. Si del conjunto de circunstancias y pruebas habidas en la causa penal se desprenden firmes imputaciones y elementos de cargo bastantes para desvirtuar la presunción de inocencia que en favor de todo inculpado se deduce de la interpretación armónica de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por otro lado, el encausado rechaza las imputaciones y niega el delito, o su participación culpable en su actualización, éste necesariamente debe probar los hechos positivos en que descansa su postura excluyente, sin que baste su sola negativa, no corroborada con elementos de convicción eficaces, pues admitir como válida y por sí misma suficiente la manifestación unilateral del inculpado, sería destruir todo el mecanismo de la prueba circunstancial y desconocer su eficacia y alcance demostrativo”.*²⁵⁵

La presunción de inocencia se desprende explícitamente establecida en el artículo 20, apartado A, fracción V constitucional, y además de ello se encuentra establecida implícitamente en los artículos 14, 16, 19 y 21 de la Constitución General de la República, pues nadie puede ser privado de su libertad y derechos sin que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, prohibiéndose la imposición de cualquier pena por simple analogía o mayoría de razón (artículo 14); restringiéndose cualquier privación de la libertad sin orden de aprehensión dictada por juez competente, previa la acreditación de la conducta y responsabilidad (artículo 16); requiriéndose además que cualquier detención que exceda de 72 horas se encuentre fundada en auto de vinculación a proceso (formal prisión), en el que se indique el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de

²⁵⁵ Época: Novena Época. Registro: 177945. Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO . Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXII, Julio de 2005. Materia(s): Penal. Tesis: V.4o. J/3. Pág. 1105.

que el indiciado lo cometió o participó en su comisión (artículo 19); contando el Ministerio Público con la carga de la prueba penal, y el acusado con la facultad y garantía de presentar pruebas y defenderse en todo momento, y con igualdad procesal para defender la acusación (artículo 20 apartado A, fracción V); y otorgándose la facultad-obligación de investigar y consignar al Ministerio Público (artículo 2 Constitucional). De todos estos preceptos puede explícita e implícitamente desprenderse y configurarse con debida extensión la garantía de presunción de inocencia. Lo anterior se confirma con el siguiente criterio, que aunque fue realizado antes de la declaración explícita de la presunción de inocencia del artículo 20, apartado a, fracción v, constitucional, pone en evidencia la implementación del principio conforme a esta mezcla constitucional:

“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ESTE PRINCIPIO SE CONSTITUYE EN EL DERECHO DEL ACUSADO A NO SUFRIR UNA CONDENAS A MENOS QUE SU RESPONSABILIDAD PENAL HAYA QUEDADO DEMOSTRADA PLENAMENTE, A TRAVÉS DE UNA ACTIVIDAD PROBATORIA DE CARGO, OBTENIDA DE MANERA LÍCITA, CONFORME A LAS CORRESPONDIENTES REGLAS PROCESALES. De acuerdo con la tesis P. XXXV/2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, agosto de 2002, página 14, de rubro: “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”, este principio aparece implícito en los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102 apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en los diversos principios de debido proceso legal y el acusatorio dando lugar a que el acusado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que no tiene la carga de probar su inocencia, sino que incumbe al Ministerio Público acreditar la existencia de los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del inculcado. Al tenor de estos lineamientos se colige que el principio de inocencia se constituye por dos exigencias: a) El supuesto fundamental de que el acusado no sea considerado culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria; lo que excluye, desde luego, la presunción inversa de culpabilidad durante el desarrollo del proceso; y, b) La acusación debe lograr el convencimiento del juzgador sobre la realidad de los hechos que afirma como subsumibles en la prevención normativa y la atribución al sujeto, lo

*que determina necesariamente la prohibición de inversión de la carga de la prueba. Ahora bien, el primer aspecto representa más que una simple presunción legal a favor del inculpado, pues al guardar relación estrecha con la garantía de audiencia, su respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, que en el juicio que se siga, se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, para garantizar al acusado la oportunidad de defensa previa al acto privativo concreto; mientras que el segundo se traduce en una regla en materia probatoria, conforme a la cual la prueba completa de la responsabilidad penal del inculpado debe ser suministrada por el órgano de acusación, imponiéndose la absolución si ésta no queda suficientemente demostrada, lo que implica, además, que deben respetarse los lineamientos generales que rigen para la prueba en el proceso penal y su correcta justipreciación, pues los elementos de convicción que se consideren para fundar una sentencia de condena, deben tener precisamente el carácter de pruebas y haber sido obtenidos de manera lícita. Así, la presunción de inocencia se constituye en el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su responsabilidad penal haya quedado demostrada plenamente, a través de una actividad probatoria de cargo, obtenida de manera lícita, conforme a las correspondientes reglas procesales y que sea capaz de enervar al propio principio”.*²⁵⁶

Este principio de presunción de inocencia se encuentra ampliamente reconocido en tratados internacionales, como lo es en el artículo 8.2 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos; en el principio 36 de Conjunto de Principios Para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión de la ONU; en el artículo 14, número 2 del Pacto Internacional de los derechos Civiles y Políticos; y en otras más; y entre otros temas relacionados con el principio se encuentra el de la legalidad de la prisión preventiva, como puede ser apreciado en el siguiente criterio de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos:²⁵⁷

²⁵⁶ Registro: 173507. Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXV, Enero de 2007. Materia(s): Penal. Tesis: I.4o.P.36 P. Pág. 2295.

²⁵⁷ Así lo ha reconocido el Poder Judicial de la Federación en el siguiente criterio: PRISIÓN PREVENTIVA. SU REGULACIÓN EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos denominado Derecho a la libertad personal, se advierte la existencia y regulación de la prisión preventiva, pues dicho numeral establece que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas, además prevé que toda persona detenida o retenida debe

“b) Respecto al derecho a la presunción de inocencia

178. El artículo 8.2 de la Convención dispone que:

[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.”

“179. Asimismo, el Principio trigésimo sexto para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, establece que:

1. Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa”.

“180. Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto figura en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que la prisión preventiva de los procesados no debe constituir la regla general (artículo 9.3). Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha

ser llevada sin demora ante un Juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, la cual tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso, y precisa que la libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver de fondo el caso Suárez Rosero vs. Ecuador, sostuvo que del artículo 8.2 de dicha convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, toda vez que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva; asimismo, estableció que el aludido concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, entre los que puede nombrarse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la imposición de la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pues de lo contrario se cometería una injusticia al privar de la libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, y que ello sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual es contrario a los principios generales del derecho universalmente reconocidos. Época: Novena Época. Registro: 166872. Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO SEGUNDO CIRCUITO. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXX, Julio de 2009. Materia(s): Penal. Tesis: XXII.1o.23 P. Pág. 2028.

sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos”.²⁵⁸

“181. Se ha probado que el señor Tibi permaneció detenido desde el 27 de septiembre de 1995 hasta el 21 de enero de 1998 (*supra* párr. 90.11, 90.25 y 90.27). Esta privación de libertad fue ilegal y arbitraria (*supra* párrs. 103 y 107). No había elementos probatorios que permitieran inferir razonablemente que el señor Tibi estaba involucrado en el Operativo “Camarón”. Pese a que el artículo 108 del Código de Procedimiento Penal prohibía la admisión como testigos a los coacusados, la acción del Estado se fundó en una sola declaración inculpatoria, que quedó desvirtuada posteriormente (*supra* párr. 90.8, 90.11 y 90.21). Esto demuestra que se trató de inculpar al señor Tibi sin indicios suficientes para ello, presumiendo que era culpable e infringiendo el principio de presunción inocencia”.

“182. Considerados en su conjunto, los datos correspondientes al procesamiento penal del inculpado no solo no acreditan que se le hubiera tratado como corresponde a un presunto inocente; sino muestran que en todo momento se actuó, con respecto a él, como si fuere un presunto culpable, o bien, una persona cuya responsabilidad penal hubiere quedado clara y suficientemente acreditada”.

“183. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Daniel Tibi”.²⁵⁹

La presunción de inocencia vincula a todos los poderes públicos, tal y como lo sostiene González Pérez, quien menciona: “... *paso a convertirse en un amplio derecho fundamental al constitucionalizarse su existencia en el artículo 24.2 de la Ley Suprema,*²⁶⁰ *haciéndose vinculante para todos los poderes públicos, y dotándola de la protección del amparo constitucional, representando por su contenido una insoslayable garantía procesal, que determina la exclusión inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se señale en sentencia*

²⁵⁸ Cfr. Caso Suárez Rosero, *supra* nota 145, párr. 77.

²⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi vs Ecuador. Sentencia de 7 de Septiembre del 2004. Párrafos 178 a 183.

²⁶⁰ Refiriéndose a la Constitución Española.

condenatoria".²⁶¹ Aunque debemos señalar que la presunción de inocencia no sólo opera durante el desarrollo del proceso, sino que es un derecho ininterrumpido que no puede ser violentado en ningún momento, aunque se forme o no parte de un proceso, y por tanto, aún antes del inicio de un proceso formal toda persona debe considerarse inocente durante investigaciones policiales, y por tanto, para ser molestada, por ejemplo, en una orden de cateo debe existir mandamiento de Juez, derivado de elementos objetivos que justifiquen la violación del domicilio, porque no sólo hablamos de la garantía de inviolabilidad del domicilio, sino que aún y tratándose de la investigación en curso por imputaciones hacía una persona, dichas imputaciones por sí mismas son insuficientes para justificar una medida de esta naturaleza, requiriéndose de diverso material probatorio que justifique la intromisión; además la garantía se extiende al ámbito administrativo, a cualquier detención legal o ilegal, judicial, militar o de cualquier otro tipo. Debemos de mencionar que con esta garantía se procura el acceso pleno a la justicia del procesado, pues aunado a que le implica la igualdad probatoria y procesal sin prejuicios derivados de la acusación, le asegura una sentencia basada solamente en la existencia de pruebas sobre la existencia de la conducta típica y su responsabilidad, y además hace al procesado beneficiario del principio in dubio pro reo derivado directamente del artículo 17 Constitucional, tal y como puede desprenderse del siguiente criterio:

“PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO. ESTÁ PREVISTO IMPLÍCITAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que de los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero, y 102, apartado A, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deriva el principio de presunción de inocencia, y de esta inferencia, relacionada con los artículos 17, segundo párrafo, y 23 del citado ordenamiento, se concluye la existencia del principio in dubio pro reo, el cual goza de jerarquía constitucional. En ese tenor, conforme al principio constitucional de presunción de

²⁶¹ GONZÁLEZ Pérez, Jesús. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. 3ª Ed. Civitas. España. 2001. p 261.

inocencia, cuando se imputa al justiciable la comisión de un delito, éste no tiene la carga probatoria respecto de su inocencia, pues es el Estado quien debe probar los elementos constitutivos del delito y la responsabilidad del imputado. Ahora bien, el artículo 17, segundo párrafo, constitucional previene que la justicia que imparte el Estado debe ser completa, entendiéndose por tal la obligación de los tribunales de resolver todas las cuestiones sometidas a su conocimiento, sin que les sea lícito dejar de pronunciarse sobre alguna. Por su parte, el referido artículo 23, in fine, proscribela absolución de la instancia, es decir, absolver temporalmente al reo en una causa criminal cuando los elementos probatorios aportados por la parte acusadora durante el juicio no resultan suficientes para acreditar su culpabilidad; por lo que la absolución debe ser permanente y no provisoria, además de que el propio artículo 23 previene que no es lícito juzgar dos veces a alguien por el mismo delito (principio de non bis in ídem). En este orden, si en un juicio penal el Estado no logra demostrar la responsabilidad criminal, el juzgador está obligado a dictar una sentencia en la que se ocupe de todas las cuestiones planteadas (artículo 17, segundo párrafo), y como ante la insuficiencia probatoria le está vedado postergar la resolución definitiva absolviendo de la instancia -esto es, suspendiendo el juicio hasta un mejor momento-, necesariamente tendrá que absolver al procesado, para que una vez precluidos los términos legales de impugnación o agotados los recursos procedentes, tal decisión adquiera la calidad de cosa juzgada (artículo 23)”²⁶².

El cumplimiento de la voluntad de la ley no se logra imponiéndose en todos los casos en contra de quienes la trasgreden, o se ajustan a la conducta descrita por la misma; si bien hemos visto en los presupuestos de la tutela judicial efectiva que es necesaria una pretensión, vista como la solicitud de una declaración, constitución o condena de efectos jurídicos derivados de la norma; una acción, vista como el ejercicio de la condición para el inicio de la facultad jurisdiccional, en este caso una imputación derivada del ejercicio de la acción penal; y, una jurisdicción, vista como la facultad de aplicar el derecho al caso concreto; existe otro presupuesto más, que es un proceso, y como veremos adelante tiene como principal objetivo permitir la confrontación mediante la aportación de los elementos

²⁶² Época: Novena Época. Registro: 177538. Instancia: PRIMERA SALA. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXII, Agosto de 2005. Materia(s): Constitucional, Penal. Tesis: 1a. LXXIV/2005. Pág. 300.

de convicción; por ende, los presupuestos de la tutela judicial efectiva implican que para que la voluntad de la ley impere deben seguirse todos los mecanismos que se han configurado para lograr esa voluntad, y sólo cuando mediante los mismos exista una pretensión, una acción, una jurisdicción, y un proceso en el que se demuestre plenamente que la ley ha sido trasgredida, entonces podemos decir que debe legalmente ordenarse la aplicación coercitiva de su voluntad; no sería lógico que la simple imputación fuera apta y suficiente para sostener la aplicación de las consecuencias de la voluntad de la norma, pues podría darse el caso de que la imputación fuese infundada, y se impusieran condenas ilegales en nombre de la ley, pero ésta no busca la imposición de su voluntad de manera contraria a su mandato, sino que pretende que de manera plena se encuentre demostrada la aplicación de sus consecuencias, por ello en materia penal, como en otras materias, se requiere de pruebas que justifiquen la aplicación coercitiva de la voluntad de la ley, ese es el mecanismo creado para dicho objetivo, y la presunción de inocencia con su derivado principio in dubio pro reo, posibilitan que la se cumpla la voluntad de la ley, pues garantizan que no se cometan injusticias en nombre de la voluntad legal. De ahí que en la configuración de la cargas probatorias en materia penal, la intervención y diligenciación de las mismas, su aportación, valoración y alcances, es en donde principalmente puede verse violentado el principio de presunción de inocencia, como bien lo sostiene Álvarez Sacristán:

“El derecho a la presunción de inocencia puede vulnerarse por diversos motivos, pero podemos entresacar los siguientes: 1) por la existencia de un auténtico vacío probatorio; 2) porque se hubiera basado la incriminación por pruebas ilícitamente obtenidas; 3) que la actividad probatoria lo sea con todas las garantías procesales; 4) la no contradicción con el principio de libre valoración de la prueba por los Tribunales; 5) cuando el juzgador al dictar la sentencia se ha basado en inferencias o convicciones basadas en el mínimo de prueba; 6) cuando se especifican las acusaciones sin base fáctica que lo ampare; 7) cuando no existe relación entre la culpabilidad y la intervención o participación en el hecho; 8) que se declare la culpabilidad sin

*tener en cuenta esos aspectos: la existencia del ilícito penal y la culpabilidad del acusado”.*²⁶³

Como bien puede desprenderse de nuestro estudio, la presunción de inocencia es un principio que se deriva de los procesos en donde se siguen principios dispositivos o acusatorios en materia penal, con tintes publicísticos o de protección de derechos de naturaleza especial, contrarios a los rudimentarios procedimientos inquisitorios, en los que la acusación prácticamente sostenía la sentencia, aunque si bien nuestros procesos penales se habían venido manejando con procesos con molde inquisitivo, hasta la reciente reforma que convirtió al proceso penal en acusatorio, esos moldes inquisitivos penales lo eran en relación con la actividad procesal, de impulso, y facultades probatorias del juez, pues aún en nuestros anteriores procesos de índole inquisitiva (anteriores a la reciente reforma que los convirtió en acusatorios), se seguía el principio de presunción de inocencia, como lo vimos atrás, pues recordemos que hemos dicho que los modelos procesales en mucho de su contenido se encuentran configurados con principios especiales en específicos actos o derechos procesales, principios que pueden ser contrarios al molde procesal en que se encuentran previstos. Por cuanto a lo dicho resultan ilustrativas las palabras del Juez Sergio García Ramírez, emitidas en voto razonado en el dictado de la sentencia de 7 de Septiembre del 2004, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“32. La idea de una “presunción de inocencia” --o acaso mejor, en beneficio de quienes objetan el carácter “presuncional” de este concepto, de un “principio de inocencia o inculpabilidad”-- tiene dos siglos de vida azarosa. Difícilmente habría un principio que guardase mayor congruencia con la justicia penal democrática, que pone a cargo del Estado acusador la comprobación de las imputaciones y del Estado juzgador la decisión sobre éstas. Nuestra Convención Americana acoge el principio: “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” (artículo 8.2). La Corte Interamericana ha afirmado en la sentencia del caso Suárez Rosero, del 12 de noviembre de

²⁶³ ALVAREZ Sacristán, Isidoro. La Justicia y su Eficacia “De la Constitución al Proceso”. 1ª Ed. Colex. España. 1999. p 113.

1987, y lo reitera en la sentencia del presente caso, que el principio de presunción de inocencia constituye el fundamento de las garantías judiciales. En efecto, éstas se organizan en torno a la idea de la inocencia, que no bloquea la persecución penal, pero la racionaliza y encauza. La experiencia histórica milita en este sentido².

“33. Este principio se localiza a la cabeza de las disposiciones sobre procesados, en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de 1955: “El acusado gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia” (regla 84.2). Y el Principio 36 del conjunto destinado a la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, de 1988, resuelve: “Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme a derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa””.

“34. No pierdo de vista, por supuesto, los escollos que se oponen a la vigencia plena de esta presunción o de este principio. Lo son, incuestionablemente, las muy cuestionadas medidas precautorias en el proceso penal, a la cabeza de ellas la siempre combatida prisión preventiva. Y lo es el hecho mismo de que el enjuiciamiento se construye a partir de una idea de signo contrario: el indicio racional de criminalidad, la probable responsabilidad penal, la presencia de datos que permiten sustentar la participación de cierta persona en determinado delito, y así sucesivamente”.

“35. Con todo, esa presunción o ese principio representan una referencia de valor supremo para informar la construcción del proceso, resolver las dudas que se plantean en el curso de éste, rescatar las garantías y reducir las injerencias desmedidas. El carácter y la desembocadura de los actos procesales y del proceso en su conjunto son muy diferentes cuando se trata al enjuiciado “como si fuera culpable”, que es un rasgo del sistema inquisitivo, y cuando se le trata “como si fuera inocente”, que lo es del acusatorio. En fin de cuentas, lo que pretende la presunción o el principio de inocencia es excluir el prejuicio --juicio anticipado, general y condenatorio, que se dirige en contra del inculpado, sin miramiento sobre la prueba de los hechos y de la responsabilidad-- y ahuyentar la sanción adelantada que se funda en vagas apariencias”.²⁶⁴

²⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi vs Ecuador. Sentencia de 7 de Septiembre del 2004. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez. Párrafos 32 a 35.

3.5.9 GRATUIDAD DE LA JUSTICIA

Un aspecto de fundamental importancia para el acceso pleno a la tutela judicial efectiva es que la justicia pueda ser alcanzada por todos, sin importar su nivel económico, posición social, académica, cultural, ni ningún otro tipo de cuestión que pueda diferenciar a unas personas de otras, pues tal y como el cumplimiento de la ley no tiene preferencias, ni distinciones, tampoco puede preferenciarse o distinguirse la plenitud en el acceso a los Tribunales. Álvarez Sacristán considera: *“el concepto constitucional del artículo 119 de que la justicia es gratuita se refiere a que la actuación de los órganos jurisdiccionales son gratis y no hay que abonar tasa o exacción alguna por acceder a ellos”*²⁶⁵. A esa prohibición de realizar cobros por la tramitación de los asuntos por parte de todas las personas que forman parte de la función jurisdiccional, es a lo que se refiere el segundo párrafo del artículo 17 de nuestra Constitución, precepto que incluye como parte de la garantía de acceso a la justicia la gratuidad de dichos servicios, al sostener lo siguiente:

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

Como hemos visto en nuestro país la impartición de justicia se lleva a cabo por jueces que son profesionales en el ámbito del derecho, por lo que prestan un servicio relacionado con su profesión jurídica, pero no pueden cobrar honorarios profesionales a las partes del juicio. Los jueces cuentan con un salario que paga el Estado por la prestación de sus servicios profesionales en el ejercicio de la función jurisdiccional; no es que se les limite en sus garantías de libertad de comercio y profesión, sino que sus servicios son pagados por el Estado, al prestar estos no se formaliza una relación profesional contractual con las partes del juicio (de hecho tienen prohibido tener relaciones profesionales con las personas integrantes de la

²⁶⁵ Óp. Cit. p 98.

relación jurídica procesal, en todo caso serían subjetivamente incompetentes como se desprende del artículo 131 del Código de Procedimientos Civiles del Estado), sino que son completamente independientes de posición, y son funcionarios públicos empleados del Estado, ello garantiza la imparcialidad a que se refiere el propio artículo 17 antes mencionado. Lo anterior puede ser confirmado con la siguiente jurisprudencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

*“IMPARCIALIDAD. CONTENIDO DEL PRINCIPIO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL. El principio de imparcialidad que consagra el artículo 17 constitucional, es una condición esencial que debe revestir a los juzgadores que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, la cual consiste en el deber que tienen de ser ajenos o extraños a los intereses de las partes en controversia y de dirigir y resolver el juicio sin favorecer indebidamente a ninguna de ellas. Así, el referido principio debe entenderse en dos dimensiones: a) la subjetiva, que es la relativa a las condiciones personales del juzgador, misma que en buena medida se traduce en los impedimentos que pudieran existir en los negocios de que conozca, y b) la objetiva, que se refiere a las condiciones normativas respecto de las cuales debe resolver el juzgador, es decir, los presupuestos de ley que deben ser aplicados por el juez al analizar un caso y resolverlo en un determinado sentido. Por lo tanto, si por un lado, la norma reclamada no prevé ningún supuesto que imponga al juzgador una condición personal que le obligue a fallar en un determinado sentido, y por el otro, tampoco se le impone ninguna obligación para que el juzgador actúe en un determinado sentido a partir de lo resuelto en una diversa resolución, es claro que no se atenta contra el contenido de las dos dimensiones que integran el principio de imparcialidad garantizado en la Constitución Federal”.*²⁶⁶

El hecho de que la justicia debe ser gratuita contribuye ampliamente a que todos puedan acceder a ella, y coadyuva conjuntamente con el acceso a la defensa, la suplencia de la queja, y otras instituciones, a hacer mucho más

²⁶⁶ Época: Décima Época. Registro: 160309. Instancia: PRIMERA SALA. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a./J. 1/2012 (9a.). Pág. 460.

asequible la impartición de justicia para todas aquellas personas que cuenten con una pretensión legal. Nuestro artículo 17 Constitucional contempla diversos principios que deben siempre ser tomados en consideración en la impartición de justicia, como que ésta debe ser pronta, completa, imparcial y gratuita, postulados que también se encuentran previstos y reconocidos en la propia Convención Americana de los Derechos Humanos, con excepción de la gratuidad, la que si bien no es explícitamente mencionada, sí puede ser inferida de los artículos 1, 8 y 25 que establecen:

Artículo 1º Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 8º Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Artículo 25º Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Como puede ser observado se prohíbe la discriminación cultural, económica, se da el derecho a ser oído por un juez competente sin dichas discriminaciones, además se garantiza el acceso a los recursos o procedimientos, a la decisión en los mismos por parte de los jueces, a desarrollar las posibilidades del recurso, lo que implica desde la existencia del recurso, hasta el acceso al mismo sin discriminaciones; de ahí que podamos encontrar previstas y especificadas en esas normas internacionales todas las garantías consagradas en el artículo 17 Constitucional, debiendo en consecuencia las autoridades Estatales interpretar sistemáticamente el mencionado precepto constitucional, con los diversos artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, tal y como se ordena en la siguiente jurisprudencia:

“ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. LAS GARANTÍAS Y MECANISMOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 8, NUMERAL 1 Y 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, TENDENTES A HACER EFECTIVA SU PROTECCIÓN, SUBYACEN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, interpretado de manera sistemática con el artículo 1o. de la Ley Fundamental, en su texto reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, en vigor al día siguiente, establece el derecho fundamental de acceso a la impartición de justicia, que se integra a su vez por los principios de justicia pronta, completa, imparcial y gratuita, como lo ha sostenido jurisprudencialmente la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 2a./J. 192/2007 de su índice, de rubro: "ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES.". Sin embargo, dicho derecho fundamental previsto como el género de acceso a la impartición de justicia, se encuentra detallado a su vez por diversas especies de garantías o mecanismos tendentes a hacer efectiva su protección, cuya fuente se encuentra en el derecho internacional, y que consisten en las garantías judiciales y de protección efectiva previstas respectivamente en los artículos 8,

numeral 1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, cuyo decreto promulgatorio se publicó el siete de mayo de mil novecientos ochenta y uno en el Diario Oficial de la Federación. Las garantías mencionadas subyacen en el derecho fundamental de acceso a la justicia previsto en el artículo 17 constitucional, y detallan sus alcances en cuanto establecen lo siguiente: 1. El derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; 2. La existencia de un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales; 3. El requisito de que sea la autoridad competente prevista por el respectivo sistema legal quien decida sobre los derechos de toda persona que lo interponga; 4. El desarrollo de las posibilidades de recurso judicial; y, 5. El cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. Por tanto, atento al nuevo paradigma del orden jurídico nacional surgido a virtud de las reformas que en materia de derechos humanos se realizaron a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, en vigor al día siguiente, se estima que el artículo 17 constitucional establece como género el derecho fundamental de acceso a la justicia con los principios que se derivan de ese propio precepto (justicia pronta, completa, imparcial y gratuita), mientras que los artículos 8, numeral 1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevén garantías o mecanismos que como especies de aquél subyacen en el precepto constitucional citado, de tal manera que no constituyen cuestiones distintas o accesorias a esa prerrogativa fundamental, sino que tienden más bien a especificar y a hacer efectivo el derecho mencionado, debiendo interpretarse la totalidad de dichos preceptos de modo sistemático, a fin de hacer valer para los gobernados, atento al principio pro homine o pro personae, la interpretación más favorable que les permita el más amplio acceso a la impartición de justicia”²⁶⁷.

