

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

PO

B614.113

M494.6h

México. Suprema Corte de Justicia de la Nación

Hacia la Igualdad : sentencias con perspectiva de género / [esta obra estuvo a cargo de la Unidad de Igualdad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; prólogo Ministro Juan N. Silva Meza ; prefacio Elba Sánchez Pozos ; introducción Armando I. Maitret Hernández]. -- México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.

xix, 116 p. ; 24 cm. -- (Voces sobre justicia y género ; 6)

Contenido: Cuotas de género SG-JDC-48/2013 y acumulados : Sala Regional Guadalajara del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación / Leticia Bonifaz -- Reaprehensión y embarazo : amparo indirecto 218/2012 Juzgado Segundo de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región / Corina Giacomello -- Incesto y violación : juicio de amparo indirecto 816/2012 Juzgado Quinto de Distrito del Centro Auxiliar de la Quinta Región / Leticia Bonifaz -- Beneficios preliberacionales y "circunstancias del caso" expediente de ejecución número 187/2012 Juzgado de Ejecución de Sanciones del Poder Judicial del Estado de Tlaxcala / Corina Giacomello -- Hostigamiento sexual : toca penal 283/2012 Segundo Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito / Leticia Bonifaz -- ¿Comisión por omisión? : amparo directo 51/2012 Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito / Corina Giacomello -- Cuotas de género SUP-JDC-12624/2011 y acumulados Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación / Leticia Bonifaz -- Abusos deshonestos contra una menor : amparo directo penal 889/2012 Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región / Corina Giacomello.

ISBN 978-607-468-729-3

1. Equidad de género – Impartición de justicia – México 2. Embarazo – Situación jurídica – Prisión 3. Incesto – Violación 4. Abuso sexual – Menor de edad 5. Cuotas de género 6. Beneficios penales 7. Hostigamiento sexual 8. Comisión por omisión I. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Unidad de Igualdad de Género II. Silva Meza, Juan, 1944- III. Sánchez Pozos, Elba, prol. IV. Maitret Hernández, Armando Ismael, prol. V. t. VI. ser.

Primera edición: octubre de 2014

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 Unidad de Igualdad 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

Hacia la Igualdad: Sentencias con Perspectiva de Género

VI

MÉXICO, 2014

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Juan N. Silva Meza
Presidente

Primera Sala

Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Presidente

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Segunda Sala

Ministro Luis María Aguilar Morales
Presidente

Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Ministro Alberto Pérez Dayán
Ministro Sergio A. Valls Hernández

CONTENIDO

Prólogo	VII
Prefacio.....	IX
Introducción.....	XIII
CUOTAS DE GÉNERO	
SG-JDC-48/2013 Y ACUMULADOS	
Sala Regional Guadalajara del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación	
Leticia Bonifaz.....	I
REAPREHENSIÓN Y EMBARAZO	
AMPARO INDIRECTO 218/2012	
Juzgado Segundo de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región.....	
Corina Giacomello	15
INCESTO Y VIOLACIÓN	
JUICIO DE AMPARO INDIRECTO 816/2012	
Juzgado Quinto de Distrito del Centro Auxiliar de la Quinta Región.....	
Leticia Bonifaz	27

BENEFICIOS PRELIBERACIONALES Y "CIRCUNSTANCIAS DEL CASO" EXPEDIENTE DE EJECUCIÓN NÚMERO 187/2012 Juzgado de Ejecución de Sanciones del Poder Judicial del Estado de Tlaxcala Corina Giacomello	45
HOSTIGAMIENTO SEXUAL TOCA PENAL 283/2012 Segundo Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito Leticia Bonifaz.....	61
¿COMISIÓN POR OMISIÓN? AMPARO DIRECTO 51/2012 Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito Corina Giacomello	75
CUOTAS DE GÉNERO SUP-JDC-12624/2011 Y ACUMULADOS Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación Leticia Bonifaz.....	87
ABUSOS DESHONESTOS CONTRA UNA MENOR AMPARO DIRECTO PENAL 889/2012 Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región Corina Giacomello	101

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 Igualdad 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*

PREFACIO

La Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia, A. C. (AMIJ), en apego al compromiso que tiene de impulsar la impartición de justicia con perspectiva de género y derechos humanos, emitió, en 2013, tres convocatorias de participación y reconocimiento a fin de difundir sentencias y prácticas innovadoras, emitidas y aplicadas por los órganos impartidores de justicia nacionales en las categorías: "Acceso a la justicia y derechos humanos", "Excelencia e innovación judicial" y "Sentencias que incorporan perspectiva de género".

Para ello, difundió las bases respectivas que especificaron los requisitos que debían contener las resoluciones a participar; entre ellos, el atinente a la observación de la normatividad en materia de transparencia y acceso a la información, a fin de proteger datos sensibles y reservados de las partes contendientes.

Así, con el propósito de lograr el objetivo, se conformó un jurado imparcial integrado por especialistas en las diversas materias, quienes atendieron

a los criterios de evaluación especificados en las convocatorias, con lo que se permitió el reconocimiento y premiación de sentencias destacadas emitidas por juzgadores y juzgadas de varias partes del país, tanto locales como federales.

En lo relativo a la categoría, "Sentencias que incorporan perspectiva de género", el jurado calificador se integró por la Doctora en Derecho Leticia Bonifaz Alfonzo, Directora de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE); la Doctora Corina Giacomello, Investigadora del Centro de Estudios Jurídicos de la Universidad Autónoma de Chiapas y Doctora en Estudios Latinoamericanos por la UNAM, y la Licenciada Cristina Hardaga Fernández, Socia Fundadora de la Asociación Civil "EQUIS: Justicia para las Mujeres", asociación que monitorea decisiones judiciales mediante el Observatorio de Sentencias Judiciales sobre los Derechos de las Mujeres.

Dicho jurado analizó, en cada resolución participante, la importancia y novedad de la forma de abordar el caso planteado, la contextualización del mismo, el nivel propositivo, la calidad de la argumentación jurídica en materia de género y si la sentencia resultó un ejemplo de cómo aplicar la perspectiva de género.

Específicamente, tomó en consideración si la sentencia identificó la existencia de una relación desequilibrada de poder y si la persona se encuentra en una situación de vulnerabilidad o de desigualdad formal, material y/o estructural; si aplicó un escrutinio estricto en casos en los que estén involucradas categorías sospechosas como sexo, género y/o preferencia/orientación sexual; si interpretó los hechos sin estereotipos discriminatorios y de acuerdo al contexto de desigualdad verificado; si cuestionó la pretendida neutralidad de la norma a fin de evaluar los impactos diferenciados en su aplicación, o si verificó la existencia de estereotipos en la norma en el actuar de las autoridades y determinó la manera de combatirlos por medio

de la resolución o sentencia; si argumentó de tal manera que la sentencia se hizo cargo de las desigualdades detectadas; si se hizo uso de un lenguaje incluyente, y si se determinaron medidas de reparación integral del daño que atendieron a la afectación del proyecto de vida de la persona involucrada.

Consciente de la importancia de la difusión y publicación de las sentencias y preocupada por contribuir al fortalecimiento de una cultura de igualdad de género, la Asociación Mexicana de Juzgadoras, A.C., a través de su mesa directiva, logró el registro de cuarenta fallos, de los cuales quince obtuvieron el merecido reconocimiento.

En el "Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género: Haciendo Realidad el Derecho a la Igualdad", emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se afirma que las sentencias, además de ser imprescindibles en la construcción de un Estado democrático de derecho, tienen el poder individual y colectivo de impactar en la vida de las personas. Por ende, en el quehacer jurisdiccional, las sentencias con perspectiva de género asumen un papel relevante porque generan confianza en la judicatura, en tanto forman parte de una estrategia que combate la impunidad, la discriminación y la desigualdad, y envían el mensaje de que las violaciones a derechos humanos no se toleran y se reparan.

Así, esta compilación de resoluciones jurisdiccionales evidencia el compromiso de preservar los derechos humanos y la aplicación de la perspectiva de género por parte de quien imparte justicia en México y pretende poner al alcance de todas las personas algunos precedentes de aplicación de la ley con perspectiva de género, a fin de coadyuvar a cumplir con la obligación constitucional y convencional de promover, respetar, proteger y garantizar; bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, el derecho a la igualdad y a la no discriminación consagrados en los artículos 1º y 4º constitucionales.

Quienes impartimos justicia estamos especialmente compelidos a hacer realidad los derechos de igualdad y acceso a la justicia, por lo que es menester coadyuvar en la creación de herramientas eficaces, como esta compilación de sentencias, que transparentan las acciones de quien impartimos justicia en materia de género, a fin de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado, por motivos de discriminación y revictimización.

En suma, esta obra, escrita por la Dra. Leticia Bonifaz y la Dra. Corina Giacomello, obedece a la imperiosa necesidad de hacer públicas las sentencias que reflejan el esfuerzo de las y los juzgadores; por reducir los obstáculos para que las mujeres y los grupos en situación de vulnerabilidad accedan realmente a la justicia; por combatir las relaciones asimétricas de poder, y por evidenciar la supuesta neutralidad de las normas, incluso las constitucionales, cuya interpretación sin perspectiva de género, perpetuaría indefinidamente las desigualdades sociales.

Magistrada Elba Sánchez Pozos
Asociación Mexicana de Juzgadoras A. C.

INTRODUCCIÓN

La idea de contar con un reconocimiento a las sentencias que incorporan la perspectiva de género ha estado presente desde el nacimiento de las mesas de análisis que se instalan en las Asambleas de la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia (AMIJ) desde 2007; sin embargo, no fue sino hasta 2012 que se tomó formalmente la determinación para instaurar tal reconocimiento.

Las razones por las cuales tuvimos que esperar cinco años para poder lanzar el reconocimiento son muchas y muy variadas, y es en este espacio introductorio en el que queremos compartir, con las y los lectores de esta valiosa obra, cuáles fueron los retos a los que nos enfrentamos y cuál fue el camino que tuvimos que recorrer para poder contar hoy con la primera generación de sentencias galardonadas, de las que el presente volumen dará cuenta.

Desde la instalación de las primeras mesas de análisis de AMIJ, se tuvo muy claro que el reto que tenían por delante la Secretaría Ejecutiva

de la Asociación y la Secretaría Técnica de las mesas era muy grande: cómo lograr un cambio en la forma de analizar y resolver un caso donde las circunstancias sociales, económicas y tradicionales perpetúan violaciones a los derechos humanos en razón del sexo de las personas. El reto no era menor, ya que estamos ante un cambio cultural en la forma de impartir justicia, es decir, hay que establecer un nuevo paradigma.

Era y sigue siendo fundamental, para la AMIJ, implantar una política para juzgar con perspectiva de género, la cual, de acuerdo con el *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género: Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación implica "questionar la aparente neutralidad de las normas; visibilizar que, en muchas ocasiones éstas se construyen sobre bases estereotípicas; es decir, de acuerdo con expectativas y roles sociales asignados de forma arbitraria a hombres y mujeres en virtud de su sexo; así como tomar en consideración los efectos diferenciados que las normas tienen cuando se aplican a hombres y mujeres".

El primer paso consistía en diagnosticar cómo estábamos y hacia dónde debíamos ir. Para ello, iniciamos con charlas, mesas de diálogo y discusión sobre qué debíamos entender cuando a quien imparte justicia se le invita a que juzgue con perspectiva de género. Para ello, desde 2007 y durante cinco años, la mira en los trabajos de AMIJ en este tema estuvo puesta en comunicar, difundir y compartir las experiencias de juzgadores y juzgadas, quienes han marcado un hito en la impartición de justicia con perspectiva de género, con el ánimo de motivar a sus colegas a hacer lo propio.

En distintas ocasiones y desde las primeras mesas de trabajo en materia de género instaladas por la AMIJ, se invitó a especialistas, académicos, magistradas, ministros y ministras para que desde su visión, aportaran elementos para introducir una metodología para juzgar con perspectiva de género.

En este sentido, los primeros pasos para la instauración de un reconocimiento a la función jurisdiccional con perspectiva de género fue compartir, difundir y poner a disposición de las y los impartidores de justicia las herramientas técnicas para comprender el concepto de juzgar con perspectiva de género y el carácter positivo y transformador que eso podía traer en nuestra sociedad.

Después de varias reuniones y al paso de algunos años de enfocar esfuerzos en diagnósticos y de difundir entre los integrantes de la AMIJ lo relevante de implantar una perspectiva de género al momento de juzgar —tarea que dista mucho de haber concluido—, la Secretaría Ejecutiva de la AMIJ y la Secretaría Técnica de la mesa de género, impulsada por la Unidad de Igualdad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consideraron que era momento de introducir un elemento más en la ecuación: crear los incentivos para animar a quienes imparten justicia a emitir sentencias con perspectiva de género, o bien, si ya lo estaban haciendo, encontrar los mecanismos para sacar a la luz tales sentencias y mostrarlas como lo que son, ejemplos para otros juzgadores y juzgadoras de que el cambio está sucediendo y que el nuevo paradigma establecido por la reforma constitucional de junio de 2011 puede ser una realidad con la actuación cotidiana al resolver los casos concretos.

En este contexto, en noviembre de 2012, en el marco de la Séptima Asamblea General Ordinaria de la AMIJ, la mesa de equidad de género tomó la determinación de crear un premio que reconociera la labor de los impartidores de justicia que juzgan con perspectiva de género. La propuesta específica aprobada por la mesa fue el otorgamiento de un reconocimiento público al juzgador o juzgadora, así como al órgano cuya sentencia se destacara por su argumentación, calidad y efecto protector en materia de igualdad de género.

El reto no era sólo romper las resistencias a incorporar esta nueva forma de impartir justicia, sino eliminar la timidez de las y los impartidores de justicia para dar a conocer a la comunidad jurídica sus sentencias, pues, en este aspecto, habría que hacer permear que el certamen no ponía a competir sentencias entre sí, ni el objetivo era someterlas a una crítica destructiva, sino que sirvieran como motivación que cada vez más, los juzgadores y juzgadoras fueran motores del cambio de paradigma.

De esta forma, nace por primera vez la convocatoria al "Reconocimiento a Sentencias que Incorporan Perspectiva de Género" en abril de 2013, misma que se decide realizar de manera conjunta entre AMIJ y la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres, ONU Mujeres, con la puntualización de que el reconocimiento se otorgaría a la sentencia, como norma jurídica individualizada y, en este tenor, se destacaba la labor del órgano impartidor de justicia que la hubiera emitido.

Con el reconocimiento AMIJ se buscan tres cosas: a) crear un incentivo para las y los impartidores de justicia a involucrarse a juzgar con perspectiva de género, que, como toda cuestión novedosa, involucra un proceso de aprendizaje teórico; b) reconocer el esfuerzo de quienes, poco a poco, se atreven a romper paradigmas e intentar hacer las cosas de manera diferente. Suena fácil, pero sabemos lo difícil que es dejar atrás una forma convenida, compartida, aprendida y tradicional de hacer las cosas, para intentar y aventurarse a ver un asunto de forma distinta, con una lente especial, con una meticulosidad diferente, y c) contar con la apertura de querer someter al escrutinio de un jurado, un trabajo personal o colegiado, que implica el sentido de humildad y humanidad de todo trabajo: aceptar que es perfectible.

