



**SUPREMA CORTE
DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

6 Voces sobre Justicia y Género

en el Poder Judicial de la Federación
II



Serie Voces sobre Justicia y Género

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

PO
B614.113
M494.2s

México. Suprema Corte de Justicia de la Nación
6 [i.e. seis] voces sobre justicia y género en el Poder Judicial de la Federación / [esta obra estuvo a cargo de la Dirección de Equidad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; prólogo Ministro Juan N. Silva Meza ; introducción Emma Meza Fonseca]. -- México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2012.

xiii, 144 p. ; 24 cm. -- (Voces sobre justicia y género ; 2)

Contenido: Un programa jurídico para la equidad de género / José Ramón Cossío Díaz -- Nuevos horizontes constitucionales para el ejercicio de la dignidad de las mujeres / Gonzalo Higinio Carrillo de León -- Los derechos fundamentales y las decisiones judiciales / Daniel Horacio Escudero Contreras -- La perspectiva de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos / Salvador Mondragón Reyes -- La aplicación de perspectiva de género en la resolución de casos judiciales / Ricardo Paredes Calderón -- La discriminación laboral de la mujer por su estado de embarazo / José Luis Torres Lagunas.

ISBN 978-607-468-433-9

1. Equidad de género – Impartición de justicia – México 2. Mujeres – Dignidad 3. Derechos humanos – Reforma constitucional – Instrumentos internacionales 4. Derechos fundamentales – Decisiones judiciales – Estudio de casos 5. Corte Interamericana de Derechos Humanos – Jurisprudencia 6. Mujer encinta – Discriminación 7. México. Poder Judicial de la Federación 8. Derechos de las mujeres 9. Vulnerabilidad por género 10. Principio de igualdad I. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección de Equidad de Género II. Silva Meza, Juan Nepomuceno, 1944- , prol. III. Meza Fonseca, Emma IV. t. V. ser.

Primera edición: mayo de 2012

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc
C.P. 06065, México, D.F.

Prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Impreso en México
Printed in Mexico

Esta obra estuvo a cargo de la Dirección de Equidad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Su edición y diseño estuvieron al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

6 Voces sobre
Justicia y Género
en el Poder Judicial de la Federación
II

MÉXICO, 2012

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Juan N. Silva Meza
Presidente

Primera Sala

Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea
Presidente

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas

Segunda Sala

Ministro Sergio A. Valls Hernández
Presidente

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos

Comité Editorial

Lic. Arturo Pueblita Pelisio
Secretario de la Presidencia

Mtra. Cielito Bolívar Galindo
*Coordinadora de Compilación
y Sistematización de Tesis*

Lic. Diana Castañeda Ponce
*Titular del Centro de Documentación y Análisis,
Archivos y Compilación de Leyes*

Lic. Jorge Camargo Zurita
Director General de Comunicación y Vinculación Social

Lic. Héctor Daniel Dávalos Martínez
Director General de Casas de la Cultura Jurídica

CONTENIDO

Prólogo	VII
Introducción.....	IX
UN PROGRAMA JURÍDICO PARA LA EQUIDAD DE GÉNERO	
José Ramón Cossío Díaz.....	I
NUEVOS HORIZONTES CONSTITUCIONALES PARA EL EJERCICIO DE LA DIGNIDAD DE LAS MUJERES	
Gonzalo Higinio Carrillo de León.....	21
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS DECISIONES JUDICIALES	
Daniel Horacio Escudero Contreras.....	39
LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	
Salvador Mondragón Reyes	59

LA APLICACIÓN DE PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA RESOLUCIÓN DE CASOS JUDICIALES Ricardo Paredes Calderón	79
LA DISCRIMINACIÓN LABORAL DE LA MUJER POR SU ESTADO DE EMBARAZO José Luis Torres Lagunas	109
Autores.....	141

PRÓLOGO

En 2011, se publicó el libro *"Seis Voces sobre Justicia y Género en el Poder Judicial de la Federación"*, el cual incorpora los puntos de vista de seis mujeres desde su experiencia y labor jurisdiccional.

El libro representó un impulso interno para reflexionar sobre la relevancia y los mecanismos para introducir la perspectiva de género en el juzgar; y evidenció que en el Poder Judicial de la Federación no sólo existe un interés por el tema, sino también esfuerzos concretos desde el ámbito de la impartición de justicia.

Entre las expectativas que dicho libro generó, se encuentra la creación de una colección editorial que diera voz a quienes tienen un compromiso con la igualdad e imparten justicia a nivel federal.

Así es como se crea la colección *"Voces sobre justicia y género"*, cuyo objetivo consiste en abrir un espacio para el diálogo y el intercambio entre

quienes imparten justicia sobre los temas emergentes en el ámbito jurisdiccional y su relación con los derechos humanos y la perspectiva de género.

En el marco de las reformas constitucionales en materia penal, de derechos humanos y de amparo, la colección editorial representa un espacio para que quienes imparten justicia compartan su experiencia, visión, propuestas y expectativas frente a los nuevos retos que dichas reformas imponen.

La colección se enmarca dentro de las actividades del Programa de Equidad de Género, el cual desarrolla acciones para introducir la perspectiva de género en el ámbito jurisdiccional y administrativo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como una estrategia para cumplir con las obligaciones constitucionales derivadas del principio de igualdad y del derecho a la no discriminación.

Tengo la confianza de que los libros que integran la colección serán una referencia obligada para las personas interesadas e involucradas en la labor jurisdiccional, como medio para el goce y ejercicio pleno de los derechos humanos.

Ministro Juan N. Silva Meza
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

I. INTRODUCCIÓN

Aunque una mujer debe hacer lo que debe hacer, el doble de bien que un hombre para ser considerada la mitad de buena, eso no resulta tan difícil.

Charlotte Whitton

Con la colaboración del Ministro José Ramón Cossío Díaz, haciendo gala del espíritu emprendedor que le caracteriza, su dedicación, entusiasmo y participación en todos los temas que atañen al Poder Judicial de la Federación, se materializa un nuevo libro dentro de esta pionera colección, la cual sin su apoyo no hubiera sido posible.

Esta obra nace de la inspiración que transmitió la experiencia de seis mujeres que, como juzgadoras federales, relataron sus vivencias en casos particulares en los cuales velaron por la búsqueda de la justicia, en aras de una equidad de género y que se reflejó en el libro *Seis voces sobre justicia y género en el Poder Judicial de la Federación*.

Ahora, son seis hombres, seis altos funcionarios del Poder Judicial de la Federación y uno de ellos Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, distinguido en temas de equidad y género, que nos legan sus emociones, experiencias y conocimientos en torno a este tópico y a su preocupación, sabedores de la desigualdad que viven las mujeres. Sus textos se

centran en la importancia de respetar los derechos humanos de las mujeres y juzgar con perspectiva de género —que no es otra cosa que tener conocimiento y sensibilidad a la hora de juzgar las situaciones de desigualdad concreta en que han vivido las mujeres.

Esta participación refleja el interés que se tiene por acabar con toda clase de discriminación contra las mujeres, reconociendo las luchas que se han dado por la igualdad de derechos y la conquista para que sus voces sean escuchadas de forma fuerte y lejos.

No obstante que las mujeres han demostrado tener la suficiente capacidad de actuar en todos los sectores de la sociedad, falta mucho por hacer y mientras ello sucede nuestros autores preocupados y ocupados por estas grandes desigualdades, y sobre todo sensibles a la problemática de la discriminación por cuestiones de género, nos narran sus episodios en el devenir de la justicia de género, mostrando que mucho se puede hacer en su función como juzgadores, garantes e intérpretes de nuestra Constitución Política.

El Ministro José Ramón Cossío Díaz presenta un Programa Jurídico para la Equidad de Género, para lo cual primero realiza un estudio de la representación moderna del derecho tratando de resolver la incógnita de ¿cómo será posible transformar el derecho si él mismo es una unidad normativa cerrada, más o menos autorreferente, en el que las posibilidades creativas están reconocidas sólo a determinados sujetos y sólo a través de ciertos procesos previstos normativamente? Posteriormente establece los mecanismos necesarios para darle cabida a contenidos "no dominantes" dentro del orden jurídico y permitir su eficaz reproducción. Finalmente, centra su estudio en lo que debería hacerse en México para introducir jurídicamente la equidad de género, concluyendo sobre la factibilidad de contar con una reforma constitucional al artículo 4 en la que se incorpore como derecho fundamental.

El Magistrado Gonzalo Higinio Carrillo de León aborda el nuevo escenario que presenta la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la reforma en materia de derechos humanos publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011, a través de la cual se consolida un marco protector de la dignidad humana, muy por encima del que tradicionalmente tuvimos. También aborda el nuevo criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que, en congruencia con la citada reforma, hoy reconoce el control difuso de la regularidad constitucional y la convencionalidad, lo cual representa un nuevo horizonte para la aplicación de los tratados que tutelan la dignidad de las mujeres. Finalmente, en su ensayo analiza casos prácticos que en su ejercicio de la judicatura ha conocido.

Por su parte, el Magistrado Daniel Horacio Escudero Contreras presenta tres casos prácticos en materia civil, que involucran la posible afectación de derechos humanos de las mujeres; pero fundamentalmente pretende destacar la dificultad práctica que significa, en casos tradicionales, la aplicación estricta de la ley y hacer eficaz el respeto de tales derechos. Sostiene que la cultura del respeto a los derechos fundamentales de los gobernados, a partir de los tratados internacionales, está permeando lentamente pero con pasos firmes en la Judicatura Nacional y muestra los grandes retos que enfrenta. El autor muestra cómo, más allá de los casos paradigmáticos, hasta antes de las reformas constitucionales recientes, había sido técnicamente improbable privilegiar el respeto de derechos fundamentales de las mujeres, sin alterar la *litis* del caso concreto.

El Magistrado Salvador Mondragón Reyes presenta un análisis de un fragmento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vinculado con la perspectiva de género. Uno de los objetivos centrales del artículo consiste en mostrar cómo se ha aplicado la perspectiva de género en la actividad jurisdiccional de dicha Corte. Para tal efecto, el artículo se divide en cinco apartados, que tratan el análisis de los conceptos

de género y sexo; qué debe entenderse por "perspectiva de género" y cómo se aplica en la actividad jurisdiccional; y el análisis de dos sentencias emblemáticas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de la sentencia del caso Miguel Castro Castro vs. Perú, la primera resolución en que se abordó un caso desde la perspectiva de género; y la sentencia del caso Campo Algodonero vs. México, que se ocupó del caso del asesinato masivo de mujeres en Ciudad Juárez. El artículo pone de manifiesto la necesidad de abordar los casos con perspectiva de género para hacer efectivo el derecho humano a una igualdad real.

El Magistrado Ricardo Paredes Calderón analiza un caso concreto, en el cual se advierte cómo un juzgador que tiene perspectiva de género puede dar una solución distinta a un problema judicial que se le presenta y resolverlo con equidad y justicia. Para lograr ello, es necesario reconocer la desigualdad de la que han sido víctimas las mujeres, por lo cual los juzgadores tienen la obligación de analizar cada caso que se presenta con una óptica diversa a la que tradicionalmente se ha venido realizando, dejando a un lado los estereotipos y prejuicios sociales. Ello en la medida en que éstos indudablemente influyen de manera negativa al emitirse una resolución.

Finalmente el Magistrado José Luis Torres Lagunas se basa en las vivencias en el desempeño de la función jurisdiccional y los conflictos en los cuales, las Juntas de Conciliación y Arbitraje, con falta de sensibilidad jurídica, absuelven a la parte patronal, pasando por alto los principios básicos que dieron lugar a los derechos laborales generados en el artículo 123 de la Constitución Federal. En su trabajo, trata los conceptos de igualdad entre hombres y mujeres en la materia laboral y aborda el tema específico de la no discriminación de las mujeres por embarazo. Concluye que las Juntas de Conciliación y Arbitraje deben ponderar si es creíble que una trabajadora pueda renunciar; tanto a los derechos laborales como a los de seguridad social que la propia Constitución tutela en su favor, cuando el

empleador demandado argumenta en su defensa que dicha trabajadora renunció a su trabajo, siendo que es ilógico, desde el punto de vista de una presunción humana, que una mujer en estado de embarazo renuncie a su empleo y que los jueces, al tener conocimiento de casos semejantes, considerando esa presunción, armonizada con los derechos laborales y de seguridad social, resuelvan evitando se produzca discriminación en contra de las mujeres.

Este libro pretende dar continuidad a la colección iniciada con el primer libro de *Seis voces sobre justicia y género en el Poder Judicial de la Federación*, en la que un amplio conjunto de autores se suman y unifican esfuerzos en la lucha por la sensibilización y concientización de quienes impartimos justicia para introducir la perspectiva de género en nuestro actuar jurisdiccional. La expectativa es que podamos contar con resultados factibles que puedan verse materializados a través de contar con juzgadores que tengan una visión clara y amplia del significado de la perspectiva de género, lo cual, sin duda, se reflejará en sentencias que plasmen el conocimiento y la sensibilidad del juzgador al momento de impartir justicia. De esta manera, y gracias a esta gran labor, cada vez seremos más quienes actuemos en pro de la equidad y en contra de la discriminación, velando en todo momento porque se hagan valer los derechos de las mujeres y terminen estos cientos de años en los que han sufrido y vivido injustas desigualdades.

Agradecemos, de manera muy especial, al Programa de Equidad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su colaboración y apoyo en todo momento, que en gran medida hizo posible la publicación de esta obra.

Coordinadora: Emma Meza Fonseca
*Magistrada del Noveno Tribunal Colegiado
en Materia Penal del Primer Circuito*

UN PROGRAMA JURÍDICO PARA LA EQUIDAD DE GÉNERO

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ*

Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

* Agradezco a Mariana Mureddu su apoyo y sugerencias para la realización de este trabajo, y a Lorena Goslinga, Marta Lamas y Mónica Maccise por sus comentarios a la primera versión del mismo.

La representación moderna del derecho es sumamente simple. Se trata de un orden jerarquizado de normas creadas por ciertas autoridades, en el que las que resultan contrarias a las superiores son potencialmente anulables por otras autoridades. Esta visión permite igualar al orden jurídico con el Estado en tanto la totalidad de las normas son emitidas o anuladas por las autoridades estatales. Finalmente, aquello que le da al derecho o, siguiendo con este lenguaje, al orden normativo-estatal su identidad respecto a otros órdenes normativos es su capacidad monopolizadora de la coacción, del ejercicio legítimo de la fuerza pública. Esta representación del derecho ha dominado, con vaivenes y ajustes, los últimos 200 años de la vida de Occidente en lo general y, prácticamente y, sin duda, lo que va del siglo XXI.

Lo relevante de esta manera de representar las cosas, es que al lado de lo que pudiéramos llamar la "imagen general", hay otras imágenes "paralelas" o anexas derivadas de ella. Enumeremos algunas: el derecho es un todo; las normas componen una unidad coherente (o en posibilidad de

llegar a serlo); la producción normativa se lleva a cabo por sujetos identificados o, al menos, identificables; la totalidad de los sujetos actúan a partir del orden jurídico, sea para acatarlo o para desconocerlo, por ejemplo.

La manera en la que ese orden habrá de ser estudiado o, más en general, entendido, tiene que ser coherente con sus notas esenciales. Lo que al estudioso del derecho le corresponde hacer es identificar y ordenar los elementos (normativos) particulares a efecto de "extraer", representar, la coherencia postulada para ordenar y determinar al objeto de estudio (el orden jurídico). Este proceder es el que, también desde hace más de 200 años, se ha asignado a la ciencia del derecho, también llamada "dogmática jurídica".

Otra implicación derivada del entendimiento dominante del derecho, radica en aquello que podemos llamar sus "posibilidades de transformación". Esto puede plantearse de la siguiente manera: ¿cómo será posible transformar al derecho si él mismo es una unidad normativa cerrada, más o menos autorreferente, en el que las posibilidades creativas están reconocidas sólo a determinados sujetos y a través de la realización de ciertos procesos previstos normativamente? Detengámonos en este punto un momento.

El orden jurídico, entendido así, tiene cierta cualidad refractaria, no sólo por lo difícil que es participar en muchos procesos de creación, esto es, en sus prácticas, sino también por lo complejo que resulta pensarlo de modo desagregado. La imagen agobiante de cerrazón que acabo de presentar, opera en un doble sentido. Para los titulares de los órganos del Estado que crean las normas, su función consiste en aplicar lo previsto en otras de superior jerarquía. Desde esta perspectiva, aquello que no haya sido puesto por el órgano creador de la norma que haya de aplicarse, no podrá ser puesto en la norma que haya de crearse. Por otro lado y para quienes no tienen el carácter de autoridades, las cosas resultan igualmente

complejas para los efectos que venimos señalando. ¿De qué manera se logra introducir un punto de vista nuevo que logre la transformación o mera determinación de un contenido normativo cuando, en lo general, las normas del ordenamiento y el comportamiento de las autoridades aplicadoras/creadoras de ellas no están por recoger el sentido transformador propuesto? El incentivo de presentar una "solución alternativa", por decirlo así, es realmente bajo.

Así las cosas, la imagen de un orden cerrado, completo, metafóricamente hablando, "autosuficiente", juega en contra de las posibilidades de transformación del derecho. El asunto, por lo demás, en modo alguno para ahí. Hasta ahora hemos considerado que la representación dominante (en tanto sólo hemos hablado de ella) está dada. Hemos aludido a ella *como si* fuera una especie de condición natural del derecho, o *como si* culturalmente hubiera aparecido y no hubiera mucho más que hacer con ella. Sin embargo, si vamos más allá, cabe formular una pregunta diversa, esta vez en razón de las condiciones de la representación y no sólo ya de su contenido. Aceptamos que la representación dominante del derecho es importante en términos de ciencia jurídica o de una teoría general del derecho encaminada a darle positividad y, por consiguiente, alejar el objeto de conocimiento de la ciencia jurídica de la profunda metafísica (en muchas ocasiones de carácter religioso) que la sostenía. Esta aceptación inicial no conlleva, sin embargo, admitir que aquello que bien podríamos llamar el "fenómeno jurídico" (es decir, y para no incurrir en otra metafísica igualmente nociva, de todo aquello a lo que socialmente estamos dispuestos a llamarle "jurídico") quede comprendido en esa representación. Ello no puede implicar que toda posibilidad de comprensión o, más aún, cambio del orden jurídico (por circunscribirnos aquí a este aspecto), deban quedar limitados por la postulada autorreferencia normativa.

A mi parecer, un tema inquietante de la teoría general de Kelsen que, como bien señalaba el profesor Nino, constituyó el referente más acabado

de la comprensión del derecho en el siglo XX, es su idea del "marco de significaciones posibles" de las normas superiores respecto de las inferiores. En el capítulo final de la segunda edición de su *Teoría General del Derecho* señaló, efectivamente, que las normas jurídicas admiten diversos casos interpretativos a efecto de determinar el contenido de aquellas cuya validez depende de su conformidad con la primera. Esta sola posibilidad abre una pluralidad de consecuencias que, por una parte, quiebran la representación autorreferente del derecho y, por otra, dejan sin sentido muchas de las críticas al así llamado "formalismo" de Kelsen. No es el caso considerar aquí este segundo aspecto, pero sí volver al primero en tanto es el tema a desarrollar.

¿Qué conlleva admitir la operatividad del orden jurídico en tanta pluralidad de procesos de individualización cuando los órganos del Estado puedan "optar" por diversas interpretaciones a efecto de crear normas válidas? En realidad, la aceptación de una muy importante discrecionalidad en todos los órganos del Estado. Dividamos los temas y luego veamos cómo, a partir de su aceptación, es necesario corregir la representación que del derecho tenemos y, con ello, sus posibilidades de transformación.

Si nos atenemos, una vez más, a las consideraciones generales que sobre el derecho suelen emitirse, la discrecionalidad suele postularse como un atributo propio de unos cuantos órganos estatales. De manera primordial, se habla del legislador y de los jueces, mientras que al resto, prácticamente la totalidad de la administración, se le deja reducida a un papel, como quería Montesquieu respecto de los jueces, a meras bocas que pronuncian, dicho en términos actualizados, las palabras de las normas generales. Esta muy inadecuada representación arrastra un problema adicional: a los jueces y a los legisladores se les restringen de manera muy importante los alcances de su discrecionalidad. Es decir, se admite que si bien la tienen, se entiende que es, ahora como quería Holmes, sólo para cuestiones "intersticiales". La realidad operativa del derecho, por decirlo así,

es muy diferente. La no aceptación de la discrecionalidad generalizada en la producción normativa es un asunto ideológico (tal vez, dirán algunos, de dominación), para sentirse más cómodos, para no quebrar la sacrosanta seguridad jurídica, eje rector para muchos de la comprensión de las funciones normativas, tal vez, nuevamente, entendidas desde la ideología. Dicho de otra manera, el marco de significaciones no es propio de algún tipo de funciones normativas sino, por el contrario, de la función misma de creación del derecho que, por lo demás, llevan a cabo "todos" los órganos estatales.

A esta manera de ver al derecho podría contraargumentarse que con independencia del reconocimiento a ese "marco de significaciones posibles", el propio orden jurídico posee medios de control para, por decirlo así, reducir tales posibilidades. Este argumento es desde luego cierto. Sin embargo, que lo sea no implica el que a su vez, ello reduzca las posibilidades señaladas, puesto que los órganos de control (*lato sensu*) tienen que enfrentarse para realizarlo, con la norma superior que sirva de parámetro mismo que, también, permite varias significaciones posibles. El asunto, es cierto, puede admitir un grado de reducción, pero en modo alguno hace desaparecer las posibilidades de significación y, con ello, de discrecionalidad de los "operadores jurídicos".

El sentido de "cierre", de "autosuficiencia", a que acabo de aludir, no es, pues, una condición del orden jurídico mismo, sino de algunas de sus representaciones, al menos de las dominantes. ¿Por qué se ha frenado esta manera de "ver" al derecho? Apurando una respuesta, ello obedece, ante todo, a la importante función social que el derecho cumple. Si reducimos la función jurídica a su expresión mínima, tenemos que mediante él se busca ordenar las conductas humanas a partir de la amenaza final, así sea como posibilidad de la coacción estatal. No se trata, desde luego, de suponer que sólo mediante el derecho se ordenan las conductas sociales, ni de suponer que es la única manera de coacción existente, ni siquiera como lo suponía

Weber. Sin embargo, sí resulta posible aceptar que en la modernidad, el derecho es un medio poderosísimo de control social y que, al menos como posibilidad, puede darse la aplicación de sanciones por parte de los órganos estatales o, más en general, de las autoridades.

Si de este modo podemos "reducir" la especificidad del derecho, resulta que a través de él, de sus mandatos, acciones, representaciones, etcétera, se lleva a cabo un control social amplísimo. Caricaturizado, el modelo político de una determinada sociedad burgués-capitalista, generará las normas jurídicas que tendrán también un carácter burgués-capitalista y, por lo mismo, se sancionarán las conductas que se aparten de ese modelo general. Si este último es socialista, por ejemplo, algo semejante acontecerá.

Desde luego podemos admitir que una condición de "espejo" como la acabada de señalar, únicamente puede darse en casos extremos (dictaduras) o en momentos históricos muy puntuales. En la mayor parte de las sociedades, la situación que se presenta es mucho más ambigua, meramente como resultado de la condición positiva del derecho. Lo ordinario es encontrar como contenidos de normas generales, diversas expresiones ideológicas o, más en general, distintas ideas de origen que, a su vez, podrán individualizarse de manera distinta dependiendo del modo como actúen las autoridades competentes para llevar a cabo esa "operación" jurídica. De esta manera, realmente resulta complicado suponer que toda norma es la expresión acabada y única de entender el mundo.

Con independencia de esta remota posibilidad de caracterización unitaria, lo que sí resulta factible es entender que, y en cierta medida a partir de la función heurística de los "tipos ideales" weberianos, pueden atribuirse notas "predominantes" a los órdenes sociales y a sus correspondientes órdenes jurídicos. Desde esta perspectiva, sí es posible estimar que, por ejemplo, un determinado orden normativo sea clasificable, al menos en algunas de sus "partes" (sean éstas "ramas" o materias), mediante ciertas

categorías. Puede ser que esta forma de entendimiento tenga una connotación general del ya mencionado tipo "burgués", o que tenga un alcance mucho menor, como por ejemplo "patriarcal", para aludir a las relaciones familiares, o "patrimonial", para referir al modo de apropiación de los bienes públicos por determinadas clases o grupos sociales.

Desde el momento en que resulta posible considerar que el derecho o, repito, ciertas "porciones" de él, son entendibles mediante esas categorías, será posible entender, también, que las normas jurídicas individualizadas que se creen a partir de ellas tendrán algunas o muchas de las notas apuntadas. Es verdad que en este caso estará presente la posibilidad de diversos cursos de acción por parte de los órganos individualizadores. Pero, aun así, no cabe duda que "algo" quedará plasmado en la norma creada.

Esta posibilidad, estrictamente normativa-funcional, se verá reforzada por otros elementos que no suelen ser considerados al llevarse a cabo el estudio del derecho. Si del derecho se predicen ciertas "notas" del tipo apuntado, ello obedece a que socialmente existen condiciones dominantes que así pueden determinarlo. Esas condiciones, a su vez y por lo mismo, estarán presentes en el ámbito operativo del derecho, esto es, en el modo como sus operadores entienden que *deben* actualizarlo. Dicho de otra manera, si las normas tienen un determinado signo, ello es consecuencia de que los órganos creadores del derecho asumen ese signo y lo reproducen, por decirlo así, por vía de la dinámica jurídica. La visión social predominante se interioriza en el derecho hasta generar una identidad (en las condiciones de "generalidad acotada" a que antes aludimos) entre representaciones sociales, entendimiento normativo y orden jurídico. Lo que los operadores jurídicos hacen puede ser calificado entonces como normal, pues en modo alguno "choca" con la representación dominante que la sociedad tiene del modo de conducir (en lo general) las relaciones que en ella se den. Es más, las normas vienen a ser una especie de materialización de la manera en la que, *grosso modo*, se desenvuelven los fenómenos sociales.

Esta manera de ver las cosas en modo alguno contradice la idea apuntada al inicio de este escrito en cuanto a la "apertura" del orden jurídico o, si se quiere, hacia su positividad y hacia la discrecionalidad con que cuentan los órganos del Estado al momento de crear normas jurídicas. Más aún, me parece que lo refuerza. Lo que ahora estoy señalando es que, y presuponiendo esta condición positiva, el contenido de las normas no proviene de los contenidos ya establecidos en un orden cerrado de normas, sino que, por el contrario, proviene de elecciones o tomadas por los operadores jurídicos de entre varias significaciones posibles dentro de un "contexto jurídico" específico. Precisamente por ello, es posible afirmar que las normas jurídicas, primero, resultan de una elección dentro del ya citado "marco de significaciones posibles"; segundo, que esa elección está constreñida por el orden social y por las condiciones operativas del orden jurídico insertado en aquél y, tercero, que tanto las normas jurídicas como los operadores y el marco de actuación de éstas, tiene un contenido histórico dominante, sea éste total o parcial.

Así como la dominación social se oculta bajo una pluralidad de discursos, pues, de otro modo, se haría evidente y muy probablemente dejaría de serlo, así también se oculta la función extensiva de que esa dominación se realiza a través del derecho. Del derecho, por ello, suele predicarse una neutralidad cuasi angelical. Las normas están ahí, no lastiman a nadie que "se porte bien" y pretende sancionar a quien "se porte mal". El derecho es visto desde esta perspectiva, como una especie de situación que orienta y es ajeno al mal. También del derecho puede predicarse el ser la expresión del "orden natural de las cosas", de manera que recoge lo que es y no es, sin añadirle nada más. Finalmente, del derecho se predicen funciones que permiten instrumentalizarlo en la búsqueda de ciertos fines. El derecho sólo debe garantizar la seguridad, tautológicamente, la jurídica, de manera que debe reproducir lo que forma parte de su esencia, de sí mismo.