²⁶⁷ Época: Décima Época. Registro: 2001213. Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO . Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2. Materia(s): Constitucional. Tesis: VI.1o.A. J/2 (10a.). Pág. 1096.

De esta manera queda prohibido cualquier costa en la impartición de justicia, como el que anteriormente se venía realizando en materia de emplazamientos por movilización de actuarios, también llamado gastos de traslado, y que fuera declarado inconstitucional por el Poder Judicial de la Federación²⁶⁸: Pero sin que la prohibición de costas judiciales deba ser confundida con los gastos y costas que se originan con motivo de la tramitación del juicio, a los que válidamente puede ser condenada la parte que no resulta vencedora en un juicio del orden civil, familiar, mercantil, etc., pues en estos casos no opera la prohibición, toda vez que lo que la norma proscribe son los cobros por parte de las autoridades jurisdiccionales, esto es, cualquier gasto, precio o emolumento que erogue el funcionamiento de la maquinaria judicial en la tramitación del juicio en cualquier etapa del proceso, por lo que se considera que sí resulta legal la condena que se hace a la parte que no resultó vencedora en juicio a pagar los gastos desembolsados por su contraparte; esto porque la naturaleza de la ley es el ser cumplida voluntariamente, y toda persona debe ser responsable de los gastos que realiza quien tiene que acudir a los tribunales a hacer valer los derechos en contra de la voluntad de quien los debiera cumplir voluntariamente. Esto puede verse evidenciado en la siguiente jurisprudencia:

²⁶⁸ Cfr. "GRATUIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 29 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE TAMAULIPAS, ES VIOLATORIO DE ESA GARANTÍA. El artículo 29 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Tamaulipas, al establecer que todas las diligencias que deba practicar el actuario o cualquier funcionario judicial fuera de la oficina, se ejecutarán siempre que los interesados proporcionen los medios de conducción, viola la garantía de gratuidad de la administración de justicia consagrada en el artículo 17, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, atendiendo a lo que el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido al resolver el amparo directo en revisión 539/98, que dio origen a la tesis aislada P. XVI/2000, de rubro: "GRATUIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN, ES VIOLATORIO DE ESA GARANTÍA.", visible en la página 91 del Tomo XI, marzo de 2000, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, al señalar que ese tipo de actuaciones judiciales, por formar parte de la administración de justicia, el Estado está obligado a proporcionarlas de manera gratuita; criterio que por identidad jurídica deviene aplicable al texto del artículo en estudio." Época: Novena Época. Registro: 166652. Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y CIVIL DEL DECIMO NOVENO CIRCUITO . Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXX, Agosto de 2009. Materia(s): Civil. Tesis: XIX.1o.A.C.52 C. Pág. 1611.

*“COSTAS PROCESALES. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 241, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE MÉXICO, VIGENTE HASTA EL QUINCE DE JULIO DEL DOS MIL DOS. El artículo 17 de la Constitución Federal, en su segundo párrafo, estatuye: "Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.". En este sentido, la condena al pago de costas establecida en el artículo 241, fracción III, del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, no contraviene el espíritu del legislador constitucional, conforme a lo ordenado por el referido artículo 17 de la Norma Fundamental, ya que tal condena en realidad tiene como finalidad resarcir a la parte tercera perjudicada por los gastos que se le originaron con la tramitación del juicio natural, y lo que realmente prohíbe el precepto constitucional citado es la retribución al órgano jurisdiccional por la prestación de sus servicios en la impartición de justicia, pues dicha condena en costas tiene como finalidad resarcir los gastos efectuados por quien obtuvo una sentencia definitiva favorable en la que se le reconoció su derecho y que además tuvo que vencer la resistencia del obligado a cumplirle. Por ello, las costas o gastos procesales deben imponerse en la sentencia, pues las partes tuvieron la misma oportunidad procesal y el acceso a la impartición de justicia en forma gratuita”.*²⁶⁹

Un aspecto más que resulta importante señalar es que no solo las autoridades formal y materialmente jurisdiccionales, como lo son las que conforman los diversos poderes judiciales, están obligadas a cumplir con todas y cada una de las garantías que en materia de tutela judicial efectiva contempla el artículo 17 de nuestra Constitución, sino que también lo están aquellas que sólo realizan funciones materialmente jurisdiccionales, aunque formalmente pertenezcan a otro poder del Estado, como el Ejecutivo; ejemplo de este tipo de autoridades lo son las juntas locales y federales del trabajo, los tribunales de arbitraje, algunos tribunales contenciosos administrativos no adscritos al Poder

²⁶⁹ Época: Novena Época. Registro: 185210. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XVII, Enero de 2003. Materia(s): Constitucional, Civil. Tesis: II.2o.C. J/16. Pág. 1638.

Judicial, e incluso instituciones como la Procuraduría Federal del Consumidor, la del Medio Ambiente, la propias Procuraduría General de la República, y las de los Estados, etc.; incluso diremos que las todas las autoridades que intervengan en el acceso a la justicia por parte de los ciudadanos, como las ejecutivas o legislativas, están obligadas a respetar en el ámbito de sus funciones todos y cada uno de los principios protectores consagrados en el artículo 17 Constitucional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; como puede ser desprendido del siguiente criterio jurisprudencial:

“ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES. La garantía individual de acceso a la impartición de justicia consagra a favor de los gobernados los siguientes principios: 1. De justicia pronta, que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto establezcan las leyes; 2. De justicia completa, consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos cuyo estudio sea necesario, y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado; 3. De justicia imparcial, que significa que el juzgador emita una resolución apegada a derecho, y sin favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido; y, 4. De justicia gratuita, que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público. Ahora bien, si la citada garantía constitucional está encaminada a asegurar que las autoridades encargadas de aplicarla lo hagan de manera pronta, completa, gratuita e imparcial, es claro que las autoridades que se encuentran obligadas a la observancia de la totalidad de los derechos que la integran son todas aquellas que realizan actos materialmente jurisdiccionales, es decir, las que en su ámbito de competencia tienen la atribución necesaria para dirimir un conflicto

*suscitado entre diversos sujetos de derecho, independientemente de que se trate de órganos judiciales, o bien, sólo materialmente jurisdiccionales”.*²⁷⁰

Con la garantía de gratuidad de la impartición de justicia además de que se permite el acceso a todas las personas a los tribunales, sin importar cualquier posición o condición, se crea un ambiente de igualdad, equidad e imparcialidad, pues se impide que se haga negocio por parte de los encargados de aplicar la ley; si se admitieran los cobros judiciales imperarían condiciones económicas y de mercado, disminuyéndose las posibilidades reales del debido imperio de la voluntad de la ley, pues se correría el riesgo de que se trabaje a las ordenes de los mayores intereses económicos, lo que sería contrario a la actitud imparcial y de mera aplicación de la ley que deben tener los tribunales judiciales; a este respecto Ovalle Favela a menciona:

“En estos párrafos se encuentra la razón evidente de la abolición de las costas judiciales: la impartición de justicia debe dejar de ser una mercancía que se pone a la venta por los tribunales y que compran los justiciables, para convertirse en un servicio que el Estado presta en forma completamente gratuita. En otro lugar hemos afirmado que la justicia no deber ser mercancía sometida a las leyes de la oferta y la demanda o sujeta a un ilusorio control de precios. En la administración de justicia el problema no es controlar o reglamentar el precio de los servicios, sino desterrarlo completamente.”

“La abolición de las cosas judiciales ha sido entendida como una prohibición para que los tribunales cobren contribuciones o contraprestaciones por los servicios que presten en el ejercicio de la función jurisdiccional; prohibición que no impide que se generen y cobren costas procesales, como lo son los gastos por la publicación de edictos, el pago de derechos fiscales por inscripciones en el Registro Público de la Propiedad, los honorarios de los abogados, de los peritos, etc.; y tampoco impide que las leyes procesales prevean que los juzgadores pueden condenar, a la parte que resulte vencida o que haya

²⁷⁰ Época: Novena Época. Registro: 171257. Instancia: SEGUNDA SALA. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXVI, Octubre de 2007. Materia(s): Constitucional. Tesis: 2a./J. 192/2007. Pág. 209.

*actuado con temeridad o mala fe, al pago de las costas procesales erogadas por la contraparte.*²⁷¹

Por su parte PICÓ I JUNOY haciendo referencia a las sentencias del Tribunal Constitucional Español 217/2007 y 144/200 menciona que: *“La garantía de acceso al proceso podría quedar vacía de contenido si quienes carecen de recursos económicos suficientes para litigar no tuviesen reconocido el derecho a la justicia gratuita”,* y por otro lado habla sobre la obligación del legislador de *“determinar el contenido y concretas condiciones de ejercicio, atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas posibilidades presupuestarias”*²⁷². Y en efecto, acceder al proceso, a la justicia, en una forma eficaz y plena, no podría lograrse si de inicio sólo quienes contaran con recursos suficientes pudieran pagar la intervención de los órganos judiciales, y acceder a una defensa, por ello la constituciones de los diversos países y los propios tratados internacionales elevan a las máximas categorías el derecho a una justicia gratuita, y el propio acceso a la defensa adecuada, pues con esos mecanismos se otorga un amplio rango de seguridad a los particulares; es por ello que como lo señala el autor corresponde al legislador velar por que en las legislaciones ordinarias se prevea la gratuidad, se impida el establecimiento de costos en los tramites judiciales, y se generen medios para que quienes carecen de recursos suficientes, puedan acceder de forma igualitaria a la impartición imparcial de justicia, resultado por esto imprescindible que la labor legislativa se vea reflejada en las leyes ordinarias, aunque sabemos que contamos con medios de control de constitucionalidad y de convencionalidad que nos permiten lograr la protección de tan preciados derechos cuando la leyes ordinarias son omisas en su establecimiento.

²⁷¹ OVALLE Favela, José. *Garantías Constitucionales del Proceso*. 3ª Ed. Oxford. México. 2007. Pp 158 y 159.

²⁷² PICO I Junoy, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. 2ª Ed. Bosch. España. 2012. p 69.

3.6 EL PROCESO

Conjuntamente con la pretensión, la acción y la jurisdicción, el proceso constituye uno de los medios para la debida actuación de la ley; antes que cualquier cosa el proceso representa la vía idónea para la actuación coercitiva del derecho sustantivo. Si bien sabemos que el derecho en su sustancia proscribire y ordena, señala y precisa, describe, define y delimita, prohíbe, permite y garantiza, sanciona y pena, etc., estas normas en sí mismas serían letra muerta si no fueran coercitivas, pues dependen para su acatamiento de la voluntad de las personas que actúan o dejan de actuar bajo sus imperativos, es por ello que ante la mencionada cualidad de coercitividad de las normas sustantivas, requieren estas ser acompañadas de diversos medios que les permitan hacer cumplir su voluntad, por lo que hemos visto que la pretensión, la acción y la jurisdicción son algunos de ellos (todos configuran el entramado necesario para la actuación de la ley), pero el proceso como medio para la finalidad coercitiva de la ley, constituye la forma de hacer valer esa voluntad de la norma, el proceso es derecho de formas, pues nos dice cómo la pretensión, la acción, y la propia jurisdicción del juez deben desenvolverse para que las partes de la relación jurídica procesal, y todos los demás intervinientes en el proceso, puedan conocer las formas de actuar, y la propia forma en que la autoridad jurisdiccional se debe desenvolver. En relación a esto DEVIS ECHANDÍA refiere:

“Gracias al derecho procesal se elimina la justicia privada, que es barbarie, y el Estado puede obtener y garantizar la armonía y paz sociales. Sin aquél serían imposibles estas, porque las normas jurídicas que conforman el derecho positivo son por esencia violables y, por tanto, también los derechos y las obligaciones que de ellas emanan, de manera que es indispensable el derecho procesal para regular los efectos de esas violaciones y la manera de restablecer los derechos y las situaciones jurídicas vulneradas. Por esta razón el derecho sustancial sería inocuo sin el procedimiento legal para su tutela y restablecimiento, y no se concibe un derecho subjetivo sin la

*acción para originar el proceso mediante el cual pueda conseguir su amparo y su satisfacción”.*²⁷³

El proceso sirve al derecho, pues establece los diversos pasos y formas para hacerlo valer coercitivamente, se denomina a las leyes procesales como derecho adjetivo, en oposición al sustantivo, y en su mayoría contiene las instrucciones o indicaciones para hacer valer la ley; la tutela judicial del derecho solo puede ser actuada por el Juez a través del proceso, éste es un instrumento para la tutela judicial efectiva del derecho, el objeto directo de dicha tutela en su forma coercitiva, sólo puede ser alcanzado por medio del proceso, por esto es que algunos de los principios más significativos del acceso pleno a la jurisdicción tienen lugar dentro del proceso, todo lo que hasta este momento se ha venido señalando tiene lugar dentro del proceso. Pero el proceso además tutela el acceso a los particulares a la justicia, lo que denominamos objeto indirecto de la tutela judicial, la actuación de la ley a favor de las partes legítimas a quienes protege, y que encuentran en el proceso el camino para hacer valer esos derechos; pero además el proceso genera certeza, seguridad jurídica, confianza, posibilidad, y representa una herramienta al servicio de la ley y de los particulares. El derecho procesal es público, y la esencia de su naturaleza es la de ser un medio coercitivo para la actuación del derecho sustantivo. Su naturaleza es también metodológica y técnica. Pues sienta las bases para hacer valer el derecho, y le da a los actores del derecho las instrucciones precisas para ejecutar esas bases. Podemos también decir que el derecho procesal es un derecho de formas o medios, que es instrumental, pues como lo dice el mismo DEVIS ECHANDÍA *“Las normas procesales son normas medios, porque sirven de medio para la realización de las normas objetivas materiales; y son normas instrumentales, porque sirven de instrumento para la realización del derecho objetivo en casos concretos”.*²⁷⁴

²⁷³ DEVIS Echandía, Hernando. *Teoría General del Proceso*. 1ª Ed. Temis. Bogotá. 2012. p 6.

²⁷⁴ Óp. Cit. p 4.

Pero además el proceso genera orden, armonía y paz en los pueblos, pues sin su existencia el derecho sustantivo generaría caos, no justicia, ni virtudes, dado que para su acatamiento cada quien haría uso de los medios coercitivos propios para hacer valer sus derechos, entre ellos la violencia; por eso proponemos que el derecho procesal tiene una naturaleza de “medio coercitivo” para la actuación de la ley. No desconocemos las destacables voces que le otorgan una naturaleza de institución jurídica, y de hecho creemos que es una institución, tales como COUTURE, DE PINA, WACH, JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, GUASP, y otros; y ciertamente como un conjunto o núcleo de derechos o normas, el proceso sí es una institución, al igual que podemos hablar que dentro del proceso existen otras muchas instituciones jurídicas, tales como los incidentes, las tercerías, los recursos, etc., pues como tales son un conjunto de normas semejantes que reglamentan o regulan una figura jurídica, pero ante todo el proceso para nosotros tiene una naturaleza de medio coercitivo para la actuación de la ley, pues como institución jurídica le sirve a la ley para encontrar su actuación coercitiva (sin pretender discutir otras teorías que otorgan al proceso la categoría de contrato, cuasi contrato, situación jurídica, entidad jurídica compleja, relación jurídica, etc.). CHIOVENDA lo describe como “*el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley*”,²⁷⁵ y esencialmente así es, las leyes procesales describen, definen, e instrumentan un conjunto de actos, concatenados de manera ordenada, los cuales deben ser seguidos para lograr la actuación de la ley. Si observamos un moderno código de procedimientos civiles, encontraremos que procurando seguir un orden ascendente, estos cuerpos normativos inician estableciendo una serie de reglas y definiciones generales y especiales que indican a los ciudadanos y a las Autoridades Jurisdiccionales, la forma correcta de hacer valer los derechos a través de las formas procesales, normalmente inician con disposiciones generales que describen la legitimación, la acción, la jurisdicción, la competencia (que es una medida de la jurisdicción) objetiva y subjetiva, la formalidades judiciales de los actos procesales, los medios de comunicación procesal, a la vez que recogen e instrumentan los principios

²⁷⁵ Óp. Cit. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. p 41.

procesales aplicables en la materia, para pasar luego a establecer la forma de presentar las demandas, su contenido, la contestación, el ofrecimiento, desahogo y características de las pruebas judiciales, la correspondiente etapa de alegatos, las sentencias, sus recursos y su ejecución, así como de manera especial se establecen una serie de procesos o medios especiales para atender determinados tipos de derechos, tales como los ejecutivos, los ordinarios, orales, familiares, etc.; en esencia podemos decir que las leyes procesales al ser una serie de pasos concatenados, como lo sostiene CHIOVENDA, son lógicas, pues se estructuran de tal manera que pretenden permitir conocer a cualquiera, unas más precisamente que otras, los pasos que deben seguirse para lograr la actuación de la ley. En este orden de ideas CALAMANDREI expresa:

*“El que observe el modo en que se desarrolla un proceso judicial, civil o penal, verá, en efecto, que el mismo consiste en una serie de actividades realizadas por hombre, que colaboran para la consecución del objeto común que consiste en el pronunciamiento de una sentencia o en poner en práctica una medida ejecutiva; esta colaboración no es simultanea, sino sucesiva, de modo que las distintas actividades que deben ser realizadas por las diversas personas que toman parte del proceso, se distribuyen en el tiempo y en el espacio siguiendo un cierto orden lógico, casi como un drama teatral las intervenciones de los actores se suceden no por casualidad, sino siguiendo el hilo de la acción, de modo que la frase sucesiva está justificada por la precedente y, a su vez, da ocasión a la que viene después; el orden en que se desarrolla el discurso de los interlocutores no podría alterarse ni destruir el sentido”.*²⁷⁶

El derecho procesal es un derecho de acción o movimiento, pues en general indica una serie de actividades para actuar la ley; y es además el único medio para que un Tribunal pueda actuar legítimamente la ley, tal y como lo afirma CHAMORRO BERNAL:

“El proceso es el camino necesario y obligado para obtener una resolución jurisdiccional, de tal forma que si el órgano judicial

²⁷⁶ CALAMANDREI, Piero. *Derecho Procesal Civil. Clásicos del Derecho*, Vol. 2. 1ª Ed. Harla. México. 1997. p 69.

*prescinde totalmente de él, ello comporta ya, por sí solo, una denegación de la tutela judicial efectiva”.*²⁷⁷

GOLDSCHMIDT siguiendo a WAHCH se refiere al concepto metafísico del proceso y sostiene que conforme a este se “*induce a considerarlo como medio para realizar la exigencia de protección jurídica o, lo cual es esencialmente lo mismo, para hacer efectiva la ley*”,²⁷⁸ pero por otro lado al referirse a lo que llama concepto empírico lo identifica con la constitución de la cosa juzgada, para la satisfacción de la pretensión.²⁷⁹ Con esto queda de relevancia que el proceso a la vez que cuenta con un fin superior, deontológico, o metafísico como lo llama el citado autor, que es precisamente la consecución de la voluntad de la ley, también busca permitir acceder a los particulares a la justicia, mediante la sentencia firme, que declara la procedencia de las pretensiones procesales. En efecto, GOLDSCHMIDT efectivamente reconoce que la actuación de la ley es el fin teleológico o metafísico o ideal del proceso; aunque sostiene que en la realidad el fin es la resolución o terminación de un conflicto, pues imagina los casos en que la ley se actúa fraudulentamente por las partes, por ejemplo al ganar el asunto con confesiones fictas irreales, pero no podemos negar el fin teleológico del proceso por actuaciones deshonestas, irregulares, o de fraude procesal, pues en esencia sabemos que todas las partes deben actuar en el proceso bajo el principio de la buena fe procesal, que tanto el proceso como el la figura del juez y su función, están diseñados bajo la premisa de que las partes y autoridades actúan de buena fe, por ello no puede pretender desatenderse el fin deontológico del proceso, por posibles actuaciones ajenas al principio de la buena fe procesal, como deja entrever GOLDSCHMIDT, y para entender mejor este principio es plausible hacer referencia a la obra de JOAN PICÓ I JUNOY denominada “La Buena Fe Procesal”, pues en el desenvolvimiento de la obra queda en relevancia la importancia y

²⁷⁷ CHAMORRO Bernal, Francisco. *El Artículo 24 de la Constitución. El Derecho de Libre Acceso a los Tribunales. Tomo I. 1ª Ed. Editorial Iura. Barcelona. 2005. p 187.*

²⁷⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso. 1ª Ed. Editorial Obregón Heredia. México. 1983. p 24.*

²⁷⁹ Óp. Cit. p 24.

debido funcionamiento del principio, pero en este momento nos es suficiente con citar unas palabras del autor que refuerzan lo antes dicho:

*“El proceso jurisdiccional es el mecanismo jurídico que el Estado pone a disposición de las personas para solucionar de forma pacífica sus conflictos, evitando así el recurso de la autotutela. Si ello es así, el Estado tiene un especial interés en procurar que el proceso se desarrolle de la forma legalmente prevista, no pudiéndose utilizar con fines distintos y en perjuicio de alguna de las partes. Por ello la efectividad de la tutela judicial impone el rechazo a la actuación maliciosa o temeraria de las partes, o dicho en otros términos, la mala fe procesal puede poner en peligro el otorgamiento de una efectiva tutela judicial, por lo que debe en todo momento proscribirse. Es por ello que Proto Pisani resume la idea de efectividad de la justicia entendiendo que se trata de aptitud del proceso para alcanzar los fines propios para los que fue instituido. En definitiva, en la medida en que el litigante pretenda utilizar de forma distorsionada o torcida las normas procesales, esta dificultando que el juez puede otorgar una efectiva tutela judicial de los intereses en conflicto”.*²⁸⁰

La tutela judicial efectiva del derecho y de las pretensiones legítimas de las partes del juicio sólo puede conseguirse a través del proceso, existen diversos principios, algunos ya analizados en estas páginas, y otros que veremos enseguida que dentro de proceso contribuyen ampliamente a garantizar a la ley y a los ciudadanos una tutela judicial efectiva, veremos enseguida algunos de ellos, como el debido proceso, la fundamentación y motivación, la garantía o derecho de audiencia, el principio de contradicción, y la equidad procesal y otros aplicables directamente a las sentencias judiciales y que se verán por separado, por constituir lo que denominamos la materialización de la tutela judicial efectiva, que se logra precisamente con la sentencia judicial, y todos ellos son los pilares que en conjunto con lo que hemos visto sostienen en nuestro derecho la institución de la tutela judicial efectiva, tanto en su aspecto directo como indirecto.

²⁸⁰ PICO I Junoy, Joan. *La Buena Fe Procesal*. 1ª Ed. Depalma. Argentina. 2011. p 70.