El universo de juzgadores al que se dirigió la convocatoria fue amplísimo, se buscó llegar a todos los impartidores e impartidoras de justicia del

país, tanto a nivel local como federal y sin importar la materia sobre la que versaba la sentencia, siempre y cuando se analizara el caso con perspectiva de género.

La convocatoria permaneció abierta durante 4 meses y cerró con 51 sentencias participantes emitidas por órganos jurisdiccionales locales y federales, en diversas materias, específicamente, la penal, electoral, civil, administrativa y laboral; tres de ellas no cumplieron los requisitos de la convocatoria, por lo que no se revisaron. En consecuencia, 48 sentencias fueron analizadas por el jurado calificador.

Un primer problema con el que se topó la Secretaría Ejecutiva, al recibir las sentencias participantes, fue que muchas de ellas no cumplían con los requisitos de ser versiones públicas, en las que se cuidaran las reglas de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales, pues la idea era que esos documentos se pondrían a disposición de cualquier persona interesada, enfatizando que una de las finalidades del premio era socializar y hacer públicos los trabajos de los impartidores e impartidoras de justicia en la materia.

Las personas integrantes del jurado que revisaron las sentencias del concurso lo hicieron con un enorme compromiso con el tema de igualdad de género y pusieron gran profesionalismo, entrega y dedicación. Insistimos que sólo lo hicieron movidas por su compromiso con el tema, puesto que fue un jurado honorífico de la mayor calidad, integrado por especialistas en materia de género y derechos humanos.

La AMIJ agradece profundamente a Leticia Bonifaz Alfonzo del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), Corina Giacomello de la Universidad Autónoma de Chiapas y Cristina Hardaga Fernández de la Asociación Civil "EQUIS: Justicia para las Mujeres", su valioso trabajo y su

disposición permanente para revisar las sentencias participantes. Dicho jurado le dio gran seriedad a nuestro certamen.

Sin pretender entrar demasiado a detalle en este punto, pues será el que nuestras estimadas doctoras Leticia Bonifaz y Corina Giacomello apuntarán en el cuerpo del presente trabajo, queremos subrayar que el jurado revisó 48 resoluciones, con el correspondiente reto de evaluar perspectiva de género en temas tan distintos como el de un incesto o la participación de la mujer en un proceso electoral.

Tampoco se buscaba poner a competir las sentencias participantes; lo que la Secretaría Ejecutiva de la AMIJ pidió a quienes integraron el jurado fue buscar elementos novedosos y útiles, para que otros y otras impartidoras de justicia pudieran usarlas como un ejemplo en la impartición de justicia con perspectiva de género y construir una cadena de valor.

Al finalizar la revisión, el jurado calificador determinó otorgar ocho reconocimientos y cinco menciones especiales. Recibieron mención especial aquellas resoluciones que, si bien no alcanzaron los méritos para obtener un reconocimiento, por su calidad argumentativa o utilidad del proyecto, fueron dignas de distinguirse. De esas sentencias se dará cuenta en la presente publicación, que se pone a consideración, con el ánimo de mostrar y difundir, cómo el cambio de paradigma es posible.

En AMIJ sabemos que aún tenemos muchos retos para futuras convocatorias; probablemente el más importante es el de la difusión más amplia al interior de los órganos impartidores de justicia, especialmente en jurisdicciones locales, donde más trabajo nos cuesta llegar; y también, aumentar cuantitativa y cualitativamente las sentencias concursantes. Queremos más y mejores sentencias participantes, queremos conocer a todos los y las impartidoras de justicia expertas en igualdad de género.

Finalmente, queremos destacar que la presente publicación contribuirá al cambio de paradigma que desde la AMIJ estamos impulsando en la materia. Nos sumamos en ese fin con la Unidad de Igualdad de Género, integrada a la Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y con la Asociación Mexicana de Juzgadoras, aliados en una misión que nos hará mejores.

Podemos decir que, en este terreno, hoy estamos caminando por un piso más firme en la misión de juzgar con perspectiva de género, y un instrumento fundamental para ese fin es el "Pacto para Introducir la Perspectiva de Género en los Órganos de Impartición de Justicia en México", el cual está en fase de implementación, sin dejar a un lado los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

En este último aspecto, destaca también el *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género: Haciendo Realidad el Derecho a la Igualdad* de la SCJN, que tiene como propósito atender las problemáticas detectadas y las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de "Campo Algodonero", Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú, relativas al control de convencionalidad por quienes imparten justicia y, por tanto, a la aplicación del Derecho de origen internacional, así como el establecimiento de instrumentos y estrategias de capacitación y formación en perspectiva de género y derechos de las mujeres. Dicha herramienta establece las bases para aplicar la perspectiva de género en el quehacer jurisdiccional y comprender la importancia de hacerlo, como un método útil para garantizar el derecho a la igualdad.

Mgdo. Armando I. Maitret Hernández
Secretario Ejecutivo de la AMIJ

CUOTAS DE GÉNERO

SG-JDC-48/2013 Y ACUMULADOS

*Sala Regional Guadalajara del Tribunal Electoral
del Poder Judicial de la Federación*

LETICIA BONIFAZ

Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE)

SUMARIO: I. Síntesis y antecedentes del caso. II. Aspectos relevantes de la sentencia. 1. Cuestiones procesales. Un análisis preliminar. 2. Dificultades interpretativas. III. Conclusiones.

I. SÍNTESIS

Y ANTECEDENTES DEL CASO

El 4 de abril de 2013, el Consejo General del Instituto Electoral de Chihuahua publicó, en el *Periódico Oficial del Estado*, el Acuerdo que establece los lineamientos y criterios para el registro de candidatos a Diputados, Miembros del Ayuntamiento y Síndicos en el proceso electoral dos mil trece.

Cuatro mujeres militantes de los partidos Acción Nacional y de la Revolución Democrática interpusieron Juicio para la protección de los Derechos Político-Electorales ante la Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación con sede en la ciudad de Guadalajara, Jalisco, a fin de impugnar dicho Acuerdo, así como algunas disposiciones de la Ley Electoral del Estado de Chihuahua que violaban sus derechos políticos. La violación consistía en una vulneración del sistema de cuotas de género

consagrado por la Constitución y las convenciones internacionales para garantizar el derecho de las mujeres a participar, en condiciones de igualdad, en la vida pública del Estado mexicano.

Las actoras arguyen que el contenido del Considerando Décimo Quinto del acuerdo impugnado transgrede el ordenamiento mexicano pues exceptúa del mandato de paridad previsto en la ley aquellas candidaturas que sean resultado de un procedimiento democrático. Definición que corresponde, según lo expresa el Acuerdo, a los estatutos de cada partido.

II. ASPECTOS RELEVANTES DE LA SENTENCIA

La Sala Regional Guadalajara concluye que la regla de participación en materia de equidad de género en el Estado de Chihuahua es el cincuenta por ciento y que sólo en caso de que matemáticamente no pueda obtenerse esa cifra (como cuando el cien por ciento resulte ser un número impar), se considerará el porcentaje más cercano a la paridad.

Para sustentar su determinación, cita, instrumentos internacionales de protección y garantía de los derechos humanos de las mujeres. Así, la Sala Regional aduce que el artículo 7 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer instruye a los Estados Parte a tomar "todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país".

Además, invoca el contenido del artículo 4 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará", que señala 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 derechos humanos, comprendiéndose, entre otros,

"el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones."

Por último, argumenta que la Declaración Universal sobre la Democracia, adoptada por el Consejo Interparlamentario de la UNESCO en su 161ª sesión, en la parte I, punto IV, sostiene que el logro de la democracia supone una auténtica asociación entre hombres y mujeres para la buena marcha de los asuntos públicos, de modo que tanto hombres como mujeres actúen en igualdad y complementariedad, obteniendo un enriquecimiento mutuo a partir de sus diferencias.

La Sala Regional afirma que la Constitución Federal, en consonancia con la normativa internacional, protege y garantiza el acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad, tal y como se desprende de la interpretación sistemática y funcional del artículo 1º, quinto párrafo, en relación con los numerales 4 y 35, fracción II, todos constitucionales.

Agrega que tanto el Estado mexicano como el Estado de Chihuahua cuentan con sendas leyes en materia de igualdad entre mujeres y hombres, cuyos principios rectores son igualdad, no discriminación, equidad y todos aquellos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La sentencia de la Sala Regional Guadalajara es un ejemplo de la aplicación del nuevo marco constitucional y de las consecuencias políticas y sociales de la actividad interpretativa de los Jueces electorales.

Las decisiones de la judicatura, en especial las de la judicatura constitucional, han provocado cambios en el diseño y la operación de las instituciones del país. Cuando una decisión judicial aplica seriamente los principios y derechos constitucionales y rompe la ideología de la desigualdad arraigada durante siglos, ninguna de sus proposiciones, tesis, reflexiones o conclusiones

puede tomarse a la ligera. Todas ellas avanzan en la real y efectiva protección de la igualdad formal y sustantiva de género en todas las dimensiones de la vida; en particular, la vida pública.

La sentencia de la Sala Regional demuestra la relación existente entre el razonamiento judicial, la comprensión y solución de un problema complejo y el perfeccionamiento paulatino de un sistema democrático basado en derechos.

La Sala regional resuelve, finalmente, que el párrafo tercero del artículo 131 de la Ley Electoral del Estado de Chihuahua debiera ser inaplicado y la expresión: "Quedando exceptuadas las candidaturas que sean resultado de un proceso de elección democrático conforme a los estatutos de cada partido." eliminada del Considerando Décimo Quinto del Acuerdo impugnado. Lo mismo determinó respecto del párrafo 4 del artículo 133 de la Ley Electoral del Estado de Chihuahua y, con ello, ordenó la supresión de la porción normativa: "sin ser obligatoria dicha alternancia" del Considerando Décimo Octavo de dicho Acuerdo.

1. Cuestiones procesales. Un análisis preliminar

La sentencia incorpora dos cuestiones procesales que, a pesar de su naturaleza preliminar, influyen sobre el juicio con perspectiva de género. Estas cuestiones son las relativas a la figura del *per saltum* y a la ausencia de normas de competencia y procedimientos en el Estado de Chihuahua.

La figura del *per saltum* otorga la posibilidad de acudir a la jurisdicción federal (Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación) cuando la jurisdicción de las entidades federativas es defectuosa; es decir, no cumple con las garantías procesales requeridas o no aseguran la oportuna reparación de las violaciones o el adecuado resarcimiento de los derechos político-electorales afectados. Esta figura constituye una excepción al denominado principio de definitividad, según el cual se deben agotar los recursos

previstos en las leyes locales (obteniendo con esto una resolución definitiva) antes de acudir a la justicia federal.

Por otro lado, está la ausencia de mecanismos, procedimientos, normas que permitan, siquiera, acudir a la protección de los tribunales para combatir ciertos actos de las autoridades electorales. La existencia de reglas generales, pero sobre todo de principios, hacen difícil que en las leyes locales no se encuentren mecanismos jurídicos para combatir determinados actos de naturaleza electoral. Las competencias de los tribunales electorales fueron diseñadas para que ningún acto o resolución quedara excluida de la revisión judicial. Sin embargo, el caso resuelto por la Sala Regional Guadalajara mostró la falta de normas de competencia y de procedimientos que permitieran que el Tribunal Electoral del Estado de Chihuahua revisara y analizara la legalidad, convencionalidad y constitucionalidad de la resolución que afectó a las actoras.

En este caso, la ausencia de normas de competencia implicaba que el legislador del Estado de Chihuahua no dotó al tribunal electoral local de las atribuciones para conocer y resolver sobre la legalidad de los Acuerdos del Consejo General del Instituto Estatal Electoral. Esta fue la conclusión a la que llegaron los Magistrados de la Sala y a partir de ella, asumieron "competencia directa" sobre el asunto; lo que involucró resolver en definitiva y ordenar la inaplicación de ciertas normas y la adecuación de la legislación electoral local al bloque de constitucionalidad.

La posición adoptada por la Sala Regional es un referente para la revisión de las deficiencias presentes en otras leyes electorales. Sobre todo porque los problemas de incompletitud¹ de cualquier orden jurídico,

¹ El término de "incompletitud" se utiliza para sostener que un sistema jurídico no prevé la solución a un determinado caso. Es decir que en dicho sistema existen "lagunas normativas". Ver a este respecto el capítulo VI del libro de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Normative Systems*, Springer-Verlag, New York, 1971.

cuando tienen que ver con la participación política de las mujeres en condiciones no discriminatorias, constituyen un síntoma alarmante de la fuerte resistencia que todavía opone la milenaria cultura de la desigualdad y la diferenciación.

2. Dificultades interpretativas

En la literatura jurídica existe un acuerdo de que en los procesos judiciales, las cuestiones que se discuten suelen formar parte de dos campos distintos. El primero de ellos es el de la interpretación de normas y el segundo el de la "prueba de hechos". La *quaestio iuris* y la *quaestio facti*, como suelen ser llamadas, representan los aspectos esenciales de la práctica judicial. Estos dos campos o aspectos se unen para conformar la justificación final de una decisión. Se encuentran, por tanto, íntimamente relacionados. Pero la diversidad de los casos hace que el valor y la importancia de esos aspectos (interpretación y prueba) sean distintos. Hay casos en que la interpretación de los textos normativos resulta mucho menos controvertida que la prueba de los hechos. También los hay en que la demostración empírica no presenta dificultades, pero la determinación del significado preciso de la norma que debe aplicarse. A los problemas de indeterminación del significado se les llama también problemas de calificación normativa.

El asunto tratado por la Sala Regional es un caso de calificación normativa. Gira en torno al significado que debe atribuírsele a ciertas normas de la Ley Electoral del Estado de Chihuahua. En especial, a las contenidas en los párrafos 3,4 y 5 del artículo 131. La base para la determinación del significado fue, desde luego, la conformada por disposiciones de la Constitución federal y de algunos tratados internacionales. Es decir, el significado que se le diera a aquellas normas debía ser acorde con el texto y el sentido de estas últimas disposiciones. En esto consistirían los controles de constitucionalidad y de convencionalidad que la Sala debía operar:

El control de las normas de la ley electoral local implicaba también la revisión de algunos puntos del Acuerdo impugnado. Estos puntos se referían a dos aspectos centrales. Por un lado, a que los resultados obtenidos en los "procedimientos democráticos" de selección interna de candidatos, celebrados por los partidos políticos conforme a sus estatutos, constituían una excepción a las cuotas de género aplicables a las candidaturas. Por otro lado, que el Acuerdo impugnado, al establecer que los partidos políticos "procurarían, en la mayor medida posible" registrar y postular fórmulas constituidas por personas del mismo sexo, convertía la obligación de realizar la postulación en tales términos en una "obligación facultativa". Esto trastocaba el propósito de la ley, que no había incluido la expresión "en la medida de lo posible" en ninguna parte.