Cualquiera que sea la manera en la que se vea, estos entendimientos tienden a producir órdenes jurídicos reproductores de las condiciones domi-

nantes y de dominación, así como la idea de que ello es jurídica, moral y socialmente correcto, en tanto extensión de "lo bueno" (bien común por ejemplo), lo "naturalmente dado" ("orden natural de las cosas", v.g.) o lo que debe ser necesariamente salvaguardado (la seguridad jurídica, muy destacadamente).

Si esta reproducción de la dominación se conjuga, como de hecho sucede con la representación autorreferente del derecho, se producen nuevos fenómenos, nuevas representaciones. De manera sintética, lo resultante es la impresión de un orden dado, consistente, correcto, previsible. Adicionalmente y por lo mismo, "blindado" a las críticas, en tanto éstas no atiendan a la normatividad y, con ello, dejen de ser "jurídicas" y profesionalmente aceptables, o tiendan a mostrar las costuras de la dominación actuante sobre el derecho, y sean consideradas, también, impropias de un análisis que debe hacerse sólo sobre el derecho para mantener así el objeto de estudio definido de antemano. En una traslación de los métodos científicos a los quehaceres sociales, se insiste en que la única manera de cuestionar cierto modo de estudio, es a partir de sus propias condiciones, o en una visión menos pomposa, sólo por los "iniciados". Estas reivindicaciones metodológicas o gremiales terminan por cerrar las posibilidades de crítica a quienes no participan en la actividad o, dicho de otra manera, a quienes no viven de ella o no están interesados en mantenerla.

Volvamos a la vieja y repetida pregunta, ¿"qué hacer"? o, actualizada y complementada a nuestro tiempo, ¿qué hacer con el orden jurídico para darle cabida a contenidos "no-dominantes" y permitir su reproducción en el orden jurídico una vez explicada su mecánica?

Lo primero, como si se tratara de la inoculación de un virus, es introducir en el orden jurídico, específicamente en sus normas jurídicas de jerarquía superior, los contenidos que se pretendan reproducir. Luego, es preciso incorporar o encontrar varios funcionarios capaces e "interesados",

en la reproducción de esos contenidos en el conjunto de las normas que hayan de crearse a partir de los contenidos insertados o, de plano, capacitarlos o sensibilizarlos en ese sentido. También se requiere incorporar o encontrar algunos servidores públicos que acepten la validez de las normas creadas a partir de los primeros contenidos y, de ser posible, lograr su más amplia expresión. Por último, es necesario generar la idea de que la idea propuesta o, lo que aquí es igual, la idea cuya realización se busca lograr, las normas mediante las cuales éstos se individualizarán y aquellas mediante las cuales la validez de éstas se acepte, son conformes con el orden jurídico o, más aún, con los "valores" que lo animan.

En cuanto a este último aspecto, de lo que se trata es de encontrar la manera de darle sustento al contenido introducido en la representación general admitida del orden jurídico. Si, por ejemplo, se quiere dar cabida a un nuevo contenido económico tal como la "planeación" en el marco de una economía considerada de mercado, tendrá que argumentarse que el contenido no desvirtúa a ésta sino que, por el contrario y de algún modo, la refuerza, la completa, etcétera. Prácticamente, que la planeación, por seguir con el ejemplo, es lo propio de una economía de mercado. De no procederse así, ¿de qué manera podría introducirse, por seguir con las metáforas biológicas, un "cuerpo extraño" en un orden cuya legitimidad se basa, así sea parcialmente, en la coherencia de su representación?

A lo largo de la historia y, evidentemente, más allá de los procesos revolucionarios de ruptura, el cambio de un orden jurídico (a lo largo inclusive de su propia representación siempre que pueda ser de una gran magnitud) se realiza de la forma apuntada. Puede tratarse de un movimiento deliberado y específico, tal como aconteció con el proceso realizado en los Estados Unidos por la *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP) para lograr la plena integración entre negros y blancos. Puede que se realice, también, como resultado de un cambio social, tal como lo hizo el *King's Bench* con lord Mansfield a la cabeza, para enfrentar

la revolución industrial de su país. Lo que en realidad importa es entender que el cambio, normalmente parcial, comienza con la introducción mencionada y se desenvuelve en la medida en que ciertos órganos lo "actualicen" en las condiciones apuntadas.

Supongamos ahora que el contenido que quiere lograrse es el relativo a la equidad de género. De lo que se trata para lograr su "desarrollo" normativo es de establecer, de ser ello posible y dada la estructura de los órdenes jurídicos modernos, a tal equidad como derecho fundamental. Así como en lo general hay un derecho a la igualdad, así también podría haber un derecho más específico a la igualdad de género que, evidentemente, no es igual a él. Desde luego que la retórica necesaria para lograr su inserción tiene que sustentarse en la retórica general de los derechos fundamentales, algo que por conocido no conviene repetir aquí.

El sentido general del derecho fundamental o la equidad de género, sería establecer que si bien todas las personas deben ser tratadas en principio de igual manera, es preciso tratarlas de modo diferente en razón a sus diferencias de género. Desde luego no se buscaría establecer, sin más, el trato diferenciado en razón únicamente a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, sino de manera fundamental, a las diferencias y diversidad de situaciones derivadas de los distintos "tratos" o roles provenientes de la cultura. De este modo y a partir del trato genérico proveniente de la igualdad, se trataría de establecer el fundamento de la diferenciación en aquello que por lo antes dicho, resulte pertinente para lograr una igualdad más efectiva dada la condición particular que en cada sociedad se imponga. La combinación entre la necesidad de realizar simultáneamente un trato igualitario generalizado y tratos específicos, no es una contradicción. La relación se resuelve en dos planos: primero, dando lugar a una generalidad de trato en todo aquello que no fuera propio de un sexo; segundo, dando lugar a la realización general e igualitaria de aquello que se hubiera determinado como propio o específico de un sexo. Así, la pretensión de universa-

lidad de los derechos fundamentales, sería compatible con la necesidad de reconocerle a ciertos colectivos identificables a partir de ciertos rasgos (indígenas, trabajadores o menores, por ejemplo) un estatus particular y un sistema (o subsistema) "propio".

Si la posibilidad acabada de mencionar no resulta factible dadas las condiciones políticas imperantes en los órganos que participan en la reforma constitucional, se hará preciso lograr que sean otros "actores" los que cumplan la tarea. La mejor forma de hacerlo sería mediante la interpretación que de la Constitución realizaran los jueces, en especial los encargados de definirla. Esto es, los competentes para realizar el control de regularidad constitucional, lo que bien puede estar dado a unos pocos (modalidad concentrada) o a muchos o a todos (control difuso). El proceso consistirá en lograr que éstos "identifiquen" y "reconozcan" la existencia de un derecho fundamental a la equidad de género, evidentemente, en la Constitución. A falta de texto expreso y, al igual que en el caso anterior, partiendo de la presuposición general de la igualdad, se podrían abrir dos puertas. La primera, mediante la identificación de una igualdad "material" entre mujeres y hombres, misma que para ser tal tendría que partir de las diferencias existentes, una vez más, en el medio (social, cultural, económico) de que se trate. Si, por ejemplo, se trata de considerar las diferencias para lograr la efectiva equiparación, se tendría que considerar el número de horas trabajadas, el nivel de ingreso, las cargas simbólicas en el desempeño de ciertas tareas. La segunda podría ser que la única manera de evitar la discriminación entre mujeres y hombres, sería reconociendo, una vez más, la existencia de diferencias materiales de tal magnitud (como de hecho existen), que al asignarse "bienes" sociales sin considerarlas, sería de suyo discriminatorio.

Como desde luego no resulta esperable o, al menos, fácilmente esperable, que éstas interpretaciones constitucionales se construyan *ex novo*, es necesario emprender un ejercicio "artificial" para lograrlo. Se tendría que

lograr el inicio de un litigio estratégico a efecto de, primero, identificar casos socialmente relevantes y jurídicamente plausibles; segundo, llevarlos a los tribunales, hacerlos procedentes y ponerlos en estado de resolución; tercero, convencer a los juzgadores que el sentido propuesto (por la vía de la igualdad material o de la no discriminación efectiva), "está" en la Constitución o se "desprende" de ella; cuarto, lograr la ratificación de ese criterio por los órganos superiores y, finalmente, lograr su reproducción "a lo largo" del orden jurídico a efecto de darle total eficacia normativa. En este proceso, que con todo cuidado califico como "artificial" por no ser ordinario el papel de una sociedad civil actuante o, mejor, de sus organizaciones más atentas, imaginativas, combativas y flexibles, es totalmente indispensable. Una herramienta de gran importancia es el uso del *Amicus Curiae* que poco a poco viene realizándose entre nosotros y la Suprema Corte admite ahora con facilidad. También lo es la generación de aliados de causa dentro de los tribunales principalmente, pero también de académicos y opinión pública en general. Repitiendo lo ya dicho, se hace preciso construir la retórica necesaria para justificar los cambios interpretativos en el modelo constitucional existente, como si fuera parte de su natural exposición, de su propia evaluación y no como resultado de su ruptura.

Si ninguna de las dos soluciones acabadas de mencionar resultan factibles, se haría necesario acudir a la gran pluralidad de fuentes normativas jerárquicamente subordinadas a la Constitución. En el orden de su construcción actual, tratados internacionales, leyes, reglamentos y el gran conjunto de posibilidades que dan contenido a la llamada "facultad reglamentaria" (circulares, decretos, acuerdos, normas oficiales mexicanas, etcétera). Como lo expusimos antes, entre más alta sea la jerarquía de la norma, más operativa será la radiación (normativa) de la igualdad de género, ello en tanto la validez de más normas dependerá de su conformidad con ella. No es igual, desde luego, establecer en una o varias disposiciones del Código Civil la equidad a efecto de incidir en materia de custodia de hijos o pensiones, o en la legislación laboral para fines de cuotas de contra-

tación, que en una disposición relativa a la manera en que bajo determinadas circunstancias a ciertas personas debe darse un trato al interior de una dependencia. El modo de realización está claro y no parece necesario insistir más en ello.

Si con lo hasta aquí dicho están descritas las condiciones generales de una estrategia de cambio, podemos volver a preguntarnos en el orden leninista ya antes utilizado, ¿"qué hacer" en México para darle cabida jurídica a la equidad de género?

Desde luego, podría tratarse de lograr la incorporación, como derecho fundamental, de la "equidad de género. En el artículo 4o., dado su carácter de gran receptáculo de los derechos que no encuentran una colocación suficientemente clara en otros de los grandes rubros constitucionales. La redacción en este texto podría ser simple, ello con independencia de sus problemas de aplicación, asunto éste que, por lo demás, en mucho se parece a lo que resulta con otros textos constitucionales. Tal vez, algo así como, sencillamente: "a efecto de garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres, se reconoce la equidad de género". Con esto bastaría para lograr el conjunto de "operaciones" jurídicas que con anterioridad dejamos enunciadas. Así, los jueces constitucionales tendrían que darle sentido para, precisamente, determinar si las normas del orden jurídico (especialmente las expedidas por el legislador), son o no "conformes" al nuevo derecho. Para hacerlo, tendrían que considerar una gran cantidad de componentes, primordialmente de dos tipos: las constitucionales, en tanto se haría necesario establecer su relación con otros elementos constitucionales tales como la igualdad, la no discriminación, la educación, los usos y costumbres de los indígenas, etcétera; los materiales (sociales, culturales, económicos, por ejemplo), a efecto de definir, como también ya quedó dicho, la mejor manera de lograr la plena "equidad" de género entre mujeres y hombres.

La forma del proceso de reforma constitucional (art. 135) es conocida y no hace falta agregar nada aquí. Las condiciones políticas y sociales para lograr las reformas son complejas y, sin ningún tipo de análisis empírico, resulta difícil hacer aquí cualquier tipo de predicción. Lo que es posible es considerar que mientras no haya movilización, mientras este punto no sea puesto en la agenda política de organizaciones y partidos, la introducción no se dará.

De no darse esta opción, la resolución pasará por la incorporación en la jurisprudencia del derecho a la equidad. Como ya se dijo, esto puede lograrse mediante la "extensión" de este derecho del de igualdad, ello por vía de su consolidación material, o desde el derecho a la no discriminación a efecto de evitar que por las condiciones sociales imperantes, un género (normalmente el femenino) resulte afectado y, con ello, discriminado.

Adicionalmente, hay otro aspecto a tratar, que vale tanto para el tema de la ampliación jurisprudencial del derecho, como al uso de los medios que pueden ser utilizados bajo el derecho vigente. Con motivo de la resolución dictada por el Pleno de la Suprema Corte en agosto del 2011 en el llamado "Caso Radilla", se reconoció la existencia en nuestro país de tres elementos constitucionales de la mayor importancia: los controles concentrado y difuso y la interpretación *pro persona*. Adicionalmente, se determinó que los elementos a partir de los cuales debería llevarse a cabo el control o la interpretación más favorable, son los derechos fundamentales contenidos en la Constitución y los que contengan los tratados internacionales (todos) de los que el Estado mexicano sea parte.

Si conjuntamos los mecanismos y los derechos acabados de mencionar, resultan varias cuestiones de la mayor importancia. En primer lugar, el que mediante los tres mecanismos de control concentrado previstos en nuestro orden jurídico (amparo, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad), los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la

Federación competentes para conocer de ellos generen los contenidos "favorables" a la equidad de género y, a partir de ellos, determinen la validez o invalidez de prácticamente la totalidad de los actos de autoridad (que, dadas las nuevas condiciones del amparo, inclusive puede alcanzar a quienes tengan el carácter de sujetos "privados"). De ese modo y como ya lo vimos, lograr que las autoridades (*lato sensu*) le den contenido de equidad de género a sus actos a efecto de salvaguardar su validez. De este modo, tanto esa ley como una disposición administrativa, los estatutos de los partidos o los sindicatos, las resoluciones judiciales o los actos concretos de la administración, serían combatibles en caso de que "alguien" estimara que las condiciones de equidad de género no quedarán suficientemente garantizadas.

En el caso del control difuso sucede algo semejante, si bien es preciso reconocer también algunas deficiencias. Las semejanzas provienen de la positividad de que todos los "juzgadores", no sólo jueces, sino "juzgadores" del país, determinen que por ser contrario a los derechos fundamentales contenidos en la Constitución o en un tratado, no es posible aplicar una norma general. Así, lo que se está dando es la anulación de la norma en cuestión para el caso concreto. La diferencia con el control concentrado surge de esta misma posibilidad: no hay declaración de inconstitucionalidad, sino mera desaplicación al caso concreto. Los efectos vinculantes, la extensión de estos pues, no es tan amplia como en el caso anterior, pero no por ello deja de ser importante para quien está sometido a un litigio. Piénsese que en muchas ocasiones, los problemas de falta de equidad de género se dan en condiciones tales que terminan siendo sometidos a litigio: la no asignación de pensiones, la determinación de condiciones de trabajo, etcétera. En tales casos, primero, quien litiga puede encontrar un reconocimiento a su situación particular pero, segundo, ello puede ser la "materia prima" para la construcción de precedentes que permitan ampliar el grado de aplicación en casos diversos, evidentemente, de aquellos de los que el criterio surgió inicialmente.

El tercero de los elementos derivados de la "sentencia Radilla", también es de la mayor importancia. La Corte sostuvo que atendiendo a lo previsto en el párrafo tercero del nuevo artículo 1o. de la Constitución, *todas* las autoridades del país deberían buscar la interpretación más favorable a la protección de los derechos fundamentales, ya se dijo, de fuente constitucional o internacional. Así, lo que se supone debiera surgir es un conjunto de interpretaciones y, por lo mismo y finalmente, de normas de muy diverso tipo en las que se "maximice" la interpretación de los derechos, de todos los derechos. No importa saber si se está frente a procesos legislativos, reglamentarios, administrativos, judiciales, ministeriales, etcétera, pues en *todos* ellos las autoridades deberán buscar el modo de lograr la mayor protección a los sujetos.

Este cambio habrá de producir algunos importantes problemas. Me detengo en uno de ellos: el que puedo denominar la "competencia entre los derechos". Con esta expresión me refiero al hecho de que debido a la amplia gama de derechos a proteger (constitucionales y, para obviar, "internacionales"), los diversos colectivos o individuos en búsqueda de construcción y consolidación pretenderán que "el suyo" es más importante, más fundamental, que el de "los otros" y, por ende, deberá obtener mejor protección. Si al derecho a la equidad de género se le pretende dar prioridad, importancia, será necesario argumentarlo, posicionarlo por quienes le dan esa importancia, pues de otra manera quedará "desplazado" por otros (¿igualdad?) que resulten más favorables o "cercaños", a otros grupos o individuos.

Con independencia de las posibilidades de desarrollo de la materialidad normativa del concepto "equidad de género" en los términos apuntados, se hace preciso darle un desarrollo legislativo y reglamentario. Este paso es importante por varias razones. Primero, porque la acción de los tribunales se produce más esporádicamente y siempre frente a casos o controversias que tardan en producirse. Segundo, porque aun cuando se dé

el pronunciamiento, no siempre alcanza la totalidad de las modalidades de aplicación, sencillamente porque, nuevamente, se resuelve un caso concreto. Tercero, porque los criterios jurisprudenciales no resultan obligatorios para todas las autoridades sino, a lo sumo, a las jurisdiccionales. De este modo, se hace necesario contar con una normatividad específica que permita la realización de una serie de aplicaciones concretas. En la medida en la que exista "mayor detalle" normativo y "mayor profundidad" en las fuentes utilizadas, habrá mayores posibilidades de actuación concreta de un número más amplio de autoridades. Si, por vía de ejemplo, en una ley se recogen ciertos elementos relativos a la equidad de género que, adicionalmente, se desarrollan en un reglamento y esto, a su vez, toma forma jurídica en acuerdos, decretos, circulares, normas oficiales o manuales, es más factible la aplicación específica por parte de una gran cantidad, insisto, de autoridades.

Una última cuestión, también normativa pero de signo financiero. Algunas o, tal vez, muchas de las acciones que habrán de tenerse en materia de equidad de género, serán de carácter prestacional. Es decir, que para su completa realización se hace necesario realizar acciones materiales para, dadas las diferencias existentes entre mujeres y hombres, lograr su más completa equidad material. Debido a esta condición, se requiere asignar recursos presupuestales al efecto. Por ello, una estrategia que se encamine a darle fuerza jurídica a la equidad de género, pasa por su previsión y asignación.

**NUEVOS HORIZONTES
CONSTITUCIONALES
PARA EL EJERCICIO DE LA
DIGNIDAD DE LAS MUJERES**

GONZALO HIGINIO CARRILLO DE LEÓN

*Magistrado del Segundo Tribunal Colegiado en Materias Administrativa
y Civil del Decimonoveno Circuito*

SUMARIO: I. La dignidad humana, como eje rector de la actividad pública. II. Del control confuso al control difuso. III. La CEDAW y la Convención Belém do Pará, tratados internacionales tuteladores de la dignidad de las mujeres y herramientas jurídicas fundamentales para juzgar con perspectiva de género. IV. El derecho de las mujeres a la protección de su familia como ingrediente fundamental para el ejercicio pleno de su dignidad, a la luz de casos prácticos. V. Conclusiones.

Nuestro país pertenece a una comunidad de naciones que se distingue por ser heredera de una cultura androcéntrica, en donde las costumbres sociales y el diseño de sus sistemas jurídico y político han privilegiado la posición del varón al que consciente o inconscientemente se entroniza como eje rector de las instituciones.

Dicha tendencia, genera una dinámica de violencia hacia la mujer que se manifiesta a través de distintas formas que no siempre se visualizan por el común de las personas y peor aún, tampoco son perceptibles por las instituciones públicas, motivo por el que finalmente en reiteradas ocasiones la mujer es víctima de tratos violentos o degradantes que no siempre logran evitarse por quienes desde el Estado estamos obligados a dar una respuesta restaurativa, merced al compromiso asumido por el sistema jurídico mexicano a partir de la redacción del artículo 1o. del Pacto Federal, que obliga a todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y

progresividad, sin poder discriminar a ninguna persona, motivados por razones de origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

El presente trabajo, pretende evidenciar algunas de las formas más comunes de violencia que padecen las mujeres, las cuales, merced a los patrones culturales que nutren nuestra idiosincrasia se hacen invisibles para el común de las autoridades, motivo por el que se ofrecen como áreas inmejorables de oportunidad donde los operadores jurídicos podemos intervenir para revertir el fenómeno de la discriminación y de la violencia, los cuales según veremos, no siempre emergen a los casos concretos en formas de maltratos físicos o dejando huellas perceptibles para los sentidos, motivo por el que nuestra agudeza debe ser aún mayor para evitar ese estado de degradación humana y cumplir con las exigencias impuestas por el artículo 1o. de la Constitución Federal ya invocado.

I. LA DIGNIDAD HUMANA, COMO EJE RECTOR DE LA ACTIVIDAD PÚBLICA

El 10 de junio de 2011, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, el Decreto por el que se modifican diversos preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el propósito de instituir el respeto a los derechos humanos, como eje rector de la actividad pública en nuestro país.

Dicha modificación a nuestro texto fundamental, conocida ya como la reforma constitucional en materia de derechos humanos, viene a consolidar un marco protector de la dignidad humana, muy por encima del que

tradicionalmente tuvimos, porque al ampliarse el catálogo de derechos humanos, se amplían los horizontes en cuanto a su dimensión y contenido: y por ende, se reducen las posibilidades de una interpretación restringida, acerca del lugar que guardan en nuestro sistema jurídico mexicano las normas internacionales de *jus cogens*, destinadas a tutelar, en todos los ámbitos posibles la dignidad humana de los mexicanos.

Esto es así porque durante las últimas décadas, la doctrina jurisdiccional estuvo inmersa en un intenso debate acerca del lugar que guardan los tratados internacionales en el orden jurídico interno, y en ese lapso, transitamos por diversos momentos que partieron desde convicciones en el sentido de que los pactos internacionales tenían un rango inferior al de las leyes federales, hasta los más progresistas criterios en el sentido de que jerárquicamente se ubicaban por encima de las leyes generales, pero ligeramente por debajo de la Constitución Federal, lo cual complicaba sensiblemente su aplicación frontal por parte de los Jueces mexicanos distintos a quienes operamos el tradicional juicio de amparo.

Esta reflexión es importante porque, ante un escenario así, se presentaban posturas tan radicales como aquellas que lamentablemente consideraban a los derechos humanos, reconocidos en instrumentos jurídicos internacionales como meros compromisos políticos asumidos por el estado mexicano que no obligaban a la judicatura, hasta enconados debates en el sentido de que los Jueces locales no estaban facultados para aplicar directamente los tratados internacionales en la materia y menos aún cuando estos entraban en colisión con las leyes federales o locales que los rigen, lo cual dificultaba el control de convencionalidad, dado que finalmente esas normas protectoras de la dignidad humana seguían en la práctica viéndose como disposiciones extrañas al sistema de derecho que nos rige o en el mejor de los casos, como un terreno pantanoso y difuso en el que más valía la pena no meterse, para evitar la censura de los tribunales superiores o de los Jueces constitucionales.

El anterior estado de cosas presentaba problemas realmente relevantes, dado que la gran mayoría de los conflictos jurídicos que surgen en el seno social se ventilan y deciden terminalmente ante tribunales locales y esa realidad que no podemos soslayar, implícitamente provoca todavía que los Jueces comunes, prefieran no decidir los asuntos sometidos ante su potestad bajo reglas internacionales de *jus cogens*, lo que finalmente hace nugatorias una serie de disposiciones de protección más amplia, que las que tradicionalmente hemos venido aplicando en nuestra jurisdicción doméstica.

Hoy, merced a la reforma constitucional mencionada, el estado que guarda la aplicación de los tratados internacionales tuteladores de la dignidad humana se modifica sustancialmente, porque la Constitución Federal les atribuye el mismo rango de Ley Fundamental, y en esa medida, se convierten en la cúspide del sistema jurídico mexicano, y siguiendo las propias palabras del Pacto Federal,

...Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad... [al grado tal que] ...el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos, en los términos que establezca la ley.¹

Ante ese escenario, a menos que un juzgador no se considere asimismo autoridad, —lo cual dejaría mucho que desear de ese operador jurídico— estará obligado a respetar y garantizar los derechos humanos instituidos en cualquier pacto internacional del cual México forme parte, como si estuviese aplicando cualquier norma de derecho doméstico a la cual se encuentra constreñido, porque de no hacerlo, se encontrará expuesto al nuevo

¹ Reformas a la Constitución Federal publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* de 6 de junio de 2011.

derecho sancionador o reparador que ya prevé el artículo primero de la Ley Fundamental y que a más tardar en el plazo de un año, el legislador secundario deberá implementar a plenitud a través de una ley reglamentaria que en ese lapso está obligado a expedir.

Es importante enfatizar que la obligación de respetar y hacer respetar los derechos humanos antes referidos, viene aparejada de una advertencia inédita dentro de nuestro sistema jurídico mexicano, porque en estricto sentido, salvo los casos previstos por el segundo párrafo del artículo 113 constitucional, relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado, la violación de derechos fundamentales no traía consecuencias sancionadoras o reparadoras en contra de la autoridad que los vulnera, pues lo más que se podía lograr a través de mecanismos restauradores como el juicio de amparo era otorgar la tutela para el efecto de que se restituyera al quejoso en el uso y goce del derecho individual violado, lo cual, salvo los casos de incumplimiento de la sentencia de amparo o la repetición del acto reclamado, la violación de derechos fundamentales no traía consecuencias sancionadoras o reparadoras para la autoridad; lo cual, a decir verdad, hacía frágil la garantía instituida para su respeto, por la eventual actitud evasiva del ente de poder al que eventualmente nos enfrentábamos.

Basta recordar quienes hemos sido Jueces de Distrito, lo complicado que en algunos casos resultaba el cumplimiento eficaz y oportuno de la sentencia de amparo, dada la resistencia de las autoridades responsables para darle fiel acato, todo esto propiciado por la noble convicción de que el amparo no busca la sanción de la autoridad sino el cumplimiento formal de la sentencia protectora.

En el caso de las resoluciones dictadas por los organismos no jurisdiccionales protectores de los derechos humanos, contemplados en el apartado B del artículo 102 constitucional el escenario era hasta cierto

punto más desalentador, dado que su efecto, ni siquiera resultaba vinculante para la autoridad responsable, merced a su naturaleza de recomendación que dista mucho de los efectos de un mandato judicial, al menos en nuestras latitudes y más complicado aún, resultaba el mecanismo tutelador previsto hasta antes de la reforma que se comenta en el artículo 97 párrafo segundo de la Constitución Federal, dado que de sobra son conocidas las escasas ocasiones que el Máximo Tribunal de la Nación hizo uso de ese medio de control de la regularidad constitucional.

Con la llegada de esta reforma constitucional, entramos como nación, a un escenario en donde la transgresión de derechos humanos tendrá consecuencias reparadoras, y eso, seguramente representa por sí mismo una garantía más eficaz para que estos sean mayormente respetados.