3.6.1 DEBIDO PROCESO

De inicio hacer referencia a “debido proceso” nos permite automáticamente asimilar la institución a la necesidad de seguir las instrucciones otorgadas por los códigos de procedimientos civiles y otras normas para desahogar un proceso debidamente; en este sentido podemos identificar al debido proceso como una serie de pasos, derechos, diligencias, resoluciones, otorgamiento y respeto de principios procesales, y, formalidades que deben ser observadas dentro del proceso por constituir las bases sobre la cuales esta configurada la resolución del conflicto, y por ser garantizado, incluso, por normas de carácter superior como constitucionales o derivadas de tratados internacionales o supranacionales. El debido proceso en su aspecto de garantías esenciales del procedimiento, ha sido identificado como ciertas garantías/formalidades/diligencias/derechos mínimos que deben ser respetados o desahogados comúnmente en cualquier tipo de proceso. Entre estas mínimas garantías se encuentran la audiencia, que entre sus más protegidos derechos incluye la necesidad de ser personalmente notificado del inicio de un procedimiento, el derecho de contradicción, es decir, de oponerse a cualquier pretensión que pueda perjudicar nuestros derechos, la de ser oído y vencido; por otro lado dentro de esas garantías esenciales encontramos la posibilidad y oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas que justifiquen nuestras pretensiones o que resten valor a las de nuestra contraparte, la de alegar, la de que se dicte una sentencia fundada y motivada, en la que tomándose en cuenta los medios de convicción y los argumentos y defensas, se determine si la ley debe ser actuada a favor o perjuicio de alguien, la oportunidad de acceso a la segunda instancia, y por supuesto la ejecución de la voluntad de la ley declarada en la sentencia. Por otro lado en otro tipo de procedimientos como el penal dentro de esas garantías esenciales encontramos el contar con abogado defensor, la oportunidad de no declarar y otras especiales dependiendo de la materia de que se trate. Lo dicho puede en efecto ser corroborado con la tesis de jurisprudencia 1a. LXXV/2013 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual sostiene:

“DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO. Dentro de las garantías del debido proceso existe un “núcleo duro”, que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, mientras que existe otro núcleo de garantías que resultan aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado. En cuanto al “núcleo duro”, las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la “garantía de audiencia”; las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica en forma definitiva. Al respecto, el Tribunal en Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia P./J. 47/95, de rubro: **“FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.”**, sostuvo que las formalidades esenciales del procedimiento son: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada por esta Primera Sala como parte de esta formalidad. Ahora bien, el otro núcleo es comúnmente identificado con el elenco mínimo de garantías que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto. Así, dentro de esta categoría de garantías del debido proceso se identifican dos especies: la primera, corresponde a todas las personas independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están, por ejemplo, el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; la segunda, resulta de la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y niños a que

*su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de la misma naturaleza”.*²⁸¹

No podemos sostener una fórmula exacta que nos determine que derechos o garantías incluyen el debido proceso en general, pues si bien de manera mínima pueden establecerse ciertos derechos, es también cierto que esta institución jurídica está constantemente en construcción y desarrollándose, aunado a que puede incluir mayores derechos que sean reconocidos por las propias leyes procesales, constituciones o por los propios tratados internacionales, además de que las constantes innovaciones en prácticas abusivas, contrarias a la justicia y la ley, dan origen al propio desarrollo del debido proceso, estos es, a la inclusión dentro de esta Institución de múltiples derechos que deben ser respetados para considerar a su vez cumplida la tutela judicial efectiva. A este respecto conviene citar las siguientes palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“27. El debido proceso --due process, de raíz anglosajona, que en algún país se traduce como garantías esenciales del procedimiento--, es una de las más formidables herramientas para la protección de los derechos. Además constituye, él mismo, un derecho y una garantía para el justiciable. Permite o realiza la tutela judicial efectiva. Implica acceso a la justicia formal, como audiencia, prueba y argumento, y material, como cauce para la obtención de una sentencia justa. Es limpieza y equilibrio en el empleo de las armas que se permiten al acusador y se depositan, igualmente, en las manos del inculgado, así como objetividad, serenidad y voluntad de dar a cada quien lo suyo por parte del tribunal; en suma, fair trial. Todas estas nociones, cada una con su propia caracterización y su emplazamiento en los órdenes jurídicos nacionales, tienen un denominador común en su origen, desarrollo y objetivo, y pueden congregarse en el concepto de debido proceso.

28. Habíamos ganado un amplísimo terreno en la procuración del debido proceso. La Corte se ha referido a éste -- así, en la Opinión Consultiva OC-16/99, acerca de “El derecho a la información sobre la asistencia consular”, del 1 de octubre de 1999, a la que agregué un Voto particular en el que analizo este

²⁸¹ Época: Décima Época. Registro: 2003017. Instancia: PRIMERA SALA. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. LXXV/2013 (10a.). Pág. 881.

punto-- como un sistema de garantía con poder expansivo. La estática del debido proceso, guarecido en ciertos actos, derechos y garantías inderogables, se ha reforzado con la dinámica moderna de ese concepto: un progreso constante que ha traído consigo, al paso de la consolidación de la democracia y el Estado de Derecho, nuevos derechos y garantías emergentes, que concurren a formar la idea y la práctica más avanzadas del debido proceso.

29. En esta evolución se añadieron y florecieron el derecho al silencio, la asistencia oportuna de abogado defensor, el derecho a la información inmediata sobre los cargos que motivan el procedimiento, las restricciones a la prisión preventiva, las garantías judiciales en la adopción de medidas cautelares o en la práctica de ciertos actos de investigación, el derecho a información sobre asistencia consular en beneficio de enjuiciados extranjeros, el carácter público y oral del proceso, el descrédito de la prueba confesional, para no mencionar sino algunos de los avances que ha llegado a incorporar el debido proceso, desbordando su núcleo original.

30. Habíamos ganado ese terreno, dije, aunque ahora es preciso observar, de nueva cuenta, que ningún progreso es definitivo --la lucha por el derecho, en más de un sentido, es la única divisa posible en este campo-- y que se ha iniciado una erosión inquietante de los derechos humanos en el ámbito del proceso. La persistencia de antiguas formas de criminalidad, la aparición de nuevas expresiones de la delincuencia, el asedio del crimen organizado, la extraordinaria virulencia de ciertos delitos de suma gravedad --así, el terrorismo y el narcotráfico--, han determinado una suerte de “exasperación o desesperación” que es mala consejera: sugiere abandonar los progresos y retornar a sistemas o medidas que ya mostraron sus enormes deficiencias éticas y prácticas. En una de sus versiones extremas, este abandono ha generado fenómenos como la “guantanamoización” del proceso penal, últimamente cuestionada por la jurisprudencia de la propia Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos.

31. Con alguna frecuencia se da cabida a prácticas y, peor aún, a normas derogatorias de derechos y garantías en el marco de la lucha contra delitos muy graves que parecen “justificar” este género de retrocesos. Las consecuencias de esto, que desde luego no ha logrado --dicho sea de paso-- ni prevenir, ni impedir ni reducir esos delitos, están a la vista en un extenso ámbito de la experiencia procesal contemporánea. No sólo se incorporan disposiciones que construyen, al lado del régimen procesal ordinario, provisto de garantías, un régimen procesal

*especial o excepcional, desprovisto de ellas, sino también aparece y arraiga, como es obvio, una práctica devastadora que echa mano de todo género de argumentos para “legitimar” las más severas violaciones. Estas, a menudo, quedan en la penumbra; en ocasiones emergen ante los ojos de la opinión pública y de los tribunales, como ha sucedido en el caso a cuya sentencia agregó este Voto”.*²⁸²

Es sabido que las garantías esenciales del procedimiento que forman parte del debido proceso, encuentran cabida en nuestra Constitución en los artículos 14, 16, 17, 19, 20 y 21 Constitucionales, por su parte en la Convención Interamericana de los Derechos Humanos las encontramos previstas en el artículo 8, el cual establece lo siguiente:

2. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
3. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
 - c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

²⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi vs Ecuador. Sentencia de 7 de Septiembre del 2004. Párrafos 27 al 31.

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Como puede ser apreciado este precepto establece una serie de derechos y formalidades que deben ser observadas en los procesos jurisdiccionales, de las cuales ya se ha venido hablando durante este trabajo, y mismas que además son coincidentes con las que recoge nuestra Constitución General de la República, y son aplicables a todos los procedimientos, aún y a los no penales y a los no jurisdiccionales.²⁸³ Pero como lo dijimos atrás, y como puede ser inferido de los diversos apartados de este trabajo, el debido proceso se forma por un bloque constitucional, formado tanto por derechos y formalidades derivados de preceptos de los Tratados Internacionales, así como por los propios de la Carta Magna, agregándose a esto que también pueden incluirse a estos y ser tratados como formalidades especiales de un procedimiento específico, todas aquellas normas y

²⁸³ Así lo ha sostenido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 104, y *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 71.102. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, "sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales" a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.

103. La Corte ha establecido que, a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del mismo precepto se aplican también a esos órdenes y, por ende, en éstos el individuo tiene derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal, en cuanto sea aplicable al procedimiento respectivo.

104. Atendiendo a lo anterior, la Corte estima que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana.

105. En este sentido, pese a que el artículo 8.1 de la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", dicho artículo es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos.

formalidades, derechos, etc., que son reconocidos por las propias constituciones, tratados internacionales, leyes procesales y principios generales, que aunque otorguen mayores derechos que las garantías esenciales, deben ser respetadas por las autoridades y las partes al estar reconocidas por ese tipo de normas para específicos tipos de procedimientos, materias, personas, o derechos; de esta forma pueden señalarse muchas formalidades en determinados procedimientos especiales, según hemos visto con las diversas instituciones que han analizado en este trabajo, como la suplencia de la queja, las cuestiones relativas al tipo de proceso adversarial, inquisitivo o publicista de que se trate, etc. Lo anterior nos precisa a destacar que desde nuestro punto de vista el debido proceso contiene dos aspectos: 1.- Las formalidades esenciales del procedimiento, y, 2.- Las formalidades especiales del procedimiento. Éstas últimas de las cuales si bien no hemos oído hablar o hacer referencia directa, sí pueden ser fácilmente desprendidas de lo que se ha comentado, pues en tanto que las formalidades esenciales, son aquellas que deben ser observadas por todos los tipos de procedimientos, sin importar la materia, ni si son o no jurisdiccionales, por ser garantías mínimas, derechos fundamentales, o derechos humanos reconocidos por las constituciones o tratados internacionales; las formalidades especiales son aquellas que dada la naturaleza de la materia, o de las personas, o del tipo de derecho ejercitado, se establecen en las diversas constituciones, tratados y leyes procesales especiales, dentro de las cuales deben estar incluidas las formalidades esenciales, pero regularmente se otorgan otros y mayores tipos de derechos y formalidades que también deben ser observados para considerar que se respetó el debido proceso.

De esta forma es fácil observar que si se quiere reclamar una ley en sí misma por ser violatoria del debido proceso, solamente podrá hacerse por considerar que está ley carece de las mínimas formalidades que para todo procedimiento han sido garantizadas por los tratados y nuestra constitución; en tanto habría que considerar si puede ser impugnada una ley por sí misma por faltar una formalidad que se considere especial del procedimiento, en nuestro

punto de vista la respuesta podríamos responderla con una regla la cual tiene excepciones; la regla es: que una ley generalmente no puede ser impugnada por considerarse que no contiene o carece de diversas formalidades especiales (no esenciales), sólo puede impugnarse por carecer de formalidades esenciales, salvo excepciones; las excepciones podemos encontrarlas en aquellos casos en que las leyes procesales carecen de formalidades y derechos que aunque no son esenciales, sí deben ser incluidos en la normatividad en atención al tipo de derecho, de persona, materia de que se trate, o por aplicación de un principio procesal; por ejemplo en el caso de derecho público o de interés social en cuyos procedimientos se omite la ejecución oficiosa de la sentencia; en caso de personas discapacitadas en procedimientos en que se omite protegerlos debidamente; en casos de materias como la agraria, laboral, etc. en donde se omitan preceptos reguladores de la carga de la prueba supliendo estas personas, o en aquellos procedimientos de orden adversarial, inquisitivo, o publicista, en los que la normatividad ha sido omisa en aplicar debidamente los principios derivados del tipo de proceso que se sigue.

El debido proceso incluye muchas y variadas garantías jurisdiccionales otorgadas a las partes, para asegurarles el pleno acceso a la jurisdicción, y la tutela judicial efectiva de la norma y de sus personales reclamos. Es común que en las avanzadas constituciones encontremos plasmadas las mínimas garantías que debe contener cualquier acto de autoridad jurisdiccional para garantizar que se ha permitido a las partes el acceso a una justicia efectiva, derivada de un proceso en el que se les haya permitido defenderse en toda la plenitud de la palabra, pues como bien lo sostiene JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, “La tutela sólo será efectiva si el órgano jurisdiccional reúne ciertas condiciones y antes de dictar sentencia sigue un proceso investido de las garantías que hagan posible la defensa de las partes”²⁸⁴

Es por ello que las constituciones contienen precisamente un entramado de

²⁸⁴ Óp. Cit. p 63.

preceptos que garantizan ese “proceso investido de garantías” de que habla el antes citado autor. Así tenemos que en nuestra carta magna como eje central del acceso a la tutela judicial efectiva se contiene el artículo 17, que nos garantiza que siempre existan tribunales para dirimir nuestras controversias y evitar la autotutela, que la justicia que se impartirá será pronta, expedita, imparcial y gratuita. Precepto del que además podemos interpretar la obligación de contar con el acceso al recurso o juicio. Además el artículo 14 establece la necesidad de que se respeten las garantías esenciales del procedimiento, de las que hemos hablado con anterioridad y que conforman una de las partes importantes del debido proceso; este mismo precepto establece la exacta aplicación de la ley penal, la cual también resulta ser una garantía esencial del procedimiento penal; preceptuando también la garantía de legalidad civil y la interpretación conforme a la propia ley y principios generales del derecho, de lo que podemos desprender la obligación del respeto de lo que atrás denominamos garantías especiales del procedimiento; el artículo 16 obliga a la fundamentación y motivación lo que también representa una garantía esencial del procedimiento, además de que este precepto contiene diversas garantías del procedimiento penal sin las cuales no puede existir un proceso debido penal, como los requisitos para una orden de aprehensión, la obligación de poner al inculcado a disposición del juez, la detención urgente por Ministerio Público; el plazo de 48 horas para que el Ministerio Público ponga a disposición del Juez a un detenido, los requisitos para las ordenes de cateo; el artículo 19 preceptúa los diversos requisitos para el decreto del formal prisión ahora llamado de vinculación a proceso; el artículo 20 establece formalidades esenciales del procedimiento penal como la forma acusatoria y oral, y todas las garantías especiales que deben ser respetadas durante el proceso penal, tanto al imputado como al ofendido; y por su parte el artículo 21 habla de los requisitos de la averiguación previa y la consignación; sin olvidar que una formalidad más del procedimiento es el derecho de petición, que consiste en el derecho que se tiene de que a toda petición recaiga un acuerdo oral o escrito (dependiendo el tipo de procedimiento, ya sea oral o escrito), y sea puesto a conocimiento del peticionario, según se desprende del artículo 8.

Todas estas por ser garantías o derechos fundamentales, deben ser consideradas como requisitos del debido proceso, algunos del tipo de “núcleo duro”, indicadas para todo tipo de proceso, y las de núcleo especial o punitivo²⁸⁵, indicadas especialmente para diversos tipos de proceso, como los del orden penal, dentro de estas podemos citar la especial protección a los menores derivados del artículo 4 Constitucional, de indígenas del artículo 2, de ejidatarios del artículo 27, de trabajadores del artículo 123, y de las cuales deben desprenderse formalidades del tipo publicista en los diversos Códigos donde se trate de este grupo de individuos. Estas son formalidades especiales del procedimiento, pues para abundar en este mismo concepto, pueden desprenderse tanto de la misma constitución o tratados internacionales, así como de los ordenamientos adjetivos, o principios generales del derecho.

Por lo que hace a los Tratados Internacionales nos basta en este momento con haber citado las derivadas del artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, aunque si podemos establecer que otras diversas formalidades especiales del procedimiento las podemos encontrar en diversos Tratados especiales para diversas materias, como la penal, la fiscal, etc.

Y en relación a las formalidades especiales del procedimiento derivadas de los diversos Códigos de Procedimientos, no nos resulta posible analizarlas cada una por la gran diversidad de normatividad en la materia, por lo que dependerá de los casos especiales, y de sus normas aplicables; considerando que en este punto resultaron muy importantes las indicaciones sobre el reconocimiento de las garantías especiales del procedimiento, y de las reglas para reclamar una ley por este tipo de violaciones, pues conjuntamente con toda la serie de principios recogidos en este estudio, resultan aptos y suficientes para reconocer las diversas oportunidades y argumentos para el reclamo de violaciones al debido proceso por

²⁸⁵ Por cuanto al uso de las palabras núcleo duro o punitivo, ello se desprende de la jurisprudencia 1a. LXXV/2013 (10ª.) citada en este mismo punto.

transgredirse las garantías especiales del procedimiento.

3.6.2 FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN

Uno de los aspectos más importantes del debido proceso, y que precisamente permite más ampliamente el acceso a la tutela judicial efectiva, es la fundamentación y motivación. Ambos están ligados directamente con la garantía de legalidad. Fundar es señalar con precisión los dispositivos que sirven de base para tomar las determinaciones; motivar es esencialmente argumentar, es un acto de inteligencia del juez mediante el cual expresa los motivos y razones que justifican la fundamentación del acto en un determinado sentido. Hasta aquí parece sencillo, pero como toda institución jurídica presenta ciertas problemáticas. En efecto, además de estar íntimamente ligada con la garantía de legalidad, la fundamentación y motivación presentan especial vínculo con la audiencia y derecho de contradicción. Fundar y motivar implica que las partes relacionadas o vinculadas al acto, ya porque son afectadas o beneficiadas, los terceros, las propias autoridades, y cualquiera a quien se dirija o pueda intervenir en el mismo, estén en posibilidad de conocer con absoluta precisión los motivos que llevan al juzgador a tomar una decisión y a fundamentar en un determinado sentido, se trata de un aspecto de la garantía de defensa, de audiencia, de contradicción, estas personas al ser enterados por los medios legales del acto, deben con su simple lectura quedar en posibilidad de defenderse, esa lectura debe hacerlos conocedores del núcleo argumentativo de la determinación, y dejarlos en posibilidad de contra argumentar. No sería oportuno tan sólo que se esgrimieran argumentos débiles, o que de manera escondida o disimulada esconda los verdaderos motivos que llevaron al juzgador a tomar una decisión, deben darse a conocer la médula de esos motivos. Saber es poder, y en consecuencia saber o conocer los motivos y fundamentos del juez, nos da el poder de defensa, nos informa, y nos permite a su vez emitir argumentos a nuestro favor, o en contra de los emitidos por la autoridad. A este respecto resultan clarificadoras las palabras y

explicaciones de la Jurisprudencia I.4º.A J./43, emitida por el Poder Judicial de la Federación:

“FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL ASPECTO FORMAL DE LA GARANTÍA Y SU FINALIDAD SE TRADUCEN EN EXPLICAR, JUSTIFICAR, POSIBILITAR LA DEFENSA Y COMUNICAR LA DECISIÓN. El contenido formal de la garantía de legalidad prevista en el artículo 16 constitucional relativa a la fundamentación y motivación tiene como propósito primordial y ratio que el justiciable conozca el "para qué" de la conducta de la autoridad, lo que se traduce en darle a conocer en detalle y de manera completa la esencia de todas las circunstancias y condiciones que determinaron el acto de voluntad, de manera que sea evidente y muy claro para el afectado poder cuestionar y controvertir el mérito de la decisión, permitiéndole una real y auténtica defensa. Por tanto, no basta que el acto de autoridad apenas observe una motivación pro forma pero de una manera incongruente, insuficiente o imprecisa, que impida la finalidad del conocimiento, comprobación y defensa pertinente, ni es válido exigirle una amplitud o abundancia superflua, pues es suficiente la expresión de lo estrictamente necesario para explicar, justificar y posibilitar la defensa, así como para comunicar la decisión a efecto de que se considere debidamente fundado y motivado, exponiendo los hechos relevantes para decidir, citando la norma habilitante y un argumento mínimo pero suficiente para acreditar el razonamiento del que se deduzca la relación de pertenencia lógica de los hechos al derecho invocado, que es la subsunción”.²⁸⁶

OVALLE FAVELA en un estudio dedicado a las garantías constitucionales del proceso, hace referencia a la fundamentación y motivación, sobre las cuales refiere:

“Desde un principio la exigencia de fundamentación ha sido entendida como el deber que tiene la autoridad de expresar, en el mandamiento escrito, los preceptos legales que regulen el hecho y las consecuencias jurídicas que pretenda imponer el acto de autoridad; en tanto que la exigencia de motivación ha sido referida a la expresión de las razones por las cuales la autoridad considera

²⁸⁶ Época: Novena Época. Registro: 175082. Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXIII, Mayo de 2006. Materia(s): Común. Tesis: I.4o.A. J/43. Pág. 1531

*que los hechos en que se base en encuentran probados y son precisamente los previstos en la disposición legal que afirma aplicar. Como puede observarse, ambos requisitos se suponen mutuamente, pues no es posible lógicamente citar disposiciones legales sin relacionarlas con los hechos de que se trate, ni exponer las razones sobre los hechos que carezcan de relevancia para dichas disposiciones. Esta correlación entre los fundamentos jurídicos y los motivos de hecho supone necesariamente un razonamiento de la autoridad para demostrar la aplicabilidad de los preceptos legales invocados a los hechos de que se trate”.*²⁸⁷

Por su parte GARBERÍ LLOBREGAT, en su obra sobre la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español refiere lo siguiente:

*“Las resoluciones judiciales, para ser conformes con el artículo 24.1 CE, han de encontrarse debidamente motivadas, es decir, en su texto han de exteriorizar las razones (los motivos) que justifiquen o expliquen el signo de la decisión adoptada por los Tribunales, si favorable o adversa a un litigante o al otro. En eso, fundamentalmente, consiste el requisito de la motivación, en que los Jueces den a conocer los motivos de su decisión, a fin de que tanto las partes interesadas como, en su caso, la sociedad entera pueda llegar a tener un cabal conocimiento de los mismos”.*²⁸⁸

“Dicha exigencia, como es obvio, es lógica consecuencia de la previsión constitucional que impone a los Jueces y Magistrados se encuentren sometidos únicamente al imperio de la ley (art. 117,1 CE), lo cual, entre otros efectos, hace que en el ejercicio de la potestad jurisdiccional rija el principio iura novit curia (o lo que es lo mismo, el da mihi factum, dabo tibi ius, que permite al juez fundamentar su decisión en las normas que considere aplicables con independencia de cual haya sido el Derecho cuya aplicación hayan sugerido los litigantes STC 287/2006, de 25 de septiembre) (v. Art. 218.1.II LEC), hace que aquellos no puedan resolver conflictos que se les sometan con arreglo a la equidad o a sus propias convicciones personales o ideológicas, o hace, también, que al proceso únicamente puedan acceder las controversias susceptible de resolución con arreglo a las normas del ordenamiento, debiendo quedar extramuros del mismo los litigios de otra naturaleza (afectivos, políticos...).En el seno de la tutela

²⁸⁷ OVALLE Favela, José. *Garantías Constitucionales del Proceso*. 3ª Ed. Oxford. México. 2007. p 97.

²⁸⁸ GARBERÍ Llobregat, José. *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 1ª Ed. Bosch. España. 2008. p 80.

*judicial efectiva, por tanto, y junto a los tratados páginas atrás, anida también el derecho fundamental a obtener una resolución fundada en Derecho, cuya vigencia comporta la existencia de un correlativo deber de los tribunales de motivar sus resoluciones”.*²⁸⁹

Resulta preciso destacar que en aquellos casos en que el sentido de la resolución depende de la valoración de elementos de convicción aportados por las partes, o bien, sobre la valoración de argumentaciones, defensas o excepciones emitidas por las partes, para tener por debidamente fundado y motivado el acto, deben expresarse los preceptos legales aplicables, y razonamientos que expliquen porque la aplicación de éstos últimos, pero además deberá ese razonamiento estar relacionado con una correcta valoración, otorgamiento de efectos y alcances de los medios de convicción, o bien de los argumentos y razonamientos que estén relacionados con el precepto que se aplica, pues la explicación o detalles de los motivos deben incluir necesariamente la descripción de los detalles y juicios de valor que llevan al juzgador a tomar la decisión de aplicar la ley, con base en las pruebas, los argumentos o razonamientos, o en contra de esos elementos, y con base en otras pruebas, argumentos o razonamientos.

Por otro lado cuando existan tratados o convenciones supranacionales de los cuales se desprenda una posible fundamentación jurídica en un determinado asunto, la Segunda Sala ha determinado que solo es necesaria la cita de los preceptos de esos tratados, cuando no existan disposiciones nacionales para sustentar el acto, o cuando la cita de los preceptos del tratado sean imprescindibles para la debida fundamentación.²⁹⁰ Y por otro lado, y tal y como

²⁸⁹ GARBERÍ Llobregat, José. *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 1ª Ed. Bosch. España. 2008. p 83.