En el examen, la sentencia mostró varias cuestiones interpretativas. Una fue sostener que resultaba injustificado agregar en el Acuerdo la expresión "en la medida de lo posible" porque, además de que esta expresión no estaba incluida en la ley, le restaba claridad a la obligación de cumplir con la cuota de género (cincuenta por ciento mujeres y cincuenta por ciento hombres) en la integración de las candidaturas a diputaciones y regidurías locales. En realidad, lo más relevante era que aquellos términos mostraban los inconvenientes del uso en la ley del verbo "procurar", conjugado en tiempo futuro del modo indicativo y referido a la tercera persona del plural (procurarán). En términos gramaticales, el verbo "procurar" implica una situación de grado, de propósito, de "esfuerzo para que suceda lo que se expresa".² En términos jurídicos, aunque su especial conjugación lo relacione con una obligación, ésta se encuentra condicionada por el significado gramatical del propio verbo. Esto significa que, en efecto, la ley establece claramente una obligación, pero una obligación de procurar y no de lograr o conseguir.

² Ver el significado establecido por el *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*.

Por su parte, las palabras "en la medida de lo posible" reafirmaban el problema legal. En realidad, el verdadero nudo se encontraba en la obligación de procurar. En estricto sentido, en el significado ordinario del verbo. Porque, la "obligación de procurar" el registro de fórmulas integradas por personas del mismo sexo es distinta e incompatible con la obligación directa de registrar fórmulas con esa integración.

La posición que tomó la Sala respecto de este punto es relevante porque influyó, de manera decisiva, en la interpretación que hizo de otras normas de la ley electoral local y en la decisión de inaplicar el párrafo 4 del artículo 133. En ese párrafo se establecen, entre otras cosas, que las listas de regidurías presentadas por los partidos políticos para su registro no sólo deberán respetar la paridad de género (cincuenta por ciento mujeres y cincuenta por ciento hombres) en la designación de candidatos propietarios y candidatos suplentes, sino que, además, deberá aplicarse el principio de alternancia respecto de los primeros, aunque no respecto de los segundos. Esto quiere decir que el género de los candidatos propietarios tiene que determinarse alternando a hombres y mujeres, uno a uno, pero en la determinación del género de los candidatos suplentes no tiene que seguirse esta regla (la de la alternancia) de manera obligatoria.

Aquí, la Sala nuevamente consideró que no obligar a los partidos políticos a alternar los géneros en la composición de sus listas de candidatos suplentes atentaba contra la regla de la paridad de género (en términos más generales, contra la equidad de género). Por eso, decide inaplicar el párrafo 4 del artículo 133 de la Ley Electoral del Estado de Chihuahua, que establecía un régimen potestativo y no obligatorio. En materia de igualdad de género, es preciso tener en cuenta que los objetivos y las cuotas operan de manera distinta.³ Lo que debe "tenerse en la mira" son los objetivos.

³Ver Atienza, Manuel, "Un comentario al caso Kalanke", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Número 19, pp. 111-122, Alicante, 1996.

Las cuotas sólo son instrumentales y, por ende, su implementación debe ser cautelosa. De lo contrario, existe el riesgo de establecer sólidos esquemas de cuotas que, paradójicamente, se alejen de los objetivos finales sobre la igualdad. En el ámbito político electoral, ya se han presentado varias situaciones de este tipo.

El conocido caso de las "juanitas", suscitado después del proceso electoral del año dos mil nueve, es emblemático.⁴ Otro ejemplo destacado es el de la regla sobre cuotas prevista en el artículo 153 del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Distrito Federal. De acuerdo con esta regla, la sustitución de un Magistrado electoral debe ser hecha por otro del mismo género.

Esta regla presentó problemas cuando se dio la primera sustitución porque, aunque la cuota parecía cumplir el objetivo de igualdad real, la integración del órgano jurisdiccional local era originalmente desigualitaria. La aplicación de la regla sólo mantenía la desigualdad original. La resolución tomada por la Sala Regional Guadalajara trató de evitar que se presentaran problemas como los de los dos casos mencionados.

Respecto a la constitucionalidad/convencionalidad de la regla que establece la "obligación de procurar" que en las fórmulas electorales los candidatos sean del mismo género, mantener la regla aumentaría exponencialmente las dificultades para la efectiva equidad de género. En efecto, el significado de la palabra "procurar" hace referencia a aspectos graduales y, por lo mismo, a la posibilidad de que se presenten diversos escenarios que correspondan, cada uno, a distintos grados de consecución de lo que se

⁴ En 2009, ocho diputadas federales que habían sido electas pidieron licencia dos días después de haber asumido sus cargos. Curiosamente, todos los suplentes eran hombres. Se entendió así que la solicitud simultánea de licencia tenía como finalidad ceder los lugares a dichos varones. En este caso, las reglas sobre cuotas se cumplieron; sin embargo, los objetivos se hicieron a un lado. Se habló, incluso, de la presencia de un "fraude de ley".

quiere. En este caso, de que las fórmulas estén integradas por personas de idéntico sexo.

Saber si la "obligación de procurar" es contraria a la Constitución y a los tratados internacionales es, como lo evidencia la sentencia, un punto que tendrá que discutirse con mayor tiempo y profundidad. En este caso, se concluye que aquella es una obligación que no contribuye a lograr la verdadera igualdad de las mujeres en el plano público. Esta obligación, aun formando parte de una regla de cuotas, limita, más que propiciar, la consecución de dicha igualdad.

III. CONCLUSIONES

La sentencia también mostró, de manera puntual, los temas más complejos y relevantes respecto de la participación política de la mujer en condiciones de igualdad. Al distinguir la "igualdad formal" de la "igualdad material", centró la discusión en las constantes dificultades que aún persisten para lograr un verdadero "empoderamiento de las mujeres" en el ámbito público. Sobre todo planteó dos cuestiones de fondo que reflejan la gran complejidad y la extrema importancia que tiene el respeto de los derechos humanos, particularmente los de las mujeres, en el contexto de un Estado constitucional y democrático de derecho como el mexicano. La primera de ellas es la de los perniciosos efectos que genera la tensión entre la igualdad global que debe existir en todas las elecciones democráticas ("procesos democráticos" para utilizar la expresión empleada y discutida en la sentencia) y la desigualdad que producen las cuotas de género y las acciones afirmativas. El uso de cuotas, por su particular forma de operarlo, mantiene abierta la posibilidad de objeciones sobre la discriminación directa al otro género; objeciones que, aunque han sido poco a poco desarticuladas, se mantienen en el centro del debate.

La segunda cuestión, mucho más importante, se relaciona con una descripción crítica de la situación que impera en nuestro país respecto de los derechos de las mujeres. Aquí se alude claramente a lo que la doctrina llama "punto de partida" y "punto de llegada".⁵ Las cuotas y las acciones afirmativas deben ser siempre temporales.⁶ No hay duda que representan una "discriminación inversa", pero es una discriminación que se justifica plenamente por la finalidad última que persigue. Esta finalidad es la igualdad real, la "igualdad material" entre mujeres y hombres, tal y como lo sostienen en la sentencia los Magistrados que integran la Sala Regional de la II Circunscripción, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Esta finalidad es el "punto de llegada" al que deben aspirar todas las sociedades democráticas comprometidas con los derechos humanos.

Finalmente, la sentencia analizada determinó con precisión el pensamiento que subyace en la doctrina del tribunal electoral del país. Un pensamiento sin duda igualitario y garantista que, empero, se mantiene en un proceso de desarrollo inacabado. Un pensamiento que, como se desprende de la sentencia, es respetuoso de las recomendaciones y sugerencias de las instancias internacionales preocupadas por los derechos de las mujeres. Los presupuestos de este pensamiento han quedado establecidos con exactitud. Ahora queda ampliarlos y mejorarlos por medio de discusiones racionales, analíticas, tolerantes y sobre todo abiertas a la crítica.

⁵ Cfr. Atienza, Manuel, *loc. cit.*, pp. 112 y ss.

⁶ Véase el texto del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: Esta convención forma parte del Derecho Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

REAPREHENSIÓN Y EMBARAZO

AMPARO INDIRECTO 218/2012

*Juzgado Segundo de Distrito
del Centro Auxiliar de la Segunda Región*

CORINA GIACOMELLO

Universidad Autónoma de Chiapas

SUMARIO: I. Síntesis y antecedentes del caso. II. Aspectos relevantes de la sentencia. **1.** Argumentación. **2.** Elementos ausentes en la sentencia. **3.** Reparación. **III.** Conclusiones.

I. SÍNTESIS Y ANTECEDENTES DEL CASO

El caso se desarrolla en el Estado de México. Una mujer fue procesada en libertad por el delito de despojo. Entre sus obligaciones para seguir gozando de la libertad caucional, se encontraba la de presentarse al juzgado cada vez que se la citase.

Sin embargo, durante la instrucción no se presentó a una audiencia, pese a haber sido citada varias veces. La acusada justificó su ausencia argumentando que había tenido un embarazo de alto riesgo que la obligaría a no poder salir durante cuarenta días junto con su hija, quien se encontraba en una incubadora. Para demostrar su dicho, acompañó carta de un documento en copia simple de un médico del IMSS. El Juez Primero Penal de Primera Instancia de Ecatepec de Morelos –Estado de México– respondió ordenando a la acusada que entregara la documentación oportuna para

comprobar sus afirmaciones en un plazo de cinco días. Siendo que la acusada no cumplió con el término, el Juez giró una orden de reaprehensión en su contra y su remisión al centro de reclusión correspondiente.

Set Leonel López Gianopoulos, Juez Segundo de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, amparó a la quejosa y revocó la orden de reaprehensión.

II. ASPECTOS RELEVANTES DE LA SENTENCIA

La sentencia está redactada con eficacia y capacidad de síntesis. Expone el caso adecuadamente, resumiendo las circunstancias del mismo y reproduciendo las herramientas legislativas y jurisprudenciales estrictamente necesarias a la argumentación.

El Juez Set Leonel López Gianopoulos argumenta con propiedad de forma y contenido su resolución, enlistando los motivos que lo inducen a revocar la orden de aprehensión.

El juzgador se refiere a distintos instrumentos nacionales e internacionales para fundamentar su argumentación, en lo particular la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la resolución del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto al expediente "Varios 912/2010" y las tesis P.XVI/2011 y Ia. XXVI/2012 (10a.), el Caso González y otras vs. México ("Campo Algodonero"), la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:

El Juez Segundo de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región no se limita a reproducir o mencionar los instrumentos mencionados.

Al contrario, estos fungen como la espina dorsal de su argumentación. En este sentido, responde a lo que se indica en la sección *Argumentación* del *Protocolo para juzgar con Perspectiva de Género*:¹

Justificar el uso de la norma que sea más protectora de la persona que se encuentra en una situación asimétrica de poder o de desigualdad estructural. Esto no implica sólo la cita de, por ejemplo, tratados internacionales, sino la expresión de razones por las cuales hay que traerlos a cuenta al caso concreto y la resolución del caso con base en ellos.

Asimismo, realiza una lectura del Código de Procedimientos Penales del Estado de México –invocado por el Juez de primera instancia para ordenar la aprehensión de la acusada– apegada a las circunstancias *reales* de la acusada, la cual, en la fecha en la que se le citó, se encontraba hospitalizada.

1. Argumentación

El juzgador sostiene que, en el caso estudiado, el derecho violentado es el derecho a la salud en su variante de derechos sexuales y reproductivos. El derecho a la salud se encuentra protegido por la Constitución (artículo 4), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 11 y 12) y una interpretación de la Organización de las Naciones Unidas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En el texto de la sentencia, el Juez López Gianopoulos argumenta que el juzgador de primera instancia omitió su responsabilidad de cumplir con el deber constitucional y convencional de proteger la salud de la procesada.

¹ SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, SCJN, 2013, p. 107.

El marco normativo para sustentar la interpretación de esta omisión es el artículo 1º constitucional, el control de convencionalidad y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) *González y otras vs. México. "Campo Algodonero"* (en adelante "Campo Algodonero"). Esta última sentencia es utilizada para visibilizar el deber de respeto y de garantía del Estado frente a los derechos humanos. Es decir, el Estado no tiene solamente la obligación de abstenerse de vulnerar o tolerar violaciones a los derechos humanos, sino la responsabilidad proactiva de establecer las condiciones normativas y estructurales capaces de garantizar su ejercicio y goce efectivo.

Con base en lo anterior, queda manifiesto que el Juez de la causa tenía el deber de llevar a cabo:

en el ámbito de sus competencias y en uso de todos los medios a su alcance la comprobación del estado de salud de la procesada, para que, a la luz de esa certeza, determinara si su inasistencia a la referida audiencia se encontraba justificada o no a efecto de salvaguardar el bien de mayor valor colocado ante su potestad, la salud de la procesada, aquí peticionaria de amparo, así como la de su menor hija, dada la dependencia natural que los menores recién nacidos tienen hacia la madre. Ello, atento a las graves consecuencias que la privación de la libertad puede tener sobre la quejosa y su menor hija, de corroborarse su mal estado de salud.

Por el contrario, la resolución de primera instancia se caracterizó por hacer "una interpretación restrictiva de los preceptos transcritos, reduciéndola a una mera gestión de intereses particulares consistente en la falta de justificación fehaciente de la inasistencia de la quejosa; sin atender a las circunstancias particulares y concretas de las personas."

El Juez de amparo analiza también el Código de Procedimientos Penales del Estado de México y muestra cómo era responsabilidad del Juez

de primera instancia realizar las debidas diligencias para obtener la información requerida y respetar el derecho a la salud de la quejosa.

Finalmente, subraya los efectos de la privación de la libertad para una mujer que recién ha dado a luz y, en el caso concreto, para su hija de un mes de edad.

Por lo anterior, la sentencia aquí analizada revierte una injusticia previa y asegura el debido cumplimiento de la ley no como instrumento técnico, sino como una herramienta de protección y garantía de los derechos de las personas, y de la individualidad de cada caso.

Al revocar la orden de aprehensión, además, interrumpe los efectos colaterales de la sentencia previa, que no tomó en cuenta las circunstancias de la hija de la acusada.

2. Elementos ausentes en la sentencia

El juzgador de amparo se refiere a la interdependencia de los derechos humanos de la acusada y su hija, puesto que "los efectos nocivos del acto reclamado pueden trascender a la salud de un menor, por efecto de la interdependencia de los derechos humanos".

Este postulado permite subrayar la trascendencia de la pena de prisión. No obstante, está planteado de manera restrictiva, ya que, en la sentencia, no se hace referencia en ningún momento al interés superior de la niña. Ésta más bien aparece como un accesorio a la situación de la madre, y no como una persona sujeta de derechos. Lo anterior, se refleja, incluso, en la elección lexical, puesto que la recién nacida es llamada "un menor".

En cambio, la perspectiva jurídica y normativa derivada de la Convención sobre los Derechos del Niño pone en el centro, y por encima de otras

valoraciones, el interés superior de la niñez. Este principio está consagrado en el artículo 4º constitucional:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

El caso estudiado nos obliga a voltear a ver hacia un sujeto de derechos normalmente invisibilizado: los hijos e hijas de madres y padres encarceladas. Estos niños y niñas son los más olvidados del sistema de ejecución penal.²

En la sentencia estudiada no se aclara si la niña fue con su madre a la cárcel o se quedó afuera. En ambos casos, sus derechos fueron violentados: en el primer supuesto, porque la cárcel no es un lugar idóneo para el desarrollo de una recién nacida y, en términos generales, las cárceles mexicanas no suelen contar con la infraestructura y los servicios adecuados para estos casos.³ En el segundo supuesto, porque se violentaría el principio de la Convención de no separación del niño o la niña de sus progenitores, salvo si es en cumplimiento de su interés superior:

Estudios sobre mujeres y niñas en prisión muestran cómo la cárcel provoca o exagera daños a la salud mental de las mujeres privadas de la libertad.⁴ Para el caso de niños y niñas, el encarcelamiento de su principal

² Robertson, Oliver, *The Impact of Parental Imprisonment on Children*, Oficina Cuáquera ante las Naciones Unidas, 2007, www.penalreform.org.