II. DEL CONTROL CONFUSO AL CONTROL DIFUSO

En sintonía con el escenario constitucional al que nos estamos enfrentando, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una decisión sin precedentes, al hacerse cargo de los efectos vinculantes de la sentencia condenatoria dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla, líder social del municipio de Atoyac, Guerrero, desaparecido en el año de 1974, superó un precedente incompatible con el nuevo modelo, merced al cual expresamente se vedaba a los Jueces ordinarios el control difuso de la regularidad constitucional, lo que en la práctica cotidiana implicaba que los Jueces comunes, por respeto a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional evitaran la aplicación e interpretación directa de un precepto constitucional e inclusive, soslayaran al máximo hacer lo propio con una norma emanada de un tratado internacional, porque al hacerlo, tenían que invocar frontalmente el artículo 133 del Pacto Federal, que ya por sí mismo implicaba la aplicación de una norma prove-

niente del Pacto Federal, lo cual bajo su percepción expresamente les estaba prohibido.²

Es evidente que el nuevo escenario constitucional y jurisprudencial, que personalmente celebro, traerá grandes beneficios para la función jurisdiccional de todas las materias y los fueros, porque a la luz de la obligación que se desprende del nuevo artículo primero constitucional, los juzgadores deberán preferir la aplicación de una norma garantista proveniente de la Constitución Federal o un tratado internacional cuando en ella se contemple un derecho humano reconocido en el orden jurídico nacional o supranacional; y tal cambio vale la pena a propósito del tema que motiva la redacción de este libro, porque tratándose de identificar los casos jurídicos en donde subyace un trato discriminatorio o generador de violencia en contra de la mujer, la aplicación de la perspectiva de género en los fallos jurisdiccionales, presenta un escenario más prometedor, en tanto el operador jurídico contará con los principios de igualdad reconocidos por nuestro propio texto fundamental desde hace algunos años y las leyes secundarias expedidas sobre el particular, pero adicionalmente, con los tratados internacionales que propician mayores condiciones para consolidar una igualdad de tipo formal y material en relación con el tema que nos ocupa, los cuales por disposición del Pacto Federal reformado hoy forman parte del mismo bloque de constitucionalidad que es base del sistema jurídico patrio.

Es cierto que sin desconocer ni soslayar la creatividad y sensibilidad de los Jueces mexicanos, en torno a la máxima tutela de un derecho fundamental, el mandato rector que a través de la reforma recientemente recibimos, nos obligará a interpretar los derechos y libertades favoreciendo a las personas en su protección más amplia, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, lo

² Resolución dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 4 de octubre de 2011.

cual nos permitirá revolucionar la tutela de los derechos y elevarla a la forma en que esto se viene haciendo en otras latitudes más evolucionadas.

Es importante puntualizar que una interpretación progresista de nuestro texto constitucional, aún anterior a nuestra reforma, permitió a la judicatura extender los beneficios de la legislación internacional de la materia a casos concretos sometidos ante nuestra potestad; y merced a ello, desde la Máxima Tribuna de la Justicia, se confeccionaron criterios como el de la indemnización para el cónyuge dedicado al cuidado del hogar y de las personas dependientes en caso de divorcio, con la nota destacada de que dicha labor mayormente la desempeñan las mujeres;³ el diverso criterio vinculado con la constitucionalidad de las cuotas de género, con lo que se admite la necesidad de adoptar medidas especiales de carácter temporal que modifiquen las condiciones estructurales y las desventajas históricas que han impedido que las mujeres accedan a la participación política en plena igualdad;⁴ el diverso criterio vinculado con la aceptación de que la violación también puede darse entre cónyuges, con el cual se sientan las bases interpretativas para comprender que el ámbito privado del hogar en el lugar en el que las mujeres experimentan las peores formas de violencia;⁵ y el divorcio por violencia intrafamiliar, en el que la demandante no requiere dar más pormenores que los lógicamente aceptables, para sentar las bases para una adecuada defensa,⁶ solo por citar algunos de ellos.

Estos precedentes emanados de la Suprema Corte, fueron valiosos en su momento para ilustrar, los distintos casos en los que se puede iden-

³ Jurisprudencia 1a./J. 110/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXI, marzo de 2010, página 212.

⁴ Jurisprudencia P/J. 14/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXI, febrero de 2010, página 2320.

⁵ Modificación de la Jurisprudencia 1a. J. 10/94, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIII, enero de 2006, página 658.

⁶ Jurisprudencia 1a./J. 69/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXV, enero de 2007, página 173.

tificar una situación de desventaja en la mujer por las convicciones erradas que aún tenemos entre los mexicanos; sin embargo, esas valientes decisiones, no permeaban a cabalidad en las distintas dimensiones de la judicatura, porque merced a la prohibición del control difuso, el juzgador ordinario debía esperar hasta que la Suprema Corte o un Tribunal Federal sentara las bases para una postura interpretativa vinculada a la aplicación de un tratado internacional en materia de equidad de género, porque de anticiparse a ello eventualmente se corría el riesgo de que sus criterios se cuestionaran a la hora de someterse a la jurisdicción constitucional vía juicio de amparo, merced a una particular forma de concebir el control de convencionalidad, equiparándolo al control difuso de la regularidad constitucional, afortunadamente ya superado por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, casi un mes después de publicada la reforma constitucional que se comenta.

Hoy, merced a los cambios jusfilosóficos e ideológicos ya mencionados, las condiciones están dadas para que en todas las materias en donde se compromete la dignidad humana, se apliquen criterios internacionales adoptados por la comunidad de naciones, bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; y en el caso particular, los relacionados con la perspectiva de género.

III. LA CEDAW Y LA CONVENCION BELÉM DO PARÁ, TRATADOS INTERNACIONALES TUTELADORES DE LA DIGNIDAD DE LAS MUJERES Y HERRAMIENTAS JURÍDICAS FUNDAMENTALES PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Nuestro país se sumó a los dos tratados internacionales que en el sistema universal e interamericano de protección a los derechos humanos, se cele-

braron para eliminar la discriminación y la violencia contra la mujer, el primero denominado Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocido por sus siglas en inglés como CEDAW, y el segundo, Convención Internacional para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Belém do Pará, los cuales ofrecen una inagotable fuente de normatividad para revertir en nuestro país los fenómenos de discriminación y violencia que todavía prevalecen, pues no podemos soslayar que siglos enteros de tradición jurídica decimonónica o romano canónica, han dejado entre nosotros convicciones profundamente arraigadas, que consciente o inconscientemente, seguimos invocando a la hora de dirimir un conflicto en el que eventualmente se discuten los alcances de un derecho vinculado con el hecho de ser mujer:

Esa violencia que lamentablemente aun subyace, no solo se presenta bajo huellas sensibles que dibujan los cuerpos y los rostros de las mujeres maltratadas o vejadas materialmente por la simple razón de su género; es decir, no nos referimos exclusivamente a los casos de aquellas mujeres que son agredidas corporalmente por sus parejas al interior o al exterior del matrimonio o el hogar, o violentadas en un ambiente distinto, sino que aludimos también a aquellas otras formas de violencia emocional, moral o psicológica que sin dejar huellas perceptibles por los sentidos, finalmente ejercemos sobre ellas desde el momento en que las miramos bajo una concepción tradicional, que nos impide ver sus efectos destructivos o devastadores; lo cual también nos impide reconocer el trato discriminatorio o vejatorio que una mujer recibe, dada la idiosincrasia mayoritaria en el sentido de que merced a su posición de mujer es ella la única que tiene el deber de cuidar los hijos, cumplir con el débito carnal, soportar una relación sexual o matrimonial violenta, tolerar conductas impropias de sus empleadores o compañeros de trabajo vinculadas con el hostigamiento y el acoso sexual; velar por el comportamiento de los infantes, supervisar su formación escolar, ocuparse de toda actividad doméstica que tenga que ver con el ornato, limpieza y mantenimiento del hogar y alimentar a los hijos

ante el incumplimiento del varón de hacerse cargo de su obligación con digna, lo cual va al extremo de que ella por amor a sus hijos se prive de disfrutar los alimentos para privilegiar que ellos los consuman primero.

Esas convicciones, profundamente arraigadas entre los mexicanos, eventualmente provocan que infinidad de mujeres prefieran callar ante evidentes atropellos que padecen y peor aún que cuando se deciden a llevar su queja ante los tribunales por su posición de desventaja, encuentren respuestas que no se compadecen con un trato equitativo o igualitario e inclusive que favorecen la violencia material, al validar desde el derecho actitudes impropias de la dignidad humana y la indemnidad.

No son pocos los casos que llegan a nuestros tribunales, en los que una mujer hastiada de una relación violenta demanda el divorcio en la vía civil o se querrela por golpes o maltratos en la vía penal. Tampoco son pocos los casos en los que la mujer, presionada por la falta de alimentos para sus hijos, se arma de valor y demanda a su marido que cumpla con la obligación que de su paternidad deriva, ya sea en la vía civil o en la vía penal y sorprendentemente en todos esos casos, encontramos resistencias institucionales que no solo se traducen en un trato discriminatorio, sino inclusive generador de violencia, psicológica, emocional y moral.

IV. EL DERECHO DE LAS MUJERES A LA PROTECCIÓN DE SU FAMILIA COMO INGREDIENTE FUNDAMENTAL PARA EL EJERCICIO PLENO DE SU DIGNIDAD, A LA LUZ DE CASOS PRÁCTICOS

Recuerdo de mis años como Juez de Distrito, casos de mujeres que acudían al amparo ante decisiones que no solo atentaban contra la dignidad de sus hijos, sino también contra la dignidad de ellas mismas por la resistencia

de autoridades a fijar una pensión alimenticia provisional por no justificarse la necesidad de la medida o a acceder a obsequiar una orden de aprehensión por abandono de obligaciones alimenticias, bajo la convicción de que en virtud de que la madre estuvo alimentando a los hijos, éstos nunca corrieron el riesgo de perder la vida o desnutrirse, motivo por el cual no se configuraba el delito mencionado.

Estos casos típicos, que lamentablemente atiborran las agencias del Ministerio Público y los juzgados familiares o civiles de todo el país, en cifras alarmantes que no hace falta mencionar, no solo ofenden la dignidad de la niñez que se vulnera ante la omisión de ministrar los alimentos, sino que generan implícitamente una actitud violenta hacia su progenitora, merced a que en términos de lo dispuesto por el artículo 4 párrafo quinto de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, mejor conocida como Belém do Pará, cualquier forma de violencia a los hijos, se traduce en una acción de violencia hacia la mujer que los procreó.

Ciertamente, el mencionado precepto dispone que toda mujer, tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre la materia, y estos derechos comprenden, entre otros, el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja su familia.

Como se puede advertir, para los países que celebraron el mencionado Pacto, la dignidad de la mujer está en estrecha vinculación con la protección de su familia, motivo por el que toda agresión o afectación a esta, se traduce directamente en una agresión a ella.

Este reconocimiento de la comunidad internacional es especialmente relevante, porque a la luz de dicho principio podemos identificar infinidad

de casos en que los infantes son afectados por la omisión de sus progenitores de suministrarles alimentos, lo cual implícitamente genera una especie de violencia en contra de la mujer; que padece frontalmente los consabidos perjuicios que ello ocasiona a los hijos.

En un caso concreto planteado al suscrito a través de una demanda de amparo indirecto, una mujer reclamó el inejercicio de la acción penal confirmado por el Procurador de Justicia del Estado, respecto de una denuncia penal presentada en contra del progenitor de sus hijos por el delito de abandono de obligaciones alimenticias, merced a que éste, sin mediar justificación alguna, literalmente se desentendió de proporcionarles recursos indispensables para su supervivencia, en el lapso de los últimos dos años, motivo por el que a su juicio se actualizaban los elementos típicos del delito ya aludido, previsto por el artículo 295 del Código Penal del Estado de Tamaulipas que literalmente dispone: "Comete el delito de abandono de obligaciones alimenticias, el que sin motivo justificado deje de proporcionar alimentos a su cónyuge, concubina o concubinario, o a sus hijos, los medios económicos o recursos necesarios para atender las necesidades de subsistencia."

El agente del Ministerio Público investigador, se negó a ejercer la acción penal, a la luz de una consideración que a su vez validó el procurador, consistente en que en el expediente formado con motivo de la averiguación previa quedó acreditado que los infantes nunca carecieron de los recursos necesarios para atender las necesidades de subsistencia, dado que su madre desde hace varios años cuenta con un puesto ambulante en donde ella personalmente prepara y vende gorditas rellenas de distintos guisos, motivo por el que al menos, los niños cotidianamente tenían garantizado dicho alimento; esto es, por lo menos comían las gorditas que les proporcionaba su progenitora.

La consideración de referencia la construyó la autoridad responsable aludiendo a ciertas reflexiones externadas por la Primera Sala de la Suprema

Corte de Justicia de la Nación al integrar la jurisprudencia que lleva por rubro: "REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE ASISTENCIA FAMILIAR. LA IMPOSICIÓN DE ESA PENA NO EXCLUYE LA POSIBILIDAD QUE TIENEN LOS ACREEDORES PARA RECLAMAR EL PAGO DE ALIMENTOS POR LA VÍA CIVIL", en donde en la ejecutoria condigna, entre otras cosas se afirmó que para que se actualice el delito aludido, debe quedar demostrado

...que los pacientes del delito queden sin los recursos necesarios para atender sus necesidades de subsistencia; o sea, no basta que el obligado incumpla su obligación alimentaria para que se configure el delito, sino que es preciso, además que los acreedores carezcan de los recursos propios para hacer frente a esa situación; así el extremo a colmar no debe limitarse al simple incumplimiento del activo, sino al desamparo absoluto de los acreedores, surgido de la ausencia de recursos provenientes del deudor; o aún propios, que permitan su subsistencia.⁷

Al emprender en el juicio de amparo el análisis de la constitucionalidad del inejercicio impugnado, el suscrito en principio aclaró que el criterio jurisprudencial invocado por el Procurador responsable, no tenía exacta aplicación al caso concreto merced a que no estaba demostrado en el expediente que los menores por sí solos contaran con recursos propios o del deudor que les permitiera garantizar su subsistencia, ya que lo que verdaderamente estaba demostrado era que el inculpado tenía en total abandono a sus hijos desde hacía por lo menos dos años, sin mediar justificación alguna y que lo único que había permitido la supervivencia de los menores era el amparo que con muchos sacrificios les prodigaba su madre, quien según las constancias de autos, salía cotidianamente a la calle a vender unas gorditas que ella misma preparaba, lo cual escasamente le redituaba los recursos necesarios para lo mínimo indispensable.

⁷ Jurisprudencia 1a./J. 21/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo IX, mayo de 1999, página 339.

Así, después de analizar el delito a la luz de los elementos objetivos y subjetivos que lo integran, encontró el tribunal a mi cargo que sí se encontraban demostrados estos, como también lo estaba la probable responsabilidad del inculpado en su comisión, añadiendo adicionalmente que la resolución reclamada generaba una situación de violencia también en contra de la denunciante, porque arrojaba en ella la responsabilidad de seguir siendo la única que propiciara las condiciones básicas de supervivencia a favor de sus hijos, como si la obligación recayera solamente en ella lo cual de suyo ya representaba un trato inequitativo, alentando una de las especies de violencia prohibidas por el artículo 4 de la Convención de Belém do Pará ya enunciado previamente.

Queda claro para el suscrito, que el caso abordado previamente puede resolverse a partir de diversos matices tradicionales vinculados con la dogmática jurídico penal, y adicionalmente, bajo la base de proteger el interés superior del niño, a lo cual nos encontramos obligados todos los tribunales cuando emerge un problema en que un infante esté involucrado; pero también me queda claro, que la víctima de un delito de abandono de obligaciones alimenticias también lo es la madre de los infantes abandonados, porque al presentarse tal escenario, que a decir verdad ocurre en una gran parte de las familias mexicanas, se obliga a la madre a ser la única que pase penurias para procurar los satisfactores básicos de sus párvulos, pero además de ello, se le provoca una aflicción y sufrimiento al ver padecer a sus hijos carencias provocadas por irresponsabilidad de su padre, lo cual atenta contra el derecho consagrado en el artículo 4, párrafo sexto de la Convención Belém do Pará.

Estas mismas reflexiones, las vino invocando el suscrito, al decidir la inconstitucionalidad de actos diversos, vinculados con la resistencia de Jueces a asignar pensiones alimenticias provisionales en la vía civil, o de acceder a decretarlas en cantidades verdaderamente limitadas, a pesar de estar demostradas posibilidades mayores del deudor alimentista, en donde una

perspectiva de género me permitió visualizar que en casos como los invocados, no solamente se violenta el derecho de los acreedores a recibir alimentos de ambos padres, sino también se atenta contra un derecho humano de la mujer vinculado con que se proteja a su familia, en los términos enunciados por la Convención Belém do Pará.

V. CONCLUSIONES

Estos recurrentes casos ilustran, de manera muy sencilla, la forma en que la violencia que se ejerce en contra de la mujer se esconde de diversas maneras y solamente una mirada con perspectiva de género nos puede ayudar a identificarlas en una multiplicidad de asuntos del conocimiento cotidiano de nuestros tribunales.

Así, no necesitamos estar ante la presencia de casos paradigmáticos en donde tengamos que hacer grandes esfuerzos para identificar un trato inequitativo o de violencia hacia las damas, pues los rezagos culturales en la materia nos evidencian que son muchísimos los casos en donde la mujer sigue sufriendo a causa del trato vejatorio que recibe, debiéndose hacer énfasis en el sentido de que es deber de las autoridades evitar cualquier trato de este tipo proveniente del ámbito público o del ámbito privado, porque ese compromiso adquirió el Estado mexicano en el artículo 3 de la Convención Belém do Pará.

LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES
Y LAS DECISIONES
JUDICIALES

DANIEL HORACIO ESCUDERO CONTRERAS

*Magistrado del Noveno Tribunal Colegiado
en Materia Civil del Primer Circuito*

SUMARIO: I. Introducción. II. El juzgador, la equidad y la perspectiva de género. III. Tres casos concretos. 1. Primer caso. Aplicación implícita de la perspectiva de género. 2. Segundo caso. Posible violación de derechos fundamentales. 3. Tercer caso. Posible violación de derechos fundamentales. IV. Reflexión. V. Conclusión.

*¿Cómo juzgar con equidad y perspectiva de género?
¿La balanza de la justicia debe inclinarse a favor de ella?
¿La ley sigue siendo impersonal y abstracta, o el juez juzga casos, con
circunstancias específicas?*

I. INTRODUCCIÓN

Luigi Ferrajoli establece que los derechos fundamentales son:

Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a 'todos' los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar; [que por derecho subjetivo debe entenderse]: cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por 'status' la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas.¹

En ese sentido, enseña que son derechos fundamentales los asignados por un ordenamiento jurídico a las personas físicas, tales como ciudada-

¹ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004, p. 37.

nos, o como entes capaces de obrar; el concepto referido tiene la particularidad de comprender cartas constitucionales, y derecho positivo es decir, cualquier ordenamiento, cualquiera que sea la filosofía jurídica o política de la que emerja.

También enseña que la ciudadanía y la capacidad de obrar son diferencias de *status* que marcan límites a la igualdad de las personas que a su vez, genera dos divisiones en los derechos fundamentales: Los derechos de la personalidad y los derechos de ciudadanía que, a su vez, cruzados entre sí, generan cuatro clases de derechos: los derechos humanos, inherentes a la persona o ser humano, como la vida, la integridad, la libertad personal, de conciencia y de manifestación de pensamiento, a la salud, a la educación, y las garantías penales y procesales; los derechos públicos, reconocidos a los ciudadanos, como el derecho de residencia y libre circulación en el territorio nacional, de reunión y de asociación, al trabajo, a la subsistencia, y a la asistencia de quien es inhábil para el trabajo; los derechos civiles, que son derechos secundarios adscritos a toda persona capaz de obrar, como la potestad negociada, la libertad contractual, la libertad de elegir y cambiar de trabajo, la libertad de empresa, el derecho de accionar en juicio, y todos aquellos relacionados con la autonomía privada; los derechos políticos, que también son derechos secundarios reservados a los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho al voto, el de sufragio pasivo, el de acceder a los cargos públicos y en fin, aquellos relacionados con la autonomía política, en los que descansa la representación y la democracia política.²

La reciente reforma constitucional introdujo en el texto de la Norma Suprema lo siguiente:

² *Op. cit.*, p. 40.

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

(...)

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Por su parte, el artículo 107 de la Constitución Federal, establece, entre otras cosas lo siguiente:

Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

I.- El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés

legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa;

II.- Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.

(...)

En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de los conceptos de violación o agravios de acuerdo con lo que disponga la ley reglamentaria. (...)

Frente al contenido de las reformas constitucionales, me parece pertinente cuestionar hacia qué modelo de función jurisdiccional se encamina el Estado mexicano; hacia un modelo de estado activista, que "llevaría aparejado un modelo de justicia y proceso jurisdiccional orientados a desarrollar, aplicar o plasmar en la vida social el ideal o programa normativo impulsado por el legislador y el resto de autoridades dotadas de potestad normativa"; o hacia un modelo de Estado reactivo, al que "le corresponde una justicia y modelo procesal cuyo objetivo o meta primordial es la resolución de conflictos".³

Al atender el caso Radilla, pareciera que la Suprema Corte reconoce la facultad de los Jueces en general para realizar un control difuso de los

³ Ormazabal, Sánchez, Guillermo, *lura novit curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, Madrid, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A., 2007, p. 82.

derechos humanos, en la medida en que sus resoluciones deben estar orientadas a lograr la plena realización de los derechos fundamentales, reconocidos por el texto constitucional y por los tratados internacionales; ya se verá el alcance de esta decisión, en el ejercicio cotidiano de la función pública de administración de justicia.

II. EL JUZGADOR, LA EQUIDAD Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

La equidad de género se refiere a la justicia en el tratamiento de hombres y mujeres según sus respectivas necesidades. Con base en este concepto pueden incluirse tratamientos iguales o diferentes, aunque considerados equivalentes en términos de derechos, beneficios, obligaciones y oportunidades. En el contexto del desarrollo nacional una meta de equidad de género suele incluir medidas diseñadas para compensar las desventajas históricas y sociales de las mujeres.⁴

En relación a juzgar con perspectiva de género, Rosemary Hunter aduce que existe discriminación de género en las normas probatorias y en los procedimientos, pues advertía dificultad en el momento de la decisión judicial para adoptar e interpretar las normas de manera compatible con las preocupaciones de las mujeres, y que además era importante destacar cómo y quién aplicaba tales normas; señala que las normas probatorias y las reglas y prácticas procesales "dificultan la posibilidad de las mujeres de ser oídas y afectan la credibilidad de su relato".⁵

La referida tratadista también señala que sus observaciones, en materia de derecho familiar, la llevaban a advertir que la forma y actitud de los funcionarios judiciales propiciaban el manejo del caso de una manera

⁴ Gender and Household Food Security. Rome: International Fund for Agricultural Development, 2001, "Equidad de género" en <http://www.ciudadpolitica.com/modules/wordbook/entry.php?entryID=5704>. referencia: Citado por Serie el Poder Judicial Contemporáneo, núm. 3, *La equidad de género en el Poder Judicial de la Federación*, México, 2006, p 47.

⁵ Birgin, Haydée y Gherardi, Natalia, *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, Fontamara-Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011.

"burocrática"; esto es, el Magistrado permaneció pasivo, distante y sin evidenciar emoción alguna, presentando poca empatías hacia la demandante, tendiendo a enfocarse más en la documentación que en la mujer que se hallaba frente a ella, manejando los asuntos de manera rutinaria, formal e impersonal, haciendo pocas preguntas, sin explicar nada, y resolviendo los casos luego de realizar lo que usualmente parecieron ser breves audiencias.⁶

Como se ve, mirar el estado de cosas con perspectiva de género, no es tarea sencilla, pues implica asumir una herramienta conceptual para advertir las diferencias entre mujeres y hombres, no sólo en el plano biológico, sino fundamentalmente por las diferencias culturales asignadas entre los seres humanos; con la perspectiva de género se cuestionan los estereotipos y se pretende establecer contenidos nuevos de socialización y de relación entre los seres humanos; se trata de entender cómo se produce la discriminación, en este caso de las mujeres, y cuáles podrían ser las vías para transformarla.

Generalmente, cuando se habla de justicia y perspectiva de género se hace referencia a violencia de género, pero la protección de los derechos humanos de las mujeres también puede suscitarse en el ámbito del derecho civil, como enseguida se verá.

Al margen de las conceptualizaciones teóricas y de la referencia al marco normativo constitucional, convencional y legal, presentaré situaciones aparentemente hipotéticas, que en realidad descansan en casos concretos, y a partir de ellos cuestionaré cómo debe actuar el juzgador de amparo para resolver con perspectiva de género, con equidad, pero sobre todo con justicia y apego a derecho.

⁶ *Op. cit.*, p. 97.

III. TRES CASOS CONCRETOS

1. Primer caso. Aplicación implícita de la perspectiva de género

Los cónyuges litigan la disolución del vínculo matrimonial por el abandono injustificado de ella del domicilio conyugal; incluso, sin que se invoque como causa de divorcio, él demanda la pérdida de la patria potestad de la madre sobre las dos menores hijas habidas por ambos.

El juicio concluye con sentencia de divorcio por el referido abandono, pero absuelve de la pérdida de la patria potestad; en cambio, se otorga la guarda y custodia a favor del padre, al acreditarse que la relación entre madre e hijas era más bien de desapego e indiferencia, mientras que el padre demostró estar al cuidado de ellas y procurarles educación y bienestar; la sentencia definitiva impuso a la madre y a las hijas un régimen de convivencia y someterse al tratamiento psicológico pertinente, para lograr el restablecimiento de la relación materno filial, pues la autoridad de instancia lo consideró necesario para el desarrollo integral de las hijas, hasta entonces menores de edad.

Se desestimaron los conceptos de violación planteados por la madre, por considerarse correcta la decisión judicial; el litigante también demandó la protección de la justicia federal, pues pretendía que estaba acreditada la causa para la pérdida de la patria potestad.

No obstante los términos de la sentencia reclamada, las constancias del juicio natural revelaban una situación extraordinaria que, desde la perspectiva del tribunal de amparo, ameritaba un tratamiento especial.

Durante el juicio se practicaron estudios psicológicos a todos los involucrados, y el Juez natural entrevistó personalmente a las entonces menores hijas de los contendientes.

El tribunal de amparo advirtió que la relación paterno filial ameritaba un tratamiento especializado, a efecto de establecer claramente sus límites, dadas las expresiones de afecto y los términos que las entonces menores empleaban para dirigirse a su progenitor; de manera que pudiera prevenirse la realización de hechos o de conductas que pudieran ser perjudiciales a las hijas, por lo que se concedió la protección de la Justicia Federal en el juicio de amparo promovido por la madre, en suplencia de la queja a favor de la menor; para el efecto de que el padre se integrara en las medidas decretadas por el Juez natural, consistentes en terapias psicológicas que permitieran restablecer la relación materno filial, de tal manera que también se fomentara o trabajara en el establecimiento de límites en la relación paterno filial.

Durante el trámite del juicio natural, una de las hijas alcanzó la mayoría de edad; por tanto, a efecto de tutelar el interés superior de la menor, el tribunal de amparo actuó en términos de la jurisprudencia que establece:

MENORES DE EDAD O INCAPACES. PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA, ENTODA SU AMPLITUD, SIN QUE OBSTE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS CUESTIONADOS NI EL CARÁCTER DEL PROMOVENTE.