²⁹⁰ Por cuanto a esto resulta aplicable el siguiente criterio de la Segunda Sala: FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. SU CUMPLIMIENTO TRATÁNDOSE DE NORMAS INTERNACIONALES. Los tratados internacionales adoptados por el Estado mexicano y las resoluciones de los órganos de garantía creados a partir de tales instrumentos, constituyen normas que forman parte del derecho positivo mexicano, de donde deriva que deban aplicarse e invocarse por los poderes públicos cuando resulte necesario e imprescindible justificar, mediante su contenido normativo, los actos de autoridad que emitan en ejercicio de sus funciones. Sin embargo, ello no conduce a determinar que en todos los casos la ausencia de invocación y aplicación de las normas internacionales sobre la materia respectiva produzca violación a las garantías de exacta aplicación de la ley, fundamentación y motivación previstas en los artículos 14

quedó evidenciado al tratar sobre el principio iura novit curia, cuando exista error en las citas de los preceptos legales aplicables, para considerar fundado el acto, el juez debe aplicar los preceptos que sean los realmente aplicables, pues corresponde a él la obligación de decir el derecho. En este sentido no todos estamos de acuerdo en la extensión que se le otorga a la máxima iura novit curia, pues por ejemplo nosotros consideramos que en aquellos casos en que las normativas procesales establecen como un requisito fundamental la expresión de los preceptos legales aplicables, o cuando no se trata de un simple error u omisión, sino cuando la cita y petición de aplicación de algún dispositivo jurídico es dirigida y emitida voluntariamente por una de las partes, entonces no es factible al juez suplir las deficiencias bajo el principio iura novit curia, solo que se tratara de procesos especiales por el tipo de derecho, personas o principios aplicables. Así también lo considera GUILLERMO ORMAZÁBAL SÁNCHEZ quien sostiene:

“La ausencia en la demanda de una fundamentación jurídica mínimamente inteligible ha de conducir al triunfo de una excepción procesal expresamente prevista en la LEC, concretamente, la de defecto legal en el modo de exponer la demanda (o, en su caso, la reconvencción) por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca (arts. 417.1.5 y 424 LEC). Dirigir una petición a los tribunales implica, en definitiva, especificar unos hechos y las razones jurídicas por la que dichos hechos no engendran el derecho al reconocimiento de lo que se pide. Si no se especificase o expidiese dicha razón jurídica concreta, se estaría arrojando sobre el demandado la insoportable carga de debatir todos los posibles argumentos jurídicos en que pudiese basarse la pretensión del actor. Sin la expresión de un fundamento jurídico concreto, pues, no puede existir un justo debate y, por ende, la

y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues ello ocurrirá únicamente en caso de que, sin la referencia a las normas internacionales, resulte insuficiente o inadecuada la justificación jurídica de la actuación pública respectiva, lo que deberá valorarse en cada caso por el Juez Constitucional. Época: Novena Época. Registro: 164051. Instancia: SEGUNDA SALA. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXXII, Agosto de 2010. Materia(s): Constitucional. Tesis: 2a. LXXIV/2010. Pág. 463

*demanda que adolezca de tal requisito no puede sino ser repelida mediante la correspondiente excepción o apreciación de oficio”.*²⁹¹

En el mismo sentido podemos citar las palabras de SALVADOR CARRIÓN quien expresa: *“De ahí que cuando se aborda la temática del erro iuris se tenga la impresión de pisar un terreno inseguro. Desgajando, por así decirlo, del ámbito de la ignorancia de la ley, negada a su relevancia durante siglos (a diferencia del error de hecho, que siempre contó con un lugar propio en la doctrina de los vicios del consentimiento), el camino recorrido por el llamado error de derecho ha sido tortuoso: el temor a debilitar la eficacia misma del principio ignorantia legis non excusat habría de impedir la autonomía conceptual de la figura”*,²⁹² de ahí que pensamos que hay que ser cuidadosos en cuanto a la obligación de fundar y motivar en conjugación con el principio iura novit curia, pues una cosa es el error puramente dicho, y otra la consiente o negligente pero voluntaria cita y solicitud de aplicación de preceptos jurídicos. En relación a la obligación del Juez de corregir esos preceptos nos permitimos citar la siguiente jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación:

“FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. PARA CUMPLIR CON ESTAS GARANTÍAS, EL JUEZ DEBE RESOLVER CON BASE EN EL SUSTENTO LEGAL CORRECTO, AUN CUANDO EXISTA ERROR U OMISIÓN EN LA CITA DEL PRECEPTO O LEGISLACIÓN APLICABLE, ATRIBUIBLE AL PROMOVENTE DEL JUICIO. La inexacta invocación de los preceptos legales aplicables en un asunto o pretensión deducida ante la autoridad jurisdiccional, es una situación similar a la que acontece ante la falta de citación del fundamento aplicable, pues en ambas hipótesis resulta irrelevante tal acontecer, ya que si del contenido del escrito o instancia respectivos se pueden deducir con claridad los hechos que la motivan y el objeto que persigue el promovente, es correcto que el Juez reconozca el error del particular en su resolución, pero decida la cuestión debatida con base en la legislación efectivamente aplicable; esto es, si las partes olvidan o equivocan las disposiciones aplicables al caso, la autoridad jurisdiccional está obligada a conocer el derecho y a aplicar en forma correcta la ley, en virtud de que su función de impartir

²⁹¹ ORMAZABAL Sánchez, Guillermo. *Iura Novit Curia. La Vinculación del Juez a la Calificación Jurídica de la Demanda*. 1ª Ed. Marcial Pons. España. 2007. Pp 94 y 95.

²⁹² CARRIÓN, Salvador. *El Error de Derecho*. 1ª Ed. Reus. España. 2012. Pp 13 y 14.

*justicia implica resolver los hechos que se someten a su competencia y consideración con base en los principios generales del derecho: iura novit curia y da mihi factum, dabo tibi ius, conforme a los cuales, a los tribunales y sólo a ellos compete la elección y decisión de la institución jurídica o los fundamentos que dan lugar al sentido del fallo que dicten, por lo que no puede sostenerse que ante el error u omisión en la cita de un precepto legal o cuerpo normativo, el juzgador pueda soslayar la recta interpretación y aplicación de los preceptos que se adecuan al caso concreto, máxime que la satisfacción de tal deber conlleva el acatamiento del imperativo de fundamentación y motivación contenido en el artículo 14 constitucional”.*²⁹³

3.6.3 AUDIENCIA Y CONTRADICCIÓN

La garantía de audiencia representa un importantísimo pilar en la estructura de la tutela judicial efectiva, pues si bien podría pensarse en que existe la posibilidad de que la ley puede ser tutelada, probablemente de manera justa, sin la intervención de las partes, o sin escucharlas, pues realmente la voluntad de la ley puede hacerse imperar oficiosamente e inquisitivamente; para garantizar una seguridad jurídica en la impartición de justicia, se procura la intervención de las partes que puedan ser afectadas. Hasta ahorita hemos dicho que la característica de coercitividad de la ley, permite que su voluntad impere aún en contra de la persona a quien debe ser impuesta; pero si bien la naturaleza de la ley es ser respetada, prima facie, de manera voluntaria por todos; cuando es vulnerada existen los mecanismos legales para hacer valer la voluntad legal, de ellos hemos hablado en este estudio, y además hemos indicado que son consecuencia de la referida coercitividad.

De ahí que si mediante la jurisdicción, y una vez ejercitada la acción (con su debida pretensión), y a través del proceso, el juez puede imponer la voluntad de la

²⁹³ Época: Novena Época. Registro: 164590. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO . Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXXI, Mayo de 2010. Materia(s): Común. Tesis: VI.2o.C. J/318. Pág. 1833

ley a los particulares, como una respuesta a la característica de coercitividad de dicha norma; esto sólo puede hacerse válidamente si antes de la imposición de cualquier voluntad normativa se les da a las partes la oportunidad de ser oídas y vencidas, o sea, la oportunidad de defenderse. Tanto el debido proceso, como la fundamentación y motivación, y la audiencia, funcionan coordinadamente constituyendo un conjunto de formas y derechos que garantizan que las partes podrán ejercer toda la gama de actos legales que han sido configurados para su debida defensa. Y de hecho el debido proceso y la audiencia se conjugan para garantizar que previo a cualquier acto privativo o de molestia, se debe dar a las personas un mínimo de formalidades que garantizan su debida defensa, y que además inciden en la conciencia del juez para lograr de la manera más precisa, la aplicación de la voluntad de la ley al caso concreto. Ya hemos hablado de las formalidades esenciales del proceso, las que denominamos duras, o que deben ser respetadas en cualquier tipo de proceso jurisdiccional, pues bien esas formalidades esenciales (la notificación del inicio del proceso, la oportunidad de contradicción, de ofrecer y desahogar pruebas, de alegar, de obtener una sentencia y el acceso a la segunda instancia) conforman las garantías esenciales del procedimiento, una parte del debido proceso, como ya se vio, y conjugadas con la audiencia sólo implica que deben ser otorgadas antes de cualquier acto privativo o de molestia; esto es, la audiencia implica que esas formalidades sean otorgadas antes del acto privativo. Con esta garantía se otorga una seguridad jurídica, de que si bien como ciudadanos estamos compelidos a respetar y a que se nos haga respetar la voluntad de la ley, sólo se nos podrá hacer valer coactivamente previa nuestra oportunidad de defensa. Con esto se incide positivamente en la tutela judicial efectiva, pues permitir a las partes comparecer al juicio, ser escuchados y aportar medios de convicción, permiten que la persona encargada de aplicar la voluntad de la ley, lo haga más precisamente, que realmente la ley se haga imperar lo más perfectamente posible, que la abstracción de la ley, se particularice al caso concreto juzgado, y en ese caso, no en cualquier otro, impere la voluntad de la ley según corresponda a los hechos que fueron

probados y demostrados en el juicio. Resultan esclarecedoras de esta garantía la siguiente jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación:

*“AUDIENCIA, CÓMO SE INTEGRA ESTA GARANTÍA. De entre las diversas garantías de seguridad jurídica que contiene el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, destaca por su primordial importancia, la de audiencia previa. Este mandamiento superior, cuya esencia se traduce en una garantía de seguridad jurídica para los gobernados, impone la ineludible obligación a cargo de las autoridades para que, de manera previa al dictado de un acto de privación, cumplan con una serie de formalidades esenciales, necesarias para oír en defensa a los afectados. Dichas formalidades y su observancia, a las que se unen, además, las relativas a la garantía de legalidad contenida en el texto del primer párrafo del artículo 16 constitucional, se constituyen como elementos fundamentales útiles para demostrar a los afectados por un acto de autoridad, que la resolución que los agravia no se dicta de un modo arbitrario y anárquico sino, por el contrario, en estricta observancia del marco jurídico que la rige. Así, con arreglo en tales imperativos, todo procedimiento o juicio ha de estar supeditado a que en su desarrollo se observen, ineludiblemente, distintas etapas que configuran la garantía formal de audiencia en favor de los gobernados, a saber, que el afectado tenga conocimiento de la iniciación del procedimiento, así como de la cuestión que habrá de ser objeto de debate y de las consecuencias que se producirán con el resultado de dicho trámite, que se le otorgue la posibilidad de presentar sus defensas a través de la organización de un sistema de comprobación tal, que quien sostenga una cosa tenga oportunidad de demostrarla, y quien estime lo contrario, cuente a su vez con el derecho de acreditar sus excepciones; que cuando se agote dicha etapa probatoria se le dé oportunidad de formular las alegaciones correspondientes y, finalmente, que el procedimiento iniciado concluya con una resolución que decida sobre las cuestiones debatidas, fijando con claridad el tiempo y forma de ser cumplidas”.*²⁹⁴

²⁹⁴ Época: Novena Época. Registro: 169143. Instancia: SEPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. TipoTesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXVIII, Agosto de 2008. Materia(s): Común. Tesis: I.7o.A. J/41. Pag. 799.

CAPITULO CUARTO

LA MATERIALIZACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

4.1 LA SENTENCIA

La sentencia judicial podemos describirla de diversas maneras, primeramente podemos decir que es la expresión de la voluntad de la ley en un caso concreto, esto es que representa la actuación de la característica de la coercitividad de la ley, con esta forma de describirla se atiende al objeto directo de la tutela judicial efectiva, que es el imperio de la voluntad de la ley; además podemos afirmar que la sentencia es el acto mediante el cual se imparte justicia a las partes del juicio, y con esto atendemos al objeto indirecto de la tutela judicial efectiva, al acceso a la jurisdicción, que es los efectos de la voluntad de la ley en los derechos y persona de las partes del juicio; por otro lado puede decirse que es el acto que resuelve y pone fin a un conflicto legal, lo que atiende a las diversas etapas procesales, y representa una definición adjetiva. Podemos emitir otras muy diversas definiciones en atención a múltiples aspectos, por ejemplo puede decirse que representa la emisión del juicio por parte de la autoridad jurisdiccional, y ello atiende al factor psicomental; que es el acto resolutor que refleja la actividad convictiva de las partes; que representa la resolución heterocompositiva y jurisdiccional de un conflicto legal; que es un acto imperativo y coercitivo de resolución de conflictos; que es el acto humano de aplicación de la justicia; en fin, es posible establecer toda una serie de definiciones que atienden a diversos factores, características o naturaleza de la sentencia.

Pero para nuestros fines nos centraremos en las dos primeras descripciones citadas, esto es las que atienden a los objetos directo e indirecto de la tutela judicial efectiva. Mas allá de analizar la estructura formal de la sentencia, nos resulta más oportuno analizarla como el acto volitivo ley-juzgador. Iniciemos (y aunque es obvio), por señalar que si bien la sentencia debe ser el reflejo de la voluntad de la ley, la dicta y emite un ser humano: el Juez. Entonces ¿es la

sentencia la voluntad de la ley, o del juez?. En este estudio no nos resulta adecuado adentrarnos en la interesantísima discusión sobre las diversas formas en que la voluntad del juzgador puede influir en el fondo de la sentencia.²⁹⁵ Sino que partiendo de nuestro sistema jurídico, de nuestras leyes, indagaremos sobre lo que debe reflejar el juicio emitido por el juez en la sentencia, lo que debe considerar, de lo que en su mente debe entremezclarse para lograr una sentencia legal en su doble aspecto, primero porque sea el reflejo de la voluntad de la ley, y segundo porque se permita acceder a las partes a la justicia. El juez tiene esa doble función, pues en primer término constituye un mecanismo para la actuación de la voluntad concreta de la ley, y además procura y garantiza a las partes el acceso a la justicia.

La primera interrogante para la emisión de un juicio jurisdiccional, es establecer si el juzgador primero debe conocer la ley a aplicar o los antecedentes del asunto, esto es, la acción, la excepción y los medios de convicción, para de ahí desprender la ley aplicable. Dicho de otro modo, el juez analiza la ley y descubre si se demostró la imperiosa y necesaria aplicación de su voluntad; o bien, analiza el asunto, y determina si existe una ley lesionada, o cuyas consecuencias y voluntad deban ser aplicadas, por actualizarse los supuestos normativos. No pretendemos reflejar la redacción de una sentencia, sino el procedimiento natural de pensamiento del juzgador. Nosotros pensamos que el juez conoce los hechos y antecedentes del juicio, y luego determina la ley a aplicar, por diversas razones, veamos. En primer término porque la ley en su configuración es abstracta, si bien establece conductas, consecuencias, sanciones, penas, ordenes, mandatos, etc., como ley se dirige a todos y a nadie en especial, sino a cualquiera que con su actuar u omisión se ajuste a la hipótesis normativa. Pero según hemos visto en las precedentes páginas, para acudir al juez es necesario una pretensión, el ejercicio

²⁹⁵ Como referencia a esto, nos resulta interesante las obras de Duncan Kennedy, en especial la denominada "Libertad y Restricción en la Argumentación Judicial", pues en esta obra el Autor realiza un relato que nos adentra en las diversas posibilidades en que un juzgador puede influir en el resultado del juicio, como puede influenciarlo, pero lo hace adentrándose en la mente del juzgador al momento de emitir su juicio, describe los argumentos mentales que realiza el juzgador para emitir una sentencia en una manera u otra.

de una acción, y las formalidades procesales, pues con éstas herramientas el juzgador puede conocer los hechos y después decidir el derecho mediante una sentencia. No es tarea del Juez vigilar oficiosamente el cumplimiento de la voluntad de la ley; sino que su tarea es aplicar la ley a un caso concreto. El juez primero conoce el caso, la actuación de las partes dentro del proceso, y aplica la ley en consecuencia. Incluso al analizar el principio *iura novit curia*, vimos que les toca a las partes decir los hechos y al juez el derecho. El juez no aplica la ley abstracta, sino aquella cuyas consecuencias se han actualizado, cuyas hipótesis se han configurado. Por ello el juez resuelve litigios aplicando la ley, no aplica la ley resolviendo litigios. Primero se impone del conocimiento más preciso del asunto, del conflicto, luego si lo estima procedente declara que la ley fue violentada, o que procedió o no la acción (o sea, la violación legal), por haberse demostrado la necesidad de aplicar la voluntad legal. A todos nos corresponde conocer la ley y acatar su voluntad, pero sólo al juez le toca conocer los hechos y aplicar coercitivamente el derecho. Con esto podemos destacar que siguiendo la naturaleza de la función jurisdiccional, al juez le corresponde conocer los hechos, impregnarse de lo acontecido en el juicio, y, en consecuencia, decretar la aplicación forzosa de la voluntad de la ley, si así fue demostrado en juicio.

Entonces lo primero que hace el juzgador es conocer la demanda, la contestación, la acción, la excepción, el ofrecimiento y desahogo de pruebas, la litis, la contradicción, y de ahí, una vez con todo el conocimiento de la causa, debe analizar si la ley (precepto, preceptos) que se solicita sea juzgada, u otra que el juez estime procedente, debe ser actuada; es decir, si debe aplicarse su voluntad en la sentencia al caso concreto que se resuelve, y en este caso decreta la procedencia de la vía, porque se despliega la voluntad de la ley, y se decreta su voluntad en la persona y bienes de las partes, permitiéndoles con esto que accedan a la justicia.

De esta forma queda claro que lo primero que hace el juzgador al momento de dictar una sentencia, es conocer el asunto, analizar el proceso y todo su

contenido. Una vez que el juez realiza esto, y dada su experiencia como conocedor del derecho, de todo el catálogo de preceptos que les está permitido aplicar, dada su competencia, escoge los que considera aplicables al caso, y los relaciona con el asunto, esto es, selecciona los preceptos legales cuyos mandatos, descripción, o penas o sanciones puede haberse actualizado, o son aptos para resolver el asunto. Este primer acercamiento con el derecho aplicable no es de fondo, no es posible ya tener por concienzudamente resuelto el asunto, se trata de un acto de confrontación entre los hechos y el derecho. Y realizada esta actividad, ahora sí el juez puede formalmente iniciar la redacción de una sentencia, con todas las formalidades que señala la ley, y en ella fallar o resolver el asunto.

Ahora sí como lo señalan la mayoría de los códigos debe ir dictando una sentencia con todas las formalidades legales, por establecer la fecha y lugar en que se dicta, las generales y domicilios de las partes, y el objeto y naturaleza del juicio, después bajo la palabra resultando realiza un resumen de la litis y de lo actuado en juicio, para posteriormente bajo la palabra considerando, exprese sus fundamentos y motivaciones, valoración de las pruebas, y todo lo que lo conduce a que por último pronuncie el fallo, esto es la parte resolutive.²⁹⁶ iniciando por establecer bajo la palabra resultando.

Dando respuesta a la pregunta realizada al principio de este punto, podemos decir que la sentencia, debe ser la expresión de la voluntad de la ley. Así

²⁹⁶ Así lo establece el artículo 405 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, el cual establece: *“Artículo 405.- En la redacción de las sentencias se observarán las reglas siguientes: I.- Principiará el juez expresando el lugar y la fecha en que dicte el fallo; los nombres, apellidos y domicilios de los litigantes; los nombres y apellidos de sus apoderados o abogados directores, y el objeto y naturaleza del juicio; II.- Bajo la palabra RESULTANDO, se consignará de una manera concisa y clara, en párrafos numerados, lo conducente de los hechos referidos en la demanda y en la contestación, de las pruebas rendidas y de lo alegado; III.- A continuación, bajo la palabra CONSIDERANDO, consignará clara y concisamente, también en párrafos numerados los puntos de derecho, con las razones y fundamentos legales que estime procedentes y las citas de leyes o doctrinas que juzgue aplicables. Estimaré el valor de las pruebas fijando los principios de donde emane, para admitir o desechar aquellas cuya calificación deja la ley a su arbitrio; IV.- Pronunciará, por último, la parte resolutive en los términos prevenidos en los artículos anteriores haciéndose la correspondiente declaración sobre costas.”*

se desprende de una correlación de los artículos 1, 400, 401, 402, 403 y 405 del Código de Procedimientos Civiles del Estado, pues el primero señala que las acciones civiles, esto es, los derechos civiles litigiosos, se harán valer conforme a las reglas establecidas por el Código, y los restantes establecen que es en la sentencia definitiva donde se resuelve el negocio principal, que esta debe ser clara, precisa y congruente con las acciones y excepciones del juicio y por supuesto que deben valorarse las pruebas y seguir las formalidades en la redacción de la sentencia que vimos anteriormente. El propio sistema jurídico en que nos desenvolvemos nos precisa que la función jurisdiccional, o sea, la facultad de aplicar la ley, le corresponde al poder judicial, y la de crearla al legislativo, por esto es que la sentencia debe ser la expresión de la voluntad de la ley, pues el juez sólo puede aplicar la ley, su voluntad, si fuera expresión de la voluntad del juez, estaría creando la ley el juez, no aplicándola.

En concordancia con esto diremos que la sentencia es la materialización de la voluntad de la ley, y que representa la tutela judicial efectiva en su objeto directo, pues es mediante ella que el juez como elemento humano que hace posible la característica de coercitividad de la ley, hace imperar su voluntad, interpretando y aplicando esa voluntad según resulte y haya sido considerado de lo actuado y demostrado en el expediente. Es por esto claro que el juzgador debe omitir cualquier consideración o argumentación que desnaturalice la voluntad de la ley, para hacer imperar la voluntad humana no la legal, por lo que no puede forzarse las interpretaciones ni de la ley, ni de las pruebas, ni del material actuado, para realizar cualquier resolución que no sea lo más fiel y apegada a las consecuencias que para el caso concreto ha dispuesto la ley. Lo antes dicho es también sostenido por ALFREDO ROCCO, quien en su libro dedicado a la sentencia civil, después de delimitar la función jurisdiccional, y relacionarla con el proceso, y el derecho procesal, para estimar que la sentencia sirve para tutelar la ley, el autor resume:

“Una vez establecido así que la sentencia es en su esencia un acto de la inteligencia del juez y, precisamente, un juicio lógico

*que reviste la forma de silogismo, se ha dicho ya implícitamente cuál es la materia de este juicio; es la declaración de la norma jurídica aplicable al caso concreto, o sea, de la tutela jurídica que la ley concede a un determinado interés”.*²⁹⁷

La materia de la sentencia, del juicio contenido en ella, es por supuesto la tutela de los intereses legales, la declaración de la actualización de la hipótesis y consecuencias normativas, del derecho ligado al juicio; lo cual depende de lo actuado en el juicio, es el resultado de lo que se demostró, de lo que se argumentó. Por su parte DEVIS ECHANDÍA menciona: *“Mediante al sentencia se convierte, para cada caso, en voluntad concreta la voluntad abstracta del legislador que la ley contiene”*²⁹⁸; por su parte CHIOVENDA en sus Instituciones de Derecho Procesal Civil, comenta: *“La sentencia, en general, es la resolución del juez que, acogiendo o rechazando la demanda del actor, afirma la existencia o la inexistencia de una voluntad concreta de la ley que le garantiza un bien, o lo que es igual, respectivamente, la inexistencia o existencia de una voluntad concreta de la ley que garantice un bien al demandado”*²⁹⁹. Nos parece suficiente citar tan sólo a los anteriores destacados juristas, pues ya del grueso de esta investigación podemos inferir y concluir en relación a la sentencia dos cosas, que resultan de trascendental importancia para la correcta determinación de la tutela judicial efectiva: la primera es que la sentencia como parte del sistema jurídico es el acto jurisdiccional que procura la característica de coercitividad de la ley, declarando su voluntad concreta, y que consecuentemente representa el punto culminante y objeto directo de la tutela judicial efectiva; y en segundo lugar, mediante esa declaración de la voluntad concreta de la ley otorgada en la sentencia, es como los particulares obtienen el acceso a la justicia, por lo tanto la sentencia también representa el aspecto de acceso a la justicia de la tutela judicial efectiva, una garantía y derecho humano otorgado a todos nosotros, y que en nuestro concepto representa el objeto indirecto de la tutela judicial efectiva.

²⁹⁷ Óp. Cit. p 57.

²⁹⁸ Óp. Cit. p 411.

²⁹⁹ Óp. Cit. Tomo I. p 184.

Es preciso destacar para los trascendentes intereses de esta investigación, que la sentencia le emite un ser humano, por sí mismo susceptible de cometer errores o arbitrariedades; que lo que más interesa al sistema jurídico es que la voluntad de la ley impere, por lo que la propia ley crea medios de impugnación capaces de darle mayor certeza a la fiabilidad humana, y mayor posibilidad a la correcta actuación de la voluntad de la ley, y que por ello existen tanto sentencias de primera, como de segunda instancia, y que ambas, forman parte del mecanismo que ha sido desarrollado para permitir en toda la medida de los posible que la ley realice su voluntad, y que como consecuencia de ellos los particulares tengan acceso a la justicia mediante la declaración de la voluntad de la ley. Al ver los motivos de la existencia de recursos o medios de impugnación, y sobre todo las conclusiones a que llegaremos al final de esta investigación, esta precisión será importante.