³ CNDH, *Informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre el estado que guardan los derechos humanos de las mujeres internas en centros de reclusión de la república mexicana*, 2013, www.cndh.mx.

⁴ UNODC, *Handbook for prison managers and policymakers on Women and imprisonment*, 2008, www.unodc.org.

cuidador o cuidadora (que por lo general es la madre) tiene efectos negativos para sus vidas y el goce y ejercicio pleno de sus derechos. Puede afectar negativamente su supervivencia, salud, desarrollo y bienestar emocional y psicológico.⁵ Estos son todos derechos del niño y la niña garantizados por el sistema internacional de protección de los derechos humanos.

En la Recomendación 1469⁶ de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, se sostiene que el desarrollo de niñas y niños pequeños que viven en prisión con sus madres es retrasado por el ambiente restringido de la cárcel. En consecuencia, se invita a los Estados miembros a evitar el uso de la prisión en el caso de mujeres madres de niños y niñas pequeñas y jóvenes, a la luz de los efectos negativos de la reclusión de las madres para sus hijos e hijas.

Por lo aquí expuesto, la sentencia de primera instancia causó severas violaciones a los derechos de la niña y de la madre (en este orden) y la de amparo, a pesar de sus aciertos, careció de fuerza argumentativa para evidenciar dichas violaciones, ya que se enfocó en los derechos reproductivos de la madre, y sólo de manera secundaria en los de la niña.

3. Reparación

En el capítulo IX "Reparaciones" de la sentencia "Campo Algodonero", la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma: "Es un principio de Derecho Internacional que toda violación a una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. Esa obligación se regula por el Derecho Internacional. E sus decisiones a

⁵ Alejos, Marlene, *Babies and small children residing in prison*, 2005, www.quino.org.

⁶ Council of Europe, Parliamentary Assembly, "Reccomendation 169 (2000). Mother and babies in prison", www.assembly.coe.int.

este respecto, la Corte se basa en el artículo 63.1 de la Convención Americana".

Por ende,

[e]l Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación

En el caso objeto de este análisis, la orden de reaprehensión de la acusada generó daños para ella y su hija. Éstos fueron provocados por una implementación de la ley contraria al principio *pro persona* y al control de convencionalidad. Es decir, se observa una doble violación, puesto que el juzgador tenía a su alcance los medios para impartir justicia garantizando el pleno respeto de los derechos humanos y no lo hizo, contraviniendo el derecho superior de la niñez y provocando un acto de violencia de género en contra de una mujer y una niña.

¿El Juez de primera instancia debería ser sancionado? ¿Y en caso afirmativo, de qué manera? Si bien no se pretende abogar por procesos de investigación y sanción, el caso específico podría ameritar cierta indagación, ya que la emisión de la orden de reaprehensión pareciera un acto de abuso de autoridad.

Dicha investigación podría desembocar en una simple amonestación verbal acompañada de capacitación focalizada en los temas objeto de violación. El objetivo sería aplicar una medida de sensibilización, más que de sanción *per se*.

Con respecto a la sentencia de amparo, si bien, esencialmente, ésta revierte la injusticia, no la repara. De conformidad con la interpretación de la Corte Interamericana del artículo 63.I de la Convención Americana, no sólo debería haberse puesto en libertad a la acusada, sino deberían haberse incluido medidas de reparación del daño en la sentencia de amparo.

La reparación del daño es un derecho de la víctima y una obligación del Estado. La niña y su madre fueron víctimas de una interpretación violatoria de la ley. Por ello, en apego a la sentencia "Campo Algodonero" y al Derecho Internacional, el Estado es responsable de compensar el daño causado, investigando debidamente las afectaciones provocadas a la salud física y mental de ambas y el daño moral provocado por el estigma que implica estar en la cárcel.

III. CONCLUSIONES

Como quedó evidenciado, la sentencia tiene indudables méritos, en particular su análisis de cómo se viola el derecho a la salud y los derechos reproductivos de la acusada, cuando se desconoce las especiales circunstancias que le impidieron presentarse a la audiencia, y su significación de género.

Otra cuestión significativa es lo que podríamos llamar "inversión de la carga de la prueba", trasladando al Estado el deber probatorio cuando se encuentra en mayor posibilidad de producir u obtener la evidencia. En este punto, el Juez de amparo considera que corresponde al Estado allegarse de los elementos necesarios para acreditar lo dicho por la acusada, dadas las circunstancias en que se encontraba su salud.

Por otro lado, esta sentencia es un ejemplo más de las complejidades que aún deben enfrentarse para definir el alcance de la reparación en el juicio de amparo constitucional. ¿Deben adoptarse los estándares intera-

americanos en materia de reparación integral? ¿Debe convertirse el juicio de amparo en el juicio *ad-hoc* para obtener esa reparación de parte del Estado cuando se acredita que se han violado los derechos humanos? ¿Esta determinación abarca o no el ámbito de la suplencia de la queja? ¿Puede el juicio de amparo ser fuente de obligaciones a cargo de agentes estatales, en qué medida? Estas y otras preguntas se ubican en el centro de un debate todavía incipiente en el que mucha tela jurisprudencial y doctrinaria habrá que cortar.

INCESTO Y VIOLACIÓN

JUICIO DE AMPARO INDIRECTO 816/2012

*Juzgado Quinto de Distrito
del Centro Auxiliar de la Quinta Región*

LETICIA BONIFAZ

Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE)

SUMARIO: I. Síntesis del caso y antecedentes judiciales. II. Aspectos relevantes de la sentencia. 1. La resolución de amparo. 2. El análisis de la sentencia. III. Conclusiones.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Y ANTECEDENTES JUDICIALES¹

En Ensenada, Baja California, una mujer (a quien en adelante llamaremos "la quejosa" o X) es sujeta a formal prisión por el delito de incesto por el Juez de primera instancia.

La quejosa presentó demanda de Amparo, cuyo trámite y conocimiento correspondió al Juzgado Décimo de Distrito. La Secretaria del Juzgado, en funciones de Jueza de Distrito, ordenó remitir los autos para sentencia al Centro Auxiliar de la Quinta Región con residencia en Culiacán Sinaloa, quien concedió el amparo y ordenó su libertad.

¹ Los hechos del caso se reconstruyen a partir de los testimonios rendidos en el expediente y a partir de los hechos considerados probados por las distintas instancias judiciales que analizaron el asunto.

Las autoridades responsables —es decir quienes emiten los actos que motivan la demanda de Amparo— atribuyeron a X haber tenido relaciones sexuales con un hermano (a quien en adelante llamaremos Y), con conocimiento de la relación de parentesco existente entre ambos, lo que, según el artículo 242 del Código Penal de Baja California, configura el delito de incesto: "A los parientes consanguíneos, sean ascendientes, descendientes o hermanos que con conocimiento de su parentesco tengan cópula entre sí, se les impondrá prisión de dos a seis años." En el caso, el Juez de primera instancia consideró que los elementos de dicho delito estaban satisfechos y justificaban la emisión de un auto de formal prisión en contra de la quejosa:

Los hechos que motivaron las distintas decisiones de las autoridades pueden resumirse así: X relata que ella contaba con dieciocho años de edad y vivía con su madre y su padrastro cuando su hermano Y llegó a su lugar de residencia procedente de Estados Unidos, pues acababa de salir de la cárcel, donde estuvo cinco años cumpliendo una pena por homicidio. Antes de ese momento, la quejosa no había convivido con él, pues Y se había ido a los Estados Unidos cuando ella tenía tres años de edad.

Al regreso de su hermano, ambos comenzaron a trabajar en el mismo bar. Una noche, después de haber consumido alcohol, se fueron a la playa y tuvieron relaciones sexuales. A partir de ahí, siguió acosándola y la relación continuó durante varios años entre golpes y maltratos generándose, así, un círculo de violencia. Dentro de esta relación, la quejosa tuvo una niña y las cosas empeoraron porque las amenazas de desaparecerla fueron un chantaje adicional para que X continuara haciendo lo que él quería. Su hermano no le permitía ir a la escuela, trabajar, ni tener amigos. Ella intentó muchas veces escapar y lo logró durante algunos meses pero Y la encontraba y volvía a someterla.

Por su parte, la mamá confirma que sus hijos no se conocían porque Y se fue a los 16 años a Estados Unidos y X tenía tres años de edad en aquel momento. Sus hijos trabajaban de meseros en el mismo lugar, por lo tanto la madre entendió que era normal que los hermanos salieran juntos. Lo que resultó extraño para la madre fue la insistencia de Y en llamar a X por teléfono. Cuando X quedó embarazada, la madre creyó la versión que ésta le contó: el embarazo era producto de una relación con un muchacho de Rosarito. Según expresa la madre, también le resultó inusual que su hijo se quisiera llevar por la fuerza a X a vivir con él. Después, se enteró que su nieta estaba registrada como hija de sus dos hijos. Aún llegado ese punto, X le aseguró que era un asunto temporal porque deseaba ayudar a su hermano con el seguro popular. Sin embargo, la madre fue percatándose de la violencia que Y ejercía sobre X, y de cómo la celaba. Incluso, la madre percibe que algo anda mal porque su hijo, hermano de X, "...siempre habla de matar".

Después de un largo periodo de violencia, X acude al DIF donde le aconsejan presentar una denuncia por lesiones, violación y violencia familiar – fueron varias las denuncias por lesiones. Al detectarse que la niña era hija de dos hermanos, se inició la averiguación previa por incesto, delito que en Baja California se persigue de oficio.

El Juez de primera instancia, más que considerar la declaración de X, las informaciones testimoniales y el contexto en que ocurrieron los hechos, otorgó mayor credibilidad y valor probatorio "pleno" a una pericial singular donde una psicóloga asegura que la víctima no presentaba afectación psicológica en relación con los hechos referidos. En su opinión, esto bastaba para determinar que X no había sido víctima de Y, aunque aquella asegurara que así fue, que Y le encajaba tijeras y que intentó ahorcarla.

Entonces, resolvió que las probanzas acreditaban la plena libertad de X de cometer el acto y la ocurrencia, por tanto, de incesto (cópula voluntaria

entre hermanos, en el caso). Agregó —sin apoyo doctrinal ninguno— que la práctica de este tipo de relaciones sexuales puede ser fuente de procesos hereditarios degenerativos en los descendientes, y que lesionaba la moral familiar, la organización de la familia y el interés colectivo. En palabras textuales: "No operaba ninguna causa excluyente de antijuridicidad, ya que al momento de desplegar el comportamiento antijurídico, la activo tenía plena capacidad de entender el carácter ilícito del hecho, además, sus acciones no fueron realizadas bajo error de prohibición que hiciera creer que su conducta era lícita, ya que obró con amplio margen de libertad, pues no existía en autos prueba alguna que demostrara que fue objeto de violencia física o moral, por tanto, podía exigírsele un comportamiento distinto del realizado."

II. ASPECTOS RELEVANTES DE LA SENTENCIA

1. La resolución de amparo

Para oponerse a la resolución del Juez, X adujo ante el Juez de amparo que:

1. La indagatoria se encuentra plagada de inconsistencias y falta una verdadera investigación.
2. La ausencia de prueba fehaciente respecto a que consintió tener relaciones con su hermano.
3. La ausencia de análisis y valoración adecuada de las probanzas.
4. La exclusión del delito por ausencia de conducta dolosa.

El Juez de amparo revisó el asunto y concluyó:

La declaración inicial de X fue rendida en calidad de ofendida, no en calidad de presunta responsable, por lo que fue formulada sin contar con defensor; lo que impedía su consideración para efectos de un proceso penal instaurado en su contra. En opinión del Juez, esta circunstancia viola la garantía de legalidad y de no autoincriminación. Recuerda que, en materia penal, las pruebas no son plenas, sino que siempre tienen carácter indiciario. En suplencia de la queja, por tanto, decide que, tal como lo adujo X, no fue correctamente acreditado que ésta accediera voluntariamente a sostener relaciones sexuales con su hermano.

Para ello, consideró:

1. La acción penal por la primera relación sexual que sostuvieron y que se considera consentida está prescrita.
2. Se estableció como elemento del delito la conducta dolosa, aspecto que forma parte de la probable responsabilidad y no del cuerpo del delito.
3. El contexto de violencia que se aprecia impide tener por probado suficientemente que X sea responsable del delito de incesto al actuar con dolo o intención.

Respecto de la prescripción de la conducta, señala que es un delito de naturaleza instantánea, atendiendo que su consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos y que no impide que se considere delito instantáneo la reiteración de cópulas entre los parientes, como sucede en este caso, pues la ejecución de diferentes cópulas no implica una continuación de la primera.

Se apoya en una tesis relacionada con la violación señalando que las conductas no forman la unidad de un solo delito, porque no recaen sobre

intereses jurídicos corporeizados en cosas u objetos que admitan la continuación aún en el caso de ataques sucesivos al mismo bien jurídico. En consecuencia, se estima prescrita la pretensión punitiva que se le atribuye a la quejosa en su primera relación sexual.

De acuerdo con el Juez de amparo, a la fecha en que dio inicio la averiguación previa ya había transcurrido más de la mitad del lapso necesario para la prescripción: dos años, mitad de los cuatro que es la media aritmética y la averiguación previa inició dos años y diez meses después. A este respecto, la conclusión del Juez es:

Por tanto, en el presente caso se actualiza la prescripción de la pretensión punitiva con relación a la primera relación sexual que se estimó consentida, y de esta manera, el acto reclamado resulta violatorio de garantías, pues existía un obstáculo legal para la actualización de la acción penal, y por ende, para dictar el auto de formal prisión.

Asimismo, señala:

Con relación al resto de las conductas que se le atribuyen a la hoy quejosa, debe tenerse en cuenta que la autoridad responsable no hizo un juicio de tipicidad por cada una de las conductas, sino que las estudió en conjunto, lo cual constituye una violación de forma, pero en este caso, por haber principio de mayor beneficio, debe preferirse el estudio de fondo por ser este el que mayor beneficio reporta a la gobernada.

Respecto al dolo como elemento del delito, el Juez de amparo argumenta que el Juez de conocimiento

estableció como elemento del delito la conducta dolosa, aspecto que con relación al dolo, considera el Juzgado Federal que conforma parte de la probable responsabilidad y no del cuerpo del delito. Para tal efecto, cita el artículo 255 del Código Penal que señala que "el cuerpo del delito se integra por el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen

la materialidad del hecho previsto como delito por la ley, así como los normativos, en el caso de que la prescripción típica lo requiera.

Asimismo, cita el artículo 14 fracción I del mismo ordenamiento: "Obra dolosamente el que conociendo los elementos objetivos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico quiere o acepta la realización de la conducta o hecho prescrito por la ley".