La suplencia de la queja es una institución cuya observancia deben respetar los Jueces y Magistrados Federales; suplencia que debe ser total, es decir, no se limita a una sola instancia, ni a conceptos de violación y agravios, pues el alcance de la misma comprende desde el escrito inicial de demanda de garantías, hasta el periodo de ejecución de la sentencia en caso de concederse el amparo. Dicha suplencia opera invariablemente cuando esté de por medio, directa o indirectamente, la afectación de la esfera jurídica de un menor de edad o de un incapaz, sin que para ello sea determinante la naturaleza de los derechos familiares que estén en controversia o el carácter de quién o quiénes promuevan el juicio de amparo o, en su caso, el recurso de revisión, ello atendiendo a la circunstancia de que el interés jurídico en las controversias susceptibles de afectar a la familia y en especial a menores e incapaces, no corresponde exclusivamente a los padres, sino a la sociedad, quien tiene

interés en que la situación de los hijos quede definida para asegurar la protección del interés superior del menor de edad o del incapaz. Se afirma lo anterior, considerando la teleología de las normas referidas a la suplencia de la queja, a los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como a los compromisos internacionales suscritos por el Estado mexicano, que buscan proteger en toda su amplitud los intereses de menores de edad e incapaces, aplicando siempre en su beneficio la suplencia de la deficiencia de la queja, la que debe operar desde la demanda (el escrito) hasta la ejecución de sentencia, incluyendo omisiones en la demanda, insuficiencia de conceptos de violación y de agravios, recabación oficiosa de pruebas, esto es, en todos los actos que integran el desarrollo del juicio, para con ello lograr el bienestar del menor de edad o del incapaz.⁷

Es decir, se protegió la esfera jurídica de la menor de edad, no obstante que no había promovido la demanda de amparo, sobre la base de que la sociedad está interesada en la protección del interés superior del menor de edad, pues se consideró que esa manera de actuar por el tribunal de amparo correspondía, en términos de la jurisprudencia, a la teleología de las normas referentes a la suplencia de la queja, a los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y a los compromisos internacionales suscritos por el Estado mexicano, para lograr el bienestar del menor:

En cambio, la decisión acerca de integrar al padre a las terapias psicológicas decretadas por el Juez natural para proteger también a la hija mayor de edad, atendió a un sustento jurídico diferente, pues aunque es claro que esencialmente se pretendió preservar y procurar el desarrollo integral de las hijas, mediante el restablecimiento de la relación familiar, más allá del matrimonio disuelto, en el caso de la mayor de edad se tutelaron sus derechos fundamentales al exhortarla a recibir dicha atención psicológica para

⁷ I^a/J.191/2005, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIII, mayo de 2006, Materia Civil, Novena Época, p. 167.

su beneficio personal y el de su hermana menor de edad, y el de los integrantes del núcleo familiar en general, al procurar el restablecimiento de vínculos de afecto entre los integrantes de la familia, ahora separada por la disolución del matrimonio y por el otorgamiento de la guarda y custodia al progenitor:

Como se advierte, en la sentencia protectora subyace la tutela de la dignidad de la persona y su derecho a su desarrollo integral, pues no obstante ser ya mayor de edad, esa circunstancia no se consideró un obstáculo para establecer condiciones de igualdad en el trato que permitieran a la persona de que se habla lograr su plenitud, y al tribunal actuar con equidad "*para aplicar el derecho al caso concreto con la mayor justicia posible*".

Ahora bien, la autoridad de instancia había decretado el tratamiento psicológico del demandado y de sus hijas, con la específica finalidad de restablecer la relación de éstas con la madre, pero no para procurar el trato adecuado entre aquéllas y el padre, por lo que, por mayoría de votos, se consideró necesario hacer la precisión del caso para asegurar su sano desarrollo con ambos progenitores; el voto particular estimaba suficiente la terapia psicológica ya impuesta por la autoridad de instancia para restablecer las relaciones materno filiales, sobre la base de que dicha terapia implicaba la relación paterno filial, de donde dijo, derivarían los límites a que se ha hecho referencia y con todos los individuos con quienes interactuaran, por lo que, sostuvo el voto particular, el éxito de la terapia ya establecida para lograr esos fines dependería de la mayor o menor aptitud del terapeuta en desentrañar las diversas consecuencias que la conflictiva de los padres generó para éstos y para sus hijas.

Como se ve, el voto mayoritario consideró oportuno ir más allá, y constriño a la autoridad de instancia a que de manera clara y precisa vinculara a los integrantes del núcleo familiar a someterse a terapias psicológicas con propósito definido.

Así, aunque no se dijo expresamente, la resolución judicial reconoció el derecho humano, en este caso de la mujer, a una vida libre de violencia, en la medida en que advirtió la posibilidad de que las personas de que se trata pudieran llegar a ser víctimas de una situación extraordinaria, a partir de la conducta asumida frente a su progenitor, tendente más a la de una relación de pareja afectiva, dadas las muestras físicas, de palabra y escritas, que evidenciaron los operadores jurídicos y los especialistas durante las entrevistas y el desahogo de diversas audiencias en el juicio natural, de tal manera que se decidió vincular a la autoridad responsable para que, en el ámbito de sus atribuciones, les procurara condiciones de igualdad que a su vez les permitiera enfrentar con madurez y con libertad, con pleno conocimiento de causa, su situación de mujer.

De cualquier manera, más allá de lo resuelto en el caso concreto y de que la medida preventiva y de corrección que se adoptó involucre a personas del sexo femenino, me parece que el tribunal de amparo habría actuado en términos similares aunque estuvieran inmersos un menor de edad y un mayor de edad, en condiciones similares a las ya descritas, porque, por un lado, ya se dijo, esencialmente se atendió al interés superior del menor y, por otro lado, aunque la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW) y otras convenciones internacionales tutelan derechos humanos o fundamentales de la mujer, lo cierto es que toda persona los tiene, precisamente sin discriminación por razón de sexo, y bastaría en principio atender al texto constitucional para advertir que el varón y la mujer son iguales ante la ley, y que todo individuo gozará de los derechos fundamentales que otorga la Constitución.

Enseguida se relatarán brevemente otros casos en los que no obstante, después de haberse negado el amparo, queda la percepción de que pudiera haberse dejado de atender algún derecho fundamental del promovente del amparo.

2. Segundo caso. Posible violación de derechos fundamentales

La actora en el juicio natural, adulta mayor, o de tercera edad, demandó el otorgamiento y firma de un contrato de donación, respecto del inmueble descrito en la demanda, del que era poseedora y en el que tenía establecida su casa habitación. La demandada, hija de la actora, reconvino la reivindicación del inmueble y, por tanto, su entrega.

Durante el trámite del juicio natural, las partes rindieron las pruebas que estimaron pertinentes y finalmente, el asunto se resolvió en el sentido de desestimar la acción principal y acoger la reconvenición. Como consecuencia de lo anterior, la persona adulta mayor, madre de la reivindicante, deberá entregar el referido inmueble, por lo que en ejecución de sentencia será lanzada del mismo.

Durante el juicio natural, la demandante principal hizo manifestaciones referentes a su estado de salud y a la falta de ingreso económico, por ausencia de una actividad remunerada que le ayudara para la subsistencia.

Es palpable que, más allá de la *litis* del juicio natural, entre madre e hija existen diferencias de carácter personal que han llevado a ésta a dejar aquélla en el desamparo. No obstante lo anterior, el tribunal de amparo al examinar los conceptos de violación planteados por la parte vencida en el juicio natural, limitó su actuación a declarar si el acto reclamado era o no violatorio de garantías individuales o de derechos fundamentales es decir, si la sentencia reclamada que declaró el derecho de propiedad a favor de la reivindicante y que condenó a la peticionaria del amparo a entregar el inmueble a aquélla, satisfacía los requisitos del debido proceso legal, y si las pruebas fueron valoradas correctamente y en su caso, si el derecho sustantivo fue correctamente declarado.

Lo anterior significa que a pesar de que la decisión personal de la hija pudiera afectar derechos fundamentales de la madre, en su condición de

persona adulta, mujer, que habrá de quedar casi desprotegida económicamente, no es dable que el tribunal de amparo, oficiosamente, constriña a la autoridad responsable a realizar actos que aminoren el impacto que la ejecución de su sentencia habrá de ocasionar en la esfera jurídica de la demandada, en los aspectos ya citados.

3. Tercer caso. Posible violación de derechos fundamentales

En diversos casos, el actor en el juicio natural reclamó de la demandada el pago de la reparación del daño moral que ésta le ocasionó al publicar en diarios de circulación nacional una carta abierta en la que informaba públicamente la actitud inadecuada de su "cónyuge", derivada del hecho de que no obstante tener más de veinte años "casados", la había abandonado por otra mujer, e incluso había cometido el delito de bigamia al contraer matrimonio con ésta.

Tramitado el juicio natural, resultó que el "matrimonio", celebrado hace veinte años entre el actor y la demandada era inexistente jurídicamente, pues en realidad el acto jurídico no se había otorgado ante oficial del Registro Civil, sino que todo había sido producto de una escena montada por el demandado para aparentar su realización.

Así, los hechos de adulterio y de bigamia que la demandada le atribuyó al actor e hizo públicos en una carta abierta en un periódico de circulación nacional, carecieron en estricto sentido de sustento y apego a la verdad, por lo que el actor en el juicio natural demostró que la citada publicación le había ocasionado daño moral.

Como se advierte, en este caso la demandada pareciera ser víctima de su condición de mujer porque por un lado, en su momento, el varón, aprovechando la buena fe de su pareja, la llevó a creer a lo largo de todo ese tiempo que tenía la condición de esposa o de cónyuge y por otra

parte, al hacer pública la referida carta, en la que calificaba con epítetos la vida privada del actor, sobre la base de situaciones jurídicamente inexistentes.

Así, pareciera que la dignidad de la demandada habría sido gravemente vulnerada, no sólo por quien fuera su pareja, sino por la propia decisión judicial que le impuso la condena de reparar el daño moral que se consideró ocasionado a aquél, a pesar de la conducta de éste.

En el caso, se negó la protección de la justicia federal porque en general, la inconforme no controvertía de manera suficiente las consideraciones jurídicas en las que descansaba la sentencia condenatoria.

Nuevamente, el tribunal de amparo debió constreñir su decisión a la *litis* constitucional, sin facultad legal de vincular a la autoridad responsable para que dictara medidas tendentes a preservar y salvaguardar el derecho fundamental a la dignidad de la demandada.

IV. REFLEXIÓN

Pareciera que en situaciones como las descritas, la afectación a los derechos fundamentales no provienen de la decisión judicial, máxime si, como ya se comentó, hubo apego a las normas del debido proceso legal, hubo una correcta valoración de pruebas, y de la aplicación del derecho sustantivo.

Pareciera entonces, en voz del Dr. Diego Valadés que "Paulatinamente se va generalizando entre los Jueces la certidumbre de que los derechos fundamentales tradicionalmente expuesta ante el poder arbitrario del Estado, también lo están ante la acción no controlada de los particulares";⁸ o como recientemente lo ha establecido la tesis aislada, del tenor siguiente:

⁸ Valadés, Diego, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, p. 8.

DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.

La formulación clásica de los derechos fundamentales como límites dirigidos únicamente frente al poder público, ha resultado insuficiente para dar respuesta a las violaciones a dichos derechos por parte de los actos de particulares. En este sentido, resulta innegable que las relaciones de desigualdad que se presentan en las sociedades contemporáneas, y que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no ofrece ninguna base textual que permita afirmar o negar la validez de los derechos fundamentales entre particulares; sin embargo, esto no resulta una barrera infranqueable, ya que para dar una respuesta adecuada a esta cuestión se debe partir del examen concreto de la norma de derecho fundamental y de aquellas características que permitan determinar su función, alcance y desenvolvimiento dentro del sistema jurídico. Así, resulta indispensable examinar, en primer término, las funciones que cumplen los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. A juicio de esta Primera Sala, los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (función objetiva). En un sistema jurídico como el nuestro –en el que las normas constitucionales conforman la ley suprema de la Unión–, los derechos fundamentales ocupan una posición central e indiscutible como contenido mínimo de todas de las relaciones jurídicas que se suceden en el ordenamiento. En esta lógica, la doble función que los derechos fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares. Sin embargo, es importante resaltar que la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, no se puede sostener de forma hegemónica y totalizadora sobre todas y cada una de las relaciones que se suceden de conformidad con el derecho privado, en virtud de que en estas relaciones, a diferencia de las que se entablan frente al Estado, normalmente encontramos a otro titular de derechos, lo que provoca una colisión de los mismos y la necesaria ponderación por parte del

intérprete. Así, la tarea fundamental del intérprete consiste en analizar, de manera singular, las relaciones jurídicas en las que los derechos fundamentales se ven encontrados con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos; al mismo tiempo, la estructura y contenido de cada derecho permitirá determinar qué derechos son sólo oponibles frente al Estado y qué otros derechos gozan de la pretendida multidireccionalidad.⁹

¿Será que el nuevo marco constitucional, con el reconocimiento de los derechos fundamentales, y el sometimiento a las Convenciones Internacionales, llevará a que, por ejemplo, con independencia de las cuestiones litigiosas planteadas por los contendientes, o paralelamente a ellas, los juzgadores de instancia y los Jueces de amparo podrán estar en aptitud de emitir decisiones judiciales que, además de resolver la *litis* del juicio natural, les permitan tutelar o preservar, incluso oficiosamente, los derechos fundamentales que aparecieran transgredidos a alguna de las partes en el procedimiento de origen, por su condición de sexo, edad, religión, ideología, etcétera?

En todo caso, tal como lo destaca la tesis transcrita, pareciera que la fórmula clásica de los derechos fundamentales para señalar los límites al poder público, es insuficiente para dar respuesta a las violaciones a esos derechos por actos de particulares.

V. CONCLUSIÓN

¿Cómo se juzga, entonces, con equidad y perspectiva de género?

Me parece que un correcto inicio hacia tal ejercicio jurisdiccional implica necesariamente entender la básica diferencia entre sexo y género.

⁹ CLI/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sustentada al resolver el amparo directo en revisión 1621/2010, el 15 de junio de 2011, pendiente de publicación en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

Lo primero, involucra el contenido natural del ser humano es decir, las cargas genéticas, hormonales y biológicas que presenta desde su concepción y que definirán si al nacimiento será varón o mujer fisiológicamente.

Lo segundo, corresponde a construcciones sociales, es decir, al contenido que el ser humano, como ente social, le atribuye al varón o a la mujer; mediante la asignación de roles, derivados del desempeño de tareas que se consideran "*naturales*", al extremo de "*normalizarlas*", según el sexo.

Así, si por una razón natural la mujer amamanta a los hijos y el varón, por su fuerza física, vigila el entorno para ahuyentar los posibles peligros que acechen, y esto se asume como algo inherente a la naturaleza de cada persona, entonces se construyen valores y reglas derivadas de las costumbres reiteradas, de los ritos impuestos, y de las expectativas que el conglomerado social genera, es decir, se establecen constructos y estereotipos.

Resolver con equidad de género no es, pues, resolver a favor de la mujer, por el hecho de serlo, como tampoco se resuelve con objetividad cuando a la aplicación e interpretación de la norma jurídica se anteponen criterios subjetivos, creencias personales forjadas en estereotipos o en constructos sociales, conforme a los cuales se asigna un valor predeterminado a la persona en razón de su sexo; juzgar con perspectiva de género es hacerlo desde la perspectiva de los derechos humanos, de los derechos fundamentales del ser humano, más allá de las construcciones sociales.

La legislación civil, específicamente respecto de las relaciones familiares, muestra la evolución social del sometimiento absoluto de la mujer por el varón, de la esposa por el marido, a una condición de igualdad formal.

Sin embargo, la pretensión general es alcanzar la igualdad material, es decir, que en el plano de la realidad, no solamente en el texto de la norma, existan condiciones que permitan el pleno goce de los derechos funda-

mentales como la dignidad, la libertad, el acceso al trabajo, etcétera, de tal manera que, varón o mujer, sin distinción, estén en aptitud de gozar plenamente su calidad de ser humano.

En tanto esto ocurre, y precisamente para impulsar el cambio social y cultural necesarios, corresponde al Estado el establecimiento de acciones afirmativas tendentes a superar situaciones de discriminación, desigualdad y sometimiento hacia la mujer.

Me parece, entonces, que juzgar con perspectiva de género implica el ejercicio de la sensibilidad para advertir cuándo se está frente a una norma discriminatoria, que imponga un trato diferenciado por razón de sexo, y por tanto sea atentatoria de la dignidad del ser humano, en la medida en que impida el acceso a derechos fundamentales, entre ellos el acceso a la justicia.

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO
EN LA JURISPRUDENCIA DE LA
CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS

SALVADOR MONDRAGÓN REYES

*Magistrado del Décimo Cuarto Tribunal Colegiado
en Materia Administrativa del Primer Circuito*

SUMARIO: I. Introducción II. El género III. La perspectiva de género IV. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la perspectiva de género. V. Conclusiones.

El dolor no tiene lágrimas ni palabras

Sándor Márai

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad los tribunales nacionales de nuestro país se ocupan de resolver casos con apoyo en los convenios internacionales en materia de derechos humanos en los que el Estado mexicano es parte, y que conforman también el derecho interno; en particular se han ocupado de resolver entre otros, casos en los que se controvierten derechos o se analizan hechos con una perspectiva específica: la perspectiva de género.

Aunque la perspectiva de género no es un enfoque privativo de la actividad jurisdiccional, ya que trasciende a toda actividad pública y privada, en el caso me ocuparé sólo de un segmento en que puede y debe analizarse un tema bajo ese enfoque.

El género como perspectiva o enfoque es un instrumento o herramienta con la que deben contar las personas que desempeñan la actividad jurisdiccional, y se ha convertido por sí en un tema relevante y

de estudio prioritario tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional e internacional dada la importancia y necesidad del mismo. Así vemos una considerable cantidad de literatura que nos acerca al tema; a esa literatura habremos de agregar las sentencias que emanan de los órganos jurisdiccionales nacionales, extranjeros e internacionales que sin duda contribuyen a entender qué significa la perspectiva de género desde el ámbito jurisdiccional.

En este trabajo me interesa acercarme de una manera muy general a tres temas en particular: en el primero trato de explicar qué significa género; en el segundo qué significa juzgar con perspectiva de género; y por último, cómo este enfoque se ha visto reflejado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH); conocer la jurisprudencia de este tribunal en la materia es relevante, dado que es el máximo intérprete de los tratados internacionales de derechos humanos en la región, y desde luego, su jurisprudencia debe ser observada por los tribunales nacionales pertenecientes a los Estados que han aceptado la competencia contenciosa de la CIDH entre ellos, el Estado mexicano. En este último punto me referiré a dos casos emblemáticos resueltos por la CIDH con perspectiva de género.

II. EL GÉNERO

Históricamente las mujeres, como colectivo, han sido objeto de una constante violencia motivada por la discriminación por razón de género; así en diversos contextos históricos, sociales y culturales hemos encontrado ese trato desigual de las mujeres por el hecho de tener esa calidad; en el discurso en el que se ha estudiado esa discriminación aparecen constantemente las palabras sexo y género.

Sexo, nos dice Isabel Cristina Jaramillo, es la palabra que generalmente se usa para aludir a las diferencias biológicas relacionadas con la

reproducción y otros rasgos físicos y fisiológicos entre los seres humanos; el sexo permite distinguir entre hombres y mujeres, machos y hembras.

Esta palabra, en principio, no da cobertura a los roles que se han asignado histórica y socialmente o que han adoptado las personas por el hecho de ser hombres o mujeres, pues esos roles no tienen una relación necesaria o determinante con las características o diferencias biológicas entre unas y otros. Para ello tenemos que acudir a la palabra género.

Género se refiere a las características que socialmente se atribuyen a las personas de uno y otro sexo; así, los atributos de género son femenino o masculino. Se consideran atributos femeninos, dice la autora citada, la delicadeza en el comportamiento, la no violencia, el altruismo, la inclinación por las tareas domésticas y manuales, la menor capacidad de abstracción, la belleza. Y como atributos masculinos la brusquedad en el actuar, la violencia, el egoísmo, la competitividad, la mayor capacidad de abstracción, la fealdad.¹

En toda cultura, nos dice Estela Serret, encontramos que lo femenino, y por asociación las mujeres y sus actividades, carecen de prestigio, de poder y de derechos.²

El género alude a las formas históricas y socioculturales en que mujeres y hombres construyen su identidad, interactúan y organizan su participación en la sociedad; desde esta palabra el elemento determinante de la identidad y el comportamiento masculino o femenino no es el sexo biológico, sino las expectativas sociales, ritos, costumbres y experiencias que se ciernen sobre el hecho de haber nacido mujeres u hombres.³

¹ Cfr. Jaramillo, Isabel Cristina, "La crítica feminista al derecho" en Ávila Santamaría, Ramiro, Judith Salgado y Lola Valladares; "El género en el derecho" (*Ensayos críticos*), Revista. *Pensamiento Penal*, Edición 123, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p.105.

² Cfr. Serret, Estela, *Discriminación de género. Las inconsecuencias de la democracia*, México, CONAPRED, 2008, p. 7.

³ Cfr. Stoller; Robert, citado en *El ABC de género en la administración pública*, México, INMUJERES Y PNUD, 2007, p. 7.

Así, de estas citas podemos decir que la palabra sexo se refiere a los atributos biológicos de una persona; es decir, si nos referimos en este contexto a la palabra sexo aludimos a los atributos biológicos de una persona en cuanto es hombre o mujer; mientras que género atiende de manera determinante a aspectos históricos, sociales y culturales, se refiere a una construcción social, a un rol y los atributos que la sociedad se ha encargado de asignar a una persona por ser hombre o mujer. Bajo esta postura, una mujer o un hombre tienen ciertos roles, papeles y atributos que los identifican, no necesariamente por las características biológicas que les corresponden, sino porque les han sido asignados por la sociedad en un contexto determinado. Por mencionar algunos ejemplos, cuando decimos que el rosa es un color femenino o que el cuidado de los niños le corresponde a la madre, no estamos atendiendo a aspectos que son propios de la mujer en razón de sus características biológicas, sino a un papel o identidad que en determinado contexto histórico, cultural y social se le ha asignado a una persona por el solo hecho de pertenecer al colectivo mujer. Es decir, el sexo atiende a una cuestión biológica, se nace con determinadas características, la persona es hombre o mujer; el género necesariamente constituye una construcción histórica, social y cultural, identidad que puede modificarse, dado que tiene su origen en un convencionalismo social.

Este acercamiento al género, incorporado a la actividad jurisdiccional, nos lleva a preguntarnos qué significa juzgar con perspectiva de género. La respuesta es de singular importancia, y desde luego no es fácil de responder y mucho menos de aplicarla a casos concretos, ya que desde esta perspectiva nos enfrentamos a casos difíciles en los que la persona que se constituye en operador (a) jurídico (a) tiene que acercarse a las reglas y principios establecidos tanto en los tratados internacionales como en las leyes locales, para construir una argumentación que le permita justificar su decisión, desde luego sin olvidar la doctrina.

III. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Analizar un tema bajo la perspectiva de género, implica no darle siempre o necesariamente un peso relevante a las diferencias biológicas atribuidas al sexo, sino adentrarse en un contexto construido histórica y culturalmente por la sociedad; es decir, cuando el análisis tiene ese enfoque, implica que se atiende principalmente a aspectos históricos, culturales y sociales que no necesariamente tienen que ver con aquellas diferencias biológicas, sino con convencionalismos sociales, lo cual permite tener presente la discriminación de que ha sido objeto la mujer por la sola circunstancia de serlo.

A partir de este enfoque, la autoridad jurisdiccional deberá contar con la herramienta necesaria (teorías morales y criterios interpretativos, tratados internacionales, jurisprudencia de los tribunales internacionales, nacionales y extranjeros, entre otras) que le permita identificar que está en presencia de un caso que requiere ser juzgado con perspectiva de género.

Existen casos en que las autoridades judiciales nacionales⁴ han resuelto sentencias con perspectiva de género, a través de las mismas estamos en posibilidad de entender desde este sector el accionar de los tribunales bajo esa perspectiva. Sin embargo no me referiré aquí a dichas sentencias, sino a una parte de la jurisprudencia que ha emitido la CIDH en la que ha adoptado un enfoque de género.

Así, analizar alguna situación con perspectiva de género implica cuestionar los aportes y beneficios diferenciados de las políticas públicas en la

⁴Y desde luego los tribunales extranjeros y tribunales internacionales; para una muestra de sentencias que han resuelto casos con perspectiva de género remito a los trabajos de Motta, Cristina y Macarena Sáez, Editoras académicas, *La mirada de los Jueces*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008; Elósegui Itxaso, María, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres*, Madrid, Universidad de Zaragoza y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

calidad de vida de mujeres y hombres, y permite superar las visiones fragmentarias o reduccionistas que las consideran "grupos vulnerables".⁵

No pretendo dar un significado que abarque todas las características de esa perspectiva; sin embargo para entender las sentencias que aquí analizo, juzgar con perspectiva de género implica que la autoridad jurisdiccional tiene clara la diferencia entre género y sexo; y que el género constituye una construcción cultural de la sociedad a lo largo de la historia que ha permitido un trato discriminatorio en perjuicio de las mujeres por el hecho de pertenecer a ese colectivo. Y que al resolver un caso en este contexto, dicha autoridad jurisdiccional debe estar consciente de la discriminación de la que ha sido objeto la mujer por esa circunstancia (ser mujer), y elegir la metodología que le permita resolver un caso con la pretensión de eliminar o sancionar la discriminación de que ha sido objeto una persona por el solo hecho de pertenecer a un colectivo: mujeres.

En este sentido, los Jueces juegan un papel importante y una posición crítica frente al derecho orientado por las perspectivas que ofrecen los estudios de género y sexualidad.⁶

A continuación me referiré a dos casos emblemáticos en que la CIDH ha juzgado con esa perspectiva.

IV. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos constituye un conjunto de instrumentos encaminados a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. La CIDH es el instrumento jurisdiccional en dicho

⁵ Cfr. ABC de género..., *op. cit.*, p.14.

⁶ Cfr. Motta, Cristina y Macarena Sáez, *op. cit.*, p.19.

sistema. En diversos casos la CIDH ha tenido la oportunidad de construir jurisprudencia que permite entender la actividad jurisdiccional bajo la perspectiva de género. No me ocuparé de toda la jurisprudencia del citado tribunal al respecto, sólo me referiré a dos sentencias que resultan, desde mi punto de vista, emblemáticas en el tema, una porque enfrenta por primera ocasión un caso con perspectiva de género; y la otra, porque bajo esa misma perspectiva analiza un caso en que México ha sido parte de una grave problemática de la violencia contra la mujer.

CASO DEL PENAL MIGUEL CASTRO CASTRO CONTRA PERÚ.⁷

El penal de máxima seguridad Miguel Castro Castro en la época en que ocurrieron los hechos, era un reclusorio para varones; el pabellón IA del mencionado penal estaba ocupado por alrededor de 135 internas mujeres y 50 varones, y el pabellón 4B por aproximadamente 400 internos varones.

HECHOS.⁸ El Decreto Ley No. 25421 de 6 de abril de 1992 ordenó la reorganización del Instituto Nacional Penitenciario (INPE). Fue en el marco de esta disposición que se planificó y ejecutó el "Operativo Mudanza I". La versión oficial fue que dicho "operativo" consistía en el traslado de las mujeres que se hallaban recluidas en el pabellón IA del citado penal a la cárcel de máxima seguridad de mujeres en Chorrillos. El objetivo real del "operativo" no fue el referido traslado de las internas, sino que se trató de un ataque premeditado, diseñado para atentarse contra la vida y la integridad de los prisioneros que se encontraban en los pabellones antes mencionados.