4.2 CONGRUENCIA

Una característica de toda sentencia que garantiza el objeto indirecto de la tutela judicial efectiva, mediante el acceso pleno a la jurisdicción, es la congruencia; este principio procesal señala los límites inferiores y superiores en la facultad resolutoria del juez; esto es, le indica al juez que es lo mínimo y lo máximo que puede resolver, o más precisamente, le preceptúa sobre lo que deberá versar la resolución. La congruencia es la adecuación entre la sentencia y la litis del fallo, y todo lo debatido y pretendido; siendo por ende incongruente —ex silentio— una sentencia que omita resolver cuestiones litigiosas; también cuando incluye en la resolución cuestiones ajenas a la litis o no debatidas —ultra o extra petita—; y pudiendo también existir incongruencia por error. Es obvio que la incongruencia puede ser negligente o dolosa, pero ambas son ilegales. La incongruencia constituye un vicio que puede invalidar en todo o en parte una sentencia judicial, cuando la incongruencia constituye un defecto (ex silentio) o exceso (extra petita) al ejercicio de la función jurisdiccional. La trasgresión de este

principio procesal puede ser combatida mediante un recurso, generalmente de apelación, pudiendo dar lugar o no, la incongruencia, a la revocación de la resolución; aunque la extra petita siempre da lugar a la invalidez de lo resuelto en exceso del ejercicio de la función jurisdiccional. Veamos enseguida unas precisiones doctrinales de PUYOL y DE BENITO que nos clarifican el principio.

*“La adecuación entre el petitum de la demanda y el fallo de la sentencia. La congruencia o incongruencia de la resolución judicial ha de reconducirse necesariamente, desde una perspectiva constitucional, a la adecuación o inadecuación apreciable entre el petitum de la demanda y el fallo de la Sentencia, pero no es extensible a una necesaria identidad entre los preceptos alegados por las partes y las normas cuya aplicación considere procedente el correspondiente órgano jurisdiccional. (Fj 7) S. 48, 21-II-1989”.*³⁰⁰

*“Como se dijo en la STC 20/1982, de 5 de Mayo, la congruencia se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la Sentencia otorgar más de lo que se hubiere pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente, que no hubiera sido pretendida, de forma que cuando la desviación en que consiste la incongruencia es de tal naturaleza que supone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción y, por ende, del fundamental derecho de defensa. La doctrina de la congruencia es perfectamente compatible con el principio tradicional “iura novit curia”, pues los Tribunales no tienen necesidad, ni tampoco obligación, de ajustarse en los razonamientos jurídicos que les sirvan para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes, y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, siempre que no se altere al acción ejercitada. S. 14, 1-11-1985”.*³⁰¹

“Este principio exigido por la Ley para que la sentencia pueda considerarse válida, consistirá, por tanto, en la correspondencia que debe existir entre las pretensiones de las partes deducidas en

³⁰⁰ PUYOL Montero, Francisco Javier. *Diccionario de Derechos y Garantías Procesales Constitucionales*. 1ª Ed. Editorial Colmares. Granada. 1996. p 33.

³⁰¹ PUYOL Montero, Francisco Javier. *Diccionario de Derechos y Garantías Procesales Constitucionales*. 1ª Ed. Editorial Colmares. Granada. 1996. Pp 33 y 34.

juicio y la sentencia que se profiera. De forma que deberá existir una relación congruente entre la sentencia y el objeto procesal, en cuanto pretensión procesal y la oposición a la misma, lo que evidencia que la congruencia delimita y acota el contenido de la sentencia. Ahora bien, esta conformidad debe darse tanto con relación a la causa, cosa y acción, por lo que para que la sentencia sea conforme con las pretensiones de las partes y deducidas en juicio, sino que también deberá ser conforme y precisa con respecto de las personas que han intervenido o a las cuales va dirigido el juicio. De lo que se deduce que se trata de un principio que limita la libertad del juzgador a la hora de pronunciar el fallo. El Juez no puede juzgar según lo que crea oportuno, sino que deberá atenerse y pronunciarse según lo pedido y probado por las partes, y en la última forma que se solicitó”.³⁰²

Nuestros Tribunales han dicho que :“El principio de congruencia previsto en el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, consiste en que la autoridad resuelva sobre todas y cada una de las cuestiones oportunamente sometidas a su consideración”.³⁰³ Desde luego existen excepciones al principio de congruencia, las cuales pueden ser desprendidas de que ya hemos visto en este análisis; por un lado en materias familiar, en caso de menores, discapacitados, en asuntos de violencia familiar, además en aquellos en que se trata de derechos de orden público, o de procedimientos inquisitivos, es posible que pueda el juez ser incongruente extra petita, contando con facultad jurisdiccional para hacerlo por el tipo de derechos, personas, o por el tipo de modelo o principio procesal en que se emite la resolución.

4.2.1 INCONGRUENCIA OMISIVA, EX SILENTIO O EXHAUSTIVIDAD.

Existe este tipo de incongruencia cuando el juzgador ya sea de manera fortuita, o consciente omite el estudio de todos y cada una de las acciones,

³⁰² DE BENITO Fraile, Emilio. *La congruencia de la Sentencia Civil en el Derecho Castellano*. Revista de Derecho Procesal. Dirigida a Iberoamérica. Madrid. 2006. p 84.

³⁰³ Época: Novena Época. Registro: 184268. Instancia: SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XVII, Mayo de 2003. Materia(s): Civil. Tesis: I.6o.C. J/42 . Pág. 1167.

defensas y excepciones materia de la litis, es decir, cuando no resuelve todos los puntos materia del debate, tanto por cuanto a las prestaciones y demás peticiones de la parte actora, como respecto de todas y cada una de las defensas, excepciones y demás argumentación por parte de la demandada, por lo cual es claro que ante este tipo de resolución existe falta de exhaustividad. A este respecto GARBERÍ LLOBREGAT siguiendo la jurisprudencia Española sostiene que para que la incongruencia sea lesiva se requiere de lo siguiente:

*“1. Que exista una ausencia de respuesta judicial sobre las pretensiones que constituyan el objeto del proceso, que no quepa interpretar razonablemente como una desestimación táctica cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución...; 2.- Que, como consecuencia de la anterior exigencia, dicha falta de respuesta judicial recaiga sobre una pretensión procesal que haya sido efectivamente planteada ante el órgano judicial en momento procesal oportuno...; 3.-Que tal omisión de pronunciamiento se refiera a cuestiones que, de haber sido consideradas en la decisión, hubieran podido determinar un fallo distinto al pronunciado”.*³⁰⁴

Debe destacarse que el Poder Judicial de la federación ha establecido mediante jurisprudencia los límites a que debe reunirse por el Tribunal para colmar el requisito de la exhaustividad, sosteniendo que: *“el propio numeral 17 exige de los tribunales una administración de justicia pronta y expedita, propósito que se ve afectado con reclamos como el comentado, pues en aras de atender todas las proposiciones, deben dictarse resoluciones en simetría longitudinal a la de las promociones de las partes, en demérito del estudio y reflexión de otros asuntos donde los planteamientos verdaderamente exigen la máxima atención y acuciosidad judicial para su correcta decisión. Así pues, debe establecerse que el alcance de la garantía de defensa en relación con el principio de exhaustividad y congruencia, no llega al extremo de obligar a los órganos jurisdiccionales a referirse expresamente en sus fallos, renglón a renglón, punto a punto, a todos los cuestionamientos, aunque para decidir deba obviamente estudiarse en su*

³⁰⁴ GARBERÍ Llobregat, José. *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 1ª Ed. Bosch. España. 2008. Pp 89 y 90.

*integridad el problema, sino a atender todos aquellos que revelen una defensa concreta con ánimo de demostrar la razón que asiste, pero no, se reitera, a los diversos argumentos que más que demostrar defensa alguna, revela la reiteración de ideas ya expresadas”.*³⁰⁵

4.2.2 INCONGRUENCIA EN EXCESO, ULTRA O EXTRA PETITA

En este tipo de incongruencia el juzgador al dictar sus resoluciones hace referencia a cuestiones ajenas al debate, incluye elementos ajenos a las pretensiones, excepciones o defensas, es decir, se aparta de su papel imparcial, y se aboca a inducir la sentencia a favor o en contra con cuestiones ajenas al debate, se convierte de cierta manera en parte al aportar razonamientos propios a favor o en contra del litigio en cualquier sentido, con este tipo de actuar se trasgrede el principio *ne eat iudex extra petita partium*, el que se traduce sosteniendo que: "el Juez no puede ir más allá de lo pedido por las partes". Hay que establecer que existen diversas excepciones que ya hemos mencionado a este principio: en primer término los presupuestos procesales, y en segundo lugar por lo que hace a los derechos de aquellas personas en los que aplica el principio publicista, o en procedimientos en los que se resuelven derechos de orden público, etc., pues estos procedimientos son considerados de litis abierta, tal y como lo hemos mencionado en esta investigación.³⁰⁶ Por cuanto a esto GARBERÍ LLOBREGAT sostiene:

³⁰⁵ Época: Novena Época. Registro: 187528. Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO . Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XV, Marzo de 2002. Materia(s): Común. Tesis: VI.3o.A. J/13. Pág. 1187.

³⁰⁶ Por cuanto a esto resulta esclarecedora la siguiente tesis emitida por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: SENTENCIA INCONGRUENTE POR EXCESO DE PODER. Se excede el Juez en sus poderes cuando resuelve algo que está fuera de los escritos fundamentales de la litis con infracción de los principios *ne eat iudex ultra petita partium*, *sententia debet esse conformis libello*, *nemo iudex sine actore*. El límite en el poder del Juez, según doctrina uniforme, se refiere a la correspondencia necesaria entre lo pedido y lo resuelto. Es un límite absoluto que se determina por las reglas de la identificación de las acciones. La demanda determina ese límite. No puede el Juez conceder o negar una cosa distinta de la demandada. Época: Quinta Época. Registro: 339770. Instancia: TERCERA SALA. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Localización: Tomo CXXVI. Materia(s): Común. Tesis: Pág. 629.

“Ahora bien, para que la incongruencia extra petita adquiera relevancia constitucional (es decir, para que ocasione la infracción del artículo 24.1 CE y, como tal, puede ser evidenciada por la parte afectada incluso en la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional), la desviación o desajuste entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes, por conceder más de lo pedido (ultra petitum) o algo distinto a lo pedido (extra petitum), ha de entrañar una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a los litigantes del verdadero debate contradictorio, pronunciándose la decisión judicial incongruente sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no han tenido la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa...”³⁰⁷

4.2.3 INCONGRUENCIA POR ERROR

Existen ocasiones en que el juzgador motiva o fundamenta su sentencia evidentemente con error, y esto puede claramente diferenciarse de cuando omite, o se extralimita, pues en el error incluye cuestiones ajenas al debate, pero que evidentemente no corresponden a la realidad procesal que circunscribe al proceso, esto es, se trata de fundamentos o motivos completamente alejados o de la materia del juicio, o de la litis del juicio, o de las partes del juicio, o bien, porque entre las motivaciones, fundamentos y resolutivos de la sentencia encontramos evidente disconformidad o contrariedad entre lo que se motiva y fundamenta, y lo que se resuelve. Es clásico que al redactar las sentencias que ha de resolver el juez, los secretarios o escribientes que coadyuvan en el juzgado, utilicen formatos relativos a otros juicios, por lo que es común que en dicha labor se cometan errores en los que se resuelve con otro tipo de procedimiento al que se ventila, o se dejan los nombre de diversas partes, pruebas, o recursos del

³⁰⁷ GARIBERÍ Llobregat, José. *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 1ª Ed. Bosch. España. 2008. p 90.

juicio; pero también nos ha tocado observar casos en los que los fundamentos y motivos expresados en los considerandos, no son coincidentes con lo que se resuelve, por ejemplo donde de los considerandos y fundamentaciones se infiere que se declara la procedencia de la acción, y en la parte resolutive se resuelve lo contrario. Respecto del error judicial, y la forma en que puede ser reparado por los Tribunales al ser advertido, incluso por los de control constitucional, resulta esclarecedora la siguiente tesis emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito Judicial, del Poder Judicial de la Federación:

“ERROR JUDICIAL. ELEMENTOS DE SU CONFIGURACIÓN Y SU CORRECCIÓN POR LOS ÓRGANOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL. El "error" como vocablo es entendido como una equivocación. En el ámbito judicial presenta ciertas notas distintivas: i) surge de una decisión jurisdiccional, no exclusivamente de las sentencias; ii) los sujetos activos son Jueces y Magistrados o las personas que ejerzan sus funciones; y, iii) los errores han de ser crasos, patentes y manifiestos. Aunque los elementos pueden variar, lo cierto es que el último extremo señalado resulta de interés. Esto, porque a juicio de este tribunal, los errores deben ser patentes, al grado de que puedan asociarse con la idea de arbitrariedad, al hacer que la decisión judicial sea insostenible por ir en contra de los presupuestos o hechos del caso. En otras palabras, el error judicial adquiere relevancia constitucional cuando es producto de un razonamiento equivocado que no corresponde con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un error manifiesto en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión, de tal manera que el error sea inmediatamente verificable, en forma incontrovertible, a partir de las actuaciones judiciales y sea determinante en la decisión adoptada por el Juez por constituir su soporte único o básico. Aunado a lo anterior, el error judicial adquiere relevancia constitucional cuando atenta contra los principios esenciales del Estado de derecho, como la cosa juzgada -como cuando se obliga al demandado a dar cumplimiento a una sentencia, cuando lo cierto es que el Juez, en las consideraciones del fallo, lo absolvió en forma absoluta-. Ahora, los órganos de control constitucional, al conocer de los juicios de amparo sometidos a su potestad, se encuentran facultados para corregir el error judicial cuando éste presente las características apuntadas en líneas anteriores. Lo anterior, porque toda resolución fundada en el "error judicial" puede calificarse como arbitraria y, por esa sola razón, violatoria del derecho a la

tutela judicial efectiva. Bajo esa óptica, no podría estimarse que el error judicial constituya "cosa juzgada" o que el derecho de los justiciables para combatirlo precluya porque ello se traduciría en que la decisión arbitraria sería incontrovertible por el simple transcurso del tiempo, cuando lo cierto es que la misma nunca debió existir".³⁰⁸

4.3 LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

Existen diversas formas de revocar, nulificar, o modificar las resoluciones judiciales, unas se encuentran establecidas en las propias legislaciones adjetivas, es decir, en los propios códigos de procedimientos civiles que regulan el pleito, y entonces se denominan medios de impugnación ordinarios; otros los encontramos en otras diversas legislaciones, como el amparo, y se les conoce como medios de impugnación extraordinarios; con esto queremos poner en relevancia que todo acto jurídico capaz de revocar, nulificar, o modificar una resolución, se denomina medio de impugnación, pues a través de ellos se combate el acto decisorio del juzgador, buscándose que en alguna medida quede sin efectos, ya total o parcialmente, aunque de resultar procedente el medio de impugnación, la resolución quedará confirmada. Normalmente las propias leyes procesales cuentan con sus medios ordinarios de impugnación, y se les denomina recursos, los cuales son denominados de diversas maneras según la materia como apelación, revocación, denegada apelación, revisión, queja, reclamación, inconformidad, etc.; en general unos sirven para impugnar un tipo determinado de resoluciones y otros contra algunas otras, pero todos tienen en común que buscan eliminar los efectos de las determinaciones judiciales, que buscan cambiar en alguna o en todas sus partes y sentidos la resolución.³⁰⁹ Impugnar significa

³⁰⁸ Época: Décima Época. Registro: 2003039. Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 3. Materia(s): Constitucional, Común. Tesis: I.3o.C.24 K (10a.). Pág. 2001.

³⁰⁹ Eduardo J. Couture, en su Vocabulario Jurídico, nos refiere sobre la palabra impugnación lo siguiente: Acción y efecto de atacar, tachar o refutar un acto judicial, documento, deposición testimonial, informe de peritos, etc., con el objeto de obtener su revocación o invalidación. Cultismo moderno, del verbo impugnar, este del latín impugno, -are "combatir" (de pugnus, -i "puño"). No

contradecir, combatir, refutar, contra argumentar, es decir, puede ser tratado jurídicamente como una oposición contra argumentativa; la sentencia argumenta, y por el contrario en el recurso se contra argumenta. *“Los medios de impugnación son procedimientos a través de los cuales las partes y los demás sujetos legitimados controvierten la validez o legalidad de los actos procesales o las omisiones del órgano jurisdiccional, y solicitan una resolución que anule, revoque o modifique el acto impugnado o que ordene subsanar una omisión”*.³¹⁰

En este punto no nos interesa referirnos sobre todos y cada uno de los medios de impugnación, ni cuando proceden, sus requisitos, etc., sólo estamos interesados (para los efectos de esta investigación) en establecer cuál es el objeto de su existencia, y sólo respecto de los recursos o medios ordinarios. La falibilidad humana es la justificación más recurrida de la existencia de estos medios de impugnación; el juez es humano y por lo tanto sujeto de cometer errores e injusticias; la ley es justa, y por tanto deben configurarse todos los actos necesarios para asegurar esa justicia. DEVIS ECHANDÍA así lo reconoce: *“La revocabilidad es un remedio jurídico contra la injusticia de la resolución del juez”*.³¹¹ Por su parte CIPRIANO GÓMEZ LARA expresamente lo manifiesta: *“Toda impugnación se basa en la falibilidad humana; es decir, los actos del hombre están siempre expuestos a caer o a incurrir en equivocaciones e injusticias. Esta puede ser considerada la razón justificativa de la impugnación”*.³¹²

La existencia de tribunales de superior jerarquía que se encuentren expeditos para revisar las sentencia de los jueces, sólo puede ser entendida por el hecho de que quienes juzgan son hombres, por más que los procesos establezcan formas, pasos, requisitos, garantías, es preciso recordar que lo dirigen hombres, y que por tanto el error e injusticia es factible, por ello se configuran recursos ante

proviene directamente del latín *impugnatio*, -nis que era voz del lenguaje militar y significaba “ataque, asalto, cerco”. COUTURE, Eduardo. J. *Vocabulario Jurídico. Voz Impugnación*. 1ª Ed. Depalma. Buenos Aires. 1993. p 323.

³¹⁰ OVALLE Favela, José. *Teoría General del Proceso*. 6ª Ed. Oxford. México. 2005. p 327.

³¹¹ Óp. Cit. p 503.

³¹² GÓMEZ Lara, Cipriano. *Teoría General del Proceso*. 10ª Ed. Oxford. México. 2010. p 336.

instancias superiores, en busca de un mayor grado de certeza, de que la ley encuentre las mayores posibilidades de hacer efectiva su voluntad, como bien lo ha dicho PIERO CALAMANDREI: *“Acordarse de que también el proceso es esencialmente estudio del hombre: no olvidarse nunca de que todas nuestras simetrías sistemáticas, todas nuestras elgantiae iuris, se convierten en esquemas ilusorios, si no nos damos cuenta de que por debajo de ellas, de verdadero y de vivo no hay más que hombres, con sus luces y sus sombras, sus virtudes y sus aberraciones: no el testimonio en abstracto, sino aquel testigo veraz o mendaz; no el juramento, sino el escrúpulo religioso de aquel creyente o la indiferencia escéptica de aquel incrédulo que jura; no la sentencia, sino aquel juez con su ciencia y conciencia, sus atenciones y distracciones; esto es, criaturas vivas, formadas no de pura lógica, sino de sentimiento y pasión, y de misteriosos instintos”*.³¹³

De esta forma los recursos existen por una causa y dos especiales finalidades, la causa es la falibilidad humana, y sus finalidades son en primera instancia garantizar el cumplimiento más estricto y apegado de la voluntad de la ley, y en consecuencia permitir a los particulares el acceso pleno a la justicia, es decir, la tutela judicial efectiva en todos sus sentidos, pues como veremos adelante, el acceso al recurso judicial se encuentra reconocido como derecho humano derivado del debido proceso, y tutelado por la declaración interamericana de los derechos humanos, por lo que para México constituye especial interés el respeto de dicho derecho.

4.4 LA EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Otro derecho importante incluido en la tutela judicial efectiva es que la sentencia sea ejecutada o materializada, se encuentra reconocido como garantía y derecho humano, pues además de que es un derecho implícito en el artículo 17 de

³¹³ Óp. Cit. Pp 235 y 236.

nuestra Constitución General de la república, también se desprende de lo dispuesto en el artículo 25 de la Declaración Interamericana de Derechos Humanos; de hecho representa la fase mediante la cual se acata la voluntad de la ley, y se hace efectivo el acceso al particular a la impartición de justicia. Lo anterior ha sido reconocido por el Poder Judicial de la Federación, al establecer que el acceso a la justicia como respeto a la tutela judicial efectiva, contiene dos aspectos, uno el formal y el otro material, identificando el primero con las formas procesales y el acceso a ellas por parte de los particulares, específicamente con las particularidades del acceso al recurso y formalidades procesales, es decir, con el acceso, respeto y cumplimiento de todo lo que hemos visto en esta investigación; en tanto que la parte material se identifica precisamente con la materialización o ejecución de la sentencia, con el derecho a que la voluntad de la ley se hecha valer efectivamente de lo jure a lo facto, y a que nos sean reflejadas las consecuencias de dicha voluntad normativa en nuestra esfera jurídica. A este respecto nos permitimos citar el siguiente criterio emitido por el Poder Judicial de la Federación:

“DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SE RESPETA EN LA MEDIDA EN QUE SE ATIENDEN LOS ASPECTOS FORMAL Y MATERIAL EN QUE SE MANIFIESTA. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 1a./J. 42/2007, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, abril de 2007, página 124, de rubro: "GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES.", definió la garantía a la tutela como "... el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión ...". Por otra parte, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica 1969), relativo a la protección judicial, señala que "toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido. ...

que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención.", asimismo, establece el compromiso de los Estados Partes a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso; a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. De lo anterior se advierte que el Estado Mexicano ha reconocido el acceso a la justicia como un derecho fundamental; sin embargo, para que éste realmente se concrete en la esfera jurídica de los gobernados, es necesario precisar que se manifiesta en dos aspectos complementarios: uno formal y otro material. El aspecto formal del acceso a la justicia se refiere a la obligación de las autoridades de dar respuesta de manera pronta, completa, imparcial y gratuita a las solicitudes de los particulares (partes en un procedimiento) respetando las formalidades del procedimiento; desde luego que ello no significa que necesariamente se resolverá en forma favorable a los intereses del justiciable, sino sólo en los casos que en derecho proceda. Por su parte, el aspecto material del derecho de acceso a la justicia, complementa al primero, pues se refiere a la obligación de la autoridad de hacer cumplir sus resoluciones y, especialmente, cuando se trata de una sentencia definitiva o laudo que ha sido favorable a los intereses de alguna de las partes. Por tanto, no es posible sostener que se respeta el derecho fundamental de acceso a la justicia previsto en el artículo 17 constitucional, aunque se dé respuesta al justiciable en los términos de ley, si no se atiende al aspecto material o subgarantía de "ejecución de resoluciones" o de "justicia cumplida", que otorga a los gobernados el derecho a que los fallos dictados por las autoridades jurisdiccionales se notifiquen y cumplan cabalmente, ya que, de otra manera, la prerrogativa constitucional y convencional primeramente indicada, tendría sólo carácter adjetivo o procesal".³¹⁴

En efecto, se ha interpretado que: *"La garantía de tutela jurisdiccional o de acceso a la justicia prevista en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contiene a la vez la subgarantía de "ejecución de*

³¹⁴ Época: Novena Época. Registro: 162163. Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL TRIGESIMO PRIMER CIRCUITO . Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXXIII, Mayo de 2011. Materia(s): Constitucional. Tesis: XXXI.4 K. Pág. 1105.

resoluciones" o de "justicia cumplida", que otorga a los gobernados el derecho de que los fallos dictados a su favor por las autoridades jurisdiccionales se cumplan cabalmente, ya que de otra manera la prerrogativa constitucional primeramente indicada no podría verse satisfecha".³¹⁵ Esto resulta entendible, pues el acceso a la justicia no es meramente formal, el hecho de que existan formalidades y procedimientos o recursos jurisdiccionales para resolver los pleitos o reclamar la aplicación de los derechos, es una importantísima parte de la tutela judicial efectiva, pero dicha tutela sólo se ve realizada o alcanzada cuando se materializan los efectos de la sentencia, es decir, cuando se ejecuta la sentencia, pues si bien la sentencia ejecutoria constituye la verdad legal "la voluntad de la ley", esta sigue siendo una declarativa de justicia hasta en tanto se materializa y se convierte en justicia cumplida, como lo refiere el criterio citado. Así lo reconoce GONZÁLEZ PÉREZ en su obra, al decir:

*"La tutela jurisdiccional no será efectiva si el mandato contenido en la sentencia no se cumple. La pretensión no quedará satisfecha con la sentencia que declare si está o no fundada, sino cuando lo mandado en la sentencia sea cumplido. Si la sentencia declara que la pretensión es conforme al ordenamiento jurídico y accede a lo pedido, la tutela jurisdiccional no será efectiva hasta que se efectúe el mandato judicial y el que accionó obtenga lo pedido".*³¹⁶

Como referencia a lo que se acaba de mencionar, ya en este estudio hemos citado y analizado el derecho a un recurso efectivo, lo cual incluye no sólo la inclusión en la constitución y en las leyes procesales de formas y procedimientos o vías judiciales, así como de autoridades ante quien promoverlas, pues para que efectivamente ese recurso judicial se apto e idóneo para ver materializada la justicia en nuestro ámbito jurídico, se requiere idoneidad para materializar o

³¹⁵ El rubro de la citada tesis reza: TUTELA JURISDICCIONAL O DE ACCESO A LA JUSTICIA. DICHA GARANTÍA CONTIENE LA SUBGARANTÍA DE "EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES" O DE "JUSTICIA CUMPLIDA", QUE OTORGA A LOS GOBERNADOS EL DERECHO DE QUE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES SE CUMPLAN CABALMENTE. Época: Novena Época. Registro: 168527. Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL QUINTO CIRCUITO. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXVIII, Octubre de 2008. Materia(s): Común. Tesis: V.1o.C.T.58 K. Pág. 2460.