Argumenta, el Juez federal:

Si bien el elemento doloso no está prescrito literalmente en el texto punitivo del delito en estudio, su existencia es de orden lógico, ya que este tipo no admite culpa, sin embargo, en el estudio de la tipicidad –bajo las categorías de cuerpo del delito y probable responsabilidad– no se deben incluir elementos que no fueron expresamente descritos en el tipo penal ya que no pueden estudiarse por deducción lógica.

Agrega:

Si bien en el tipo penal de incesto, puede actualizarse el dolo directo, (cuando el sujeto activo mediante su conducta quiere provocar directamente o prevé como seguro el resultado típico del delito) ya que su configuración por culpa o preterintencionalmente se encuentran excluidas, debido a que los componentes de estos dos no comprenden tal conocimiento, pues el primero implica producir el resultado típico no previéndolo como resultaba previsible (culpa sin representación) o haber previsto el resultado típico confiando en que no se produciría (culpa en representación). Mientras que la preterintencionalidad se actualiza cuando se causa un resultado típico más grave al querido si aquél se produce culposamente.

Y concluye:

El juzgado revisor estima incorrecto el estudio de tipicidad realizado por la autoridad responsable respecto al elemento consistente en una conducta dolosa, puesto que únicamente se trata de un elemento subjetivo específico

relativo al conocimiento de parentesco, pero la calificación completa del elemento volitivo y cognitivo siguen participando del juicio de culpabilidad probable.

En sus palabras, esta conclusión se alcanza:

Puesto que el elemento de conocimiento del parentesco debe diferenciarse, ya que aun cuando el sujeto activo tenga conocimiento de su relación de parentesco, su voluntad puede verse coaccionada y esta cuestión encuentra estudio en el juicio de reproche y no así en la conducta máxime que es en la probable responsabilidad donde deben estudiarse las circunstancias de ejecución de la conducta.

En consecuencia:

para determinar la tipicidad de una conducta, debe tenerse en cuenta, como derivación del principio de legalidad, la taxatividad, la cual supone la exigencia de que el grado de determinación de la conducta típica sea tal que produzca seguridad jurídica al gobernado respecto de aquello que es objeto de prohibición y de persecución penal.

Acerca de los elementos de prueba que acreditan la probable responsabilidad de X, el Juez de amparo señala: "debe tenerse presente que el primer elemento del delito consistente en la acción de realizar cópula se acredita con la declaración. Se demuestra que tuvieron relaciones y que, la quejosa sabía que era su hermano".

Sin embargo, analiza la presencia de la violencia padecida por X, lo que debilita severamente la posibilidad de que hubiera accedido de forma voluntaria a continuar sosteniendo relaciones sexuales con su hermano.

2. El análisis de la sentencia

Al respecto del contexto de violencia y la manera en que determina los hechos del caso, la instancia revisora encuentra que:

[Aunque] es correcta la conclusión de que se encuentran acreditados los elementos del delito de incesto, pues existieron conductas encaminadas a la realización de la cópula entre hermanos, con conocimiento de la relación de parentesco existente entre ambos [...] en relación a la probable responsabilidad de la quejosa, en la comisión del delito de incesto, **ante el contexto de violencia que se aprecia en las pruebas que obran en autos**, se resuelve que es insuficiente el marco probatorio para tener acreditado el dolo en la conducta, pues no existe certidumbre de la existencia de la libre voluntad consentimiento para realizar la cópula con su hermano.

Es justo en el reconocimiento de que el contexto de violencia tiene la potencialidad de inhibir la producción de decisiones libres y autónomas, donde se puede ubicar la presencia de perspectiva de género, contrario a lo determinado por el Juez de primera instancia que decidió ignorar la violencia basado en una prueba singular y negando todo valor probatorio a la declaración de X en conjunción con otros testimonios vertidos en el expediente. El Juez de amparo abunda:

Por probable responsabilidad debe entenderse a la concurrencia de datos suficientemente eficaces para considerar viable la demostración futura de lo que en una etapa procesal preliminar representa, al menos una razonable deducción de intervención en los hechos, al grado de justificar el potencial juicio de reproche más allá de la simple posibilidad o eventualidad.

El Juez dice:

La intervención de un sujeto en la realización de una conducta penal presupone su voluntad y conocimiento, por lo que es un presupuesto para procesar a un individuo, que existan pruebas que demuestren, no sólo su intervención, sino que esta intervención ocurrió bajo el presupuesto de la voluntad libre y por ello le es reprochable su intervención.

En su opinión en el asunto "el juez responsable, para tener por acreditada la probable responsabilidad de la quejosa, realizó el estudio con las

mismas probanzas para tener por acreditado el cuerpo del delito, y con base en eso incorrectamente —en criterio del Juez de amparo— concluye "que no se actualizaba ninguna causa excluyente de antijuridicidad, ya que al momento de desplegar el comportamiento antijurídico ella [X] tenía la plena capacidad de entender el carácter ilícito del hecho, además sus acciones no fueron realizadas bajo error de prohibición que hiciera creer que su conducta era lícita, puesto que habría obrado con amplio margen de libertad, ya que no existía en el sumario probanza alguna que demostrara que fue objeto de violencia física o moral y por tanto, podía exigírsele el comportamiento distinto del realizado". El Juez de amparo contradice esta determinación y aduce:

Contrario a lo resuelto, este órgano jurisdiccional constitucional estima que no está demostrado el dolo en la conducta del tipo penal, pues del sumario se advierte insuficiencia de prueba para demostrarla, dado que no existe certidumbre de que efectivamente la quejosa consintiera a tener relaciones sexuales con su hermano.

El Juez de amparo estima que "[e]l ilícito de incesto es un delito bisubjetivo que requiere la plena voluntad y conciencia de ambas partes para que pueda surgir dicha conducta, pues de lo contrario no se actualizaría".

El Juez de amparo analiza la voluntad, en sentido jurídico, y la define como:

la intención exteriorizada de un sujeto que concluye en un comportamiento o conducta medible en repercusiones sociales y jurídicas, así que expresa la intención del sujeto de contraer o no un determinado vínculo jurídico frente a otra u otras personas provocando la aparición de efectos y consecuencias de derecho.

Desde ahí, precisa que:

En la materia penal se considera culpable aquella conducta del sujeto que sabe y quiere el resultado, es decir, que teniendo la opción libre de actuar lícitamente, la rechaza o bien, opta por realizar la conducta penal: es entonces culpable aquella conducta que tiene como base y fundamento la libertad de elección ya que el derecho no exige comportamientos heroicos y no puede sancionar sujetos que actúan en situaciones extremas, en sacrificio de su vida e integridad.

La conclusión del Juez de amparo es contundente:

El juez del proceso sostiene que no existen pruebas que demuestren que la activo fue objeto de violencia física o moral; sin embargo, contrario a ello, de la simple lectura de las probanzas que tomó en cuenta el juzgador para emitir el acto, se puede advertir que la conducta de cópula se realizó dentro de un contexto de violencia y sometimiento que se ejercía sobre la quejosa.

Para el Juez de amparo, por el contrario:

De las probanzas antes narradas se aprecia evidentemente un contexto de violencia contra la activo, al ponerse de manifiesto eventos que constituyen maltratos físicos, verbales y un estado permanente de abuso y opresión.

Y continúa:

Esta violencia que se desprende de las probanzas en cuestión es suficiente para hacer insostenible, por el momento, el ejercicio libre de la voluntad y consentimiento de la activo en la conducta reprochada a título de probable.

Es decir, existen indicios claros y evidentes de que las relaciones sexuales que sostuvo con su hermano fueron en contradicción con su voluntad y que se encontraba sujeta a una situación de coacción, en la que no existe expresión clara de su voluntad libre.

Bajo las reglas de la lógica, no puede dividirse la prueba fundamental que existe en la causa penal, esto es que básicamente la quejosa es objeto de proceso penal, en virtud de sus declaraciones como víctima ante la fiscalía, donde informó que sostuvo relaciones sexuales con su hermano. Sin embargo, tanto la fiscalía como el juez responsable parten de considerar como datos objetivos, únicamente las partes que le perjudican a la quejosa, más no así todas y cada una de las narraciones donde expuso un contexto de violencia y temor en que se encontraba.

Es decir, de las declaraciones de X, si bien se deduce que tuvo relaciones sexuales con su hermano, también se deduce un contexto general de violencia y hostigamiento que no permiten concluir que actuara libre y voluntariamente.

Más aún, en el caso, X aparece propiamente como víctima de violencia familiar; lesiones, rapto, extorsión, tentativa de homicidio, amenazas, violación, por lo que es imposible considerar su libre voluntad y consentimiento en la conducta que se le reprocha, cuando su persona estaba sujeta a peligros y conductas de gran gravedad, además se considera que no se investigó el sometimiento y violencia que denunció la activo.

Al respecto del reconocimiento de la libertad sexual y cómo ésta estuvo constreñida en estos hechos, las afirmaciones del Juez de amparo adquieren especial significación:

La libertad sexual es el ejercicio del libre albedrío para decidir las cuestiones relativas al ejercicio de la sexualidad, que en el caso de la mujer ha sido objeto de atención y consideración especial para proteger que ese ejercicio sea efectivamente libre, al grado de establecer a nivel internacional, en el marco de la lucha contra la violencia de género, obligaciones específicas a cargo del poder público para el logro de aquella finalidad.

En este sentido, –continúa– las transgresiones a la libertad sexual son especialmente graves en la dignidad e integridad de las personas que, además de afectarlas y tener esa consecuencia, en sí misma terrible, puede tener connotaciones simbólicas hacia el resto de los miembros de una comunidad con fines intimidatorios, degradantes, humillantes o de demostración de superioridad.

El derecho a la libertad sexual, particularmente en el caso de la mujer, se asocia con el derecho fundamental a gozar una vida libre de violencia, y al derecho a la igualdad de género y a la no discriminación: Sobre esto último, se advierte injustificado que ante un contexto general de violencia, donde la víctima solicita ayuda y narra que vive escondida y atemorizada, la fiscalía haya considerado –sin investigar el contexto de violencia– como su deber primario, ejercitar acción penal por el delito de incesto, cuando la narración de la víctima demuestra que estaba en peligro su integridad.

Es evidente que del estudio de las constancias se aprecia que se priorizó como de interés público la persecución de un delito que atañe a la sexualidad de los individuos, cuando la protección de la integridad y vida de una mujer están en peligro y cuando los compromisos internacionales de nuestro país protegen esto último como salvaguarda fundamental de las mujeres.

Como demuestran los argumentos reproducidos, el Juez de amparo, que finalmente dicta la libertad de X, conoce y aplica con solvencia la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; Convención de Belem do Pará, de los tratados suscritos por México y de las leyes para prevenir la violencia a nivel federal y local. Es claro que maneja integralmente el marco jurídico complementario aplicable al caso y tiene una perspectiva más amplia que la del Juez que conoce de los hechos en primera instancia.

El Juez de amparo lamenta que el Juez de primera instancia no examinase las declaraciones de X en su justa dimensión, bajo el principio de imparcialidad y con perspectiva de género:

Bajo una interpretación que priorice la visibilización de la mujer, es posible advertir que los datos de violencia que expuso la activo, son suficientes para considerar que la mujer como activo del incesto, se encontraba bajo un contexto de coacción y violencia por parte del diverso activo, y que los márgenes de libertad de las mujeres en este tipo de caso, son sumamente reducidos, siendo además que la fiscalía no emitió protección alguna a la mujer, ni investigó los datos objetivos que se deducían de las declaraciones de la primeramente víctima y luego inculpada mujer.

Asimismo, dice que se desvirtúa la conclusión del estudio psicológico con la tesis que señala que el objeto de la prueba pericial en psicología en asuntos sobre violencia familiar es conocer el estado psicológico de las partes y no demostrar los hechos en que se sustenta.

La conclusión del juzgado federal sobre la insuficiencia de pruebas para demostrar el dolo en la conducta de incesto también tiene en cuenta que existen datos concretos que no fueron investigados por la fiscalía. Es decir, el trabajo de investigación en este caso se limitó a una entrevista con la madre de X, quien corroboró la violencia a la que estaba sujeta su hija:

La fiscalía no investigó los datos claros que corroboraban la violencia cuando era evidente que existían datos objetivos que podían corroborar el contexto de coacción en el que la conducta incestuosa tuvo lugar y que en su caso, demuestran que el incesto que se atribuye a la quejosa fue investigado y tipificado sólo formalmente, porque se consideró que el delito sólo se actualizaba por la mera realización del acto carnal, sin considerar que esta conducta es dolosa, y que el dolo sólo puede justificarse cuando como presupuesto existe la voluntad libre del sujeto activo, y no así un contexto general de violencia.

Todos los datos objetivos por los cuales se corroboraría la carencia de dolo de la quejosa no fueron investigados y la quejosa fue juzgada únicamente a través de pruebas que parciales en su contenido, sólo demuestran la conducta, pero que estudiadas en forma imparcial, demuestran por el momento

que no puede identificarse la voluntad de la quejosa como reprochable a título de probable.

Para justificar el auto de formal prisión era necesaria una investigación real y efectiva que proporcione los parámetros para establecer y corroborar todos y cada uno de los datos que expone la quejosa para descartar, en su caso, el contexto de violencia en la que se verificó la conducta y constatar con puntualidad la existencia de pruebas que hagan probable un juicio de reproche de una conducta que en un inicio fue narrada por la gobernada con el carácter de víctima.

Agrega:

La fiscalía debió evidenciar con pruebas que mostraran fácticamente que no existía el contexto de violencia que se ejercía sobre la activo, porque cuando ésta narra que tuvo relaciones sexuales con su hermano, hace relación clara de la violencia que éste ejercía sobre ella, y esto último genera incertidumbre para determinar la libre voluntad de la activo para su reproche a título de probable.

III. CONCLUSIONES

Entender que los hechos sujetos de cierta jurisdicción no ocurren en lo vacío, en lo abstracto, sino en realidades concretas y complejas, es una de las estrategias más adecuadas para emitir una decisión con perspectiva de género.

Por otro lado, es claro, en las decisiones del Ministerio Público y del Juez de la causa, cómo los estereotipos discriminatorios siguen invisibilizando la gravedad y consecuencias de la violencia basada en el género. En el caso, por ejemplo y sin prejuizar, existían elementos suficientes para iniciar una averiguación previa por el delito de violación y no por el de incesto. Incorrectamente, el Ministerio Público que supo lo que pasó por la información

de X, ignora lo narrado por ella respecto a la situación de lesiones, amenazas e intimidación que ha vivido, para suponer, juzgando prejuiciosamente que la mujer tenía una relación voluntaria e inmoral con su hermano que demandaba la intervención de la justicia.

El Juez de amparo considera todas estas circunstancias y ordena, en su fallo, corregir las injusticias cometidas en contra de X.

BENEFICIOS
PRELIBERACIONALES
Y "CIRCUNSTANCIAS
DEL CASO"

EXPEDIENTE DE EJECUCIÓN NÚMERO 187/2012

*Juzgado de Ejecución de Sanciones
del Poder Judicial del Estado de Tlaxcala*

CORINA GIACOMELLO
Universidad Autónoma de Chiapas

SUMARIO: I. Síntesis y antecedentes del caso. II. Aspectos relevantes. 1. Reforma penal de 2008 y argumentación en la sentencia. 2. La resolución. III. Conclusiones.