⁷ Todos los datos aquí asentados son extraídos de la sentencia de fondo, reparaciones y costas, emitida el 25 de noviembre de 2006. Sentencia que está disponible en <http://www.corteidh.or.cr/>

⁸ Me refiero a los hechos que la CIDH consideró probados (párr: 197). El contexto en el que se desarrollan los hechos se refiere al conflicto entre grupos armados y agentes de la fuerza policial y militar que se desarrolló en el Perú desde comienzos de la época de los ochenta a finales del año 2000; se agudizó el conflicto en medio de una práctica sistemática de violaciones a los derechos humanos, entre ellas ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas sospechosas de pertenecer a grupos armados al margen de la ley, como Sendero Luminoso, y el Movimiento Revolucionario Tupac Amaru (párr: 197.1).

Estos hechos se refieren a la ejecución del "Operativo Mudanza I" que comenzó el 6 mayo de 1992, día de visitas femeninas en el penal Miguel Castro Castro, razón por la que afuera del penal se encontraba un gran número de familiares, madres, hermanas e hijos. Además, el siguiente domingo 10 de mayo se celebraba el día de las madres en Perú. Una vez iniciado el "operativo" la policía nacional derribó la pared del pabellón IA utilizando explosivos, armas de guerra, bombas lacrimógenas, lo cual provocó varios heridos y muertos, la ejecución del "operativo" culminó el 9 de mayo de 1992.

El 10 de mayo del mismo año salieron de los pabellones la mayoría de las personas internas sobrevivientes, fueron obligadas a permanecer en determinadas zonas del penal, tendidos en decúbito ventral, sin abrigo, a la intemperie, sólo se les permitía levantarse para ir a orinar, y fueron objeto de agresiones. Dentro del grupo se encontraban mujeres en estado de gestación, quienes también fueron forzadas a yacer boca abajo. Al igual que los demás detenidos, muchos permanecieron en estas condiciones hasta el 22 de mayo de 1992. Algunas internas heridas fueron trasladadas al Hospital de Sanidad de la Policía, donde fueron obligadas a permanecer desnudas, circunstancia que se prolongó durante varias semanas en algunos casos. A la llegada al hospital una de las internas fue objeto de una "inspección" vaginal dactilar, realizada a la vez por varias personas encapuchadas.

Otras de las mujeres heridas se trasladaron a las cárceles de Santa Mónica de Chorrillos y de Cristo Rey de Cachiche, donde fueron objeto de constantes maltratos físicos y psicológicos, y mantenidas sin contacto con el mundo exterior; ni acceso a libros, radio, televisión, periódico, no se les permitía dialogar entre sí, la violación a estas prohibiciones era motivo de golpizas. No tenían acceso a materiales de aseo personal, tales como jabón, papel higiénico, toallas sanitarias, ni ropa íntima para cambiarse.

Tres internas se encontraban en estado de embarazo de 5, 7 y 8 meses, respectivamente. Dos de ellas dieron a luz cuando se encontraban

en la cárcel y no recibieron atención médica sino sólo cuando las llevaron al hospital para el parto; la tercera interna no recibió atención médica post parto.

ASPECTOS QUE TOMÓ EN CUENTA LA CIDH PARA ANALIZAR EL CASO BAJO LA PERSPECTIVA DE GÉNERO. Como se desprende de los hechos narrados, tanto hombres como mujeres fueron víctimas de la actividad del Estado peruano desarrollada en el "operativo", lo que pudo haber permitido examinar el caso desde una perspectiva general tanto para hombres y mujeres; sin embargo, cuando analiza la responsabilidad internacional del Estado peruano, además de estudiar el contexto en que se desarrolla la violencia en contra de los hombres, la CIDH introduce un análisis de circunstancias relevantes de las mujeres, que permite por una parte, ver la distinción en el tratamiento de las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de las mujeres, violaciones que fueron producto de una conducta discriminatoria por razón de género; y por otra, apreciar la perspectiva de género cuando en un caso resultan víctimas tanto hombres como mujeres.

Para analizar la responsabilidad internacional del Estado peruano, concretamente con una perspectiva de género, la CIDH tomó en cuenta, entre otros aspectos: que los referidos actos de violencia extrema del "Operativo Mudanza IA" se encontraron dirigidos, en primer término, contra las internas recluidas en el pabellón IA del penal Miguel Castro Castro (que eran la mayoría de la población en ese pabellón); en la época de los hechos las altas autoridades estatales consideraban que esas mujeres eran miembros de organizaciones subversivas (párr. 222); que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente contra ellas, y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres (párr. 223); que es reconocido que durante los conflictos armados internos e internacionales las partes que se enfrentan utilizan la

violencia sexual contra las mujeres como un medio de castigo y represión. La utilización del poder estatal para violar los derechos de las mujeres en un conflicto interno, además de afectarles a ellas en forma directa, puede tener el objetivo de causar un efecto en la sociedad a través de esas violaciones y dar un mensaje o lección (párr. 224); que en su Informe Final la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú afirmó que en el conflicto armado existió "una práctica (...) de violaciones sexuales contra mujeres principalmente"... que durante el referido conflicto los actos de violencia sexual contra las mujeres tenían como objetivos castigar, intimidar, presionar, humillar y degradar a la población (párr. 225); que la CIDH ha constatado que diversos actos que se dieron en el presente caso en perjuicio de las mujeres respondieron al referido contexto de violencia contra la mujer en dicho conflicto armado (párr. 226).

DECISIÓN DE LA CIDH. Para justificar la responsabilidad internacional del Estado peruano, la CIDH aplicó el siguiente *corpus iuris* internacional referido a los derechos humanos en general, y a los derechos de las mujeres en particular; y justificó su sentencia, entre otras, con las consideraciones siguientes:

Fundamentó su decisión en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y tomó en consideración, como referencia de interpretación, las disposiciones pertinentes de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (párr. 276), conocida por sus siglas en inglés como CEDAW.

El ataque se inició contra el pabellón en el que la mayoría de la población se componía de mujeres, éstas tuvieron que arrastrarse pegadas al piso, y las embarazadas se arrastraron sobre su vientre (párr. 290). Estas características del ataque que vivieron las internas, quienes observaron

la muerte de sus compañeras y vieron a mujeres embarazadas heridas arrastrándose por el suelo, generaron "un clima de desesperación entre las mujeres" de forma tal que sentían que iban a morir (párr. 291). Las internas embarazadas también fueron víctimas del ataque al penal, y experimentaron un sufrimiento psicológico adicional, ya que además de haber sido lesionadas, padecieron sentimientos de angustia, desesperación y miedo por el peligro que corría la vida de sus respectivos hijos (párr. 292). Los agentes no tuvieron ninguna consideración por la condición de embarazadas de dichas mujeres (párr. 298). Fueron víctimas de violencia sexual porque estuvieron desnudas, cubiertas tan sólo con una sábana, rodeadas de hombres armados; lo que califica este tratamiento de violencia sexual es que fueron constantemente observadas por hombres (párr. 306). El haber forzado a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados constituyó violencia sexual (párr. 308). Que la violencia sexual de una detenida por un agente del Estado es un acto especialmente grave y deplorable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso del poder que despliega el agente, y es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa un gran daño físico y psicológico que deja a la víctima "humillada física y emocionalmente" situación difícilmente superable por el paso del tiempo (párr. 311). Que la supuesta "inspección" vaginal dactilar a que fue sometida una víctima constituye violencia sexual que por sus efectos constituye tortura (párr. 312). Que la violencia sexual contra las mujeres se ve agravada en los casos de mujeres detenidas (párr. 313).

Con apoyo en estas consideraciones la CIDH determinó, entre otras conclusiones, que el Estado peruano es responsable por violación del derecho a la vida (párr. 258); que el conjunto de condiciones de detención y tratamiento a las que fueron sometidos los internos en los centros penales donde se les trasladó o reubicó con posterioridad al "operativo" constituyó tortura física y psicológica infligida a todos ellos (párr. 333); que el Estado peruano violó el derecho a la integridad personal en perjuicio de

los familiares de las víctimas (párr. 342) y de estas últimas (párr. 349); que los procedimientos internos abiertos en el caso no han resultado efectivos, por lo que el Estado peruano es responsable por la violación de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 7.b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; entre otros.

Así la CIDH estableció la obligación del Estado peruano de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación. En esta parte de la jurisprudencia, desde mi punto de vista, no se ve reflejada una obligación específica para el Estado peruano que contribuya a la disminución o eliminación de la discriminación de que ha sido objeto la mujer; sin embargo, ello no es suficiente para negar la perspectiva de género en el caso, como se ve a continuación.

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL CASO. Estos hechos y consideraciones de la CIDH nos permiten establecer algunos aspectos que deben tenerse en cuenta para identificar la perspectiva de género en un caso concreto.

Como mencioné con antelación, fue la primera ocasión que la CIDH recibe un caso contencioso que tiene como uno de los personajes principales de manera específica a la mujer, y la primera vez en que se aplica la Convención de Belém do Pará, que es una especie de "Carta Magna específica" de los derechos de la mujer⁹ pues hasta ese momento era un tema inexplorado, sin definición (párr. 8).

Para el Juez Augusto Cancado Trindade, el caso del penal Castro Castro no podía ser examinado sin un análisis de género, por cuanto en

⁹ Ver voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 6.

el caso concreto "las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres; (...) algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres".¹⁰

Aquí la CIDH justifica su decisión aplicando el *corpus iuris* internacional con un enfoque de género. Esta perspectiva parte del estudio de dichos instrumentos internacionales, y atiende: 1. A un contexto histórico (el propósito específico de la violencia sexual contra las mujeres es castigar, intimidar, presionar humillar, denigrar; que durante los conflictos armados la violencia sexual contra las mujeres puede tener el objetivo de dar un mensaje o lección a la sociedad; al respecto la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, en su informe incluyó una referencia específica sobre la violencia sexual contra las mujeres, y también se refirió a la situación que experimentan las madres reclusas en centros penitenciarios). 2. A un contexto social (en el informe de la Defensoría del Pueblo del Perú se concluyó que el involucramiento de las mujeres en el conflicto armado cambió la percepción de la mujer y provocó "un trato más cruel y violento sobre aquellas mujeres consideradas sospechosas"; que en la época de los hechos las altas autoridades estatales consideraban que esas mujeres eran miembros de organizaciones subversivas; que diversos actos que se dieron contra las mujeres respondieron al contexto de violencia contra la mujer en el conflicto armado). 3. Además se atendieron aspectos personales que hacen patente el menosprecio que las autoridades tuvieron para con las mujeres (ataques y violencia física y psicológica dirigidos contra mujeres, traducida en la mayoría de las actuaciones del Estado como violencia sexual. No se les permitió asearse; se les obligó a permanecer desnudas; a una víctima mujer se le practicó una "inspección" vaginal dactilar; a mujeres embarazadas se les obligó a estar en decúbito ventral y no se les proporcionó atención médica;

¹⁰Ver voto razonado del Juez Augusto Cancado Trindade, párr. 58.

no se tuvieron las consideraciones ni los cuidados de las mujeres que se encontraban embarazadas).

En el caso podemos ver que determinados hechos que afectaron tanto a hombres como a mujeres, pueden analizarse bajo un enfoque general, es decir, entender que el trato de violación de derechos humanos tuvo el mismo efecto para todos; pero también podemos deducir que determinados hechos pueden verse sólo bajo la perspectiva de género, no obstante que también se actualicen hechos que afecten a hombres. En este caso no cabe duda que los hechos sí se pueden apreciar bajo una perspectiva de género, pues muchos de ellos se realizaron en perjuicio de las mujeres por el simple hecho de pertenecer a ese colectivo, y que implicaron una discriminación en razón del género. Esto es así porque no toda violación de un derecho humano cometido en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente a analizarse bajo una perspectiva de género, sino, entre otras características, cuando la mujer ha sido colocada convencionalmente en un plano desigual por ser mujer, sin justificación moral alguna.

También puede suceder que durante un contexto determinado se den hechos que puedan apreciarse bajo la perspectiva de género, y que el tribunal que juzgue el caso no atienda a esa perspectiva. En el caso la CIDH desde luego analizó y valoró los hechos, los interpretó y sancionó con esa perspectiva, a la luz de tratados internacionales que regulan la situación específica de la mujer. Veamos el segundo caso.

**CASO GONZÁLEZ Y OTRAS ("CAMPO ALGODONERO")
CONTRA MÉXICO.**¹¹ La demanda se relacionó con la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la "desaparición y muerte de tres jóvenes" mujeres, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonnero de Ciudad Juárez.

¹¹ Los datos aquí asentados también pueden ser consultados en la página electrónica antes citada.

La CIDH tomó en consideración informes tanto nacionales como internacionales que han puesto de manifiesto determinadas actividades que contribuyen al desarrollo de diversas formas de delincuencia organizada, como el narcotráfico, trata de personas, tráfico de armas, lavado de dinero, con lo que existe incremento de los niveles de inseguridad y violencia (párr. 113). El Estado mexicano reconoció la problemática que enfrenta por la situación de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez (párr. 115). La CIDH concluyó que desde 1993 existe en Ciudad Juárez un aumento de homicidios de mujeres, existen por lo menos 264 víctimas hasta el año 2001 y 379 hasta 2005; sin embargo lo preocupante para la CIDH es el hecho de que algunos crímenes parecen presentar altos grados de violencia, incluyendo la sexual, que en general han sido influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer (párr. 164).

HECHOS. Las víctimas tenían 17, 20 y 15 años de edad. Una era estudiante de preparatoria, otra trabajaba en una maquiladora, y otra más como empleada doméstica; las tres eran de origen humilde y desaparecieron en el 2001 (párr. 165 a 168). Ese mismo año se encontraron los tres cuerpos de las mencionadas víctimas en un campo algodonero (párr. 209, además se encontraron los cuerpos de otras cinco mujeres que no fueron consideradas víctimas en el caso que nos ocupa).

ASPECTOS QUE TOMÓ EN CUENTA LA CIDH PARA ANALIZAR EL CASO BAJO LA PERSPECTIVA DE GÉNERO. La CIDH atendió en general tres aspectos: el reconocimiento del Estado con respecto a la situación de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez, así como su señalamiento con respecto a que los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez "se encuentran influenciados por una cultura discriminatoria contra la mujer"; que los informes de la Relatoría de CIDH, de la CEDAW y de Amnistía Internacional, entre otros señalan que los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez son manifestaciones de violencia basada en género; que las tres víctimas eran mujeres jóvenes, de escasos recursos, trabajadoras o estudiantes

(párr. 228 a 230). Asimismo consideró que los homicidios de las víctimas se dieron por razones de género y están enmarcados dentro de un reconocido contexto de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez (párr. 231). Que el Estado mexicano violó los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal, en relación con la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno. Que la ineficacia judicial del Estado mexicano frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según la cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir (párr. 388). Que el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente; la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer (párr. 401).

DECISIÓN DE LA CIDH. La CIDH concluyó que las víctimas sufrieron violencia contra la mujer según la Convención Americana y la Convención Belem do Pará. Que los homicidios de las víctimas se dieron por razones de género y están enmarcados dentro de un reconocido contexto de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez (párr. 231). Que en el caso la violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación y declaró que el Estado mexicano violó el deber de discriminación en perjuicio de las víctimas (párr. 402).

Así la CIDH determinó, entre otras reparaciones, que el Estado mexicano debe garantizar la eficacia del proceso penal que se lleve o que se llegasen a abrir para identificar, procesar y sancionar a los responsables materiales e intelectuales de la desaparición, maltratos y privación de la vida de las víctimas; y dicha investigación deberá incluir una perspectiva de género; emprender líneas de investigación específicas respecto a la violencia sexual (párr. 455. ii). Que debe levantar un monumento en memoria de

las mujeres víctimas del homicidio por razones de género en el campo algodnero en que fueron encontradas, como forma de dignificarlas y como recuerdo del contexto de violencia que padecieron y que el Estado se compromete a evitar en el futuro (párr. 471).

PERSPECTIVA DE GÉNERO. A diferencia del caso ocurrido en el penal Miguel Castro Castro, en que la afectación a derechos humanos se dio contra hombres y mujeres; esta sentencia revela una perspectiva de género, y no únicamente por que las violaciones se dieron en general sólo contra mujeres, hecho que por sí solo no es suficiente para estimar que se trata de un caso de violencia de género, sino porque la CIDH atendió al contexto cultural en que se causó la muerte de las víctimas, esto es, una cultura discriminatoria contra la mujer; y que los homicidios son una manifestación de violencia de género.

Estos parámetros son los que permiten identificar que el caso se juzgó bajo una perspectiva de género, pues dentro del contexto sociocultural en que ocurrieron los hechos, las violaciones a los derechos humanos afectaron a personas por pertenecer a un colectivo: el de las mujeres, y no solamente por su condición de personas.¹²

V. CONCLUSIONES

1. La historia de la humanidad demuestra que la mujer, por el hecho de pertenecer a ese colectivo, ha sido objeto de una constante violencia, producto en muchos casos de discriminación.
2. No toda violencia que afecta a las mujeres está motivada por razones de género, pero cuando se estudia un caso en particular en el

¹² Para un estudio más detallado del caso, se recomienda la lectura del trabajo denominado "Campo Algodnero. Análisis y propuestas para el seguimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano". México, Red Mesa de Ciudad Juárez, A.C., 2010.

que participa la mujer como víctima de esa violencia, la autoridad jurisdiccional debe tener consciencia de la discriminación de la que ha sido objeto la mujer; y actuar con perspectiva de género cuando la actuación violenta implique discriminación en contra de la mujer por razones machistas (de género).

3. Esta perspectiva plasmada en la jurisprudencia de los tribunales debe coadyuvar a establecer políticas, prácticas y guías que permitan a los entes públicos y privados cumplir con la obligación de respetar, en favor de las mujeres, el principio de la no discriminación.

**LA APLICACIÓN DE
PERSPECTIVA DE GÉNERO
EN LA RESOLUCIÓN
DE CASOS JUDICIALES**

RICARDO PAREDES CALDERÓN

*Magistrado del Segundo Tribunal Unitario
en Materia Penal del Primer Circuito*

SUMARIO: I. Introducción. II. Caso específico. III. Conclusiones y reflexiones finales. IV. Bibliografía.

Quando de traficar drogas se trata, se puede afirmar con cierta ironía, que la delincuencia organizada tiene perspectiva de género y la monopoliza a su gusto e interés.

Corina Giacomello

I. INTRODUCCIÓN

El anhelo de justicia social que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4o., en el sentido de que el varón y la mujer son iguales ante la ley, y que constituye una premisa fundamental para el establecimiento de un Estado democrático; al día de hoy todavía se encuentra pendiente.

La desigualdad de trato y la discriminación por género comparten, con otras causas de discriminación, un balance desalentador a nivel nacional y mundial. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) plantea como parte de la solución la centralización de las políticas orientadas a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad para erradicar la pobreza y el hambre, además de lograr una globalización equitativa y plenamente incluyente, convirtiendo estos principios en un área de referencia transversal de todas las demás políticas y extendiendo el compromiso a todos los niveles.

La percepción del fenómeno de la discriminación es distinta desde el punto de vista de varones y mujeres, según se observa en la primera encuesta nacional sobre discriminación en México, en 2005. En ella, los mexicanos promedio consideraron que no daban un trato discriminatorio a las mujeres. Así el 84% aparentemente respetarían que alguien decida ser madre soltera; casi el 90% opina que el negarle un empleo a una mujer embarazada es una violación a sus derechos humanos; el 83% está dispuesto a pagar incapacidades por embarazo para que se respete el derecho al trabajo de las mujeres; el 96% afirman que no es justificable que un hombre golpee a una mujer; sin embargo, estos datos no son del todo alentadores, ya que igualmente, a la pregunta: ¿pediría un examen de embarazo a una mujer al solicitar un empleo, uno de cada cuatro contestó que "sí"; en el mismo porcentaje señalaron que están de acuerdo con que muchas mujeres son violadas porque provocan a los hombres; para casi el 40%, las mujeres que quieren trabajar deben hacerlo en tareas propias de su sexo; casi uno de cada tres opina que es normal que los hombres ganen más que las mujeres.

Desde la perspectiva de las mujeres, la opinión es muy diferente.

El 94.2% señala que sí hay discriminación contra las mujeres; en una escala del 0 al 10, donde 0 es "nada" y 10 es "mucho" en la intensidad de la discriminación percibida, las mujeres estimaron que el grado de discriminación en el ámbito del trabajo alcanza el punto 7.28; y en el seno de la familia, el 6.19.

Finalmente, a la pregunta: ¿Quién es el principal responsable de que haya problemas de discriminación contra las mujeres? El 31.5% lo atribuyó al "machismo"; el 25.3% al gobierno; el 20% a "toda la sociedad"; y en forma muy relevante y significativa: el 20% lo achacaron a "las propias mujeres".

Lo anterior refleja con bastante sinceridad, la situación actual sobre la perspectiva de género; hombres y mujeres hablan lenguajes diferentes, en

que la realidad de la contraparte no se percibe; por ello, no existe el mínimo de conciencia sobre la situación que reclaman las mujeres. La concepción cultural de lo que significa la discriminación es muy distinta para cada sexo: aun cuando desde la perspectiva masculina existen valores de respeto y protección a favor de las mujeres como la parte más débil de la relación humana, lo cierto es que en el plano fáctico, no parecen darse cuenta de la prevalencia de esta discriminación, de su existencia, de su intensidad y sus respuestas dan a entender que el estado actual de cosas es "justo" o "no es tan malo".

La percepción por parte de los hombres de considerar que no dan un trato discriminatorio a las mujeres, frente a la casi totalidad de las mujeres encuestadas que expresaron el mismo hecho como una verdad innegable, brinda un indicador claro sobre uno de los principales orígenes del problema: las mujeres han adquirido conciencia sobre la discriminación que resienten, así como el anhelo de equidad y el empoderamiento como vía de solución; pero ello no resuelve el problema, porque quienes deben adquirir esa conciencia es la otra parte, la que no se ha dado cuenta de ello, la totalidad de la sociedad, y principalmente los hombres o las personas que adoptan estereotipos de género.

Porque la discriminación contra la mujer es un paradigma proveniente históricamente de una cultura con una estructura predominantemente masculina, en que el hombre es el detentador de las oportunidades y roles importantes en la vida, y la mujer es un mero accesorio que facilita lo primero; pero tampoco es exclusivo de los hombres sino más bien, de un sistema masculino tradicionalmente adoptado y actualmente ineficaz.

Podría decirse que esa concepción deriva de épocas primarias de surgimiento y constitución de una nación como grupo humano, generalmente marcado por conflictos armados que principalmente requirieron de la participación de los hombres; pero a ello cabría adelantar que en la fase

posterior, de consolidación y crecimiento nacional, existe renuencia al abandono del poder por parte del hombre y a la inclusión de las mujeres como motor de progreso de la sociedad.

De modo que el resultado de la encuesta nos coloca precisamente en esta fase, la perpetuación de los paradigmas de discriminación basados en viejos estereotipos de género; la falta de conciencia del grupo masculino, sobre la existente discriminación acusada por las mujeres; y la ceguera total de la necesidad de su empoderamiento. Si no se cambia de raíz esta concepción cultural, difícilmente se podrá aspirar a la equidad de género preceptuada por el artículo 4o. constitucional. Sobre todo si los aludidos estereotipos de género trascienden a las instituciones gubernamentales, institucionalizando la discriminación.

Por tanto, hay que proceder a la búsqueda de acciones de afirmación, que generen un cambio real y de fondo en la concepción cultural aún existente; y éstas deben implementarse como antes se anunció, en todas las políticas y niveles: cultural, social, institucional, educativo, de salud, laboral, científico, artístico, mediático, etcétera.

Los principales avances en esta materia han sido eminentemente legislativos a nivel operacional. La legislación no resuelve problemas de raíz, pero coadyuva al cambio cultural.

Tal vez ese es uno de los logros de la Ley de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, que por primera vez ha reconocido la existencia de la discriminación de género y en segundo lugar, definido con claridad una de las principales formas de discriminación basada en la violencia, a fin de determinar que puede darse de múltiples formas y niveles, según lo describe, y clasifica en cinco tipos, que son: 1) Violencia psicológica, 2) Violencia física, 3) Violencia patrimonial, 4) Violencia económica, y 5) Violencia sexual. Aunado a ello, señala que hay modalidades de la violencia conforme el

ámbito en que ocurre: 1. Familiar, 2. Laboral, 3. Docente, 4. Hostigamiento sexual, 5. Acoso sexual, 6. En la comunidad, 7. Violencia institucional, y el máximo grado y última violencia que se le puede inferir a una mujer: 8. Femicidio.

La importancia de este marco legislativo, radica en que por primera vez, fenómenos que eran conocidos por la sociedad y conceptuados como simples situaciones accidentales, anecdóticas o riesgos propios de la vida; se conjuntan a través de un punto de vista común: su alta incidencia en contra de las mujeres, y destaca que no son simples acontecimientos aislados, sino indicadores que evidencian la existencia de la discriminación contra las mujeres, que en la encuesta, la mayoría de los hombres dijo no percibir ni mucho menos, ser la causa.

El transcurso del procedimiento legislativo que derivó en esa ley fue un esfuerzo por detectar el problema, destacarlo, nombrarlo y darle una existencia propia; a fin de tener igualmente, mecanismos de combate propios y efectivos que involucren a la sociedad civil y al gobierno, como generadores activo y pasivo, respectivamente, del problema.

Otro dato revelador de la encuesta, lo constituye el hecho de que un 20% hayan atribuido el origen de la discriminación a "las propias mujeres"; pues ello deriva de que la asimilación cultural de los estereotipos de género que han marcado a la sociedad –sobre todo a la sociedad mexicana– a lo largo de los siglos, se ha asentado en toda la colectividad, sin distinción alguna y ha generado la adaptación forzada del género femenino, al seguimiento de estas reglas como única vía de supervivencia.

El empoderamiento que la mujer ha tenido en este pasado histórico, en una gran medida ha sido a nivel de resistencia pasiva, y a través de otras personas, percibida como el control "detrás del hombre", la persona que cría y educa a los hijos, el sostén organizacional y moral del hogar:

Así que desde su sometimiento a las reglas predominantemente masculinas y su asunción forzada al rol de seguidora, la mujer suele convertirse en un promotor silencioso y constante de esa discriminación, otorgándoseles por ello un 20% de responsabilidad en la preservación del fenómeno.

Por lo que la primera fase de concientización de las propias mujeres sobre su situación de discriminación, sobre sus derechos de igualdad y sobre su necesidad de empoderamiento, se ha logrado parcialmente; falta que permee a todos los estratos sociales y raciales del país. Pero a la segunda fase, correspondiente a la concientización de los hombres sobre el problema y la solución, todavía le falta un largo camino por recorrer.

II. CASO ESPECÍFICO

A continuación, expongo un caso práctico que se conoció en el recurso de apelación.

Se trató de una mujer, a la que se dictó sentencia condenatoria, por el delito contra la salud en su modalidad de posesión con fines de suministro en un centro penal, en que se le atribuyó:

que el día... aproximadamente a las trece horas, al encontrarse en el cubículo cuatro del Reclusorio Preventivo Varonil Norte local... al ser revisada por ...*Técnica en Seguridad y Supervisora Aduanal en el centro carcelario citado*, le fue encontrado en las calcetas de cada pie un envoltorio pequeño con cinta canela conteniendo en su interior un polvo blanco. Sustancia que al ser analizada por peritos de la Procuraduría General de la República, resultó ser *clorhidrato de cocaína*, en la cantidad de 48.7 (*cuarenta y ocho punto siete gramos*), motivo por el cual la ahora inculpada, fue puesta a disposición del Ministerio Público. Conducta con la que puso en peligro el bien jurídico tutelado por la norma, la salud pública.