³¹⁶ Óp. Cit. p 337.

remediar la violación jurídica. Así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos el sostener que: *“para que exista un recurso efectivo no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”*.³¹⁷ De hecho la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha llamado a la existencia de un recurso efectivo como la *“garantía de garantías”*, el *“derecho que sirve a todos los derechos”*, tal y como fue resuelto en el caso Tibi vs Ecuador, cuya parte correspondiente enseguida se cita:

“45. El artículo 25 de la Convención Americana instituye una garantía preciosa, que es, en rigor, la “garantía de las garantías”, el “derecho que sirve a todos los derechos”. Esta garantía, este derecho, es la culminación de un sistema tutelar que finalmente deposita sus expectativas en cierto medio de defensa al que todos pueden acudir y que a todos puede satisfacer. Dice ese precepto que “(t)oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces y tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales (...).” También en relación con este punto y a propósito de la sentencia en el presente caso, pero igualmente en un número elevado de casos --en realidad, todos los que llegan al conocimiento de la Corte Interamericana--, es preciso preguntarse por la “efectividad del recurso efectivo”, por la sencillez y la rapidez que lo caracterizan en los términos estrictos y suficientes de la Convención, que no va mucho más lejos del punto al que llegan muchas constituciones nacionales.

46. El recurso provisto ¿es, de veras, “efectivo”, en el sentido de que permita la defensa real de los derechos fundamentales, en todo tiempo y circunstancia? ¿Es, de veras, “sencillo”, porque pueda ser conocido, entendido, empleado por cualquier ciudadano --pues se instituye para proteger a cualquier ciudadano-- que necesita esa protección? ¿Es, de veras, “rápido”, en el sentido de que asegure en brevísimo tiempo, no sólo al cabo de los meses o los años, la preservación de un derecho cuya tutela no admite demora, so pena de causar al titular daños severos e irreparables? ¿Se ha construido un sistema de recursos eficaz, remontando complejidades innecesarias, tecnicismos

³¹⁷ Cfr. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 24; Caso *Abril Alosilla y otros*, nota 16, párr.75, y Caso *Mejía Idrovo*, nota 15, párr. 94.

*inútiles, obstáculos improcedentes? No lo acredita así el panorama que la Corte suele tener a la vista, como se deduce de las frecuentes declaraciones sobre violación del artículo 25. La observancia de éste sustraería a la justicia internacional la gran mayoría de los asuntos que llegan a su conocimiento”.*³¹⁸

Resulta para nosotros muy claro porque la Corte llama a la existencia de un recurso efectivo, es decir, al que pueda efectivamente materializar la voluntad de la ley, y sus efectos en la esfera jurídica de las personas, como “*garantía de garantías*” y “*derecho que sirve a todos los derechos*”, pues por un lado ese recurso o procedimiento, forma parte de un sistema con un doble propósito, primero garantizar el cumplimiento de la ley, y segundo permitir el acceso pleno a la justicia a los particulares, y un recurso efectivo es garantía la efectividad de lo que la ley garantiza; y sirve a todos los derechos, pues como parte del sistema tutelador de la ley que hemos visto, garantiza que la característica de la coercitividad de la ley sea respetada, que su voluntad sea realizada, por eso sirve a todos los derechos, pues permite que el imperio o mandato de la ley se coercitivise, mediante su aplicación forzosa por parte de la autoridad, tal y como se ha expresado en este trabajo.

4.5 LA TUTELA DEL DERECHO SUSTANTIVO Y EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO FINALIDAD DEONTOLÓGICA DE LOS TRIBUNALES MEXICANOS.

Con todo lo que hemos visto hasta este punto es posible hacer una afirmación, los Tribunales Judiciales existen porque forman parte de un sistema jurídico con un doble contenido estructural y dogmático, por una parte nuestro sistema jurídico se ha basado en leyes, y ha estas se las ha dotado de la característica de la coercitividad, se ha prohibido la autotutela, y se han creado principios como la fundamentación y motivación, debido proceso, legalidad, etc.; todo esto nos conlleva a poder sostener por una parte que estructuralmente dentro

³¹⁸ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tibi vs Ecuador*. Sentencia de 07 de Septiembre del 2004. Párrafos 45 y 46.

de nuestro sistema jurídico los tribunales son creados por nuestra constitución para garantizar el cumplimiento de la voluntad y la aplicación de las leyes, por eso se crean los Tribunales con un conjunto de disposiciones que garantizan y formalizan la aplicación de la voluntad legal, esas disposiciones incluyen instituciones como el proceso, la acción, la jurisdicción, la pretensión, y otras que se incluyen en éstas, y que en conjunto hacen posible el cumplimiento de esa voluntad legal, los tribunales son un medio, un mecanismo que las propias leyes crean para hacerse efectivas. Pero además dogmáticamente nuestra Constitución y los tratados internacionales (como lo hemos visto) garantizan a todos los ciudadanos que las leyes les serán respetadas cuando les otorguen o reconozcan derechos, y los propios Tribunales como medio de cumplimiento de las leyes, permiten a los particulares acceder plenamente a la justicia otorgada por las normas, pues en tanto los Tribunales aplican la voluntad de la ley, los efectos de esa voluntad accesan la justicia al particular. Así lo establece ÁLVAREZ SACRISTÁN al sostener:

*“A través de los jueces es por el único medio por el que se obtiene la tutela efectiva. ... quien se siente perturbado en su derecho tiene como único medio tutelador a través del cauce jurisdiccional. Se convierte al Juez, así, en guardián de la norma y cuyo compromiso de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado alcance caracteres subliminales para adentrarse en otro mundo que es tangencial con el derecho”.*³¹⁹

Así también es reconocido por ALVARO DE OLIVEIRA quien sostiene que: *“en la sentencia de merito se unen derecho procesal y derecho material, o que el más estrecho vínculo entre el derecho procesal y material está en la sentencia, que posibilita la transición del proceso en el dominio de la vida, el derecho material. Se pasa, así, de la tutela jurisdiccional a la tutela del derecho. ...”.*³²⁰ Estimamos que en este punto no es necesario establecer mayores citas o argumentos para convencernos de que la finalidad de los tribunales es tanto hacer cumplir la voluntad de la ley, como acceder a los particulares a la justicia, pues con toda

³¹⁹ Óp. Cit. p 39.

³²⁰ Óp. Cit. Pp 160 y 161.

nuestra tesis queda sostenido este punto, y no nos resulta práctico realizar repeticiones infructuosas, el único motivo de establecer un punto especial para hacer esta observación, es a manera de conclusión especial del tema de tutela judicial efectiva, pues nos será de gran utilidad para demostrar la hipótesis de esta investigación.

4.6 EL DERECHO A LA REVISIÓN INTEGRAL DE LA SENTENCIA POR LA ALZADA COMO REQUISITO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

La efectividad de la segunda instancia debe ser garantizada por las leyes procesales cuando el recurso se encuentra plasmado en las leyes, siendo dicha efectividad un presupuesto de la tutela judicial efectiva; es además considerada un derecho humano y se encuentra elevada a tal categoría según lo dispuesto en los artículos 7 punto 6, 8 punto 2, inciso h), y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así como el 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, además de estar previsto en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aunque esto por lo que hace a materia penal; aunque debe destacarse que según nuestra opinión tal derecho debiera aplicar en cualquier materia y ser reconocido como derecho humano o fundamental en cualquier tipo de procedimiento; pues un procedimiento con doble instancia, es también doble garantía de justicia y de eficacia de la legalidad. Además de que todos los criterios y principios relativos a la tutela judicial efectiva que regulan y aplican en la primera instancia también lo hacen respecto de lo dispuesto en la segunda instancia, pues abarcan a todo el proceso, desde su inicio hasta su culminación.

En nuestro sistema jurídico —tomando en consideración la falibilidad humana en la impartición de justicia— la regla general es la revocabilidad, esto es, que en casi cualquier materia u procedimiento existen tribunales de segunda instancia, encargados de revisar el fondo de la sentencia y los posibles vicios

procesales, por lo que se ha diseñado un mecanismo de revisión de las sentencias dictadas por los jueces de primera instancia; así encontramos diseñados una serie de recursos, con diversos nombres, y a veces, con diversa sustanciación, que sirven para que juzgadores de mayor grado, de forma unitaria o colegiada, revisen las resoluciones de los jueces de trámite, los de primera instancia (debe precisarse que sí existen leyes o procedimientos, excepcionales, carentes de recurso, tal como acontece en juicios de menor cuantía en el propio código de procedimientos civiles, pero aún en contra de las resoluciones derivada de esos procesos es posible la impugnación extraordinaria vía amparo). En concordancia con lo que hemos visto, y específicamente con el derecho a la efectividad del recurso, si las leyes establecen un sistema revisor, que garantiza un acceso a la justicia más apegado a la legalidad, entonces los encargados de aplicar la ley deben buscar hacer efectivo el recurso a la segunda instancia, deben evitar los formalismos, rigorismos y exigencias accesorias que impidan el debido funcionamiento del medio de impugnación, que lo obstaculicen o le impongan barreras innecesarias que atenten contra su esencia y naturaleza, y que además impidan el ejercicio de su propia función jurisdiccional como autoridades encargadas de dar mayor certeza a la aplicación de la justicia. Así lo analizamos para la efectividad del recurso (proceso o vía) en general, y dicha efectividad abarca ambas instancias; todas las garantías, derechos y principios procesales aplican igualmente a ambas instancias cuando éstas existen, pues el proceso en sí es una unidad, con todas sus fases e instancias. En el mismo sentido opina SÁNCHEZ BARRIOS en un estudio sobre la acción como derecho a la tutela judicial efectiva, realizado en la Revista Justicia: Revista de Derecho Procesal, en el que expresa:

“Pero una vez diseñado el sistema de recursos por las leyes de enjuiciamiento de cada orden jurisdiccional —como lo señala el Tribunal Constitucional de forma reiterada— el derecho a la utilización de los recursos pasa a formar parte del contenido de la tutela judicial efectiva. Son los tribunales ordinarios los que deben interpretar y comprobar las concurrencias de las exigencias materiales y formales para que puedan admitirse los recursos, y deben hacerlo de la forma más favorable posible a la eficacia del

*derecho al recurso. Se infringiría el derecho al artículo 24 CE si la inadmisión del recurso se fundamentara en una causa inexistente, se efectuara sin razonamiento o a través de una lectura irracional, arbitraria o rigurosa de la ley, impidiéndose así un pronunciamiento sobre el fondo de la impugnación”.*³²¹

Aunado a lo anterior tenemos la opinión de BORRAJO INIESTA, DIEZ-PICAZO Y FERNÁNDEZ FARRERES, quienes citando las Jurisprudencias de la Sala Primera 69/1984 y 102/1984, del Tribunal Constitucional Español concluyen lo siguiente:

*“En conexión con lo anterior, y en orden a los defectos de la preparación del recurso... el artículo 24.1 de la Constitución contiene un mandato positivo que obliga a interpretar la normativa vigente en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental, de forma que, aun que las formas y requisitos del proceso cumplen un papel de capital importancia para la ordenación del proceso, no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución, especialmente en los casos en que el legislador no lo determina de forma taxativa”.*³²²

*“Son muy numerosas las sentencias constitucionales que versan sobre los defectos formales que impiden la substanciación de los recursos. El TC viene afirmando que las formalidades procesales exigidas para la interposición de un recurso deben estar justificadas y ser proporcionadas a la finalidad perseguida, y los jueces y tribunales deben interpretar dichas normas en el sentido más favorable a la efectividad del derecho. No toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para la prosecución del recurso, especialmente si el legislador no lo determina de forma taxativa. Debe distinguirse entre los requisitos procesales cuyo incumplimiento produce la nulidad del acto y las simples irregularidades que no afectan al núcleo esencial del recurso y son susceptibles de subsanación; en este caso, la inadmisión supone un formalismo excesivo y desproporcionado que vulnera la tutela judicial”.*³²³

³²¹ SÁNCHEZ Barrios, María Inmaculada. *La Acción Como Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*. Justicia: Revista de Derecho Procesal. Tomos 1-2/2010. p 186.

³²² BORRAJO Iniesta, Ignacio. Diez-Picazo Giménez Ignacio. Fernández Farreres, Germán. *El Derecho a la tutela Judicial y el Recurso de Amparo. Una Reflexión Sobre la Jurisprudencia Constitucional*. 1ª Ed. Civitas. Madrid. 1995. p 50.

³²³ RUIZ Ruiz, Gregorio. *El Derecho al Juez Ordinario en la Constitución Española*. 1ª Ed. Civitas. España. 1991. p 12.

*“Podrá considerarse vulnerado el derecho a los recursos en materia penal, no solamente cuando la inadmisión del recurso se produzca mediante una resolución judicial arbitraria, fruto de un error patente o consecuencia de una interpretación manifiestamente irrazonable de las normas que regulaban tal acceso, sino que también se entenderá infringido cuando dicha resolución inadmisoria del recurso, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, se manifiesta reveladora de una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión del recurso preservan y los intereses que se sacrifican (STC 48/2008, de 11 de marzo). La observancia del principio pro actione en la interpretación y aplicación de las normas procesales reguladoras de los presupuestos de admisión de los recursos, por consiguiente, llega aquí hasta sus últimas consecuencias (tal y como también lo hacía en el marco del derecho de acceso a los órganos judiciales)”.*³²⁴

*“El TC, señala cómo el derecho a los recursos conlleva también el derecho a la utilidad o efectividad de los mismos, de manera que no pueden los órganos judiciales privar injustificadamente de su utilidad a uno ya formulado y admitido, de manera directa o indirecta”.*³²⁵

Con lo expuesto y citado anteriormente podemos dejar en claro que una vez que los recursos son previstos en las leyes adjetivas, como acontece en nuestras legislaciones procesales civiles —que todas y sin excepción establecen el derecho a la segunda instancia (salvo escasas excepciones como en algunos tipos de procedimientos de menor cuantía)— no deben requerirse formalismos ni ser tan rigurosos en las exigencias para la promoción de los medios de impugnación, de tal manera que se impida la realización de la función del recurso, y se abandone el debido ejercicio de la función jurisdiccional, mucho menos si esos formalismos, y la propia desestimación del recurso no se encuentran previstas en las leyes, y son fruto de la interpretación propia de la labor jurisdiccional, no una sanción del orden legal, pues ese tipo de interpretaciones no coincide con los principios pro actione y pro homine, ni es compatible con la tutela judicial efectiva, pues impide y no garantiza ni el debido cumplimiento de la voluntad de la ley, ni el debido acceso a

³²⁴ GARBERÍ Llobregat, José. *Constitución y Derecho Procesal, Los Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal*. 1ª Ed. Thomson Reuters, Civitas. España. 2009. p 197.

³²⁵ CHAMORRO Bernal, Francisco. *El Artículo 24 de la Constitución. Tomo I. El Derecho de Libre Acceso a los Tribunales*. 1ª Ed. Editorial Iura. Barcelona. 2005. p 458.

la justicia. De esta forma nuestra opinión se emite en el sentido de que si —como se verá en el apartado correspondiente de esta tesis— la expresión de agravios es un concepto jurídico indeterminado, y si bien las leyes exigen que éstos sean expresados en la interposición del recurso, no establecen como deben formularse, ni contemplan sanciones como la desestimación, desechamiento o improcedencia del recurso o instancia por la omisión, falla, o error en la formulación de los agravios, ni tampoco se autoriza por las leyes procesales, ni orgánicas, el abandono del ejercicio de la labor revisora jurisdiccional por fallas en la expresión de agravios, entonces se atenta contra la tutela judicial efectiva cuando se han creado una gran serie de tesis y criterios jurisprudenciales que por distintas razones desestiman los recursos porque fallas en la expresión de agravios, pues como lo dicen y puede desprenderse de las opiniones de los antes citados autores: *“se infringiría el derecho al artículo 24 CE³²⁶ si la inadmisión del recurso se fundamentara en una causa inexistente, se efectuara sin razonamiento o a través de una lectura irracional, arbitraria o rigurosa de la ley, impidiéndose así un pronunciamiento sobre el fondo de la impugnación”,³²⁷* considerándose además que: *“no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución, especialmente en los casos en que el legislador no lo determina de forma taxativa”³²⁸*, aunado a que según se expresó por los mismos autores: *“Debe distinguirse entre los requisitos procesales cuyo incumplimiento produce la nulidad del acto y las simples irregularidades que no afectan al núcleo esencial del recurso y son susceptibles de subsanación; en este caso, la inadmisión supone un formalismo excesivo y desproporcionado que vulnera la tutela judicial”;³²⁹* pues: *La observancia del principio pro actione en la interpretación y aplicación de las normas procesales reguladoras de los presupuestos de admisión de los recursos, por consiguiente, llega aquí hasta sus últimas consecuencias (tal y como también lo hacía en el marco del derecho de*

³²⁶ El 17 nuestra Constitución Mexicana, o el 25 de la Declaración Americana de los Derechos Humanos.

³²⁷ SANCHEZ Barrios. Supra Nota Pie de Página 289.

³²⁸ BORRAJO Iniesta, Díez-Picazo y Fernández Farreres. Supra Nota de Pie de Página 290.

³²⁹ *Ibidem*. Supra Nota Pie de Página 291.

acceso a los órganos judiciales),³³⁰ por lo que en este sentido: “no pueden los órganos judiciales privar injustificadamente de su utilidad a uno ya formulado y admitido, de manera directa o indirecta”.³³¹

Lo anterior además se corrobora con lo que sostiene JESÚS SÁENZ GONZÁLEZ quien realiza un estudio sobre un supuesto real que es la existencia de procedimientos de única instancia en España, y señala que en su opinión si bien en los procedimientos donde existen recursos establecidos debe agotarse la materia del mismo y respetarse la tutela judicial efectiva, pero que es posible la existencia legal de procedimientos sin recurso, porque ni la Constitución Española, ni los tratados Europeos de Derechos Humanos, ni los que actualmente tiene celebrados España contienen dispositivos que ordenen la existencia de la doble instancia en todos los juicios (tal y como acontece en México), salvo en materia penal, dicho jurista reconoce:

*“De este modo, cualquier obstaculización que impida a las partes ejercer el recurso ya existente en la legislación procesal puede llegar a ser considerada como una limitación al acceso a la tutela judicial efectiva o violación del derecho a un proceso con todas las garantías”.*³³²

Lo que se ha mencionado encuentra apoyo en las siguientes tesis del Poder Judicial de la Federación:

“ACCESO A LA JUSTICIA. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA INTERPOSICIÓN DE LOS RECURSOS. Del mismo modo que los ciudadanos tienen un derecho constitucional para defender sus derechos en un proceso establecido por el legislador, también tienen el derecho a acceder a los recursos previstos legalmente para impugnar las resoluciones dictadas por el Juez de primera instancia. Lo anterior es así, porque el recurso es la continuación del proceso, dado que a través de éste, el órgano ad quem revisa la decisión del órgano

³³⁰ Ibídem. Supra Nota Pie de Página 292.

³³¹ Ibídem. Supra Nota Pie de Página 293.

³³² SÁENZ González, Jesús. *Procesos en Única Instancia, Abogados Generales y Doble Pronunciamiento*. Justicia: Revista de Derecho Procesal. No. 1/2012. p 170.

a quo; de manera que los principios de defensa, igualdad de las partes, contradicción e igualdad jurídica en la aplicación de la ley, también son aplicables al derecho de acceso a los recursos. De ahí que, cuando el ordenamiento procesal regula un recurso, el acceso al mismo por la parte que sufre un perjuicio en sus derechos, se encuentra comprendido dentro de los derechos a la tutela judicial efectiva y de administración de justicia. Sin embargo, si bien el derecho a los recursos es de base constitucional, porque encuentra su fundamento en los derechos a la tutela judicial efectiva y a la administración de justicia, previstos en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, corresponde su configuración legal al legislador ordinario, pero dicha facultad no es omnímoda ya que sólo puede limitar el acceso a los recursos en aras de proteger otros derechos fundamentales. Así es, el legislador no puede crear obstáculos irrazonables o desproporcionados que impidan a las partes afectadas por un acto procesal, acceder de inmediato a una segunda instancia. Por su parte, los Jueces y tribunales tienen el deber de aplicar e interpretar las disposiciones legales que regulan los recursos, en la forma más favorable a su admisión, ya que el acceso a éstos, se rige por los mismos principios del derecho a la tutela judicial efectiva, dado que constituyen la continuación del proceso; de tal manera que, al existir un medio de defensa para impugnar las resoluciones del Juez del proceso, la parte afectada tiene los siguientes derechos: a) a interponer el medio de defensa sin que se le exijan requisitos desproporcionados; b) a que se admita el recurso, salvo que exista un impedimento legal para ello, pero dicho impedimento deberá interpretarse en el sentido más favorable al recurso; c) a que los impedimentos legales que obstaculizan el acceso a los recursos, se apliquen sin formalismos y atendiendo a la finalidad de éstos; d) a que se tramiten los recursos con arreglo a los principios de igualdad y contradicción; y e) a que se dicte una resolución de fondo en segunda instancia que resuelva en sus méritos la controversia planteada por el recurrente. En suma, el libre acceso a los recursos para poder plantear en ellos las cuestiones que afectan los derechos de las partes en un proceso, es una condición necesaria para que resulten efectivos los derechos a la tutela judicial y a la administración de justicia. Ello supone que el legislador debe configurar el acceso a los recursos mediante una ley que establezca los términos, formas y modos de tramitarlos; pero está impedido para establecer libremente límites a ese derecho, ya que sólo puede hacerlo en forma restrictiva y para dar cobertura o proteger otros bienes constitucionalmente garantizados, y observando que no sean desproporcionadas las cargas que esos límites impongan a los justiciables. Por su parte, los Jueces y tribunales deben interpretar las normas que regulan la tramitación

*de los recursos en el sentido más favorable que permita el acceso a las partes a una segunda instancia, evitando introducir o hacer interpretaciones estrictas de las disposiciones legales que impidan el acceso a los medios de defensa legal”.*³³³

*“DERECHO A UNA SEGUNDA INSTANCIA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. SU OBJETO Y FIN CONFORME A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). De la interpretación sistemática de los artículos 415 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; 7., punto 6, 8., punto 2, inciso h), y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se advierte el derecho a una segunda instancia en el procedimiento penal, la cual se abrirá a petición de parte legítima para resolver sobre los agravios expresados al interponer el recurso o en la audiencia de vista, ya que si el ad quem omitiera estudiarlos o lo hiciera sólo en una parte, dejaría al quejoso en estado de indefensión y violaría sus derechos fundamentales previstos en los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En ese sentido, conforme al objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el derecho de recurrir el fallo es una garantía primordial que debe respetarse en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica; prerrogativa que no sólo se satisface con la existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante quien éste tenga acceso, sino que para que haya una verdadera revisión de la sentencia es preciso que aquél reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto; de ahí que todo recurso ordinario deba ser eficaz en la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias a derecho, y alcanzar los resultados para los cuales fue concebido en aras de proteger los derechos humanos”.*³³⁴

³³³ Época: Novena Época. Registro: 162250. Instancia: SEPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXXIII, Mayo de 2011. Materia(s): Constitucional. Tesis: I.7o.C.66 K. Pág. 997.

³³⁴ Época: Décima Época. Registro: 2000553. Instancia: NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Libro VII, Abril de 2012, Tomo 2. Materia(s): Constitucional. Tesis: I.9o.P. J/3 (10a.). Pág. 1370.