I. SÍNTESIS Y ANTECEDENTES DEL CASO

Una mujer, a la que llamaremos con el nombre ficticio de Petra Mendoza, solicitó una audiencia con el fin de obtener el beneficio de tratamiento preliberacional con cómputo de la remisión parcial de la pena ante la Jueza de Ejecución de Sanciones Penales y Medidas Restrictivas de la Libertad del Poder Judicial de Tlaxcala, cuando compurgaba una pena de 30 años de prisión por el delito de secuestro. La sentencia respecto de su petición, fue emitida en marzo de 2013.

Al momento de solicitar la audiencia, la señora Mendoza había compurgado doce años, tres meses y veinticinco días de tiempo efectivo de sentencia. A éstos, cabe añadir los días trabajados, que sumaban 3,417, los cuales corresponden a más de nueve años y, con base en las disposiciones penitenciarias, por 2 días de trabajo se remitirá un día de pena. Así, los días

laborados equivalen a cuatro años, ocho meses y nueve días, los que, sumados a los días efectivamente compurgados, significan que la señora Mendoza habría compurgado el 56.7% de la pena impuesta.

Además de cumplir con el requisito del cómputo de la sentencia, la persona que solicita el beneficio deberá tener buena conducta, así como demostrar participación regular en actividades educativas y datos que revelen efectiva readaptación social. Como se señala en la sentencia, también deben tomarse en cuenta "las circunstancias del caso".

Petra Mendoza es una mujer de 43 años, de nivel socio-cultural bajo, viuda de su primera unión y separada de la segunda. De estos matrimonios, tuvo cuatro hijos. En prisión, recibe la visita de su cuñada, su madre y sus hijos cada ocho o quince días. No pueden acudir más por falta de recursos, pero se mantienen en constante comunicación por vía telefónica. Al momento de entrar al centro contaba con estudios de primaria no terminada. Cursó nuevamente el nivel primario en la cárcel, realizó los estudios secundarios y en la fecha de la audiencia estaba cursando la preparatoria. Desde su entrada a la cárcel, ha desempeñado actividades laborales como costurera y, en ese momento, era ya la encargada del taller de costura del centro, con 26 personas a su cargo. Su jornada laboral es de nueve de la mañana a seis de la tarde, extendiéndose a veces hasta las nueve de la noche.

En la audiencia, expresó que, de obtener el beneficio, su vida en libertad seguiría los mismos ejes: el trabajo, estar con sus hijos y seguir adelante. Asimismo, Mendoza puede comprobar que cuenta con un domicilio, un aval moral y uno laboral (requisitos solicitados para otorgar el beneficio). La resolución de la Jueza es favorable y concede el beneficio de tratamiento preliberacional en la modalidad de permiso de salida.

II. ASPECTOS RELEVANTES

En primer lugar, la Jueza de Ejecución explica que se basará en la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Medidas Restrictivas de la Libertad del Estado de Tlaxcala *abrogada*, puesto que la ley vigente no concede el beneficio solicitado a las personas sentenciadas por secuestro. La decisión se sustenta:

con base en el concepto de la ley más benigna al sentenciado; y la fijación, en su caso, de las condiciones a cumplir por él en la concesión del beneficio conforme a las normas que mayormente aseguren ese cumplimiento, en aras de su efectiva reinserción social y familiar; entendiéndose por ley más benigna, no el caso en abstracto, sino en concreto la que más favorezca a quien ha intervenido en el hecho criminoso. [...] El principio de aplicación de la ley más favorable o benigna para el inculcado señala que cuando entre la comisión de un delito y la extinción de una pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo más favorable al inculcado o sentenciado. Se trata, así, de aplicar la ley penal.

Esta interpretación de la Jueza tiene como antecedentes, según surge de la sentencia, las tesis del Poder Judicial de la Federación "Retroactividad de la ley penal en beneficio del reo. No opera en materia adjetiva o procedimental; (Octava Época. Primer Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Tomo 68. Agosto de 1993. Tesis XIX.1º. J/6. Página 91)" y "Libertad provisional bajo caución. Debe aplicarse la ley más favorable al procesado (Novena Época. Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XII. Diciembre de 2000. Tesis I.1º.P67 P. Página 1401)".

Un segundo aspecto destacable de la decisión es la forma que la Jueza fija el término de 57% de la sentencia compurgada para otorgar

el beneficio, partiendo del hecho de que la modalidad "permiso de salida" es más restrictiva que la modalidad "libertad condicional".

Así, la sentencia aduce:

Al respecto, es menester destacar lo siguiente: Uno, es incuestionable que el beneficio del Tratamiento Preliberacional, en su modalidad de permisos de salida, es más restringido que el de la Libertad Condicional; por lo que Dos, en una interpretación armónica de la Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y Medidas Restrictivas de la Libertad aquí aplicable, es dable establecer que el requisito temporal del Tratamiento Preliberacional se ubica necesariamente en un rango menor a las dos terceras partes (66%) del cumplimiento del tiempo impuesto como pena privativa de libertad que se exige para conceder el beneficio de la Libertad Condicional; y, Tercero, en esta tesitura, se pondera justo fijar los siguientes parámetros para considerar judicialmente la procedencia del Tratamiento Preliberacional a que nos venimos refiriendo: entre el 50% más 01 punto porcentual, se ubicaría el 51% como base mínima y entre el 66% menos 01 punto porcentual, se ubicaría el 65% como máxima; y, habiendo entre esos mínimo y máximo una diferencia porcentual de 14 puntos, la media porcentual queda en 07 puntos, lo cual equivale al 57% de cumplimiento del tiempo de internamiento fijado, como mínimo, para dicha consideración."

Al momento de estudiar las ya mencionadas circunstancias del caso, la juzgadora subraya que las pruebas para corroborar los requisitos de conducta, formación educativa y laboral y reinserción se derivan de los estudios realizados por las autoridades penitenciarias; es decir, el Consejo Técnico del centro de reinserción social. Sin embargo, estos diagnósticos, y específicamente el de disciplina, no son vinculantes para la juzgadora: el Consejo Técnico no tiene facultades para determinar la resolución judicial. Este último argumento se apoya en la tesis "Ejecución de sanciones. El hecho de que la autoridad judicial, al resolver sobre la revocación de los beneficios concedidos al sentenciado y los vinculados con la libertad anticipada,

preparatoria, remisión parcial de la pena o libertad definitiva, deba apoyarse en las constancias, estudios y opinión del consejo técnico interdisciplinario de la penitenciaría del Estado, no implica que la decisión por éste expresada, resulte impositiva al momento de emitir su resolución (legislación del estado de Chihuahua); (Novena Época.Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.Tomo XXX. Noviembre de 2009. p. 899. Aislada, penal)".

Entre los documentos presentados por las distintas áreas penitenciarias, para oponerse a la concesión del beneficio, se destaca que la señora Mendoza ha tenido una participación pasiva en cursos coordinados por el área educativa, puesto que "se ha dedicado a trabajar para solventar sus gastos y apoyar a sus hijos".

El término apoyar es equívoco, ya que Petra *mantenía* a dos de sus hijos y a su hija gracias a su actividad laboral en la cárcel. Petra percibía entre 1,500 y 2,000 pesos quincenales, es decir unos 4,000 pesos al mes, por trabajar en la maquila por lo menos ocho horas al día. En algunas ocasiones, ganó más, lo cual no deja de implicar que Petra trabajaba muy duro desde la cárcel y gastaba muy poco en sí misma.

Otro de las razones esgrimidas por las autoridades penitenciarias fue que Petra Mendoza no había culminado el nivel de preparatoria. A esto, la Jueza responde que la interna cursó la educación obligatoria en la cárcel, además de tener constancia de otras 36 actividades educativas: "Comida Vegetariana" (2005), "Literatura" (2004), "Lectura de la Narrativa Mexicana" (2003), "Derechos Humanos de las Mujeres y Prevención de Violencia de Género" (2012) "Medicina Deportiva" (2003); entre otras

La juzgadora afirma que

Considerando que, por lo menos durante 12 años [Petra] ha sido proveedora de sus hijos, ha ejercido a plenitud su derecho al trabajo; tiene derecho

a gozar de los derechos establecidos en el artículo 4° de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, en esencia, los relativos a la familia; tiene derecho a no estudiar el nivel Medio Superior; puesto que, hacerlo, no es obligatorio: la abrogada Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y Medidas Restrictivas de la Libertad, en su artículo 39 establece, en todo caso, que en los Centros de Internamiento, la enseñanza primaria es obligatoria —el artículo 89, primer párrafo, de la nueva Ley vigente, que la educación básica, primaria y secundaria, lo es—. Todo lo cual es concordante con el texto de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, adoptadas en el año de 1955 en Ginebra y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus Resoluciones 663C del 31 de julio de 1957 y 2076 del 13 de mayo de 1977; así como en los Principios y Buenas Prácticas sobre Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, de la Organización de los Estados Americanos; ambos, suscritos por el Estado Mexicano.

Por ende, la concesión del beneficio se basa principalmente en la interpretación, para el caso específico de las tesis mencionadas, de la ley de ejecuciones penales de Tlaxcala abrogada, los artículos 1º, 4º y 18 de la Constitución, en concordancia con los instrumentos internacionales mencionados en el párrafo anterior citado de la sentencia.

1. Reforma penal de 2008 y argumentación en la sentencia

La sentencia utiliza debidamente el marco constitucional, legal y jurisprudencial para fundamentar la resolución con perspectiva de género, especialmente las "circunstancias del caso". La oralidad de la audiencia de ejecución permite traer al caso elementos de la historia de vida que, de limitarse a un trámite escrito, podrían perderse de vista.

Es importante, además, ubicar esta sentencia dentro del marco de la reforma penal del 2008, en especial el artículo 21 que señala textualmente:

"La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial."

Con este párrafo, se judicializa el espacio penitenciario que, hasta la reforma, quedaba bajo el control de las autoridades del ejecutivo y de seguridad pública. Por ello, ahora la privación de la libertad vuelve a ser un asunto de justicia y no sólo en la determinación de la prisión preventiva o de la imposición de una sentencia absolutoria o condenatoria, sino en la fase de ejecución penal. La reforma de este artículo motivó la emisión de leyes secundarias a nivel estatal aunque todavía espera la emisión de una ley nacional de ejecución penal,¹ que regule las funciones y el *modus operandi* de las y los Jueces de ejecución.

La sentencia aquí comentada, erigida como un ejemplo de la judicialización de la ejecución de la pena, se dicta justo en ausencia de la legislación pertinente a nivel nacional y con modificaciones legislativas estatales que serán discutidas una vez que se apruebe y publique la ley nacional.

¿Qué significa la judicialización de la pena? Como evidencia la resolución, el Poder Judicial tiene la atribución no sólo de imponer la pena, sino de modificarla, lo cual en los casos concretos se traduce en conceder remisiones parciales, beneficios de preliberación, suspensión condicional de la pena, y demás medidas que intervienen en la fase de compurgación de la sentencia.

Antes de la reforma, esto era facultad del Consejo Técnico Interdisciplinario de cada institución penitenciaria, lo cual daba origen e incertidumbre

¹ En octubre de 2013, se publicó el decreto por el cual se modifica el artículo 73 de la Constitución, otorgando al Congreso la facultad de expedir la legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

jurídica, puesto que una autoridad administrativa determinaba la duración de una sanción judicial. Asimismo, la aplicación de los llamados "estudios técnicos" se convertía en una oportunidad para la corrupción, puesto que la decisión quedaba circunscrita al ámbito del centro penitenciario, las autoridades podrían solicitar una "mordida" a la población interna para aplicar los estudios y orientar el sentido de los mismos.

En este sentido, resulta extraño que, para distanciarse de los dictámenes e informes del Consejo Técnico, la Jueza de ejecución no invocara el artículo 21 constitucional y el mandato de judicializar la ejecución de la pena. *"Tratamiento penitenciario" y el concepto de reinserción.*

La reforma penal de 2008 modifica el término "readaptación social" por el de "reinserción social". Este cambio puede considerarse positivo desde el ámbito lexical si tomamos en cuenta que "readaptación" nos habla implícitamente de personas no adaptadas en la sociedad, inadaptación que la intervención penitenciaria pretende "corregir". Este abordaje clínico de la persona en conflicto con la ley parece remontarnos a la época de principios del siglo XX y tal vez hasta los años cincuenta y sesenta; es decir, al positivismo criminológico y al encierro como medida de corrección del ser humano, ya sea en prisiones, conventos u hospitales psiquiátricos.

Lo cierto es que las personas en conflicto con la ley no son personas enfermas que necesitan curarse y mucho menos es cierto que una institución antinatural como la prisión garantice las condiciones para que las personas se desarrollen posteriormente en la sociedad de pertenencia.

Las cárceles no son hospitales para enfermos, sino instituciones punitivas, sumamente violatorias de los derechos humanos y de la dignidad de las personas, que hospedan en su mayoría a personas pobres, con problemas de uso de sustancias, víctimas de violencia, desempleadas o con empleo en la economía informal, y procedentes de hogares y comunidades con altos

índices de marginación.² Las prisiones no son las bodegas de personas inadaptadas, sino bodegas de personas para las cuales la sociedad no tiene un lugar.

Por ende, más que un enfoque clínico, lo que debe impulsarse es un enfoque de derechos de las personas privadas de la libertad. Cabe mencionar el significado del concepto de reinserción elaborado por el maestro Miguel Sarre,³ quien explica que la reinserción social debe considerarse como un principio y no en el sentido literal del término. Bajo esta luz, la reinserción consistiría en un conjunto de derechos y de criterios de justicia penitenciaria. Además, el término incluye también la visión de responsabilidad colectiva y elude el énfasis en la personalidad individual. Esto es, un inadaptado lo es por causas que le son atribuibles; una persona que debe ser reinsertada es una persona que debe ser colocada en aptitud de participar plenamente en la sociedad a la que pertenece. Entonces, la reinserción es una tarea que corresponde, en un sentido, a la persona privada de libertad, pero que también define la vocación del sistema penitenciario, e invita a definir qué le corresponde al Estado realizar para que esta "recolocación" sea una realidad.

De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el acto de reclusión convierte al Estado en *garante* de los derechos de las personas privadas de la libertad.⁴ Por ende, es el Estado quien debe hacerse cargo del cumplimiento de los derechos de las personas privadas de la libertad y de proveer las condiciones para su respeto. Ahora bien, el ámbito de los derechos comprende tanto aquellos que hacen referencia a las

² Giacomello, Corina, *Los secretos de Almoloya. El testimonio de una mujer reclusa en una cárcel de máxima seguridad*, México, Debate, 2010.

³ Sarre, Miguel, "Debido proceso y ejecución penal. Reforma constitucional de 2008", 2010, http://www2.scjn.gob.mx/seminario/docs/Debido_proceso_y_ejecucion_penalMiguelSarrePag251-268.pdf.

⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas, 2011, <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>.

condiciones de reclusión, que corresponderían a *actividades prestacionales* que son *exigibles* por la población interna⁵ como el acceso al trabajo, la educación, la salud, la no discriminación, agua potable, celdas ventiladas, separación de población, atención psicológica y psiquiátrica, igualdad de género, respeto al interés superior del niño, entre otras; así como los derechos de presunción de inocencia, certeza jurídica, proporcionalidad e individualización de la pena y la *no violación* del derecho a la libertad. La preservación del derecho a la libertad, en el ámbito de la prisión, se concretiza en que la pena se modifique de la manera más benigna para la persona interna y en que la decisión se tome desde una óptica de derechos y no desde una perspectiva clínica.