El caso fue resuelto, desde mi punto de vista, sin perspectiva de género, con un criterio homogéneo y sobre la base de una mera prohibición legal; la valoración de pruebas se realizó siguiendo la tradición fincada en el análisis acrítico y bajo consideraciones preconcebidas sobre el valor de ciertas pruebas, y el ya consabido criterio de desestimar la declaración de la inculpada por considerarla sólo una práctica "defensista".

Una vez acreditada la existencia de la sustancia y su naturaleza como narcótico, se pasó al estudio del elemento del delito relativo a la conducta; el juzgador tuvo por acreditada ésta, prácticamente con el dicho de las custodias del penal, primeramente con su parte informativo y puesta a disposición; del que tras narrar su contenido, sólo consideró su referencia de haberle encontrado a la inculpada dentro de las calcetas de cada pie un envoltorio pequeño con cinta canela conteniendo polvo blanco, seguidamente, con las declaraciones de las mismas firmantes, ante el agente del Ministerio Público de la Federación, ratificando el informe. Posteriormente aludió a sus ampliaciones de declaración rendidas en instrucción, apreciando su dicho como indicios conforme el artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales. Invocando criterios de interpretación por los cuales los informes policíacos se estiman imparciales.

Aludió al careo procesal entre las mismas testigos, del que resultó acuerdo entre ellas, y del que el juzgador derivó únicamente que la acusada fue la persona que tuvo en su poder la droga.

Como se puede apreciar, la versión de las custodias del penal realmente es la única prueba de que la inculpada poseyó la droga, pues aun cuando parecen existir más (informe, declaraciones, ampliaciones, careos), lo cierto es que es la misma información proveniente de una fuente que se reitera de diversos modos.

Por lo demás, su valoración sólo atiende a ideas preconcebidas (policías en ejercicio de sus funciones con capacidad de juzgar el hecho y

sin motivo de sospecha), y juicios acrílicos (testigos directos, claros y sin reticencias), con lo cual se integró la prueba circunstancial y se arribó a conclusiones dogmáticas.

Esto es, se hizo una lectura lineal de su contenido que propició un análisis parcial que indujo al Juez a tomar en cuenta sólo la parte inculpativa en que se hace constar que la inculpada era la persona que poseía el narcótico, cuando las custodias hicieron otras manifestaciones, además de que existen otras pruebas que no fueron consideradas. Mientras que la versión de la inculpada fue excluida de toda posibilidad del ámbito de la verdad.

Desde su versión ministerial la inculpada sostuvo que el día de los hechos había acudido a visitar a un interno al penal y que cuando descendió del autobús y se acercaba caminando ocurrió lo siguiente:

...me llega una persona por la espalda, me da un fuerte golpe en la espalda, me abraza, diciéndome hija de tu puta madre tenemos a tu esposo (...) está en el Anexo 03 tres, y lo tenemos ahorita vas a meter un toque, llegando otra persona y me agarró del cuello y me dijo no se pase de verga ni nos haga mamadas, ahorita tenemos a tu esposo y lo vamos a picar o a matar; si no nos entregas esto haya (sic) dentro, va a chingar a su madre tu esposo y no lo vas a volver a ver; siguiendo golpeándome en la espalda y la otra me apretaba el cuello, llevándome a una fachada rosa, ahí hay unos baños nos metimos, entonces me jalaban hacia la parte de adentro dándome dos paquetes chiquitos y me dijo que los metiera en la vagina, yo no pude meterlos le dije no puedo meterlos, ella me dijo tienes que poder porque entro yo y te los meto, en ese momento los metí a mis calcetines y le dije que ya los había metido donde ella me había dicho, saliendo yo ya del baño me abrazó seguimos hasta la esquina y la otra me apretó del cuello ya sabes se lo vas a dar a ella te espero en la sala tres en el baño de mujeres, te vamos a tener vigilada todo el tiempo no hagas mamadas que tenemos a tu esposo, tu esposo ahorita trae una bermuda y una playera con letras y lo tenemos hasta que tu entres y nos entregues las cosas, si no vas a chingar a tu madre

tu también y a tu esposo no lo vas a volver a ver; caminé yo para la entrada, las dos me soltaron y una de ellas no vi cuál dándome una patada por detrás, no vi cuál, dirigiéndome a entrar al Reclusorio, en ese momento pasé que me pusieran el sello y al entrar al reclusorio todo el momento sentí que me estaban vigilando en ese momento pasé al área de revisión, ahí me quedé con la custodia me puse nerviosa, me puse a llorar y le dije a la custodia que me estaban amenazando con mi esposo que lo iban a matar y querían que metiera un toque en ese momento lo saqué de mis calcetines se lo entregué a la custodia, dándome la custodia el apoyo agarró mi credencial, agarró los paquetes y le pidió apoyo a una técnica que estaba afuera y le dijo a la técnica que me estaban amenazando para que metiera unos toques, le hablaron a otro custodio y me llevaron a unas como oficinas, y me preguntaron ahí dándole mi versión de cómo habían pasado las cosas, me dijeron que me espera (sic) afuera, llegaron muchos comandantes, me dijeron que me espera (sic) afuera, luego me llevaron a que me revisara el médico y luego ya me trajeron para acá, también quiero declarar que hasta este momento no sé nada de mi marido pues me amenazaron y como no metí lo que ellas me pidieron, como no seguí sus indicaciones, por temor a mi persona me dio miedo, pedí el apoyo de la custodia, aclarando que cuando me dieron la patada me iban a tener vigilada todo el camino.

Dicha declaración fue desestimada, aduciendo que no era:

...obstáculo para arribar a la conclusión anterior; el hecho de que la procesada... al declarar ante el representante social de la Federación y este órgano judicial, haya negado los hechos que se le atribuyen, pues en contra de tal negativa existe la imputación directa y categórica que en su contra hacen... y... en ese orden Técnica en Seguridad y Supervisora Aduanal en el Reclusorio Preventivo Varonil Norte del Distrito Federal, *quienes la ubican* como la persona que en las circunstancias de tiempo, modo y lugar ya conocidas, fue detenida una vez que ingresó al centro carcelario antes citado en cada una de las calcetas de sus pies (sic) dos envoltorios forrados con cinta canela, conteniendo un polvo blanco. Sustancia que resultó ser clorhidrato de cocaína, (sic) con un peso de 48.7 (cuarenta y ocho punto siete gramos).

De donde se advierte que se descartó la versión de la inculpada bajo la tradición de no creer su versión, por la sola suposición de que la emitió en su afán de defenderse cuando ni siquiera se atendió a su contenido.

Aun dentro del capítulo de responsabilidad se descartó cualquier excluyente, expresándose que "...en contra de tal negativa existe la imputación directa y categórica que en su contra hacen... quienes la ubican como la persona que en las circunstancias de tiempo, modo y lugar ya conocidas, fue detenida una vez que ingresó al centro carcelario antes citado en cada una de las calcetas de sus pies (sic) dos envoltorios forrados con cinta canela, conteniendo un polvo blanco..."

En el capítulo de individualización de la pena, el juzgador consideró que el peligro causado fue "grave", que "el suministro del estupefaciente se realizó por parte de la procesada, estando en el interior del Reclusorio Preventivo Varonil Norte del Distrito Federal", sin considerar que el suministro no se consumó sino era sólo una finalidad de la posesión. Tuvo a la encausada como "autor material, en términos del artículo 13, fracción II del Código Penal Federal"; con "comprensión sobre la antijuricidad de su conducta"; es decir, como si la voluntad y determinación de ingresar el narcótico al penal hubiera provenido de ella misma en todas las fases del *iter criminis*, cuando ni siquiera conocía exactamente la naturaleza del narcótico, pues creía que era marihuana cuando en realidad era cocaína.

Se estimó que el grado de culpabilidad "se ubica en el punto medio entre la intermedia de la mínima y la equidistante de la mínima y la media". Imponiéndole la pena de... misma que aumentó en una mitad por haberse cometido en un Centro de Reclusión, quedando así fuera de toda posibilidad de substitutivos penales y condena condicional.

En el recurso de apelación desde la primera lectura, surgió la convicción de que en el caso subyacían condiciones de discriminación por género

y que la única forma de evitar incurrir doblemente en esa actitud discriminatoria era equilibrar la inequidad; analizar el mismo caso conforme una perspectiva de género, máxime que cuando una institución no aplica la perspectiva de género siendo ésta procedente, puede perpetuar la discriminación contra la mujer a través de violencia institucional.¹

Se arribó a tal postura porque es innegable la incidencia que han cobrado los delitos contra la salud entre personas del sexo femenino que no necesariamente están involucradas en el consumo, mucho menos en el tráfico de narcóticos; pero que se ven repentinamente atrapadas en actos concomitantes, a resultas de alguna relación de dependencia con algún familiar que sí lo es, y que requiera de alguna forma de acceder al mismo cuando se encuentra en un centro penitenciario.

Por otro lado, la circunstancia de internamiento de una persona en un centro de reclusión, no solamente afecta su esfera jurídica, sino la de sus familiares quienes acuden a visitarlos y a proporcionarles ciertos medios de subsistencia –ropa, enseres, etcétera–, que generalmente no obtendrían de las autoridades carcelarias.

En ese sentido, el familiar que aporta ese apoyo económico y moral al interno, también se encuentra con éste en una relación aparte, de dependencia y compromiso que se agrega a la de origen legal, social o afectivo.

Dentro de este contexto, la mujer que conforme un principio de solidaridad ante el dolor humano, accede apoyar en las necesidades de un familiar interno, se encuentra en una situación de desventaja también frente

¹ Desde 1992 el CEDAW estableció que "los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y Otras (Campo Algodonero) vs México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

a los visitantes del sexo masculino, quienes no siempre se prestan a colaborar en esas acciones.

Esta reflexión no es una suposición subjetiva. Desde hace más de una década la participación de las mujeres en la posesión, venta o transportación de drogas se ha incrementado, siendo que en su mayoría resultan atraídas por el quehacer relacionado con las drogas, por necesidad económica o por dependencia afectiva, pues se ligan a este delito por ser esposas o parejas o madres, hijas o parientes de traficantes; así como las mujeres que apoyan a sus esposos o parejas en la venta o introducción de cualquier tipo de droga a los centros penitenciarios, a solicitud de hombres que se encuentran internos, y de quienes son amenazadas de ser abandonadas. Necesidad que a su vez se ha traducido a otros planos de ilicitud relacionada con el mismo tema, como lo es el pago hecho a terceros por el servicio de introducción de narcóticos y otras sustancias al penal, o incluso, hasta el amago o la violencia para lograrlo.

Las mujeres se encuentran todavía frente a un sistema predominante y tradicionalmente masculino en una relación de opresión, derivado muchas veces del poder que se ejerce sobre ellas, para colocarlas a su servicio y mando o en otras, incluso por otras mujeres que valiéndose de ese estereotipo predominantemente masculino (a veces como mismas víctimas de sus respectivas parejas, o por interés propio), utilizan a su favor el sistema, obteniendo sus propios fines a costa de otra persona del sexo femenino o con signos de vulnerabilidad, derivado de su condición o constitución física.

La dimensión de la condición y posición desventajosa de las mujeres se reproduce en el mundo de la delincuencia, donde se encuentran sometidas a ese sistema basado en la fuerza y en la diferencia biológica que decide por ellas en gran medida y que, llevado al ámbito ilícito, también se refleja en parte de los hechos delictivos que cometen.

Por otro lado, debe decirse que las variables que contribuyen al mantenimiento de ese sistema basado en estereotipos de género y que incide sobre toda persona con alguna situación de vulnerabilidad, pero primordialmente sobre las mujeres como un fenómeno de discriminación sexual, pueden ser las siguientes:²

1. Las mujeres son educadas para obedecer, ser recatadas, propias, el rol de obediencia y subordinación hacia los hombres. Sobre la comisión de los hechos delictivos, muchos estudios han dado cuenta de que regularmente cuando una mujer comete un hecho delictivo, es siempre por la influencia de un hombre.
2. Generalmente, los hombres incitan a las mujeres a cometer delitos, les piden que los apoyen, las obligan, amenazan, un factor crucial es la evidencia de violencia de género ejercida por los hombres hacia las mujeres cuando éstas cometen un hecho delictivo.
3. Feminización de la pobreza, elemento clave que visibiliza la pobreza que viven las mujeres, donde a menudo se ven privadas del acceso a recursos de importancia crítica, como los préstamos, la tierra y la herencia. No se recompensa ni se reconoce su trabajo, sus necesidades en materia de atención de la salud y nutrición no son prioritarias, carecen de acceso adecuado a la educación y a los servicios de apoyo, y su participación en la adopción de decisiones en el hogar y en la comunidad es mínimo.

Esa tendencia de feminizar la pobreza se basa no sólo en estadísticas internacionales, sino nacionales, como se desprende del Cuaderno de Trabajo II publicado por el Instituto Nacional de las Mujeres, denominado "El empleo informal desde una perspectiva de género y pobreza en México",³ del que se desprende que las mujeres tienen ingresos menores a los hom-

² "Diagnóstico sobre la incidencia de los delitos cometidos por las mujeres privadas de su libertad procesadas y sentenciadas", noviembre de 2009. Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión.

³ Cuadernos de Trabajo. Inmujeres. Julio 2010.

bres y que se ven reducidas en su jornada, para alternar el cuidado y crianza de los hijos.

Por tanto, la mayor vulnerabilidad en el género femenino respecto del masculino, hace que sean las mujeres y no los hombres, las que mayoritariamente sean sometidas a la comisión de delitos que, por su propia determinación, no cometerían.

Además, se consideró lo anterior, porque en la realidad las mujeres constituyen aún una minoría delictiva –5%– frente a los hombres –95%–⁴ y además, que en una alta incidencia, los delitos cometidos por mujeres eran en materia de narcóticos.⁵ Tan sólo esta gran disparidad demuestra que una inmensa mayoría de personas internas en penales son hombres, quienes son visitados consecuentemente por mujeres, usualmente familiares o parejas; lo que torna más susceptibles a las mujeres a ser las buscadas para la introducción de narcóticos a los centros de reclusión.

De ahí que, la única forma de eliminar este sistema de injusticia sea el analizar los hechos delictivos a través de la perspectiva de género, pues la realidad revela cómo el sistema tradicional basado en antiguos paradigmas de prejuicio sexual y biológico, coloca a las mujeres bajo el control y subordinación del sistema predominantemente masculino. De no analizarlo así, se perpetuarían las prácticas que violentan a la mujer dentro de un sistema discriminatorio de desigualdad de oportunidades y propicio a la dependen-

⁴ Tan sólo en el Distrito Federal, la Subsecretaría del Sistema Penitenciario de la Secretaría de Gobierno del Distrito Federal, reporta 8 centros de reclusión masculina, y sólo 2 femeniles (<http://www.reclusorios.df.gob.mx>), igual estadística se obtiene a nivel federal, pues la Secretaría de Seguridad Pública (SSP) Federal, reporta en el país 222 mil 73 reclusos de los cuales sólo 11 mil 142 son mujeres. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, encontró en 2002, que sólo once de los 446 centros, eran femeniles (La Jornada, martes 31 de marzo de 2009 y Recomendación General número 3 de la CNDH "Sobre Mujeres internas en Centros de Reclusión en la República Mexicana". 14 de febrero de 2002).

⁵ "Diagnóstico sobre la incidencia de los delitos cometidos por las mujeres privadas de su libertad procesadas y sentenciadas". Noviembre de 2009. Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, basado en estadísticas del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI 2007).

cia económica, sometiéndolas a la asunción irremediable de las responsabilidades domésticas y de crianza; que en un segundo plano, terceras personas se valgan de su vulnerabilidad para obligarlas a cometer algún delito; y que en un tercer plano, también la autoridad al perseguir el delito o al administrar justicia, no repare en esos factores desencadenantes, lo que legitimaría la violencia de género a nivel institucional.

Dando con ello cumplimiento al principio de presunción de inocencia, contenido en el artículo 8, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; al artículo 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, que dispone la obligación asumida por los Estados Partes, de tomar las medidas para eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias basadas en la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. Al artículo 4 de La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, que establece el derecho a la protección de la mujer y de su familia; así como la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, que en el numeral 5, fracción IX define la Perspectiva de Género como la visión científica, analítica y política sobre las mujeres y los hombres, eliminando las causas de opresión de género, la injusticia y la jerarquización de las personas basada en el género.

Instrumentos internacionales y ley nacional de las que rigen el caso conformantes del orden normativo nacional, de acuerdo al numeral 133 constitucional.

Así, desde una perspectiva de género se procedió a analizar este caso, particularmente la versión de la inculpada, superando preconcepciones y fuera de la tradición, de donde se derivó primeramente que los hechos que narró eran posibles.

Se ponderó de manera crítica lo dicho por la inculpada en el sentido de que fue violentada por otras dos mujeres afuera del penal, y obligada física y moralmente a ocultarse en su cuerpo, dos envoltorios de narcótico para introducirlos al penal. Se advirtió la espontaneidad de su versión, porque desde el principio refirió que traía un tipo de droga que no era, es decir, no sabía que lo que traía era cocaína; la cual entregó voluntariamente.

Además, señaló que fue amenazada con que matarían a su esposo e incluso pidió apoyo y estaba preocupada porque seguía sin saber de su esposo. Igualmente de que pericialmente se corroboró que la inculpada no era adicta al narcótico que poseyó.

Circunstancias y situaciones que también fueron mencionadas por las custodias al indicar que desde el principio notaron nerviosa a la inculpada; que ella les dijo que traía marihuana no obstante lo que le fue encontrado fue cocaína. Que desde que apareció ante la Técnica de Seguridad, se le vio nerviosa y llorando –como afirmó la inculpada–; también concuerdan en relación con la denuncia que les hizo a ambas de haber sido amenazada con que matarían a su esposo como que les entregó voluntariamente los envoltorios y los sacó de sus calcetines.

Por lo que no era plausible restarle credibilidad a esta parte del dicho de las custodias, en primer lugar, porque también corroboraron directamente otros datos que les dio la inculpada como fue la entrega del narcótico; y en segundo, porque se trata también de hechos denunciados de otros posibles delitos que la propia inculpada no estaba obligada a resistir y callar hasta que estuviera en presencia del Ministerio Público. Por el contrario, no cabe olvidar que las custodias son testigos, pero además, elementos de autoridad que estaban expeditas para tomar conocimiento inclusive oficioso de la posible comisión de un delito, por lo que era procedente su intervención para investigar los hechos denunciados por la asegurada; de ahí que puede sostenerse válidamente que lo manifestado por la inculpada

no era una mera referencia, sino la denuncia de hechos posiblemente constitutivos de delito, y si no se intentó corroborar sus manifestaciones, ello no es atribuible a la inculpada, quien los hizo espontánea e inmediatamente del conocimiento de las custodias, en cuanto estuvo en su presencia; éstas a su vez dijeron haber informado a sus superiores (indicando que se certificaría médicamente y se pondría a disposición del Ministerio Público), y a su vez también la representación social tuvo conocimiento de los mismos.

Las autoridades del penal también estaban facultadas para investigar los hechos reportados de posibles amenazas, o contra la integridad personal o contra la vida de un interno de la institución y el Ministerio Público estaba expedito para certificar el estado físico del esposo —o concubino— de la inculpada dentro del penal, como para indagar el posible paradero de las agresoras (pues de una dio la media filiación, a más de que le indicaron que habría una tercera esperando en los baños del interior) y sin embargo, los hechos no se investigaron, siendo esa omisión atribuible a las autoridades que conocieron del caso.

Por lo que resultaría por demás injusto afirmar que la versión de la inculpada no se encuentra corroborada, y en su caso atribuirle la carga de la prueba, pues ello sería ilegal y contrario al principio de presunción de inocencia, puesto que desde que entregó los envoltorios quedó prácticamente detenida y privada de su libertad, por lo que le habría sido imposible salir en busca de las personas que la amenazaron, o ingresar al reclusorio con el mismo fin, si ni siquiera pudo indagar ni corroborar el estado de integridad física y salud de su esposo.

Pero además, las custodias reportaron el estado anímico de la inculpada, y ello genera convicción de que ese estado era sincero y no fingido. Basta atender a la declaración de las custodias en cuanto a que apreciaron la angustia e impotencia en la inculpada para descartar que hubiera sido una reacción histriónica pues las custodias la reportan como nerviosa y

llorando, incluso durante el proceso refirieron que estaba "fuera de sí" o en estado de "shock". Que la acusada de manera voluntaria informó a la técnica en seguridad del Reclusorio Preventivo Varonil Norte del Distrito Federal, que había sido amenazada para introducir droga al penal y que si no lo hacía matarían a su esposo y que de manera espontánea le entregó uno de los envoltorios. Que la técnico en seguridad solicitó auxilio a otra custodia. Que la inculpada pidió auxilio a ambas servidoras públicas.

Asimismo, en el expediente consta el estudio de personalidad de la inculpada, en que no obstante la poca profundidad con que suelen hacerse estos estudios, en el caso arrojó datos inequívocos de violencia de género; al indicar que ha tenido dos uniones de pareja, una por diez años que terminó por infidelidad de su pareja y la actual; tiene tres hijos; presenta relación familiar inestable y nivel socioeconómico bajo; la visita su hija cada fin de semana; reside en casa familiar; presenta conflictos encubiertos con la autoridad, con introyección de normas y valores y aprovechamiento de la experiencia convencional; relaciones interpersonales dependientes; adaptabilidad social baja y capacidad criminal media. Y en la psico-dinámica-criminal, se estableció que se conduce de forma encubierta, busca de manera constante el reconocimiento de su persona, y *apoyo y protección de la figura masculina del cual tolera malos tratos como medio de reconocimiento*, ante lo cual acepta participar en la violentación de la norma sin mostrar interés en el daño ocasionado con sus acciones, ello en medida de obtener algún beneficio. Se determinó también que se adecua de forma convencional al entorno institucional, es susceptible de relacionarse con grupos y entornos negativos con los cuales interactúa de manera convencional y se contamina.

Aspectos que el Juez no valoró en todo su contenido, y del cual se derivó una situación de vulnerabilidad por género, pero que al ser apreciados en términos del artículo 288 del Código Federal de Procedimientos Penales, y desde una perspectiva de género, se determinó que acreditaba también que la inculpada tiende a buscar el reconocimiento de su persona

y a tolerar malos tratos como medio de reconocimiento, ante lo cual acepta participar en actos contrarios a la norma; de ahí que sea susceptible a la coacción como la que refiere haber sufrido y que sea una persona victimizable.

Además de que la inculpada al dar sus datos personales refirió vivir en unión libre, tener treinta y ocho años de edad, originaria y vecina del Distrito Federal, sin teléfono, con instrucción escolar de segundo de secundaria, comerciante ambulante, ingresos económicos de seiscientos pesos semanales, con tres dependientes económicos, y no ser adicta al consumo de narcóticos.

Lo que es congruente con el caso típico de vulnerabilidad no sólo previa sino posterior al delito, pues la inculpada al perder el apoyo económico de su pareja (con el internamiento de éste en prisión), pasó a hacerse cargo de su manutención y tres hijos; lo que desde luego aumentó su precariedad económica, sin contar la que genera los gastos de la defensa legal del concubino, lo cual también se pondera porque se presenta otra notable diferencia entre la condición de hombres y mujeres internos en prisión, pues mientras los hombres reciben un gran número de visitas femeninas, las mujeres presas casi no reciben visitas, como en el caso de la inculpada, quien sólo era visitada por una de sus hijas.

Porque "El porcentaje del sexo femenino que llega a la cárcel es bajo en comparación con el del hombre (5 de cada 100), no se amotinan, ni se fugan, por lo que las demandas de las reclusas rara vez son tomadas en cuenta... En los reclusorios femeniles no hay filas, ni aglomeraciones como las habría en una prisión varonil. Aquí las mujeres se quedan como Penélope, tejiendo sueños y esperanzas, aunque para muchas esas ya murieron."⁶

⁶ Datos que obtuvieron Elena Azaola Garrido y Cristina José Yacamán en "*Las mujeres olvidadas*" investigación realizada sobre la situación de las mujeres en las prisiones de México, durante 1993 y 1994.

De igual forma "las cifras muestran que de mil 483 reclusas de Santa Martha sólo 79 cuentan con visita íntima externa y 92 están inscritas en el programa interreclusorios. Mientras, en el Centro de Readaptación de Tepepan, de 139 internas sólo nueve acceden a la visita íntima proveniente de otros reclusorios."⁷

Lo que demuestra la situación de vulnerabilidad de las mujeres, quienes por solidaridad acuden a la visita de los internos varones, y en quien recae la obligación moral, la coacción, la necesidad o el interés en suministrarles narcóticos, ya sea a sus propios visitados o a otros, y que la persecución no va encaminada a los consumidores internos, a los grupos organizados que trafican con los narcóticos en los penales, de los cuales nunca se tiene conocimiento en la práctica judicial, sino que el hilo se rompe siempre por lo más delgado, permitiendo perpetuarse el círculo vicioso que criminaliza a las mujeres por cuestión de género.

Lo cual es incomprensible, pues la reforma que creó las modalidades de "narcomenudeo", se basaron en una política de protección al farmacodependiente no sólo como víctima del propio narcotráfico, sino como traficante potencial en pequeño, despenalizando la posesión de ciertas cantidades de droga, y atenuando las penas de ciertas conductas de venta al menudeo; de igual forma la interpretación judicial ha comprendido la situación vulnerable de los cargadores forzados de droga, por carencias económicas, a cambio de mínimos ingresos; y aún de campesinos obligados por la pobreza extrema a sembrar plantas para el mismo uso, por lo que constituye una deuda de justicia, el que no se dé un criterio diferenciado a favor de las mujeres que se encuentran en la misma situación de criminalización por su vulnerabilidad.

⁷ "En Santa Martha Acatitla, de mil 483 internas, sólo 79 reciben visita íntima", Emir Olivares Alonso, *La Jornada*, 8 de agosto de 2005.

En consecuencia, en el caso se obtuvo que la prueba circunstancial a que alude el artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales ya no daba indefectiblemente un resultado incriminatorio, por el contrario, se demostró que el hecho ocurrió sin mediar conducta, dado que en principio la inculpada ni siquiera tenía conocimiento cierto respecto de qué narcótico se trataba. En segundo lugar, no hay prueba alguna de que el narcótico fuera de la propia inculpada o de algún tercero a quien ella voluntariamente entregaría en el interior del penal; y no sólo no existía prueba de ello, sino hay indicios de lo contrario, es decir, que el narcótico era ajeno y que ella no lo poseyó, porque no tuvo intención de hacerlo, a diferencia de la sentencia de primer grado que supuso que ella era la única autora material del hecho, dando por sentado que la misma consiguió el narcótico, lo acondicionó y se determinó a introducirlo al penal.

Que sufrió fuerza física irresistible por parte de dos personas, porque implican tácticas de sometimiento corporal como es la superioridad numérica (dos contra uno), así como la corporal (la inculpada refiere que la mujer a la que alcanzó a ver era más alta que ella), y la propia fuerza, dado que la inmovilizaron entre las dos agresoras. La que se prolongó al internarla a los sanitarios del centro de reclusión donde le exigieron se colocara los dos envoltorios en la vagina, e incluso la amenazaron con que si no hacía una de ellas entraría y lo haría; lo que constituye la potencialidad de una diversa conducta delictiva de la que la inculpada sería nuevamente víctima, como es la introducción de un instrumento diverso al miembro viril por la vía vaginal, lo que motivó que la inculpada se los colocara en los calcetines.