*“ACCESO A LA JUSTICIA. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEBEN EVITAR, EN TODO MOMENTO, PRÁCTICAS QUE TIENDAN A DENEGAR O LIMITAR ESE DERECHO. A fin de satisfacer efectivamente el derecho fundamental de acceso a la justicia, debe acudirse al artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual prescribe la obligación por parte del Estado, de conceder a toda persona bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de derechos, los cuales pueden estar reconocidos tanto en la legislación interna, como en la propia convención. Asimismo, en la interpretación que se ha hecho de este numeral por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido criterio sostenido que, para la satisfacción de dicha prerrogativa, no basta con la existencia formal de un recurso, sino que éste debe ser efectivo; es decir, capaz de producir resultados o respuestas y tener plena eficacia restitutoria ante la violación de derechos alegada; en otras palabras, la obligación a cargo del Estado no se agota con la existencia legal de un recurso, pues éste debe ser idóneo para impugnar la violación y brindar la posibilidad real, no ilusoria, de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida. En estas condiciones, la existencia de esta garantía constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana citada, sino de todo Estado de derecho. Por tanto, los órganos jurisdiccionales deben evitar, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o limitar el referido derecho de acceso a la justicia”.*³³⁵

“TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA. PARA LOGRAR LA EFICACIA DE ESE DERECHO HUMANO LOS JUZGADORES DEBEN DESARROLLAR LA POSIBILIDAD DEL RECURSO JUDICIAL. De la interpretación conforme de los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se advierte que la tutela judicial efectiva se compone de los siguientes postulados: a) el derecho a la administración de justicia o garantía de tutela jurisdiccional es un derecho público subjetivo incorporado en la esfera jurídica de todo gobernado para que, dentro de los plazos previstos en la legislación aplicable, pueda acceder a tribunales

³³⁵ Época: Décima Época. Registro: 2002436. Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 3. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Tesis: I.4o.A. J/1 (10a.). Pág. 1695.

*independientes e imparciales a plantear su pretensión o defenderse de la demanda en su contra; b) debe garantizarse al gobernado el acceso ante la autoridad jurisdiccional con atribuciones legales para resolver una cuestión concreta prevista en el sistema legal, es decir, todo aquel que tenga necesidad de que se le administre justicia tendrá plena seguridad de recibirla por los órganos jurisdiccionales permanentemente estatuidos, con antelación al conflicto, sin más condición que las formalidades necesarias, razonables y proporcionales al caso para lograr su trámite y resolución; y, c) la implementación de los mecanismos necesarios y eficaces para desarrollar la posibilidad del recurso judicial que permita cristalizar la prerrogativa de defensa. Así, el poder público no puede condicionar o impedir el acceso a la administración de justicia, lo cual debe entenderse en el sentido de que la ley aplicable no deberá imponer límites a ese derecho, aunque sí la previsión de formalidades esenciales para el desarrollo del proceso, por lo que además de la normativa, los órganos encargados de administrar justicia deben asumir una actitud de facilitadores del acceso a la jurisdicción. Lo anterior no implica la eliminación de toda formalidad ni constituye un presupuesto para pasar por alto las disposiciones legislativas, sino por el contrario, ajustarse a éstas y ponderar los derechos en juego, para que las partes en conflicto tengan la misma oportunidad de defensa, pues la tutela judicial efectiva debe entenderse como el mínimo de prerrogativas con las cuales cuentan los sujetos. Por tanto, para lograr la eficacia del indicado derecho humano, los juzgadores deben desarrollar la posibilidad del recurso judicial, esto es, eliminar formalismos que representen obstáculos para ello. Lo anterior se ejemplifica en el caso de que se impugne un acto y el tribunal ante el que se interpuso la demanda advierta que es incompetente, en cuyo caso no debe sobreseer, sino señalar al particular cuál es la vía de impugnación procedente y remitir los autos al órgano jurisdiccional que deba conocer de él, el cual deberá inclusive otorgar la oportunidad de adecuar la pretensión a los requisitos previstos en los ordenamientos aplicables, sin perjuicio de que se analice la oportuna presentación del medio de defensa”.*³³⁶

“DERECHO HUMANO A UN RECURSO JUDICIAL EFECTIVO. NO PUEDEN CONSIDERARSE EFECTIVOS LOS RECURSOS QUE, POR LAS CONDICIONES GENERALES DEL

³³⁶ Época: Décima Época. Registro: 2000479. Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA TERCERA REGION CON RESIDENCIA EN GUADALAJARA JALISCO, Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Libro VI, Marzo de 2012, Tomo 2. Materia(s): Constitucional. Tesis: III.4o.(III Región) 6 K (10a.). Pág. 1481.

*PAÍS O POR LAS CIRCUNSTANCIAS PARTICULARES DE UN CASO CONCRETO, RESULTEN ILUSORIOS. El citado derecho humano está estrechamente vinculado con el principio general relativo a la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar los derechos humanos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o los instrumentos internacionales en la materia. Ahora bien, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a tales derechos constituye una transgresión al derecho humano a un recurso judicial efectivo. En este sentido, para que exista dicho recurso, no basta con que lo prevea la Constitución o la ley, o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que realmente sea idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y, en su caso, proveer lo necesario para remediarla. De manera que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso concreto, resulten ilusorios, esto es, cuando su inutilidad se ha demostrado en la práctica, ya sea porque el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad, faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan, se deniega la justicia, se retarda injustificadamente la decisión o se impida al presunto lesionado acceder al recurso judicial”.*³³⁷

“PRINCIPIO PRO PERSONA. SU APLICACIÓN PERMITE OPTIMIZAR LA ADMISIÓN DE RECURSOS EN AMPARO. El artículo 1o. constitucional contiene el principio pro persona que, como ha explicado la doctrina, es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Una manifestación de ese principio es la preferencia interpretativa (la otra es la preferencia de normas) que, a su vez, se expresa en la interpretación extensiva y la interpretación restringida. Pero ya sea en una u otra de las variantes, lo relevante es que en la preferencia interpretativa el intérprete ha de preferir la interpretación que más optimice un derecho fundamental, sin que pueda dejar de tomarse en cuenta que dicho principio

³³⁷ Época: Décima Época. Registro: 2002287. Instancia: PRIMERA SALA. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. CCLXXVII/2012 (10a.). Pág. 526.

*interpretativo se materializa en distintos sub-principios, entre los cuales se encuentra el de in dubio pro actione, que constituye la aplicación del principio pro persona al ámbito procesal, de forma que el intérprete debe analizar las restricciones o limitaciones legales para acceder al órgano jurisdiccional de forma restrictiva, con el objetivo de lograr que el mayor número de procesos sea iniciado y, en la medida en que sea posible, se satisfaga la pretensión del demandante optimizando con ello el derecho a la jurisdicción. La optimización del derecho a la jurisdicción puede lograrse si se facilita la acción, pero también el recurso relacionado con dicha pretensión. A los derechos de recurrir el fallo y contar con un recurso efectivo se refieren los artículos 8.2. h y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los preceptos invocados, el recurso debe ser eficaz, efectivo. Ello puede lograrse si, mediante la preferencia interpretativa extensiva, como manifestación del principio pro persona, y la aplicación del principio pro actione, se optimizan la interposición y admisión de los medios de impugnación, sobre todo de aquellos relacionados con el control constitucional de amparo en donde el debido proceso debe observarse con mayor rigor, dada su calidad de instrumento garante de los derechos fundamentales”.*³³⁸

4.7 LA DESESTIMACIÓN DE AGRAVIOS POR DEFICIENCIAS, Y LA VULNERACIÓN AL DERECHO A LA REVISIÓN INTEGRAL DE LA SENTENCIA POR LA ALZADA COMO REQUISITO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

La evidente vulneración a la tutela judicial efectiva, y consecuentemente a lo dispuesto en el artículo 17 de Nuestra Constitución, 7 punto 6, 8 punto 2, inciso h), y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así como el 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha quedado firmemente demostrada a lo largo del estudio de la tutela judicial efectiva en esta tesis, encontrando la violación más directa y culminante en lo visto en el punto que antecede denominado “El derecho

³³⁸ Época: Décima Época. Registro: 2001717. Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3. Materia(s): Común. Tesis: I.4o.C.12 C (10a.). Pág. 1945.

a la Revisión Integral de la Sentencia por la Alzada Como Requisito de la Tutela Judicial Efectiva”; en el cual quedó acreditado con criterios doctrinales, y jurisprudenciales que la efectividad de la segunda instancia debe ser garantizada por las leyes procesales cuando el recurso se encuentra plasmado o regulado dichas legislaciones, siendo dicha efectividad un presupuesto de la tutela judicial efectiva.

Así es, las diversas legislaciones nacionales e internacionales que regulan la tutela judicial efectiva, han sido interpretadas, en lo que nos corresponde, en el sentido de que si las leyes establecen un sistema revisor de segunda instancia, que garantiza un acceso a la justicia más apegado a la legalidad, entonces los encargados de aplicarla deben buscar hacer efectivo el recurso a la segunda instancia, deben evitar los formalismos, rigorismos y exigencias accesorias que impidan el debido funcionamiento del medio de impugnación, que lo obstaculicen o le impongan barreras innecesarias que atenten contra su esencia y naturaleza, y que además impidan el ejercicio de su propia función jurisdiccional como autoridades encargadas de dar mayor certeza a la aplicación de la justicia. Así lo analizamos para la efectividad del recurso (proceso o vía) en general, y dicha efectividad abarca ambas instancias; todas las garantías, derechos y principios procesales aplican igualmente a ambas instancias cuando éstas existen, pues el proceso en sí es una unidad, con todas sus fases e instancias. Con lo expuesto y citado anteriormente se dejó en claro que una vez que los recursos son previstos en las leyes adjetivas, como acontece en nuestras legislaciones procesales civiles —que todas establecen el derecho a la segunda instancia (salvo escasas excepciones como en algunos tipos de procedimientos de menor cuantía)— no deben requerirse formalismos ni ser tan rigurosos en las exigencias para la promoción de los medios de impugnación, de tal manera que se impida la realización de la función del recurso, y se abandone el debido ejercicio de la función jurisdiccional, mucho menos si esos formalismos, y la propia desestimación del recurso no se encuentran previstas en las leyes, y son fruto de la interpretación propia de la labor jurisdiccional, no una sanción del orden legal,

pues ese tipo de interpretaciones no coincide con los principios por actione y pro homine, ni es compatible con la tutela judicial efectiva, pues impide y no garantiza ni el debido cumplimiento de la voluntad de la ley, ni el debido acceso a la justicia.

De esta forma nuestra opinión se emite en el sentido de que si la expresión de agravios es un concepto jurídico indeterminado (al no establecernos con claridad y precisión las leyes su forma y sustancia), y si bien las leyes exigen que éstos sean expresados en la interposición del recurso, no establecen como deben formularse, ni contemplan sanciones como la desestimación, desechamiento o improcedencia del recurso o instancia por la omisión, falla, o error en la formulación de los agravios, ni tampoco se autoriza por las leyes procesales, ni orgánicas, el abandono del ejercicio de la labor revisora jurisdiccional por fallas en la expresión de agravios (y aunque las leyes contemplasen dichas sanciones serían contrarias a la tutela judicial efectiva), por lo que entonces nos resulta evidente que se atenta contra la tutela judicial efectiva cuando se han creado una gran serie de tesis y criterios jurisprudenciales que por distintas razones desestiman los recursos porque fallas en la expresión de agravios, pues como lo dicen y puede desprenderse de las opiniones doctrinales que fueron citadas en esta tesis: *“se infringiría el derecho al artículo 24 CE³³⁹ si la inadmisión del recurso se fundamentara en una causa inexistente, se efectuara sin razonamiento o a través de una lectura irracional, arbitraria o rigurosa de la ley, impidiéndose así un pronunciamiento sobre el fondo de la impugnación”*,³⁴⁰ considerándose además que: *“no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución, especialmente en los casos en que el legislador no lo determina de forma taxativa”*³⁴¹, aunado a que según se expresó por los mismos autores: *“Debe distinguirse entre los requisitos procesales cuyo incumplimiento produce la nulidad del acto y las simples irregularidades que no afectan al núcleo esencial del recurso y son susceptibles de subsanación; en este caso, la*

³³⁹ El 17 nuestra Constitución Mexicana, o el 25 de la Declaración Americana de los Derechos Humanos.

³⁴⁰ SANCHEZ Barrios. Supra Nota Pie de Página 289.

³⁴¹ BORRAJO Iniesta, Díez-Picazo y Fernández Farreres. Supra Nota de Pie de Página 290.

*inadmisión supone un formalismo excesivo y desproporcionado que vulnera la tutela judicial”;*³⁴² pues: *La observancia del principio pro actione en la interpretación y aplicación de las normas procesales reguladoras de los presupuestos de admisión de los recursos, por consiguiente, llega aquí hasta sus últimas consecuencias (tal y como también lo hacía en el marco del derecho de acceso a los órganos judiciales);*³⁴³ por lo que en este sentido: *“no pueden los órganos judiciales privar injustificadamente de su utilidad a uno ya formulado y admitido, de manera directa o indirecta”.*³⁴⁴

Lo anterior aunado a los diversos criterios de jurisprudencia nacionales expuestos en el citado punto, nos permiten concluir la evidente vulneración a la tutela judicial efectiva.

³⁴² Ibídem. Supra Nota Pie de Página 291.

³⁴³ Ibídem. Supra Nota Pie de Página 292.

³⁴⁴ Ibídem. Supra Nota Pie de Página 293.

CONCLUSIONES DEL SUSTENTANTE

La emisión de criterios para desestimar los agravios y omitir el análisis del fondo del juicio y del procedimiento, así como la correspondiente actuación de los tribunales de Alzada al hacer uso de ellos, y del propio Poder Judicial de la Federación al emitir las ya citadas tesis jurisprudenciales, ha permitido que se vulnere la tutela judicial efectiva, por los siguientes motivos que se desprenden muy claramente de lo que se ha expuesto y analizado en esta tesis doctoral en torno a la Tutela Judicial Efectiva, en su confrontación con el problema planteado:

1. La evidente vulneración a la tutela judicial efectiva, y consecuentemente a lo dispuesto en el artículo 17 de Nuestra Constitución, 7 punto 6, 8 punto 2, inciso h), y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así como el 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha quedado firmemente demostrada a lo largo del estudio de la tutela judicial efectiva en esta tesis, encontrando el punto más directo y culminante en el Capítulo Cuarto, punto 4.6, denominado “El Derecho a la Revisión Integral de la Sentencia por la Alzada Como Requisito de la Tutela Judicial Efectiva”, así como en el punto 4.7 que se denominó “La Desestimación de los Agravios por Deficiencias, y la Vulneración al Derecho a la Revisión Integral de la Sentencia por la Alzada Como Requisito de la Tutela Judicial Efectiva” ; en los cuales quedó acreditado con criterios doctrinales y jurisprudenciales, que la efectividad de la segunda instancia debe ser garantizada por las leyes procesales cuando el recurso se encuentra plasmado o regulado dichas legislaciones, siendo dicha efectividad un presupuesto de la tutela judicial efectiva.

Así es, según se dijo, las diversas legislaciones nacionales e internacionales que regulan la tutela judicial efectiva, han sido interpretadas, en lo que nos corresponde, en el sentido de que si las

leyes establecen un sistema revisor de segunda instancia, que garantiza un acceso a la justicia más apegado a la legalidad, entonces los encargados de aplicarla deben buscar hacer efectivo el recurso a la segunda instancia, deben evitar los formalismos, rigorismos y exigencias accesorias que impidan el debido funcionamiento del medio de impugnación, que lo obstaculicen o le impongan barreras innecesarias que atenten contra su esencia y naturaleza, y que además impidan el ejercicio de su propia función jurisdiccional como autoridades encargadas de dar mayor certeza a la aplicación de la justicia. Así lo analizamos para la efectividad del recurso (proceso o vía) en general, y dicha efectividad abarca ambas instancias; todas las garantías, derechos y principios procesales aplican igualmente a ambas instancias cuando éstas existen, pues el proceso en sí es una unidad, con todas sus fases e instancias. Con lo expuesto y citado anteriormente se dejó en claro que una vez que los recursos son previstos en las leyes adjetivas, como acontece en nuestras legislaciones procesales civiles — que todas establecen el derecho a la segunda instancia (salvo escasas excepciones como en algunos tipos de procedimientos de menor cuantía)— no deben requerirse formalismos ni ser tan rigurosos en las exigencias para la promoción de los medios de impugnación, de tal manera que se impida la realización de la función del recurso, y se abandone el debido ejercicio de la función jurisdiccional, mucho menos si esos formalismos, y la propia desestimación del recurso no se encuentran previstas en las leyes, y son fruto de la interpretación propia de la labor jurisdiccional, no una sanción del orden legal, pues ese tipo de interpretaciones no coincide con los principios *pro actione* y *pro homine*, ni es compatible con la tutela judicial efectiva, pues impide y no garantiza ni el debido cumplimiento de la voluntad de la ley, ni el debido acceso a la justicia.

De esta forma nuestra opinión se emite en el sentido de que si la expresión de agravios es un concepto jurídico indeterminado (al no establecernos con claridad y precisión las leyes su forma y sustancia), y si bien las leyes exigen que éstos sean expresados en la interposición del recurso, no establecen como deben formularse, ni contemplan sanciones como la desestimación, desechamiento o improcedencia del recurso o instancia por la omisión, falla, o error en la formulación de los agravios, ni tampoco se autoriza por las leyes procesales, ni orgánicas, el abandono del ejercicio de la labor revisora jurisdiccional por fallas en la expresión de agravios (y aunque las leyes contemplasen dichas sanciones serían contrarias a la tutela judicial efectiva), por lo que entonces nos resulta evidente que se atenta contra la tutela judicial efectiva cuando se han creado una gran serie de tesis y criterios jurisprudenciales que por distintas razones desestiman los recursos porque fallas en la expresión de agravios, pues como lo dicen y puede desprenderse de las opiniones doctrinales que fueron citadas en esta tesis: *“se infringiría el derecho al artículo 24 CE³⁴⁵ (17 de nuestra Constitución) si la inadmisión del recurso se fundamentara en una causa inexistente, se efectuara sin razonamiento o a través de una lectura irracional, arbitraria o rigurosa de la ley, impidiéndose así un pronunciamiento sobre el fondo de la impugnación”*,³⁴⁶ considerándose además que: *“no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución, especialmente en los casos en que el legislador no lo determina de forma taxativa”*³⁴⁷, aunado a que según se expresó por los mismos autores: *“Debe distinguirse entre los requisitos procesales cuyo incumplimiento produce la nulidad del acto y las simples irregularidades que no afectan al núcleo esencial del recurso y son susceptibles de subsanación; en este caso, la inadmisión supone*

³⁴⁵ El 17 nuestra Constitución Mexicana, o el 25 de la Declaración Americana de los Derechos Humanos.

³⁴⁶ SANCHEZ Barrios. Supra Nota Pie de Página 289.

³⁴⁷ BORRAJO Iniesta, Díez-Picazo y Fernández Farreres. Supra Nota de Pie de Página 290.

un formalismo excesivo y desproporcionado que vulnera la tutela judicial”,³⁴⁸ pues: *La observancia del principio pro actione en la interpretación y aplicación de las normas procesales reguladoras de los presupuestos de admisión de los recursos, por consiguiente, llega aquí hasta sus últimas consecuencias (tal y como también lo hacía en el marco del derecho de acceso a los órganos judiciales);*³⁴⁹ por lo que en este sentido: *“no pueden los órganos judiciales privar injustificadamente de su utilidad a uno ya formulado y admitido, de manera directa o indirecta”*.³⁵⁰

Lo anterior aunado a los diversos criterios de jurisprudencia nacionales expuestos en el citado punto, nos permiten concluir la evidente vulneración a la tutela judicial efectiva.

2. Además como puede ser desprendido del Capítulo Segundo, puntos 2.1, 2.2, 2.3 y 2.4, se vulneran los sentidos estricto y lato de la tutela judicial efectiva. Resulta claro que la creación de tesis y su aplicación para desestimar los agravios por motivos tales como que resultan *“insuficientes”, “inoperantes”, “infundados”, “inatendibles”, “defectuosos”, “improcedentes”, “imprecisos”, “oscuros”, “irregulares”, “fundados pero insuficientes”, “faltos de forma”*; y otras denominaciones conceptuales que se han confeccionado para no tomar en consideración o desechar en todo o en parte los recursos interpuestos por los litigantes, implica que los dos primordiales motivos de existencia de los Tribunales sean desatendidos y violentados, pues por un lado la utilización de esos criterios en las sentencias implica que se omite en todo o en parte estudiar el fondo o el procedimiento llevado a cabo por el tribunal A Quo, y ello conlleva a que se debiliten los mecanismos que aseguran la correcta aplicación e interpretación de la voluntad de la ley a la luz de

³⁴⁸ Ibídem. Supra Nota Pie de Página 291.

³⁴⁹ Ibídem. Supra Nota Pie de Página 292.

³⁵⁰ Ibídem. Supra Nota Pie de Página 293.

los actos procesales, pues si bien dicha aplicación e interpretación ha sido llevada a cabo por la primera instancia, no se realiza debidamente por la segunda instancia, por el tribunal superior, al que en forma unitaria o colegiada, le fue otorgado el poder de confirmar, modificar o revocar resoluciones como parte de un sistema que procura al máximo evitar el error o ilegalidad derivados de la falibilidad y naturaleza humana, según se vio en el Capítulo Cuatro puntos 4.2 y 4.4 al hablar sobre los medios de impugnación y finalidad de los Tribunales.

De esta forma es en primer término la voluntad de la ley la deja de procurarse en toda su amplitud. Si mediante la segunda instancia se procura eliminar al máximo el error o incluso la aplicación o interpretación dolosa del tribunal de primar instancia, el hacer uso de criterios que por formalismos permiten dejar de aplicar su función a la Superioridad, evidentemente perjudica a la voluntad concreta de la ley, que no encuentra confirmación, modificación o revocación por el Órgano que fue creado y facultado para hacerlo, de ahí que el sentido estricto de la tutela judicial efectiva, el debido y exacto cumplimiento de la voluntad concreta de la ley, encuentra un aspecto de vulneración, por dejar de hacer uso de todos los mecanismos creados para la mejor aplicación e interpretación de la ley, o sea, la jurisdicción conferida al Tribunal Superior o Alzada.

Por otra parte se impide a los particulares el acceso pleno a la justicia, el sentido lato de la tutela judicial efectiva, pues resulta claro que al dejar de ejercerse total o parcialmente la función jurisdiccional de revisión de fallos por dichos formalismos, se repercute en la esfera jurídica de las partes, especialmente de aquella parte a quien le son aplicados los criterios precisados en el último capítulo de esta tesis, pues los posibles errores o aplicación dolosa de la ley pueden no son revisados y declarados, por lo que aumenta la posibilidad de que no se aplique

debidamente la voluntad de la ley, y con ello se impida al particular acceder a la consecuencia que el derecho le asegura o protege, lo que desde luego implica la injusticia, la falta de cumplimiento de la voluntad legal, la negación a una o varias partes a lo que tiene derecho para que les sea dado, hecho o no hecho; y esto es la evidente antítesis de la función que debe realizar y garantizar el Poder Judicial.

3. Por otro lado al hacer uso de los criterios apuntados se priva al actor o al demandado a quien le sean aplicados dichos criterios, de tutela material de su pretensiones activas o pasivas, según puede desprenderse de la correlación de lo mencionado en el Capítulo Segundo, punto 3.2 y 3.2.1, así como del Capítulo Cuarto, punto 4.4 y 4.5, relativos a la pretensión, a la desestimación de los agravios por deficiencias, y la correlativa lesión a las Pretensiones como presupuesto de al Tutela Judicial Efectiva, y al derecho a la impugnación, y a la ejecución o materialización de las sentencias. En efecto, el acceso pleno a la justicia sólo es efectivamente logrado cuando las pretensiones positivas o negativas del actor o del demandado —específicamente de la parte a quien asista la razón legal— son realizadas mediante la ejecución material de la voluntad de la ley decretada en la sentencia; de ahí que sí tanto la voluntad de la ley, como los efectos o alcances de dicha voluntad materializados en la declaración o medida de las pretensiones dictadas en la sentencia, se ven vulneradas por la omisión del ejercicio debido de los mecanismos (existencia de la Segunda Instancias como procuración de la más precisa y exacta voluntad de la ley) creados para procurar el integró cumplimiento de la legalidad. El abandono del ejercicio de la función jurisdiccional de alzada por formalismos o errores en la expresión de agravios, repercute directamente en el goce de esa instancia, y ello se traduce en la posible afectación de las pretensiones de alguna o de ambas partes, además de trascender a su esfera individual o particular de derechos, pues se le limita el más exacto y

cumplido acceso a los derechos materiales de dar, hacer o no hacer, a que tiene derecho y que no son reafirmados mediante una correcta revisión y declaración de confirmación, revocación, o modificación de la resolución, por indebida aplicación o interpretación de la voluntad de la ley, a la luz de lo demostrado en juicio.