En la sentencia, se hace hincapié en un aspecto muy interesante: los efectos negativos del encierro. La juzgadora afirma que permanecer más tiempo en la prisión podría afectar negativamente a la interna y, por tanto, se le otorga el beneficio para alcanzar la mayor protección para ella a partir de sus circunstancias particulares. En este sentido, se considera que esta sentencia aplica debidamente el principio *pro persona*, aunque no logre desligarse completamente de la lógica penitenciaria pre-reforma y de una visión clínica de la prisión.

2. La resolución

A Petra Mendoza se le concede el beneficio de tratamiento preliberacional con cómputo de la remisión parcial de la pena "consistente en la autorización de salir a trabajar, convivir con su familia y con la comunidad, cursar su educación media superior y recibir información y orientación especial, mediante el diálogo con la Interna y sus familiares y los métodos colectivos pertinentes, sobre los aspectos personales y prácticos de su vida en libertad,

⁵ Sarre, *op.cit.*

bajo la siguiente fórmula: "XXX (Petra) ingresará al Anexo Femenil del Centro de Reinserción Social Regional de Apizaco, todos los días sábado y domingo de cada semana a las 8:00 horas y saldrá de las instalaciones de dicho Centro, cada uno de esos días, a las 19:00 horas."

A la interna, por tanto, se le impone pasar los fines de semana en la cárcel sin pernoctación, beneficio que también queda condicionado a, entre otras cuestiones:

1. Observar buen comportamiento;
2. No consumir sustancias psicoactivas;
3. Asumir su responsabilidad laboral en el taller de costura del aval correspondiente e informar a la autoridad judicial;
4. Cursar y completar el nivel de educación media superior;
5. Participar activamente en las sesiones de información y orientación especial, junto con su familia, así como en los métodos colectivos, que la prepararen reforzadamente para afrontar su vida en libertad. A este respecto, el centro penitenciario deberá remitir a este juzgado el correspondiente Programa de Tratamiento Preliberacional en el término de 15 días. Dicho Programa deberá incidir sobre los aspectos –rasgos– de la personalidad de Petra Mendoza que se estimen deben ser tratados: inseguridad e impulsividad, dependencia, melancolía, baja autoestima e inestabilidad emocional.
6. Asistir regular y puntualmente a las sesiones de apoyo de la organización no gubernamental denominada "Colectivo Mujer";

7. Abstenerse de realizar visita familiar y/o visita íntima a su pareja sentimental, interno en el Centro de Reinserción Social de Tlaxcala.

III. CONCLUSIONES

Aunque la sentencia tiene características argumentativas destacadas y ubica claramente las cuestiones jurídicas debatibles y otorga para ellas respuestas fundadas y aceptables dentro del marco de protección de los derechos humanos y la normatividad constitucional vigente en materia de justicia penal, lo cierto es que algunos de sus puntos resolutivos entran en contradicción con su línea argumentativa. Por ejemplo, la resolución termina condicionando la continuación del beneficio a la conclusión del nivel medio superior de instrucción, lo que significa "obligar" a la señora Mendoza a cursarlo. A pesar de que en los razonamientos de la sentencia, se había insistido en que este nivel escolar no era obligatorio. Si se observa la lista de condiciones impuestas a la señora Mendoza, se concluye que la sentencia fue impecable jurídicamente, pero se aleja de valoraciones contextuales más concretas y específicas: ¿a qué hora se supone que la señora Mendoza podrá realizar todas estas actividades ordenadas por los resolutivos de la sentencia? Y más si tomamos en cuenta que pasará los fines de semana en la cárcel, tiempo que podría aprovecharse para acudir, junto con su familia, a los cursos y asesorías impuestas. Es claro que el mandato de observar "las circunstancias del caso" para determinar la pertinencia y modalidad de los beneficios preliberacionales es una oportunidad para introducirse de lleno en estas consideraciones contextuales y prácticas, con visión de derechos y con vocación de reinserción social, para dictar medidas realistas y realizables que favorezcan la "recolocación" de las personas privadas de su libertad en la sociedad a la que pertenecen.

Esta sentencia deja muchas preguntas abiertas. Su principal virtud, además de su atinada aplicación del principio *pro persona*, es abrir una ventana a la reflexión sobre el gran potencial transformador que abrió la

reforma del artículo 21 y los avances que, en materia de derechos humanos, puede impulsar la supervisión judicial de la ejecución de las penas. Esta reforma legal, sin embargo, también exige una transformación en el pensamiento y actitudes de quienes imparten justicia que haga eco de la vocación de la reforma y dé sentido, incluso, a las palabras utilizadas en la misma. Es imprescindible generar una visión de las personas privadas de su libertad como sujetas de derechos cuyo cumplimiento corresponde al Juez o Jueza de ejecución, como autoridad obligada y supervisora de otras autoridades, para sustituir la antigua visión de moralidad que se adopta ante las personas en conflicto con la ley.

HOSTIGAMIENTO SEXUAL

TOCA PENAL 283/2012

*Segundo Tribunal Unitario
en Materia Penal del Primer Circuito*

LETICIA BONIFAZ

Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE)

SUMARIO: I. Síntesis del caso y antecedentes. II. Aspectos relevantes. 1. Los agravios. 2. El fallo. 3. Consideraciones complementarias. III. Conclusiones.

I. SÍNTESIS DEL CASO Y ANTECEDENTES

La sentencia analizada está relacionada con un caso de hostigamiento sexual docente y, en particular, se trata de la resolución recaída en un recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público de la Federación contra la negativa de un Juez de distrito de emitir la orden de comparecencia solicitada por la representación social de la Federación. El inculpado es el Jefe del Departamento de Servicios Estudiantiles de un plantel de educación media superior; quien asediaba reiteradamente, con fines lascivos, a una alumna con miradas y palabras.

La resolución de primera instancia (la del Juez de distrito) careció de efectiva interpretación y aplicación del derecho. En una determinación inconsistente, el Juez consideró que no se actualizó el tercer elemento del tipo penal, contemplado en el artículo 259 bis del Código Penal Federal, relativo

a que la conducta que ostente el activo se realice valiéndose de su posición jerárquica que implique subordinación en relación con la sujeto pasivo. En su criterio, los asedios con fines lascivos en donde no medie una relación de influencia directa no configuran el delito de hostigamiento sexual. Esto significa que el Juez de distrito descarta que el cargo de Jefe del Departamento de Servicios Estudiantiles, cuyas funciones incluyen coordinar el servicio psicológico y de orientación juvenil y el Comité de Seguridad y Contra la Violencia, implica una relación de subordinación frente a la ofendida en su calidad de alumna. De igual manera, el Juez ignoró que la violencia ejercida contra la ofendida ocurre en virtud del poder que el inculpado tenía dentro de la institución como funcionario público.

II. ASPECTOS RELEVANTES

1. Los agravios

En la apelación, el tribunal atiende las manifestaciones de la autoridad apelante, quien sustentara sus agravios, además de en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 1 y 133), en instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y los relativos a los derechos fundamentales de las mujeres ratificados por el Estado mexicano, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 5), Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (artículos 1 y 5), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Belém do Pará) (artículos 1,2,3,4 y 9), así como la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (artículos 4 y 6).

El Ministerio Público apelante expresó que el Juez de primera instancia no observó que el artículo 10 de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia establece que la violencia laboral y docente

se ejerce por las personas que tienen un vínculo laboral, docente o análogo con la víctima, independientemente de la relación jerárquica, consistente en un acto o una omisión en abuso de poder que daña la autoestima, salud, integridad, libertad y seguridad de la víctima, e impide su desarrollo y atenta contra la igualdad, aclarándose que puede consistir en un sólo evento dañino o en una serie de eventos cuya suma produce el daño y que también incluye el acoso o el hostigamiento sexual.

También se señaló el contenido del artículo 13 del mismo ordenamiento legal que establece que el hostigamiento sexual es el ejercicio del poder, en una relación de subordinación real de la víctima frente al agresor, en los ámbitos laboral y/o escolar, el cual se expresa en conductas verbales, físicas o ambas, relacionadas con la sexualidad de connotación lasciva.

El análisis de la apelante, respecto de la posición de la víctima, fue vertido con elementos claros, objetivos y contundentes; mediante una revisión minuciosa y eficaz de los instrumentos legales aplicables al caso concreto, instrumentos vinculados con el libre y pleno desarrollo de la mujer en un ambiente sin violencia, en el que no se atente contra su dignidad, su intimidad, su libertad sexual, entre otros derechos.

Manifiesta que el Juez confundió una relación de subordinación docente con una laboral. En el ámbito docente, contrario a lo que ocurre en el ámbito laboral, argumenta, las y los alumnos mantendrán siempre una relación de subordinación frente al profesorado así como frente a las y los directivos.

2. El fallo

La sentencia parte del contenido del artículo 1º y 133 de nuestra Carta Magna, en el que se reconoce la progresividad de los derechos humanos y la obligación expresa para todas las autoridades de respetar, proteger y

garantizar los derechos humanos, en el ámbito de competencia y con una mirada hacia su justiciabilidad, en observancia de los tratados internacionales firmados por el Estado mexicano. Esta actitud de las autoridades debe tender al mejoramiento de las condiciones de vida de la sociedad y al desarrollo de cada persona en lo individual. El tribunal de apelación insiste, entonces, en la importancia de ejercer el "control de convencionalidad" y asegurar la compatibilidad y armonía entre las normas internacionales y nacionales.

Al respecto, el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación refiere que una de las herramientas más valiosas para hacer realidad el objeto de la reforma constitucional la brinda el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Asimismo, dicho protocolo pretende ayudar a quienes juzgan a cumplir con su obligación de promover, respetar, proteger y garantizar, bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, el derecho a la igualdad y a la no discriminación.¹

Atinadamente, el tribunal de apelación establece que a pesar de que el hostigamiento no sólo afecta a las mujeres, lo cierto es que los movimientos reivindicatorios de género sentaron las bases para su tratamiento jurídico. El fallo examina las corrientes que prescriben cualquier discriminación o violencia hacia grupos considerados como vulnerables; resalta la existencia de compromisos derivados de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres, contenidos principalmente en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), la Convención Belém do Pará, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Igualmente, destaca, su aplicación de la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Con

¹ *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Haciendo realidad el Derecho a la Igualdad*, SCJN, México, 2013, pp. 22 y 23.

base en todo este ordenamiento, apunta el tribunal, la mujer; en su calidad de víctima, debe contar no sólo con las garantías que la Constitución prevé en su favor; sino con la protección que los distintos instrumentos le confieren.

La sentencia realiza una efectiva descripción del concepto del delito de hostigamiento sexual y analiza las consecuencias y afectaciones en la mujer; desde una posición vulnerable, que pudieran derivar en problemas psicológicos y fisiológicos; con base en los derechos humanos íntimamente vinculados con la integridad y dignidad de la mujer; de aquéllas que son víctimas de algún tipo de violencia sexual, en los diferentes entornos de la sociedad, precisa que, en ningún momento, la mujer "provoca" el hostigamiento o el acoso sexual, y que es también incorrecto desdeñar su dicho. En este último, sostiene, por el contrario, la especial credibilidad que debe otorgársele.

Al analizar la normativa constitucional, destaca que el propósito del constituyente, de las naciones que suscribieron y ratificaron los tratados internacionales y del legislador ordinario, fue tutelar el empoderamiento de las mujeres respecto a las diferentes formas de violencia, como la física, emocional, moral o psicológicas que sin dejar huellas perceptibles por los sentidos, se ejercen sobre las mujeres desde el momento en que se ven bajo una concepción tradicional que impide observar a los operadores jurídicos los efectos destructivos de dicha violencia y, por tanto, reconocer el trato discriminatorio o vejatorio que una mujer recibe.

En ese orden de ideas, el tribunal aduce que el Juez de distrito analiza incorrectamente la declaración de la ofendida cuando menciona que ésta acepta que nunca tuvo una relación directa en virtud de no haber realizado un trámite escolar con el inculcado. En contraposición, el tribunal insiste en que la ofendida sí guardaba una relación de subordinación ante el inculcado debido a que éste tenía una posición de mando dentro de la institución de donde ella era alumna.

Un punto particularmente interesante de la línea argumentativa de la sentencia es lo referente a la conceptualización del daño como elemento del tipo penal. Según la descripción típica del hostigamiento sexual, éste será punible *cuando se cause un perjuicio o daño*. El tribunal sugiere un entendimiento integral del daño o del perjuicio para ingresar factores y consecuencias formales, materiales o psicológicas o aquellas que se traduzcan en una afectación en la esfera del sujeto pasivo.

Finalmente, se revoca el fallo reclamado y, a partir del amplio estudio, valoración y acreditación de todos los elementos constitutivos del delito, apegado en todo momento a la fuente inagotable de normatividad con la que hoy se cuenta para revertir los fenómenos de discriminación y violencia que prevalecen contra la mujer, el Juez resolvió:

...Se libra Orden de Comparecencia en contra del inculpado por su probable responsabilidad en la comisión del delito de Hostigamiento Sexual previsto y sancionado en el artículo 259 Bis, del Código Penal Federal, a fin de que comparezca a rendir su declaración, para lo cual el juez federal deberá dictar las medidas tendientes al cumplimiento de esta decisión..."

3. Consideraciones complementarias

En este punto, en principio, se desea resaltar la existencia de una herramienta que puede resultar útil para el estudio de casos similares al que motiva el presente comentario: el *Protocolo para la Atención de Casos de Hostigamiento y Acoso Sexual*, del Instituto Nacional de las Mujeres, el cual es una guía para manejar los casos de hostigamiento y acoso sexual. El Protocolo brinda información para la promoción y desarrollo de una cultura de prevención y denuncia de esos delitos; entre otros méritos.

Además, se propone un acercamiento a los antecedentes jurídicos comparados del acoso y el hostigamiento sexual, así como a información y

análisis empírico de las cifras disponibles en encuestas y estadísticas. Lo primero porque, aunque pareciera que no existen fuertes antecedentes sobre la naturaleza jurídica del acoso y el hostigamiento sexual, lo cierto es que han sufrido una importante evolución. Lo segundo porque, aunque pareciera, a partir del número de denuncias, que la incidencia es poca, lo cierto es que es un problema repetido y que compromete significativamente la integridad personal y la seguridad en el empleo.

En la serie de Breves Informativos "Mujeres Bajo la Ley" de la Comisión Interamericana de Mujeres de la Organización de los Estados Americanos, se asienta que, a nivel internacional, el primer precedente del tratamiento jurídico del hostigamiento sexual fue el Convenio n° 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 25 de junio de 1958, relativo a la discriminación en materia de empleo, que recoge en su art. 1° el concepto de discriminación, incluida la sexual.²

Según la clasificación de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de junio de 2012, respecto del nivel de protección de los países que tipifican penalmente el acoso y hostigamiento sexual, se encuentran en nivel alto, los países: Brasil, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Santa Lucía y Venezuela; en nivel de protección moderado, países con regulación laboral, civil, o administrativa: Argentina, Belice, Canadá, Chile, Costa Rica, Estados Unidos, Guyana, Perú, Uruguay; en nivel de protección bajo, países sin regulación específica en la materia: Antigua y Barbuda, Barbados, Bolivia, Dominica, Haití, Jamaica, Surinam y Trinidad y Tobago.³

² Serie de Breves Informativos "Mujeres bajo la Ley", Comisión Interamericana de Mujeres de la Organización de los Estados Americanos, 2012, p. 1.