Una vez que salieron del baño, la inculpada narró que volvieron a sujetarla, una de ellas la abrazó y la otra le apretó el cuello; lo que implica la reasunción de actos de sujeción corporal impuestos por la fuerza, con superioridad numérica y corporal.

Así, la llevaron sujeta hasta la entrada del reclusorio, en donde la soltaron, no sin antes advertirle que la estarían vigilando. Por lo que la fuerza física aplicada a la inculpada se mantuvo en todo momento desde que la sorprendieron después de bajar del camión hasta que la colocaron a punto de ingresar al penal. Por lo que la fuerza física irresistible abarcó toda la fase del *iter criminis*, pues la modalidad atribuida no requiere que se introduzca el narcótico al penal, sino sólo la finalidad de ello.

Por tanto, si bien existió coacción moral concomitante al hecho, realmente la inculpada no tuvo elección pues se le imprimió violencia física para portar los envoltorios, y llevarla a la zona de ingreso; por tanto, el hecho se causó sin intervención de su voluntad.

Así, si la voluntad es un elemento indispensable de la conducta, en el caso no existió ni siquiera un lapso de libertad de autodeterminación por el cual la inculpada pudo haber discernido entre llevar a cabo el acto exigido o afrontar la consecuencia lesiva (lo que tampoco se le podría en su caso reprochar); pero lo cierto es que no amerita analizar si tuvo esa opción y su decisión fue legalmente soportada, cuando hay prueba de una total abolición del albedrío.

Por lo que la inculpada fue un mero instrumento, dado que nunca la dejaron decidir sobre si colocarse o no los envoltorios y traerlos consigo hasta antes del ingreso al penal. Las violentadoras la utilizaron como un medio meramente material para ejecutar su voluntad.

Destaca el hecho de que la violencia física le fue impuesta por otras mujeres. Lo que corrobora aún más la violencia de género, pues como se precisó en un principio, la discriminación es ejercida por cualquier persona, incluso por mujeres que se valgan de la adopción de patrones y estereotipos masculinos; lo que aconteció en el caso pues se requería que fueran mujeres para poder llevarla a los baños. Por lo que las agresoras también

aprovecharon ese sistema tradicional de discriminación basado en estereotipos de género, y como agentes de ese mismo paradigma buscaron precisamente como víctima a una mujer sola para conseguir sus propios fines; y la prueba de ello es que realizando un ejercicio hipotético contrario, tal hecho difícilmente lo habrían perpetrado en contra de un hombre.

Lo que también pone en evidencia la vulnerabilidad de la mujer, quien por su naturaleza cuenta con una cavidad que resulta idónea para el ocultamiento de droga.

Lo que evidencia que aplicando al caso una perspectiva de género justificada conforme las circunstancias externas del tipo de delito atribuido y las propias de la inculpada, demuestra que sí se está en el caso, frente a un hecho con innegables connotaciones de discriminación sexual y social de la inculpada, por razón de ser mujer; y este resultado refuerza aún más la prueba circunstancial que demostró que fue simple instrumento de una fuerza física exterior irresistible, que anuló su albedrío y autodeterminación, y que por tanto, eliminó su voluntad, por la existencia de la conducta en su significado para el Derecho penal, como presupuesto del delito. Causa de exclusión que se analizó y declaró de oficio conforme el numeral 17 del código procesal, y que se encuentra contenida en la fracción I del artículo 15 del Código Penal Federal, lo que excluye el delito. En consecuencia se revocó la sentencia y se decretó la absolución de la acusada, ordenando su inmediata y absoluta libertad.

III. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

Como referí en un principio, el ideal de igualdad preceptuado por la sociedad a través del Constituyente, en el artículo 4o. constitucional, no se ha alcanzado. Pero debemos tomar conciencia de que el mismo requiere un esfuerzo de desarrollo que no se ha llevado a cabo.

Las leyes no se cumplen solas, sino a través de los órganos que las aplicamos, de modo que el que se haya plasmado en la Ley Fundamental, constituye una aspiración de la sociedad y un derecho ya reconocido para la mujer en nuestro país; pero una aplicación pendiente para los órganos constituidos.

Debemos entender que esa "igualdad" no implica tratar a las mujeres de la misma manera que a los hombres, reconocer las circunstancias de discriminación y desigualdad que padece la mujer. *La equidad consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.* La desigualdad de la mujer se combate a través de su empoderamiento, en todos los niveles.

Continuar aplicando e interpretando la ley con base en esquemas tradicionales eminentemente masculinos lleva no sólo a perpetuar la desigualdad y a tornar en imposible el ideal constitucional, también se revierte finalmente en contra de ese esquema tradicional, pues las mujeres siguen siendo las encargadas por cuestión de sexo, al cuidado y crianza de los hijos. El Estado debe estar interesado en la formación de los que serán los ciudadanos del futuro.

La desigualdad es patente simplemente derivado de la razón de ser mujer: ella es la procreadora, ella es la que tiene, amamanta y posteriormente alimenta y cuida a los hijos, ella es la que brinda la educación en casa, la que enseña patrones de conducta, la que disciplina, la que los deja también para trabajar. No podemos seguir viviendo bajo la premisa de que a quien por tradición cuida los hijos en el país, se encuentre siempre sometida a una situación de pérdida y minusvalía; pues ello repercute en la formación de los menores.

Una sociedad incluyente debe velar siempre por un trato más digno y justo hacia la mujer.

Finalmente, es tiempo de que el juzgador del siglo XXI juzgue con una visión de género, lo que no debe traducirse en perder la imparcialidad y resolver en favor de las mujeres, sino reconocer la discriminación histórica de la que han sido víctimas y que al momento de juzgar, no se realice analizando el hecho concreto, sino que se resuelva tomando en consideración todo el contexto que rodeó el ilícito, al fin de cuentas, juzgar con perspectiva de género, no es otra cosa que analizar el caso, con una óptica diversa a la que tradicionalmente se ha venido realizando, dejando a un lado los estereotipos y prejuicios bajo los cuales nos hemos formado.

IV. BIBLIOGRAFÍA

6 Voces sobre justicia y género en el Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Imprenta Quincor, SA de CV, México, 1a. edición, 2011.

AZAOLA, Elena y Cristina José Yacamán, *Las mujeres olvidadas*. México, Colegio de México y Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1996.

Caso González y Otras (Campo algodonero) vs México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 16 de noviembre de 2009.

GIACOMELLO, Corina, *Rompiendo la Zona del Silencio*, Ediciones Dipon, Ediciones Gato Azul, México, 2a. ed., septiembre 2007.

LÓPEZ VEGA Rafael y Selene Gaspar Olvera, *Mujer, hogar y trabajo. Arreglos familiares, pobreza y apoyos sociales*, Consejo Nacional de Población, 2010.

LOVERA, Sara, *Narcotráfico, Mujeres y Prisión en México*, Servicios de Noticias de la Mujer de Latinoamérica y el Caribe.

Madres privadas de libertad en el Centro Femenil de Readaptación Social Santa Martha Acatitla (derechos de las mujeres privadas de su libertad), Coordinación General del Programa de Equidad de Género del Poder Judicial de la Federación.

Legislación

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código Penal Federal.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Ley de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Recomendación número 3 de la CNDH, "Sobre Mujeres Internas en Centros de Reclusión en la República Mexicana", 14 de febrero de 2002.

Otras fuentes

Cuadernos de Trabajo del Instituto Nacional de las Mujeres, julio 2010.

Diagnóstico sobre la incidencia de los delitos cometidos por las mujeres privadas de su libertad procesadas y sentenciadas, Centro de Estudios

para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, noviembre de 2009.

La Jornada, 8 de agosto de 2005.

La Jornada, martes 31 de marzo de 2009.

La Jornada, martes 11 de enero de 2011.

Torres Ruiz Gladis, "Más de 60 por ciento de las mujeres presas, purgan penas de otros", CIMAC Noticias México, D.F., 15 julio 2010.

"Urge CDHDF al Gobierno capitalino a procurar educación y formación de mujeres privadas de libertad", Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Dirección General de Comunicación Social, *Boletín de prensa* 174/2009, México, D.F., 9 de julio de 2009.

Dirección General de Reclusorios del Distrito Federal (<http://www.reclusorios.df.gob.mx>).

Forum en línea. Periodismo de análisis y reflexión (www.forumenlinea.com).

**LA DISCRIMINACIÓN
LABORAL DE LA MUJER
POR SU ESTADO
DE EMBARAZO**

JOSÉ LUIS TORRES LAGUNAS

*Magistrado del Tercer Tribunal Colegiado
en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito*

SUMARIO: I. Introducción. II. Discriminación. III. ¿Puede existir discriminación en contra del varón, derivada de las normas de trabajo? IV. Normatividad en materia de trabajo. V. Despidos por embarazo. VI. Labor jurisdiccional. VII. Aplicación de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; en dos asuntos en los que se despide a una trabajadora embarazada. VIII. Otro asunto similar. IX. Conclusiones. X. Bibliografía.

Todo en la mujer es un enigma, y todo en la mujer tiene el único objetivo de lograr el embarazo. El hombre es para la mujer sólo un medio para llegar al hijo. Pero, ¿qué es la mujer para el hombre? El que de verdad es hombre, sólo quiere dos cosas, el juego y el peligro; es por eso que busca a la mujer que es el más peligroso de los juguetes. Al guerrero no le gustan los frutos demasiado dulces, por eso le gusta la mujer, pues hasta la más dulce tiene algo de amargura dentro de sí. La mujer entiende a los niños mejor que el hombre a pesar de que el hombre es más niño que ella, pues en verdad que en el hombre hay siempre un niño que solamente quiere jugar. ¡Adelante, mujeres, a descubrir el niño que el hombre lleva dentro!

Friedrich Nietzsche

I. INTRODUCCIÓN

En nuestra sociedad las mujeres han sido y siguen siendo objeto de importantes discriminaciones que les impiden, en igualdad de condiciones con el hombre, participar en el desarrollo pleno y completo de sus capacidades, en su bienestar personal, familiar y social.

La mujer es el soporte fundamental de la familia. Contribuye con sus actividades al bienestar de la misma y con ello, al desarrollo de la sociedad.

La importancia que reviste la maternidad y el papel que la mujer realiza en la procreación de los hijos ya no debe ser causa de su discriminación.

Por ello, la labor que desempeña la mujer como madre y, a su vez como trabajadora, ha sido reconocida y salvaguardada tanto en diversas disposiciones de nuestra legislación laboral, como en algunas convenciones

internacionales. En especial, aquella emitida sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que fue adoptada y abierta a firma y ratificación, o adhesión, en resolución de dieciocho de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, la cual entró en vigor el tres de septiembre de mil novecientos ochenta y uno. (CEDAW) por sus siglas en inglés.

Es del dominio público la discriminación laboral que sufren las mujeres al acudir en busca de empleo. En los procesos de selección se ven desplazadas por mujeres que tienen un estado civil de solteras, y con mayor razón el desplazamiento se advierte de manera cotidiana en aquellas mujeres que se encuentran embarazadas.

En México existe regulación específica relacionada con el derecho de las mujeres, reconociendo en diversas disposiciones legales la plena igualdad entre el hombre y la mujer.

Al mismo tiempo, forman parte de nuestro propio sistema jurídico los convenios internacionales que México ha suscrito sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer.

II. DISCRIMINACIÓN

Así las cosas, la discriminación denota, distinción, exclusión o restricción de los derechos humanos y libertades fundamentales de la mujer en razón del sexo, tanto en las esferas política, económica, social, cultural y civil, como en el ámbito laboral para ser contratada en igualdad de circunstancias que el hombre, dado que existen innumerables empleos donde no se le acepta por su condición de mujer; coartándosele la posibilidad de ser contratada; donde se le separa de su trabajo por encontrarse en estado de gravidez; por contraer matrimonio, por necesidad de atender a sus hijos menores, etcétera.

III. ¿PUEDE EXISTIR DISCRIMINACIÓN EN CONTRA DEL VARÓN, DERIVADA DE LAS NORMAS DE TRABAJO?

Sí existe, de acuerdo con los ejemplos que enseguida se comentan. Históricamente, puede considerarse que los hombres han impuesto las normas legales para la tutela de sus propios intereses. A pesar de ello, la legislación que busca la discriminación por sexo, no cuenta con herramientas prácticas, funcionales, que produzcan el beneficio pretendido al tratar de cristalizar los derechos de las mujeres; por ello, en México se promulgó la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres.

Tanto en los negocios, como en la profesión las mujeres encuentran obstáculos de hecho que impiden tener el éxito buscado. Las madres de la clase trabajadora atadas a empleos de tiempo eventual y con escasa estabilidad en el empleo, al estar sujetas a que el empleador las estime indispensables, en razón de que cumplen satisfactoriamente su trabajo; y además de ello, realiza actividades adicionales en beneficio de la negociación; esto aún cuando le paguen bajo salario.

Existen diversas hipótesis en que la mujer es discriminada en el ámbito de la vida social. Esa discriminación se produce cuando hay violencia doméstica, en las relaciones con su pareja sentimental, en las oportunidades de empleo, etcétera.

Para proteger los derechos de la mujer la Norma Fundamental alude a igualdad en cuanto al género en los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Federal. Así, el párrafo tercero del primero numeral dice:

Artículo 1o.

(...)

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Sobre la igualdad, el segundo precepto en su párrafo inicial establece:

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

Al interpretar estos preceptos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que la tutela del principio de la igualdad y de no discriminación corresponden no sólo a la mujer, sino también al hombre.

Esta interpretación se produjo teniendo en cuenta que las normas de seguridad social protegen a la viuda pero no al viudo, y porque tampoco protegen al concubinario. Se da este supuesto en la Ley del Seguro Social que estuvo vigente hasta el 31 de junio de 1997, en el que el artículo 152 excluía al concubino del derecho a una pensión; y el numeral 130 de la vigente ley que condiciona el otorgamiento de ese beneficio al viudo, sólo en caso de acreditar la dependencia económica, respecto de la trabajadora asegurada fallecida. La interpretación que se produjo fue en aras de la tutela del derecho de género, estimando que al igual que el concubino o el viudo, integran una familia y no deben recibir un trato desigual o discriminatorio que las mujeres. Las aludidas normas en su texto dicen:

Artículo 152.- Tendrá derecho a la pensión de viudez la que fue esposa del asegurado o del pensionado.

A falta de esposa, tendrá derecho a recibir la pensión, la mujer con quien el asegurado o pensionado vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte de aquél o con la que

hubiera tenido hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el asegurado o pensionado tenía varias concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a recibir la pensión.

La misma pensión le corresponderá al viudo que estuviere totalmente incapacitado y *que hubiese dependido económicamente de la trabajadora asegurada o pensionada fallecida.*

Para tener derecho a esta pensión, que es equivalente al 50% de la pensión por invalidez, se requiere que el trabajador fallecido haya cotizado un mínimo de 150 semanas.

Artículo 130.- Tendrá derecho a la pensión de viudez la que fue esposa del asegurado o pensionado por invalidez. A falta de esposa, tendrá derecho a recibir la pensión, la mujer con quien el asegurado o pensionado por invalidez vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte de aquél, o con la que hubiera tenido hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el asegurado o pensionado por invalidez tenía varias concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a recibir la pensión.

La misma pensión le corresponderá al viudo o concubinario que dependiera económicamente de la trabajadora asegurada o pensionada por invalidez.

La Segunda Sala del Alto Tribunal aplicando los principios tuteladores de la igualdad y no discriminación, emitió criterios, en los cuales estimó que el hombre tampoco puede ser discriminado en las siguientes tesis:

SEGURO SOCIAL. EL ARTÍCULO 152 DE LA LEY RELATIVA, VIGENTE HASTA EL 30 DE JUNIO DE 1997, VIOLA LAS GARANTÍAS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.

El citado precepto, al otorgar el derecho a la pensión por viudez sólo a la que fue esposa del asegurado o pensionado, a la concubina que cumpla con los requisitos señalados en él y al viudo que se ubique en el supuesto previsto en el propio precepto, viola las garantías de igualdad y no discriminación contenidas en los artículos 1o., párrafos primero y tercero, y 4o., párrafo

primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque excluye al concubinario del derecho a obtener dicha pensión, no obstante que está colocado en igualdad de circunstancias que la viuda, el viudo o la concubina, pues de igual manera aquél integra una familia con la asegurada o pensionada, razón por la cual no debe ser tratado de manera desigual o discriminatoria frente a los indicados sujetos.

Registro No. 171611, Novena Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVI, Agosto de 2007, Página: 645, Tesis: 2a. CXV/2007, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional, laboral.

PENSIÓN POR VIUDEZ. EL ARTÍCULO 130, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL, AL CONDICIONAR SU OTORGAMIENTO A QUE EL VIUDO O CONCUBINARIO ACREDITE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA RESPECTO DE LA TRABAJADORA ASEGURADA FALLECIDA, VIOLA LAS GARANTÍAS DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que en los artículos 1o., párrafo tercero y 4o., párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se contienen las garantías individuales de igualdad y de no discriminación, que tutelan el derecho subjetivo del gobernado a ser tratado en la misma forma que todos los demás y el correlativo deber jurídico de la autoridad de garantizar un trato idéntico a todas las personas ubicadas en las mismas circunstancias, lo que proscribire todo tipo de discriminación que atente contra la dignidad humana y anule o menoscabe los derechos y libertades del varón y la mujer; porque ambos deben ser protegidos por la ley sin distinción alguna. En ese contexto, el artículo 130, segundo párrafo, de la Ley del Seguro Social, al condicionar el otorgamiento de la pensión por viudez a que el viudo o concubinario acredite la dependencia económica respecto de la trabajadora asegurada fallecida, a diferencia de la viuda o concubina de un asegurado, a quien no se le exige ese requisito, sin otra razón que las diferencias por cuestión de género y las económicas, viola las citadas garantías individuales, al imponer al varón una condición desigual respecto de la mujer.

Registro No. 167886, Novena Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXIX, Febrero de 2009, Página: 470, Tesis: 2a.VI/2009, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional, Laboral.

La igualdad. El concepto de igualdad se traduce jurídicamente en que varias personas, en número indeterminado que se encuentren en una determinada situación, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones que emanan de dicho estado. La igualdad consiste en que las personas se encuentren en aptitud de adquirir derechos y obligaciones iguales, desde un punto de vista cualitativo a los de otras personas colocadas en idéntica situación. El varón y la mujer no se encuentran en idénticas situaciones, no son iguales.

Diferencias. Su identidad únicamente se manifiesta por lo que respecta a su naturaleza genérica, porque ambos pertenecen al género humano. Empero, no son iguales en lo que corresponde a sus características biológicas, físicas, psicológicas, estructurales, etcétera; los seres humanos, hombre y mujer, en atención al género (masculino y femenino), son diferentes. Por tales razones, la igualdad es una concepción que no puede interpretarse como absoluta entre ambos sexos por ello, no se puede en el contexto social y legal imponer las mismas obligaciones y derechos, sin distinción entre uno y otro.

La igualdad en el derecho mexicano. Así, el sentido de las garantías contenidas en los artículos 1o. y 4o. de la Carta Magna, tiene como objeto colocar a los individuos en condiciones de acceder a idénticos derechos, con el objetivo principal de anular las situaciones de desigualdad manifiesta. Existen diferencias entre hombres y mujeres, tradicionalmente se les han asignado actividades distintas en razón del género. Se asocia a los hombres con la función de proveedor; a las mujeres con el trabajo doméstico y con el cuidado de los hijos.

En nuestro país, la tradición era que los hombres generalmente se dedicaran sólo al trabajo fuera del hogar, el cual producía el sustento económico para la familia. Las mujeres actualmente se dedican a desarrollar trabajos tanto en el hogar, como fuera de él. Consecuentemente, la participación de la mujer en el ámbito laboral continúa siendo muy inequitativa a la del hombre.

Hay cambios paulatinos en la idiosincrasia social mexicana, derivados de las clases sociales y básicamente por la evolución educativa y cultural de las familias, que han dado apertura al mercado laboral a las mujeres; y aunque persisten las brechas salariales y los patrones socioculturales que designan a la mujer como principal responsable del cuidado de la familia, traduciéndose ello en una distribución desigual de las actividades domésticas, las cuales a pesar de su alta contribución social no se reflejan en el ingreso económico de la familia, sin embargo, la colocan en desventaja con las mujeres trabajadoras; aunado a que se espera cumplan tanto con su jornada laboral fuera de casa, como con sus tareas tradicionales dentro del hogar.

La costumbre. A lo largo de la historia, la mujer ha sido subyugada a la fuerza del varón; éste considera que el sexo femenino es inferior y que, por tanto, carece de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión. Ese sometimiento que el varón hace de la mujer, históricamente se ha verificado y ha trascendido hasta la realidad actual. Hoy en día prevalecen en gran número de hogares, actos de violencia intrafamiliar generados por el varón, que producen la pobreza y exclusión social y trae a su vez hogares encabezados por mujeres, lo que les impone la doble carga de trabajo, tanto productivo como doméstico, que les impide acceder a empleos de tiempo completo o les limita sus posibilidades de promoción a cargos superiores.

Es imperativo reconocer la necesidad de lograr la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres, el respeto pleno a los derechos

de la población femenina; propiciar su desarrollo integral; su posición hacia el interior de la familia y alentar su proyección y participación en todos los ámbitos sociales.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene los principios de la igualdad entre el hombre y la mujer en los dispositivos 1o. a 4o., cuyo contenido teleológico dirige su observancia a la protección de uno de los grupos en mayor situación de vulnerabilidad, que constituyen las mujeres, las cuales en el curso de la historia no han podido alcanzar la igualdad plena en el reconocimiento y protección de sus derechos, pues se les ha relegado a los espacios domésticos colocándolas en mayor desventaja.

El objetivo de la igualdad es colocar a los particulares en condiciones de poder acceder a derechos reconocidos constitucionalmente. Implica eliminar situaciones de desigualdad manifiesta. No significa, que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, está aceptando implícitamente la existencia de desigualdades materiales y económicas.

El fin del principio de igualdad. No implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad. Se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio desigual e injustificado. El valor que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que produzcan, como efecto de su aplicación, generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre las personas que se encuentren en situaciones dispares.

Luego, en el trato diferenciado establecido a favor de la mujer subyace el principio de equidad de género. Implica la posibilidad de utilizar los

procedimientos diferenciales para corregir desigualdades. Utilizar medidas que no son necesariamente iguales, pero conducentes a la igualdad en términos de derechos, beneficios, obligaciones y oportunidades, las cuales facilitan que tiendan a mejorar su situación de desventaja como grupo y en su caso en la materia laboral, un empleo digno y bien remunerado.

La igualdad y la justicia. El principio de igualdad se halla relacionado estrechamente con el de justicia, supone un trato igual para los iguales, y desigual para los desiguales dadas las diferencias esenciales que con anterioridad he mencionado, por lo que es imperativo un trato apropiado a las circunstancias según el género de las personas. Con todo lo anterior se evidencia que, debido a circunstancias sociales y fácticas, hombres y mujeres son distintos entre sí, y que por tanto, en aras de la igualdad reconocida constitucionalmente, debe darse un trato desigual a quienes se encuentran en desiguales circunstancias.

En resumen, la Constitución mexicana, respetando los derechos de género y de trato desigual a los desiguales, diferencia entre el hombre y la mujer, pues la fracción V del apartado A, del artículo 123, establece que: Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para la salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo.

IV. NORMATIVIDAD EN MATERIA DE TRABAJO

El artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece, entre otras cosas, que toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto dispone:

(...)

V.- Las mujeres durante el embarazo no realizaran trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno para alimentar a sus hijos...

Como puede apreciarse, el numeral mencionado es categórico al otorgar un descanso de doce semanas a las mujeres con motivo de su embarazo con goce de salario íntegro. Igualmente, el derecho de no realizar trabajos que exijan esfuerzos considerables para su salud en relación con la gestación, y dos descansos extraordinarios en el período de lactancia para alimentar a sus hijos.

A su vez la fracción XXVII, incisos g) y h) previenen:

(...)

XXVII. Serán condiciones nulas y no obligarán a los contrayentes, aunque se expresen en el contrato:

g) Las que constituyan renuncia hecha por el obrero de las indemnizaciones a que tenga derecho por accidente del trabajo, y enfermedades profesionales, perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato o despedirse de la obra.

h) Todas las demás estipulaciones que impliquen renuncia de algún derecho consagrado a favor del obrero en las leyes de protección y auxilio a los trabajadores.

La ley reglamentaria de dicha disposición constitucional, en los artículos 5o. y 33, previene también, en armonía con esa norma suprema, la manera en que deben ser protegidos los derechos laborales de la mujer, estableciendo el primero de ellos, en su fracción XIII, que son de orden público y, por tanto, no producirá efecto legal ni impide el goce y ejercicio de los derechos, sea escrita o verbal, la renuncia por parte del trabajador de cualquiera de los derechos o prerrogativas consignadas en las normas de trabajo.

La carencia de efectos legales de la renuncia verbal o escrita de los derechos laborales se ve administrada por el aludido artículo 33, de la ley reglamentaria del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando en su texto estatuye de manera categórica que:

Es nula la renuncia que los trabajadores hagan de los salarios devengados, de las indemnizaciones y demás prestaciones que deriven de los servicios prestados, cualquiera que sea la denominación que se le dé.

El trabajo de las mujeres. En la antigüedad, el trabajo femenino consistía en realizar actividades domésticas. Con el nacimiento de inventos tecnológicos se modificó esa costumbre. La mujer comenzó a hacer trabajos fuera del domicilio, y posteriormente, se manifestó la tendencia a disminuir el trabajo domiciliario para efectuarlo en centros de trabajo privados o públicos, en busca de mayor productividad y mejores salarios.

La legislación laboral prevé que las mujeres disfruten de los mismos derechos y de las mismas obligaciones que los hombres. Prevé que sus disposiciones sobre el trabajo femenino pretendan, fundamentalmente, proteger la maternidad. A este respecto, cuando se ponga en peligro la salud de la mujer o la del producto durante el estado de gestación o de lactancia y sin que sufra perjuicio en su salario, prestaciones y derechos, no podrá utilizarse su trabajo en labores insalubres o peligrosas, nocturnas o de carácter

industrial, ni en establecimientos comerciales o de servicio después de las diez de la noche, así como en horas extraordinarias.

Las labores insalubres o peligrosas para las mujeres son aquellas que, por su naturaleza y por las condiciones físicas, químicas y biológicas del medio en que se realizan, o por la composición de la materia prima que se utilice, pueden actuar sobre la vida y la salud física y mental de la mujer en estado de gestación, o del producto.

Las madres trabajadoras gozan de los siguientes derechos:

- a) Durante el periodo del embarazo, no realizarán trabajos que exijan esfuerzos considerables y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación, tales como levantar, tirar o empujar grandes pesos, que produzcan trepidación, estar de pie durante largo tiempo o que actúen o puedan alterar su estado psíquico y nervioso;
- b) Disfrutarán de un descanso de seis semanas anteriores y seis posteriores al parto;
- c) Los periodos de descanso a que se refiere la fracción anterior se prorrogarán por el tiempo necesario en el caso de que se encuentren imposibilitadas para trabajar a causa del embarazo o del parto;
- d) En el periodo de lactancia tendrán dos reposos extraordinarios por día de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos, en el lugar adecuado e higiénico que designe la empresa;
- e) Durante los periodos de descanso, percibirán su salario íntegro. En los casos de prórroga, tendrán derecho al cincuenta por ciento de su salario, por un periodo no mayor de sesenta días;

- f) Al regresar al puesto que desempeñaban, siempre que no haya transcurrido más de un año de la fecha de parto, a que se computen en su antigüedad los periodos pre y postnatales.