4. Según puede inferirse de lo visto en el Capítulo Tercero, puntos 3.3 y 3.3.1, y 3.3.1.1 relativos al derecho la acción, a este derecho y su relación con la tutela judicial efectiva, y a la desestimación de agravios por deficiencias, y la correlativa lesión al derecho de acción como presupuesto de la tutela judicial efectiva; también es infringido el derecho de acción, pues según hemos analizado en esta tesis, de la Constitución General de la República en su artículo 17 y de la propia Declaración Americana de los Derechos Humanos en su artículo 25, tenemos garantizado el derecho a un tribunal que resuelva nuestros derechos, nuestros litigios o conflictos, y no sólo a que ese Tribunal exista, sino a que se nos garantice el acceso al mismo, y además vimos en nuestra tesis que ese acceso debe ser pleno, debe ser tal que no resulte ilusorio, sino que por el contrario sea efectivo para la materialización de la voluntad de la ley y la consecuente restauración en nuestra esfera de nuestros derechos materiales, sirviendo como sustento de esto, además, lo dispuesto en el Capítulo Cuatro, punto 4.3 en relación a la materialización de las sentencias, y lo dicho por MARINONI por cuanto a que: *“Es por este motivo que el derecho de acción, o el derecho de acudir al Poder Judicial, debe ser pensado como el derecho a la tutela jurisdiccional, para lo cual no basta una sentencia, sino la posibilidad de una efectivización concreta de la tutela buscada”*.³⁵¹ De ahí que el abandono de la función de juzgar en la segunda instancia, implique una evidente trasgresión a la conceptualización integradora del derecho de acción con el de la tutela

³⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Óp. Cit. p 279.

judicial efectiva, específicamente con el de un acceso pleno a la jurisdicción; una vez ejercitada la acción se nos garantiza que se agoten todas las medidas dispuestas por la ley para el pleno ejercicio de nuestros derechos y desde luego para la consecución de la voluntad de la ley, por estos motivos los criterios que confrontamos con la tutela judicial efectiva, coaptan el correcto desempeño del derecho de acción, por el abandono injustificado de la función de juzgar en la segunda instancia (pues según fue citado en esta tesis, y será parte de nuestras conclusiones siguientes, consideramos que la falta de análisis del fondo y procedimiento por formalismos en la expresión de agravios, representa un abandono de la función de juzgar, además de que se comprobó que es una directa trasgresión de la tutela judicial efectiva).

5. Se trasgrede el derecho a la tutela judicial efectiva por violación directa al artículo 25.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, y el 17 de Nuestra Constitución, pues tal y como se vio en el Capítulo Tercero puntos 3.3.2, 3.3.3 y 3.4, que versan sobre la necesidad de existencia de recursos efectivos, sobre los formalismos en las admisiones, y sobre que los criterios desestimatorios de agravios por deficiencias en su exposición generan formalidades excesivas que vulneran la tutela judicial efectiva; tenemos garantizado el acceso a un recurso efectivo que pueda declarar la reparación de nuestros derechos, o sea, que permita un acceso pleno a la justicia, y según vimos el acceso al recurso implica a todas las posibilidades, medios de impugnación y demás actos que las leyes han formulado para la debida declaración de los derechos, por esto al omitir por formalismos en la expresión de agravios el debido ejercicio de la función jurisdiccional de la Segunda Instancia, se niega y restringe el acceso al recurso en todas sus facetas y con todas sus características legales, lo que es contrario a la tutela judicial efectiva, según quedó visto al hablar sobre el acceso al recurso. Pero aún más evidente y patente resulta la violación, si

consideramos que al analizar el punto relativo a los formalismos en la admisión de la demanda, que resulta aplicable a la admisión y debido desarrollo de cualquier recurso o medio de impugnación, e incluso a todo el juicio, quedó establecido que para considerar respetado debidamente el derecho a la tutela judicial efectiva, deben evitarse cualquier formalismo que atente contra la naturaleza y funcionamiento del recurso, máxime si puede ser subsanado, y si la ley no prevé o no autoriza dejar de ejercer su función jurisdiccional por determinado formalismo incumplido, aunado a que se vio que el juzgador debe evitar al máximo cualquier formalismo que impida el ejercicio de su función y del recurso mismo, para lo que se citaron las correspondientes opiniones doctrinales, jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y la propia del Poder Judicial de la Federación.

6. Además al constituir barreras innecesarias, los formalismos exigidos en la formulación o expresión de agravios constituyen una innegable trasgresión al acceso pleno a la jurisdicción, pues según se vio en el Capítulo Tercero, punto 3.5.1 y sus subsecuentes puntos, en los que quedó claro que se debe buscar dotar a los procesos de características que procuren una igualdad de la que se permita a las partes o clases desprotegidas acceder plenamente a la justicia, y los formalismos en la expresión de agravios que impiden el ejercicio total o parcial de la jurisdicción representa claramente una barrera que puede impedir a los desprotegidos, como los carentes de recursos, contar con los más capaces representantes jurídicos que estén dotados de las mejores capacidades para argumentar y contra argumentar, en tanto los que cuentan con recursos si pueden generalmente acceder a una defensa de mayor calidad, lo que incide innegablemente en la recta aplicación de la voluntad de la ley, y en acceso a los efectos de la justicia en la esfera jurídica de las partes desprotegidas.

7. Consideramos que ese tipo de interpretaciones que desestiman los agravios por defecto en su expresión, han mermado gravemente la función jurisdiccional, ello por una incompreensión cabal del papel que juegan los diversos modelos y principios que concurren en los procesos del orden dispositivo, e incluso en otros de orden público, como en materia de amparo o administrativos, donde también han cobrado aplicación recurrente los mencionados criterios; esto según quedó visto en el análisis del Capítulo Tercero puntos 3.5.2, 3.5.2.1, 3.5.2.2, 3.5.2.3, 3.5.2.4 y 3.5.2.5 en los que se habla de los principios dispositivo, inquisitivo y publicista y su relación e influencia en torno a la tutela judicial efectiva, así como sobre el acceso pleno a la tutela judicial efectiva a través de los modelos y principios procesales dispositivo, inquisitivo y publicista, y la transgresión a estos por la utilización de criterios desestimadores de la expresión de agravios. Pues se mencionó que una cosa es que en los procesos del orden dispositivo las partes deban tener igualdad procesal, conforme al principio de ese orden, y que tengan derecho de contradicción y de audiencia, lo que debe ser ampliamente respetado durante el desarrollo del proceso y sobre todo durante la fase de instrucción; y otra cosa es que se exija a las partes en desacuerdo con las resoluciones judiciales, que tengan que litigar o pelear con los juzgadores mediante la contra argumentación judicial. No existe un argumento de suficiente peso que justifique desestimar los recursos por deficiencias en la exposición de agravios, pues cualquier argumento atenta contra la tutela judicial efectiva, al implicar abandono del ejercicio de la función judicial.

Así, haciendo una referencia a las sentencias judiciales, en estas las autoridades culminan y desarrollan la fase del juicio, es la máxima expresión de la función jurisdiccional, las sentencias son de orden público, y se consideran la manifestación de la voluntad de la ley en el caso concreto; de esta manera cuando se interpone un recurso de

apelación en materia civil, de revisión o cualquier otra denominación en otras materias, la función jurisdiccional es lo que se combate, los recursos tienen como su fundamento deontológico la falibilidad humana, los jueces como los demás humanos somos proclives al error. Por ello es inconcuso que dada la condición para la actuación del tribunal revisor (la interposición del recurso), no debiera existir desestimación del mismo por falta de precisión o ineficacia de la expresión argumentativa realizada contra la sentencia; la labor del Tribunal del Alzada es analizar el ejercicio de la función jurisdiccional del inferior, y no deben existir trabas para ello, lo que se revisa es una sentencia y un proceso (ambos considerados de derecho público) y mediante estos se debe lograr la característica coercitiva de la ley, el imperio de su voluntad, consideramos que incluso a falta de agravios debiera analizarse la resolución, ello no va en contra ni siquiera del modelo dispositivo, pues la contienda inter partes es durante el desarrollo del proceso, la sentencia y la dirección del proceso por parte del juez son de orden público, y ello es suficiente para que no existieran trabas en la revisión integral de la sentencia y del juicio, para procurar el imperio de la voluntad de la ley y la consecución de la justicia a las partes.

Como ya se mencionó podría argumentarse que es necesaria cierta forma en los agravios para dar oportunidad a la contraparte del principio de contradicción, pero no es así, dado que lo que se impugna es una resolución judicial, y a la vez que una parte podría esgrimir argumentos en su contra, la otra debe tener oportunidad de hacerlo a su favor, he ahí el principio de contradicción bien integrado en un proceso que privilegie el acceso pleno a la justicia, que respete la tutela judicial efectiva. Podría incluso existir un proceso que una vez interpuesto se le de vista a la contraria, para que en caso de que se hayan realizado agravios pueda contradecirlos y apoyar la sentencia, y en caso negativo, pueda hacer valer su derecho a apoyar la resolución; pero no existe

argumento para desestimar el recurso por ineficiencia de los agravios, pues ya las partes pudieron contradecirlos tal y como fueron expuestos; el principio de lucha es entre las partes, no de las partes con las autoridades, por ello debe mediante la función jurisdiccional procurar que la voluntad de la ley sea respetada, y con ello se haga justicia, esa es la función y motivo de creación de los órganos jurisdiccionales. Todo lo anterior si se considera que esgrimir agravios implica un principio de lucha contra el juez, pues se contra argumenta la sentencia, y de ningún principio de derecho puede desprenderse que deba obligarse a las partes a tener una disputa con el juez, la litis es con el contrincante, por eso la superioridad debe evitar cualquier formalismo por error en la expresión de agravios y privilegiar la función, pues no ocupa presenciarse mediante la expresión de agravios una lucha argumentativa entre una de las partes y el juez, para estar en aptitud de revisar la sentencia y el fondo, la sentencia es de orden público, en ella se plasma la voluntad de la ley, y la función jurisdiccional ejercida por la alzada también es de orden público, por ello debe llevarla a cabo íntegramente, procurando siempre en la mayor medida ejercer debidamente su función, lo que no se cumple si se deja de analizar dicha sentencia por fallas en la expresión de agravios.

8. Por todo lo anterior y sin lugar a dudas podemos afirmar la hipótesis anunciada en esta tesis que se apuntó en el siguiente sentido:

La legislación adjetiva es omisa en establecer con precisión y claridad lo que significa “expresión de agravios”, lo que ha producido jurisprudencias que han permitido a los Tribunales de Segunda Instancia no analizar en todo o en parte el fondo y el procedimiento de la primera Instancia, por defectos en la expresión de agravios, lo que además implica dejar de ejercer la función jurisdiccional encomendada por las leyes, implicando con ello una violación recurrente a la Tutela Judicial Efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA Portales, Rafael. López Sánchez Rogelio. *Interpretación Neoconstitucional en México*. Dentro de la obra *“Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales*. Coordinadores Rafael Enrique Aguilera Portales y otros. 1ª Ed. Porrúa. México. 2010.
- Portales, Rafael Enrique. Becerra Rojasvértiz Rubén Enrique. y Otro. Coordinadores. *Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales. “Conflictos Entre Derechos Constitucionales y Maneras de Resolverlos*. Por Juan José Moreso. Porrúa. 1ª Ed. México. 2010.
- ALCALA-Zamora, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. 1ª Ed. Editorial Jurídica Universitaria. México. 2001.
- ALCHURRÓN, Carlos E. BULYIN, Eugenio. Definiciones y Normas. Dentro del Libro: *El Lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*. 1ª Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1983.
- ALEINIKOFF, T. Alexander. *El Derecho Constitucional en la Era de la Ponderación*. 1ª Ed. Palestra. Lima. 2010.
- ALEXY, Robert. *“El Concepto de Derecho*. 1ª Ed. Marcial Pons. España. 2008.
- , Robert. *Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación*. Dentro de la obra *“Jueces y Ponderación Argumentativa”*. Por Perfecto Andrés Ibáñez y Robert Alexy. 1ª Ed. UNAM. México. 2006.

- ALSINA, Hugo. Fundamentos de Derecho Procesal. Editorial Jurídica Universitaria. 1ª Ed. México. 2001.
- ALVAREZ Sacristán, Isidoro. La Justicia y su Eficacia “De la Constitución al Proceso”. 1ª Ed. Colex. España. 1999.
- ALVARO De Oliveira, Carlos Alberto. *Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional*. Biblioteca de Derecho Procesal. 1ª Ed. Comunitas. Lima. 2008.
- ARELLANO García, Carlos. Teoría General del Proceso. 18ª Ed. Porrúa. México. 2010.
- ARMIENTA Calderón, Gonzalo M. *Teoría General del Proceso*. 2ª Ed. Porrúa. México 2006.
- ATIENZA, Manuel. *Argumentación y Constitución*. Dentro de la Obra “*Argumentación Constitucional, Teoría y Práctica*”. Por Manuel Atienza y Rodolfo L. Vigo. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional. 1ª Ed. Porrúa. México. 2011.
- , Manuel. Introducción al Estudio del Derecho. 1ª Ed. Fontamara. México. 2003.
- BERIZONCE, Roberto Omar. *Tutelas Procesales Diferenciadas*. 1ª Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 2009.
- BERNAL Pulido, Carlos. *Estudio Preliminar*. Dentro de la obra “*El Derecho Constitucional en la Era de la Ponderación*”. De T. Alexander Aleinikoff. 1ª Ed. Palestra. Lima. 2010.
- BIELSA, Rafael. *Los Conceptos Jurídicos y su Terminología*. 3ª Ed. Depalma. Buenos Aires. 1987.
- BIRGIN, Haidée y Kohen Beatriz. *El Acceso a la Justicia Como Derecho. En la Obra Acceso a la Justicia Como Garantía de Igualdad, Instituciones, Actores y Experiencias Comparadas*. 1ª Ed. Editorial Biblos. Buenos Aires. 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. 2ª Ed. Themis. Bogotá, Colombia. 2002.

- BOLETIN Mexicano de Derecho Comparado. La Influencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el Derecho Interno de los Países Latinoamericanos, por José Ovalle Favela; Mayo- Agosto. Año 2012. Número 134.
- BORRAJO Iniesta, Ignacio. Díez-Picazo Giménez Ignacio. Fernández Farreres, Germán. *El Derecho a la tutela Judicial y el Recurso de Amparo. Una Reflexión Sobre la Jurisprudencia Constitucional*. 1ª Ed. Civitas. Madrid. 1995.
- BRISEÑO Sierra, Humberto. *Derecho Procesal*. 1ª Ed. Oxford. México. 1999.
- CALAMANDREI, Piero. *Derecho Procesal Civil*. Biblioteca Clásicos del Derecho. Tomo 2. 1ª Ed. Harla. México. 1997.
- CALVINHO, Gustavo. *El Brocárdico Iura Novit Curia*. Revista de Derecho Procesal. Dirigida a Iberoamérica. Madrid. 2009.
- CANO Mata, Antonio. *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en la Doctrina del Tribunal Constitucional (Artículo 24 de la Constitución)*. 1ª Ed. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Unidas. Madrid. 1984.
- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*. Biblioteca Clásicos del Derecho. Tomo 4. 1ª Ed. Harla. México. 1997.
- CARRIÓN, Salvador. *El Error de Derecho*. 1ª Ed. Reus. España. 2012.
- CASARES, Tomas D. *La Justicia y el Derecho*. 3ª Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. S/A.
- CASTILLA Juárez, Karlos Artemio. *Acceso Efectivo a la Justicia*. 1ª Ed. Porrúa. México. 2012.
- CASTRO, Juventino V. *Garantías y Amparo*. 12ª Ed. Porrúa. México. 2002.
- CHAMORRO Bernal, Francisco. *La Tutela Judicial Efectiva*. 1ª Ed. Bosch. Barcelona. 1994.
- Bernal, Francisco. *El Artículo 24 de la Constitución. El Derecho de Libre Acceso a los Tribunales. Tomo I*. 1ª Ed. Editorial Iura. Barcelona. 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tomos I. II y III
1ª Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1989.

----- *Principios de Derecho Procesal Civil. Tomo II. 1ª Ed. Editorial Reus.
Madrid. 1925.*

CISNEROS Farías, Germán. *Derecho Sistemático. 3ª Ed. Porrúa. México. 2008.*

CLARIA Olmedo, Jorge A. *Derecho Procesal. 1ª Ed. Depalma. Buenos Aires.
1983.*

CORDON Moreno, Faustino. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal.
1ª Ed. Editorial Aranzadi. Navarra. 1999.*

COROMINAS, J. Pascual, J. A., *Diccionario Etimológico Castellano e Hispánico.
Vol. IV: 1ª Ed. Gredos. Madrid. 1997.*

COUTURE J. Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil. 3ª Ed.. Depalma,
Argentina, 1997.

----- *Vocabulario Jurídico. 1ª Ed. Depalma. Buenos Aires. 1993.*

DEVIS Echandía, Hernando. *Teoría General del Proceso. 1ª Ed. Temis. Bogotá.
2012.*

DE BENITO Fraile, Emilio. *La congruencia de la Sentencia Civil en el Derecho
Castellano. Revista de Derecho Procesal. Dirigida a Iberoamérica. Madrid.
2006.*

DE PINA Rafael. *Diccionario de Derecho. 6ª Ed. Porrúa. México. 1977.*

FERNÁNDEZ de Buján, Federico. *Principi Generali del Diritto e Regole FIS.
Revista General de Derecho Romano. N. 19. España. Diciembre de 2012.*

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías “La ley del Más Débil”. 7ª Ed. Trota.
España. 2010.

----- Bovero Michelangelo, y otros. Los Fundamentos de los Derechos
Fundamentales “Debate”. 4ª Ed. Trota. España. 2009.

- FIGUERUELO, Ángela. El derecho a la tutela judicial efectiva. S/E. Tecnos. Madrid. 1990.
- GALINDO Sifuentes, Ernesto. *Argumentación Jurídica “Técnicas de Argumentación del Abogado y del Juez”*. 4ª Ed. Porrúa. México. 2011.
- GARCÍA Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. 62ª Ed. Porrúa. México. 2010.
- GARCÍA Ramírez, Sergio. *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Caso del Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia de 31 de Enero de 2001. Párrafo 45. Vol I. 2ª Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México 2006.
- GARBERÍ Llobregat, José. *Constitución y Derecho Procesal, Los Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal*. 1ª Ed. Thomson Reuters, Civitas. España. 2009.
- Llobregat, José. *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 1ª Ed. Bosch. España. 2008.
- GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*. 1ª Ed. Editorial Obregón y Heredia, S. A. México. 1983.
- GÓMEZ Lara, Cipriano. *Teoría General del Proceso*. 10ª Ed. Oxford. México. 2010.
- GONZALEZ de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. 3ª Ed. Porrúa. México. 2011.
- GONZÁLEZ Pérez, Jesús. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. 3ª Ed. Civitas. España. 2001.
- GUASTINI, Ricardo. *Estudios Sobre la Interpretación Jurídica*. Traducción Marina Gascón, Miguel Carbonell. 2ª Ed. Porrúa. México. 2000.
- GUASTINI, Riccardo. *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*. 2ª Ed. Trotta. España. 2010.
- GUIMARAES Ribeiro, Darci. *La Pretensión Procesal y La Tutela Judicial Efectiva, Hacia una Teoría Procesal del Derecho*. 1ª Ed. Bosch. España. 2004.

- HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. 1ª Ed. UNAM. México. 2001.
- HALLIVIS Pelayo, Manuel. *Teoría General de la Interpretación*. Porrúa. México. 2007.
- HINOSTRA Mínguez, Alberto. *Las Excepciones en el Proceso Civil*. 4ª Ed. Jurista Editores. Lima, Perú. 2010.
- IHERING, Rudolf Von. *La Lucha por el Derecho*. 1ª Ed. Ediciones Coyoacán. México 2011.
- INSTITUTO Interamericano de Derechos Humanos. *Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tribunales Nacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Tomo 9, Julio-Diciembre de 2010. 1ª Ed. Editorial de Servicios Especiales-IIDH. México. 2011.
- KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 16ª Ed. Porrúa. México. 2011.
- KENNEDY, DUCAN. *Izquierda y Derecho "Ensayos de Teoría Jurídica Crítica"*. 1ª Ed. Siglo 21. Argentina. 2010.
- , Duncan. *Libertad y restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*. 1ª Ed. Siglos del Hombre Editores. Santa Fe de Bogotá. 1999.
- LAN Arredondo, Arturo Jaime. *Sistemas Jurídicos*. 1ª Ed. Oxford. México. 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva*. 1ª Ed. Palestra. Lima 2007.
- MASSÓ Garrote, Marcos Francisco. *Apuntes para una Teoría de la Interpretación de los Derechos Fundamentales*. Dentro de la obra "Argumentación e Interpretación Jurídica, Para Juicios Orales y la Protección de Derechos Humanos. Coordinadores Virgilio Bravo Peralta y Alfredo Islas Colín. 1ª Ed. Porrúa. México 2010.
- MONROY Gálvez, Juan F. *Teoría General del Proceso. Biblioteca de Derecho Procesal. #6*. 3ª Ed. Communitas. Lima. 2009.

- NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. 1ª Ed. Gedisa. Barcelona. 2003.
- O. Berizonce, Roberto. *El Acceso a la Justicia*. 1ª Ed. Librería Editora Platense, S.R.L. La Plata. 1987.
- ORMAZABAL Sánchez, Guillermo. *Iura Novit Curia. La Vinculación del Juez a la Calificación Jurídica de la Demanda*. 1ª Ed. Marcial Pons. España. 2007
- OVALLE Favela, José. *Garantías Constitucionales del Proceso*. 3ª Ed. Oxford. México. 2007.
- OVALLE Favela, José. *Teoría General del Proceso*. 6ª Ed. Oxford. México. 2005.
- PALLARES, Eduardo. *Tratado de las Acciones Civiles*. 7ª Ed. Porrúa. México 1997.
- PABÓN Giraldo, Liliana Damaris. Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal Derecho Procesal. *Derecho Procesal Contemporáneo*. 1ª Ed. Sello Editorial. Colombia. 2010.
- PARDO, María Laura. *Derecho y Lingüística "Cómo se Juzga con Palabras"*. Nueva Visión. Buenos Aires. 1996.
- PENNISI, Angelo. *Diritti del Detenuto e Tutela Giurisdizionale*. 1ª Ed. G. Giappichelli Editore. Torino. 2000.
- PICARDI, Nicola. *La Jurisdicción en el Alba del Tercer Milenio*. 1ª Ed. Comunitas. Lima. 2009.
- PICO I Junoy, Joan. *La Buena Fe Procesal*. 1ª Ed. Depalma. Argentina. 2011.
- . *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. 2ª Ed. Bosch. España. 2012.
- PRIETO Sanchís, Luis. *El Juicio de Ponderación Constitucional*. Dentro de la obra: "El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo". Coordinadores Miguel Carbonell y Pedro P. Grández Castro. 1ª Ed. Palestra. Lima. 2010.
- PUYOL Montero, Francisco Javier. *Diccionario de Derechos y Garantías Procesales Constitucionales*. 1ª Ed. Editorial Colmares. Granada. 1996.

- REAL Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. 21ª Ed. Brosnac. Madrid. 1992.
- ROCCO, Alfredo. *La Sentencia Civil. La Interpretación de las Leyes Procesales*. 1ª Ed. Cárdenas, Editor y Distribuidor. México. 985.
- ROCCO, Ugo. *Derecho Procesal Civil. Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil. Vol 1*. 1ª Ed. Editorial Jurídica Universitaria. México 2001.
- RUIZ Ruiz, Gregorio. *El Derecho al Juez Ordinario en la Constitución Española*. 1ª Ed. Civitas. España. 1991.
- SÁENZ González, Jesús. *Procesos en Única Instancia, Abogados Generales y Doble Pronunciamiento*. Justicia: Revista de Derecho Procesal. No. 1/2012. Bosch Editor. España.
- SAINZ Moreno, Ricardo. *Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa*. Civitas. Madrid. 1976.
- SÁNCHEZ Barrios, María Inmaculada. *La Acción Como Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*. Justicia: Revista de Derecho Procesal. Tomos 1-2/2010. Bosch Editor. España.
- SCHMILL, Ulises. *Teoría del Derecho y del Estado*. Porrúa. México. 2003.
- TRIBE, Laurence A. Dorf, Michael C. *Interpretación de la Constitución*. 1ª Ed. Palestra. Lima 2010.
- URÍAS, Joaquín. *La Tutela Frente a las Leyes*. 1ª Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2001.
- VIGO, Rodolfo L. *Integración de la Ley "Artículo 16 del Código Civil"*. Astrea. Buenos Aires. 1978.
- VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación Constitucional*. 2ª Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1994.
- VILLORO Toranzo, Miguel. *Introducción al Estudio del Derecho*. Porrúa. México. 2010.

VILLORO Toranzo, Miguel. Lecciones de Filosofía del Derecho. 6ª Ed. Porrúa. México 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. 10ª Ed. Trotta. España. 2011.