El artículo 4o. de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará) dice:

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

(...)

el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;

Por otra parte, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia dice en sus artículos 4o., 6o. fracción IV y I lo., también en tutela de los principios de igualdad y no discriminación; y en lo concerniente a las políticas públicas que deben tutelar esas garantías, al definir la violencia contra las mujeres, y al aludir a la violencia laboral, lo siguiente:

Artículo 4o.- Los principios rectores para el acceso de todas las mujeres a una vida libre de violencia que deberán ser observados en la elaboración y ejecución de las políticas públicas federales y locales son:

- I. La igualdad jurídica entre la mujer y el hombre;
- II. El respeto a la dignidad humana de las mujeres;
- III. La no discriminación, y
- IV. La libertad de las mujeres.

Artículo 6o.- Los tipos de Violencia contra las Mujeres son:

(...)

Violencia económica.- Es toda acción u omisión del Agresor que afecta la supervivencia económica de la víctima. Se manifiesta a través de limitaciones encaminadas a controlar el ingreso de sus percepciones económicas, así como la percepción de un salario menor por igual trabajo, dentro de un mismo centro laboral;

Artículo 11.- Constituye violencia laboral: la negativa ilegal a contratar a la Víctima o a respetar su permanencia o condiciones generales de trabajo; la descalificación del trabajo realizado, las amenazas, la intimidación, las humillaciones, la explotación y todo tipo de discriminación por condición de género.

Los objetivos y acciones que establece la ley citada en materia de acceso a la igualdad de la mujer en oportunidades económicas consisten, entre otros, en el ámbito laboral en:

- Establecimiento y empleo de fondos para la promoción de la igualdad en el trabajo y los procesos productivos;
- Desarrollar acciones para fomentar la integración de políticas públicas con perspectiva de género en materia económica;
- Reducir los factores que relegan la incorporación de las personas al mercado de trabajo y a puestos y directivos en razón de su sexo;
- Incorporación a la educación y formación de las personas que en razón de su sexo están relegadas;
- Acciones de información y concientización, destinadas a fomentar la igualdad entre mujeres y hombres;
- Vincular todas las acciones financiadas para el adelanto de las mujeres;
- Evitar la segregación de las personas por razón de su sexo, del mercado de trabajo;
- Igualdad en la contratación del personal en la administración pública;
- Reducción de la pobreza con perspectiva de género, y
- Establecer estímulos y certificados de igualdad.

V. DESPIDOS POR EMBARAZO

Es común advertir la existencia de múltiples juicios en materia de trabajo en los cuales, ante la afirmación de un despido de una trabajadora embarazada, el patrón se excepciona negando el mismo y argumentando comúnmente, que ella renunció a su empleo.

También es frecuente apreciar que esas renunciaciones se encuentran formuladas en formatos preestablecidos, en cuya redacción se establece que no existe adeudo alguno en favor del trabajador, relacionado con el pago de salarios devengados, vacaciones, prima vacacional, aguinaldo, séptimos días, días festivos y otras prestaciones relacionadas con el vínculo laboral.

Igualmente es habitual advertir que, incluso en esos formatos, se alude a que durante el tiempo en que se estuvo laborando el trabajador no presentó enfermedad profesional ni sufrió accidente laboral alguno.

En esos documentos se concluye que existe la voluntad libre y espontánea del trabajador de renunciar a su trabajo.

En algunas hipótesis se exhibe de manera conjunta un recibo de finiquito, en el que se hace un desglose circunstanciado de las prestaciones laborales y la cantidad que se liquidó por cada una de ellas al obrero.

Corresponde a las Juntas de Conciliación y Arbitraje, Locales o Federales, en caso de que se produzca demanda, resolver si esa renuncia es legal, cuando el empleado argumenta que: se le hizo firmar documentos en blanco al ingresar a su empleo; que se le obligó a firmarla por el patrón, o que no es su firma la plasmada en el documento escrito que se llega a exhibir en el procedimiento.

Es aquí cuando el juzgador ordinario de la materia puede calificar esa prueba partiendo de la base constitucional citada, en armonía con lo reglamentado en la Ley Federal del Trabajo.

Nuestra legislación ordinaria también contiene un título especial en dicha ley, en el cual tutela el trabajo de las mujeres, recogiendo en ese apartado el principio de igualdad con los hombres.

Así, el artículo 164, dispone que:

Artículo 164. Las mujeres disfrutan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones que los hombres...

El artículo 165, consigna:

Artículo 165. Las modalidades que se consignan en este Capítulo tienen como propósito fundamental, la protección de la maternidad...

El numeral 170, previene:

Artículo 170. Las madres trabajadoras tendrán los siguientes derechos:

I.- Durante el período del embarazo, no realizarán trabajos que exijan esfuerzos considerables y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación, tales como levantar, tirar o empujar grandes pesos, que produzcan trepidación, estar de pie durante largo tiempo o que actúen o puedan alterar su estado psíquico y nervioso;

II.- Disfrutarán de un descanso de seis semanas anteriores y seis posteriores al parto;

III.- Los períodos de descanso a que se refiere la fracción anterior se prorrogarán por el tiempo necesario en el caso de que se encuentren imposibilitadas para trabajar a causa de embarazo o del parto;

IV.- En el período de lactancia tendrán dos reposos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos, en el lugar adecuado e higiénico que designe la empresa;

V.- Durante los períodos de descanso a que se refiere la fracción II, percibirán su salario íntegro. En los casos de prórroga mencionados en la fracción III, tendrán derecho al 50% de su salario por un período no mayor de sesenta días;

VI.- A reingresar al puesto que desempeñaban, siempre que no haya transcurrido más de un año de la fecha del parto; y

VII.- A que se computen en su antigüedad los períodos pre y postnatales...

VI. LABOR JURISDICCIONAL

Es labor del juzgador llevar la aplicación de estos principios legales a través de los fallos judiciales, cristalizando en ellos la tutela de los derechos laborales de las mujeres.

Esta labor implica llevar a la sentencia el texto constitucional que tutela de manera relevante el derecho a la maternidad.

Luego, si ante la existencia de un conflicto laboral que se somete a la decisión judicial se alega un despido injustificado, ocurrido cuando la trabajadora está embarazada, el juzgador ordinario tiene la obligación legal, derivada tanto del texto constitucional como de las normas ordinarias aludidas, de ponderar, si la excepción común que se hace valer en los juicios, consistente en que tal despido no existió porque la trabajadora renunció voluntariamente a su empleo, si es verosímil que se haya producido tal renuncia, sopesando en ese análisis:

- a) Que el derecho de las mujeres a gozar de prerrogativas laborales antes del parto y, después de él, derivan de la ley fundamental.
- b) Que las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, reglamentaria del artículo 123 Constitucional son de orden público y, por tanto, que no producirá efecto legal; y, tampoco impedirá el goce y ejercicio de los derechos la renuncia que la trabajadora realice, sea escrita o verbal.
- c) Que es nula la renuncia que las trabajadoras hagan de los salarios devengados, de las indemnizaciones y de las demás prestaciones que deriven de los servicios prestados.
- d) Que cuando los derechos no han sido declarados en forma definitiva, durante la tramitación de un conflicto, el convenio celebrado por las partes no puede constituir renuncia, por más que se establezca que la trabajadora consiente en no obtener todo lo reclamado en su demanda, precisamente porque no hay decisión judicial que sea cosa juzgada en la cual se haya definido cuántos y cuáles son los derechos que se generaron en el vínculo de trabajo.
- e) Si la renuncia de derechos puede pactarse por un trabajador y, en consecuencia, si el compromiso que adquiere de no exigir las prestaciones que en su caso establece la ley, son o no nulos, considerando que también es un derecho del trabajador el ya no prestar servicios y, por ende, el ejercicio de esa renuncia.
- f) Examinar, en su caso y de acuerdo con la fracción XXVII, del artículo 123 Constitucional, incisos g) y h), que serán condiciones nulas, que no obligan a los contratantes, aunque se expresen en el contrato, las que constituyan renuncia de indemnizaciones por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluso por despido y de igual manera que son nulas las estipulaciones que implican renuncia de algún derecho consagrado en favor del obrero.

- g) Finalmente, deberá considerarse al resolver aquellos asuntos en los cuales se produzca renuncia de una mujer embarazada, si adicional al escrito que en su caso se hubiese exhibido de esa dimisión, hay finiquito, en el que aparezcan circunstanciadas las cantidades que se le cubrieron por cada uno de sus derechos laborales.

Entonces, si en el examen que se realice por el juzgador se llega a apreciar que la renuncia puede ser nula por virtud de que no se advierta el pago de las prestaciones laborales generadas durante el vínculo de trabajo; y a su vez aquéllas que deriven de la seguridad social con motivo del embarazo, así se debe declarar en el laudo que se pronuncie en el juicio laboral respectivo.

En su caso, el juzgador federal en su labor de tutela de legalidad de los actos de autoridad y haciendo una interpretación de las disposiciones constitucionales y legales, puede enmendar un fallo del que se advierta la existencia de un despido injustificado, que obedezca al estado de gravidez de la trabajadora, que ponga de manifiesto además que obedeció a una discriminación por virtud de ese embarazo.

El ejercicio jurisdiccional de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, al dirimir estas controversias ponderando esos aspectos, tiene su fundamento en el artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo, que les otorga la facultad de resolver en conciencia, a verdad sabida y buena fe guardada, sin necesidad de sujetarse a reglas sobre estimación de pruebas.

Además, tanto de las facultades constitucionales y legales aludidas, las Juntas están impuestas a acatar los convenios internacionales, que son parte integrante de las normas que rigen en el Estado mexicano, ya que dichos tratados se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales, aunque por debajo de nuestra Ley Fundamental, según la interpretación que sobre el artículo 133 de la Constitución Federal emitió

el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis que en su rubro y texto dice:

TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES, INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO

133 CONSTITUCIONAL. La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.

Registro No. 172650, Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXV, Abril de 2007, Página: 6, Tesis: P. IX/2007, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional.

Luego, con apoyo también en lo dispuesto por el tratado que se suscribió y ratificó por el Estado mexicano, que contiene la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, siglas en inglés), adoptada por la Organización de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y ratificado por México el 23 de marzo

de 1981, se puede colmar el silogismo jurídico, partiendo de esas premisas para concluir que el despido de una trabajadora, producido con motivo de su embarazo, es una forma de discriminación con las consecuencias legales respectivas lo cual, si no hace el juzgador ordinario, toca a la justicia federal en aras de la labor de cuidar que todo acto de autoridad se ciña al principio de legalidad previsto en el artículo 16 constitucional.

Al respecto el artículo 11.2 de dicho pacto dispone:

Artículo 11.

...2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán las medidas adecuadas para:

a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil...

Todo lo anterior permite concluir que si existen herramientas jurídicas en el derecho mexicano para proteger los derechos laborales de las mujeres y evitar se le discrimine en ese ámbito de la vida.

VII. APLICACIÓN DE LA CONVENCION SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, EN DOS ASUNTOS EN LOS QUE SE DESPIDE A UNA TRABAJADORA EMBARAZADA

El Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito, en el Estado de Nuevo León, pronunció sentencia en un juicio de amparo directo, en el cual la trabajadora prestaba sus servicios como empleada de

limpieza con el patrón, quien la despidió cuando tenía aproximadamente ocho meses de embarazo.

En el juicio laboral que promovió, reclamó el pago de los derechos laborales que se generaron por el vínculo de trabajo. El empleador se excepcionó argumentando que la actora renunció. Presentó prueba pericial para acreditar que aquélla suscribió la renuncia escrita que exhibió en el procedimiento al haberla objetado, alegando la demandante que la firma y huella fueron puestas cuando estaba el documento en blanco.

El amparo se concedió para que la Junta, haciendo uso de sus facultades sobre valoración de pruebas y apoyada en el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el numeral 841 de la Ley Federal del Trabajo, en armonía con el 5o. y 33 de la misma, y la norma del convenio internacional citado, ponderara si era verosímil y lógico que se produjera esa renuncia cuando la trabajadora tenía aproximadamente ocho meses de embarazo; teniendo en cuenta fundamentalmente, la obligación de cumplir con la convención internacional suscrita por México el tres de septiembre de mil novecientos ochenta y uno, relacionada con la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), en cuyo artículo 11 punto 21 inciso a), contempla la protección que se debe tener por toda autoridad a una mujer trabajadora con motivo de la maternidad, según texto ya transcrito.

Se impuso a la autoridad laboral que al pronunciar el nuevo laudo considerara también que no existía un recibo de finiquito en el cual se desglosara de manera circunstanciada qué cantidad se le cubriría por cada una de las prestaciones laborales a que tenía derecho con motivo de su empleo; pero en esencia se impuso a la Junta tomará en cuenta si podía renunciar a sus derechos de seguridad social, como son el servicio médico, medicinas, licencia de incapacidad, lactancia, etcétera. Se le dio libertad de jurisdicción para juzgar.

En cumplimiento de la sentencia de amparo, la Junta dictó el nuevo laudo. Sin embargo, insistió en que esa renuncia era válida y otra vez absolvió al patrón de los reclamos de la trabajadora.

Ésta promovió nuevo amparo, del que conoció el mismo tribunal colegiado. En la sentencia de dicho órgano jurisdiccional federal, estableció que era ilegal la decisión de la Junta en la valoración que hizo, al no confrontar la documental privada consistente en el escrito de renuncia y con la presunción humana, nacida ésta de la percepción lógica de la incredulidad de que pudiera producirse dicha renuncia estando embarazada.

Al decidirlo así se privilegió tal presunción, partiendo ello de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Federal del Trabajo y el Tratado Internacional citado, en aquella parte en que se tutelan los derechos laborales de la mujer embarazada.

VIII. OTRO ASUNTO

SIMILAR

Asimismo, se falló en otro juicio de amparo promovido por otra mujer trabajadora en contra del acuerdo dictado por una Junta Especial, en el que archivó el asunto como totalmente concluido, al considerar la existencia de un convenio celebrado entre ella y las propias demandadas, dentro de un diverso juicio laboral, en el que se dio por terminado el vínculo de trabajo que las unió, y sin otorgar la garantía de audiencia a la actora, la Junta mandó el expediente al archivo.

Esa determinación que constituyó el acto de autoridad en el juicio de amparo se estimó contraria a derecho, ya que se concluyó que sin haber escuchado en el juicio a la actora y sin haberle permitido ofrecer pruebas y objetar las que le perjudicaran, e incluso sin dictar un laudo en que se analizara y resolviera la controversia, se aprobó ese pacto, lo cual se estimó

violatorio de la garantía de previa audiencia, estatuida en el párrafo segundo del artículo 14 constitucional.

Además, se destacó como consideración especial que la Junta pasó por alto lo expuesto por la mujer trabajadora en su demanda laboral, en cuanto a que reconoció la existencia del convenio mencionado por la responsable, pero agregó que debido a su estado de embarazo las empresas demandadas se comprometieron a sostener vigentes sus derechos como asegurada, para efectos de gozar de las incapacidades prenatal y postnatal, cuya fecha aproximada de parto estaba próxima y, que no obstante ello, la dieron de baja sin avisarle ante la institución social, quien por esa razón negó el pago de los subsidios generados por la derechohabiente, así como los servicios de seguridad social, poniendo en riesgo tanto la vida del producto como de la propia demandante, y que por ello, a juicio de ésta, el convenio celebrado ante la Junta Especial de la Local de Conciliación y Arbitraje resultaba nulo de pleno derecho.

La particularidad anterior que se ponderó en el juicio de amparo, considerándose que la autoridad laboral debió tomar en cuenta la misma al dictar el laudo reclamado, para sopesar si el estado de embarazo que dijo tener la actora, y los derechos generados por éste afectaban o no la verosimilitud del convenio celebrado ante la propia responsable; máxime que la preñez se encuentra reconocida como una condición que amerita un trato especial en las relaciones de trabajo, tanto en nuestra Carta Magna como en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

De lo anterior se advierte que en la labor jurisdiccional aunque de forma paulatina, sí se ha implementado la aplicación de los convenios internacionales en materia de equidad de género que forman parte de nuestra legislación, en aras también de la aplicación del artículo 133 de la Constitución Federal.

Sobre este mismo tópico la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la Segunda Sala, emitió jurisprudencia por contradicción de tesis, en la cual al interpretar el artículo 123, Apartado A, fracción XXVII, de la Constitución Federal, estableció que cuando se llegue a celebrar un convenio ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje, en el cual trabajador y patrón den por concluido el nexo laboral, puede plantearse la nulidad de ese pacto por la parte obrera, en el supuesto de que se hubiese celebrado renunciando a algún derecho laboral. Este criterio que otorga el derecho al afectado para pedir la nulidad de aquel convenio, en el cual se le hayan afectado esos derechos laborales, puede ser también declarado nulo, de oficio, por la autoridad jurisdiccional ante quien se haya celebrado. A su vez, esa nulidad, de acuerdo con esa jurisprudencia, puede ser declarada también de oficio por el órgano jurisdiccional federal que conozca del asunto.

Dicho criterio es relevante porque permite a las partes afectadas, en el caso que sean los trabajadores, los que puedan solicitar la nulidad de aquellos convenios que celebren con sus empleadores que contengan renuncia de derechos, contenidos en el precepto constitucional citado y en la Ley Federal del Trabajo. Además, impone a la autoridad jurisdiccional ante quien se haya celebrado y aprobado ese pacto, que lo pueda declarar nulo, no sólo mediante la petición del afectado, sino también de manera oficiosa. Esta facultad de declararlo de oficio se impone también a los tribunales de la Federación.

El texto de dicha tesis dice:

CONVENIO LABORAL SANCIONADO POR LA JUNTA DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE. LAS CAUSAS DE NULIDAD ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 123, APARTADO A, FRACCIÓN XXVII, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DEBEN DECLARARSE EN EL JUICIO LABORAL O EN EL DE AMPARO, DE OFICIO O A PETICIÓN DE PARTE. Las menciones específicas contenidas en

la citada fracción se refieren a derechos sustentados en principios de orden público; por tanto, cuando en un juicio laboral se ventilen cuestiones relacionadas con algún convenio sancionado por la Junta de Conciliación y Arbitraje, pactado en contravención al artículo 123, apartado A, fracción XXVII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la autoridad que conoce del asunto debe hacer la declaración o reconocimiento de nulidad respectivo, por vía de acción o de excepción, o bien, de oficio, por aplicación directa de la Ley Suprema. Asimismo, si esa nulidad no fuere planteada y la autoridad jurisdiccional no se pronunciare oficiosamente al respecto, entonces deberá hacerlo el órgano de amparo, cuando sea la parte obrera la quejosa, también por aplicación directa de la Constitución y en suplencia de la queja. Lo anterior no riñe con el criterio sustentado en la tesis 2a./J. 162/2006, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIV, Diciembre de 2006, página 197, de rubro: "CONVENIO LABORAL. LA NULIDAD DEL CELEBRADO ANTE LA JUNTA DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE PARA DAR POR CONCLUIDO UN CONFLICTO, DEBE DEMANDARSE EN UN NUEVO JUICIO.", en razón de que aborda un tema distinto, como lo es la vía idónea para demandar la nulidad de un convenio celebrado entre las partes en un juicio laboral para dar por terminado el conflicto, y aprobado por la Junta, en términos de los artículos 33 y 876, fracción III, de la Ley Federal del Trabajo, el cual no se identifica con el criterio antes especificado.

Novena Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXIX, Enero de 2009, Página: 608, Tesis: 2a./J. 195/2008, Jurisprudencia, Materia(s): laboral.

Como puede advertirse de ese criterio relevante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya se le dio importancia trascendente a los derechos laborales que pueden ser tutelados. Sobre todo aquel relacionado con el otorgamiento a las mujeres trabajadoras de los tres meses con goce de sueldo por su estado de embarazo, periodos de lactancia, seguridad social, etcétera. De suerte que si llegara a celebrar la trabajadora embarazada un convenio en que se de por concluida su relación laboral y

se hayan pasado por alto sus derechos laborales y de seguridad social, contenidos tanto en la Constitución Federal, en la Ley Federal del Trabajo y la Ley del Seguro Social, está en aptitud de solicitar su nulidad y la Junta de Conciliación y Arbitraje puede tutelarlos de oficio y, en su caso, el órgano jurisdiccional que llegue a conocer del propio conflicto a través del juicio de amparo.

IX. CONCLUSIONES

No es fácil lograr en un tiempo breve la modificación de los patrones sociales y culturales de la conducta consuetudinaria de los hombres y las mujeres; patrones con base en los cuales a lo largo de la historia han sido discriminadas éstas. No es fácil que esa modificación cultural se dé con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres o mujeres.

Los propósitos de las políticas públicas y, en especial, la aplicación de las normas legales que permitan decidir con justicia, erradicando las formas de discriminación contra la mujer, son objetivos que debemos buscar no sólo en el ámbito familiar sino también en el social y en el ejercicio de nuestras actividades jurisdiccionales.

Con ello, se garantizará que la educación incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social, y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de los hijos. Un ejercicio cotidiano en que se asuma esa responsabilidad común y de ambos sexos podrá traer más adelante la erradicación total de la discriminación de la mujer también en el ámbito laboral.

X. BIBLIOGRAFÍA

CLIMENT Beltrán, Juan B., "Ley Federal del Trabajo". 4a. ed., Editorial Efinge, Naucalpan, Estado de México, 1990.

Instituto Nacional de las Mujeres, INMUJERES, "Compilación Legislativa para Garantizar a las Mujeres una vida libre de Violencia", 1a. reimp., México, octubre de 2008.

_____, "Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres", Dirección General de Planeación. México, 1a. reimp., mayo de 2008.

NIETZSCHE, Friedrich, *La genealogía de la moral y otras obras*, Autores Selectos, Grupo Editorial Tomo, México, 2003, traduc. Roberto Mares.

RAMÍREZ Fonseca, Francisco, "Ley del Seguro Social" (comentada) –vigente hasta el 30 de junio de 1997–, 4a. ed., Editorial Pac, México, 1983.

RAMOS Ruvalcaba, María Simona y José Carlos, Díaz Rivadeneyra, *Nueva Ley del Seguro Social. Comentada*. Editorial Porrúa, México, 1999.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *6 Voces sobre justicia y género en el Poder Judicial de la Federación*, 1a. ed., México, 2011.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 4a. ed., México, 2010.

Otras fuentes

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Decreto de 1 de junio de 2011, por el que se modifica el capítulo I, del Título Primero y, reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Entre ellos, el 1o., 3o., 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105 de la misma.

Decreto de 6 de junio de 2011, por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Expedientes de los juicios de Amparo directo 799/2008 y 502/2009, resueltos por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito en Monterrey, Nuevo León.

Ley de Acceso a las Mujeres a una vida libre de violencia.

AUTORES

COSSÍO DÍAZ
JOSÉ RAMÓN

Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Licenciado en derecho por la Universidad de Colima, Maestro en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid y Doctor *suma cum laude* por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Fungió como Jefe del Departamento de Derecho del ITAM, así como profesor de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho en la misma Institución. Ha publicado diversos artículos y libros relacionados con el quehacer del Poder Judicial, el derecho constitucional, la democracia y los debates sobre la cultura indígena en su dimensión jurídica. Es colaborador permanente de la revista *Este País*, y miembro del Consejo Directivo de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados. También es miembro del Sistema Nacional de Investigadores y de la Academia Mexicana de Ciencias, de la cual recibió el Premio Nacional de Investigación 1998, en el área de Ciencias Sociales.

CARRILLO DE LEÓN
GONZALO HIGINIO

Magistrado del Segundo Tribunal Colegiado en materias Administrativa y Civil del Décimo Noveno Circuito. Licenciado en Derecho, cuenta con una maestría en Derecho Fiscal y otra en Filosofía, también es Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Tamaulipas. Ha realizado posgrados en administración de justicia federal en Juzgados de Distrito, en la Escuela Judicial del Instituto de la Judicatura Federal, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sistemas penales acusatorios en Iberoamérica en la academia de la Magistratura del Perú, Equidad de Género en la Universidad Pompeu Fabra y Derecho Comparado en materia penal en las Universidades de Tufts, Católica de Chile y Externado de Colombia. Ha sido catedrático y conferencista del Instituto de la Judicatura Federal, de barras y colegios de abogados y notarios de diversas ciudades del país.

ESCUDERO CONTRERAS
DANIEL HORACIO

Magistrado del Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Licenciado en Derecho por la Universidad Regional del Sureste, Oaxaca; Master Internacional en Derecho Civil y Familiar de la Universidad Autónoma de Barcelona y Maestro en Derechos Humanos, Impartición de Justicia y Género impartida por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, cuenta con una Especialidad en Derecho Privado por la UNAM y ha sido parte de diversos cursos y diplomados sobre amparo, derecho constitucional, igualdad en la impartición de justicia, argumentación jurídica, temas selectos del pensamiento jurídico contemporáneo, propiedad industrial, derecho concursal, el nuevo sistema de justicia penal acusatorio y acciones colectivas. Ha sido docente en la Extensión del Instituto de la Judicatura Federal en Mazatlán, Sinaloa; en la Escuela Judicial del Instituto de la Judicatura Federal, en la ciudad

de México; en el Instituto de Ciencias Jurídicas de Estudios Superiores; en la UNAM, así como en el Centro de Capacitación Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

MONDRAGÓN REYES

SALVADOR

Magistrado del Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Especialista en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España y Maestro en Derechos Humanos por la Universidad Iberoamericana. Doctorando en Derecho Público y Método Jurídico por la Universidad de Alicante, España. Ha sido parte de diversos cursos, tales como "Equidad de Género", impartido en la Universidad Pompeu Fabra en Barcelona y "Formación de Docentes en Derecho Internacional de los Derechos Humanos", impartido por la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Instituto de la Judicatura Federal. Cuenta con varias publicaciones en donde aborda temas relativos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, discriminación por creencias religiosas y argumentación jurídica.

PAREDES CALDERÓN

RICARDO

Magistrado del Segundo Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito. Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Maestro en Ciencias Penales por la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón de la Universidad Nacional Autónoma de México; y Maestro en Derechos Humanos, Impartición de Justicia y Género. Doctor en Derecho Penal por el Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas. Ha cursado diplomados sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Constitucional y Amparo, Derecho

Penal, justicia para adolescentes, temas selectos del pensamiento jurídico, actualización legislativa, juicios orales y argumentación jurídica. Ha sido docente en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y en la Universidad Anáhuac del Sur.

TORRES LAGUNAS

JOSÉ LUIS

Magistrado del Tercer Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del Cuarto Circuito. Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y Maestro en Derecho Penal por el Instituto Nacional de Ciencias Penales. Realizó diversos cursos para formación de profesores en el Colegio de Bachilleres, en la propia UNAM y en el Instituto de la Judicatura Federal. Ha participado en diversos foros e impartido conferencias sobre materias de amparo y argumentación. Ha sido catedrático en la Facultad de Contaduría y Administración de la Universidad Nacional Autónoma de México, en la Universidad Autónoma de Nuevo León, y el Instituto de la Judicatura Federal. Tiene publicados diversos ensayos en la Revista Jurídica del Departamento de Derecho *IUSTICIA* del Instituto Tecnológico de Monterrey, y en la *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*.

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en mayo de 2012 en los talleres de Ediciones Corunda, S.A. de C.V., calle Tlaxcala núm. 19, Colonia Barrio de San Francisco, Delegación Magdalena Contreras, C.P. 10500, México, D.F. Se utilizaron tipos Gill Sans Std de 7, 8, 9, 10, 12, 13, y 14 puntos. La edición consta de 1,000 ejemplares impresos en papel bond de 75 grs.