³ *Ibid.*, pp. 4-10.

Por otro lado, existen leyes específicas sobre el tema, como la *Ley Contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia*, de la República de Costa Rica, en la que se plantea como objetivo prevenir, prohibir y sancionar el hostigamiento sexual como práctica discriminatoria por razón de sexo, contra la dignidad de las mujeres y los hombres en el ámbito de trabajo y educativo, en el sector público y el sector privado.

En dicha ley por acoso u hostigamiento sexual se entiende toda conducta con un contenido sexual, que se realice aislada o reiteradamente, escrita o verbal, gestual o física, indeseada para quien la recibe, que provoca una interferencia sustancial en el desempeño de las labores de un servidor o en el proceso de enseñanza-aprendizaje, creando un ambiente de trabajo o de estudio hostil, intimidante o discriminatorio.⁴

En Puerto Rico, la *Ley para prohibir el hostigamiento sexual en el empleo: imponer responsabilidades y fijar penalidades de 1988* señala que la Asamblea Legislativa resolvió y declaró como política pública que el hostigamiento sexual en el empleo es una forma de discriminación por razón de sexo y como tal constituye una práctica ilegal e indeseable que atenta contra el principio constitucional establecido de que la dignidad del ser humano es inviolable.⁵

En México, además de estar contemplado en el Código Penal Federal, tenemos que algunos Estados como Querétaro, Sinaloa y el Distrito Federal consideran al delito de hostigamiento sexual, por su definición,⁶ en

⁴ Artículos 2 y 3 de la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia de Costa Rica.

⁵ Artículo 1 de la Ley para prohibir el hostigamiento sexual en el empleo: imponer responsabilidades y fijar penalidades de 1988 de Puerto Rico.

⁶ Según el artículo 259 Bis del Código Penal Federal, se entiende por hostigamiento sexual "Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquier otra que implique subordinación..."

el mismo artículo que el acoso sexual y en Campeche está tipificado como asedio sexual.

Coahuila es el único Estado que no refiere en su artículo de acoso sexual ninguna hipótesis relacionada con la existencia de una *posición jerárquica*; luego entonces esa entidad no tipifica el hostigamiento sexual.

En razón de los agravantes, el Estado de Aguascalientes no establece ninguno. San Luis Potosí y Morelos son los que tienen mayor pena de prisión.

En varias entidades como Baja California, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Quintana Roo, San Luis Potosí, Tabasco y Zacatecas lo contemplan como agravante e incluso para perseguir de oficio el delito cuando la víctima sea menor de edad o una persona incapaz.

En estudios y encuestas realizados en diferentes ámbitos, los resultados han arrojado que un número considerable de personas en algún momento de su vida han sido hostigadas sexualmente, en su mayoría mujeres; sin embargo, las estadísticas de denuncias presentadas por este delito es baja, lo cual no resulta sorprendente si consideramos que existe desconocimiento de las instancias a las cuales acudir, que no se promueve una auténtica cultura de valores, de sensibilización, de prevención y por supuesto, de denuncia, pero no sólo eso, ya que muchas veces la insatisfacción de la respuesta o trato brindado puede revictimizar a la persona y fundar el temor a las represalias.

De acuerdo al índice estadístico delictivo de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en enero de 2014, se iniciaron siete averi-

guaciones previas por hostigamiento sexual; en febrero, cero; en marzo, cuatro, y en abril, cinco.⁷

Sonia M. Frías dice que los poderes públicos y la academia han hecho eco de la violencia severa que sufren las mujeres en distintos ámbitos, pero la violencia de género (refiriéndose al hostigamiento y acoso sexual) en el ámbito laboral no ha sido objeto de la misma atención, quizá por no considerarse tan severa o por estar socialmente legitimada.⁸

Por su parte, Anne F. Bayefsky afirma que el hecho de no tomar en cuenta diferencias pertinentes, o bien el otorgamiento de un trato idéntico a personas desiguales, es tan discriminatorio como tratar a personas iguales de manera diferente.⁹

III. CONCLUSIONES

Las afectaciones derivadas del hostigamiento sexual no debieran ser tratadas como intrascendentes. En realidad, en su mayoría, las víctimas de estos delitos padecen ansiedad, depresión, inseguridad, falta de concentración o interés. En algunos casos, el acoso y hostigamiento conducen al abandono del empleo o los estudios, o generan el despido o baja, lo que definitivamente influye negativamente en el desarrollo personal y profesional, con efectos a lo largo de la vida. Impacto que puede extenderse, sin duda, a familiares, amigos, amigas, compañeros, compañeras y testigos del ilícito.

Por ello, es que estas acciones no deben ser toleradas y, más bien, debieran ser combatidas. Ahí donde se ha optado por la sanción penal, ésta

⁷ <http://www.pgjdf.gob.mx/index.php/procuraduria/procuraduria/estadisticas/periodo2014>

⁸ Frías, Sonia M. *Hostigamiento, acoso sexual y discriminación laboral por embarazo en México*. Revista mexicana de sociología. Vol. 73. No 2. México abril/junio 2011. p. 2.

⁹ Citada en *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Haciendo realidad el Derecho a la Igualdad*, op. cit., p. 46.

debe aplicarse con conciencia de las afectaciones que puede parecer la víctima y con respeto al debido proceso, sin convertir este último en un pretexto para la impunidad. El debido proceso está integrado por reglas de cumplimiento forzoso, pero no conducirán ineludiblemente en la imposibilidad de sancionar a alguien. El presente caso muestra la diferencia entre una interpretación pertinente y adecuadamente sostenida en ambos supuestos, y otra descontextualizada que sólo origina impunidad y viola el derecho de acceder a la justicia de la víctima.

Ahí donde se ha optado por regulaciones laborales, éstas deben aplicarse con esta misma noción y con sentido de la responsabilidad institucional que abatir la discriminación supone. El Estado mexicano deberá, como estrategia preventiva, continuar con la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, con la protección a las mujeres de cualquier forma de violencia, ya que el hostigamiento sexual constituye una forma de discriminación directa, relacionada con el ejercicio abusivo del poder y con la desigualdad entre géneros en una sociedad que privilegia a los hombres, mientras que a las mujeres las inferioriza, desvaloriza, atenta contra su dignidad y estabilidad emocional, actos que deben ser erradicados.

Las sentencias que han sido producto de una efectiva valoración, de una interpretación sin estereotipos y una argumentación con perspectiva de género son ejemplo del combate a la impunidad, del resultado de una visión progresista con fines de alcanzar la igualdad de género y el reconocimiento de sus derechos.

**¿COMISIÓN
POR OMISIÓN?**

AMPARO DIRECTO 51/2012

*Primer Tribunal Colegiado
en Materia Penal del Primer Circuito*

CORINA GIACOMELLO

Universidad Autónoma de Chiapas

SUMARIO. I. Síntesis y antecedentes del caso. II. Aspectos relevantes de la sentencia. 1. El delito. 2. La situación personal de la acusada y de su hija. 3. La actuación de la autoridad ministerial y judicial. III. Conclusiones.

I. SÍNTESIS

Y ANTECEDENTES DEL CASO

El caso se desarrolla en el Distrito Federal. Una señora es sentenciada por el delito de violación agravada, cometido por omisión, en contra de su hija menor de edad. La sentencia la condena a doce años y tres meses de prisión, a la pérdida de la patria potestad y a la suspensión de sus derechos políticos. Además, se le niega el sustitutivo y la suspensión condicional de la prisión.

¿Cuáles son las circunstancias del caso? La acusada tiene una hija que sufre un retraso mental moderado. La pareja de la acusada vive con ellas y violó a la hija de la acusada en distintas ocasiones. Las violaciones tuvieron como consecuencia dos embarazos. La señora es considerada coautora del delito, puesto que se le acusa de no haber protegido la integridad de su hija en el caso concreto de la segunda violación.

La acusada fue sentenciada en primera y segunda instancia. Entonces, promovió el amparo que motiva el presente análisis alegando que no se le puede atribuir que haya omitido impedir el delito.

El Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, presidido por el Magistrado Juan José Olvera López, otorgó el amparo, argumentando que no se podía comprobar el dolo de la acusada: "No está acreditado el actuar doloso de la aquí quejosa, necesario para fincarle una responsabilidad en el delito de violación por el que fue acusada".

II. ASPECTOS RELEVANTES DE LA SENTENCIA

Esta sentencia constituye un ejemplo de cómo llevar la argumentación con perspectiva de género en los casos de mujeres acusadas del delito de comisión por omisión.

Es una sentencia sintética, de doce páginas, que desmenuza meticulosamente a) las circunstancias del delito, b) la situación personal de la acusada y c) la forma de proceder del Ministerio Público.

1. El delito

Como se anticipó, el Tribunal Colegiado argumenta que no es posible determinar el dolo de la acusada, es decir, no se puede probar que ella omitió defender a su hija. Con base en un análisis del Código Penal del Distrito Federal y de las pruebas, se sostiene que el delito no está probado con el estándar de prueba exigible para emitir una sentencia condenatoria:

[...]Si bien desde la perspectiva del deber jurídico (del deber ser), está claro que la quejosa tenía la obligación de evitar que volviera a ocurrir la violación, porque se le pudiera exigir que rompiera con las circunstancias

que la posibilitaban, ya sea excluyendo al coacusado o a la víctima de su domicilio, es decir, que corriera al primero o que mandara a su hija a otro lugar (por ejemplo con su abuela donde originalmente vivía), mas esto no sólo debe ser exigible sino posible en el ámbito del ser, de lo que acontece *realmente*; es decir, se requiere que efectivamente la quejosa estuviera en posibilidad de evitar que el coacusado volviera a violar a la víctima, que pudiera correrlo para que no lo volviera a hacer o que pudiera enviar a su hija a otro lugar (resaltado propio).

Éste es uno de los párrafos clave de la sentencia, pues, por medio de esta diferenciación entre el deber ser y el poder ser, el Tribunal evidencia su perspectiva social y de género y exige *un cambio de lugar*, salir de la posición de juzgador o juzgadora colocada en la interpretación formal de la ley y posicionarse en las circunstancias reales de la vida.

Esta dislocación activa tres procesos:

- 1) *Cuestiona estereotipos que perjudican a las mujeres.* A las mujeres se les pide cumplir con el rol de madre cuidadora todo el tiempo: cuando están en la casa y cuando trabajan. A partir de unas creencias socialmente construidas y consideradas moralmente universales, se crea el concepto "mujer madre" para luego atribuirlo indistintamente al cuerpo y a la identidad de todas las mujeres, independientemente de sus circunstancias y posibilidades reales. En este caso, a la acusada se le sentencia por omisión, es decir "por no hacer nada". ¿Qué se les pide al arquetipo de una buena madre que haga en un caso similar? Correr, alejar a la hija o alejar al perpetrador de la violencia. Sin embargo, la acusada no tenía las condiciones *reales* de hacer ninguna de estas tres cosas, pues su misma historia de víctima de violencia, su vulnerabilidad económica y su contexto socio-cultural abren una brecha entre el deber ser y el poder ser. Lo que esta sentencia recuerda, y subraya mediante el uso de la palabra "real", es

que la justicia se conforma de personas reales, no de arquetipos o situaciones imaginarias.

- 2) *Rompe los límites del expediente.* A través de una descripción fáctica de las circunstancias de vida de la señora y de su hija, esta sentencia presenta personas de carne, hueso y vida propia. Trasciende la rigidez de los formalismos jurídicos y la indiferencia de la tinta y del papel. Muestra que cada expediente, por largo o corto que sea, aislado o amontonado con otros casos que esperan ser resueltos, es una historia de vidas de personas reales. Personas que, por acciones propias o de terceros, se encuentran sometidas al escrutinio del juzgador; es decir, una persona desconocida que, por su conocimiento y experiencia, ha recibido el honor de servir a las y los ciudadanos. Un juzgador o juzgadora a quien el Estado ha conferido ese deber, y con ello la confianza pública de que la justicia tendrá los ojos bien abiertos y los oídos alerta. Esta sentencia recuerda el significado de la justicia, y su esencia de servicio, más que de castigo.
- 3) *Equilibra la relación entre impartidor o impartidora de justicia, el texto jurídico y las y los justiciables.*

La ruptura de la rigidez del expediente y el ejercicio de descolocación de la impartición de justicia del ámbito del *deber ser* y su recolocación en el ámbito del *poder ser* cierra la brecha entre impartidores de justicia y justiciables.

Este cierre pasa por dos elementos: el primero, la reubicación, es decir, el salirse de las circunstancias individuales del que juzga para transitar a las circunstancias de las personas juzgadas y, segundo, el lenguaje. Sobre el primer punto ya se ha discutido previamente. El segundo no es menos importante, puesto que la impartición de justicia debe ser comprendida. La comprensión requiere, a su vez de varios componentes: un lenguaje

claro –que es lo que encontramos en esta sentencia–, la capacidad de escuchar a la persona acusada de un delito y la aproximación moral o física del tribunal a los y las justiciables.

2. La situación personal de la acusada y de su hija

Como ya se señaló, la señora vivía con su hija y su pareja sentimental en condiciones de marginalidad. En la sentencia se alude en distintas ocasiones a las condiciones de vida de la acusada, como se aprecia en el siguiente extracto: La quejosa alega que se enteró de la primera violación cuando la víctima se volvió a embarazar y que sí le reclamó al coacusado, incluso en diferentes ocasiones lo corrió de su casa para proteger a su hija, pero su necesidad la obligaba a vivir en el mismo techo, nunca pudo sacarlo de la casa en la que vivían. Además, de los datos que manifestó en su declaración preparatoria se destaca que en agosto de dos mil seis tenía ***** años de edad, que no tenía estudio alguno, se dedicaba a ***** con ingresos de ***** pesos mensuales, que su condición social y cultural es baja.

Dadas las circunstancias de la señora, es razonable preguntarse ¿qué se le podía pedir? ¿Se le podía exigir correr? ¿Alejarse? Y el hecho que no haya emprendido estas cosas, ¿la coloca *ipso facto* en un "no hacer" de significado jurídico? ¿No será que ese aparente "no hacer" es la manera que la señora encontró para poder proteger a su hija?

Para poder formular estas preguntas e intentar contestarlas, es preciso descolonizarse de la mentalidad de la mujer-madre como arquetipo universal. Esta señora vivía en un contexto de marginalidad y de dependencia económica y sentimental de su pareja. Esta no es una condición meramente individual, sino derivada de un contexto cultural que coloca a las mujeres y a los hombres en planos distintos, donde las relaciones siguen siendo, si

bien no en todos los ámbitos ni en todas las circunstancias, asimétricas, en desventaja de las mujeres, la mayoría de las veces.

Si no tomamos en cuenta estos factores a la hora de juzgar casos similares, entonces lo que estamos juzgando es un arquetipo, o la extensión de nuestra moralidad, en fin, el ámbito del "deber ser".

3. La actuación de la autoridad ministerial y judicial

¿Cómo actuó la agencia del Ministerio Público en este caso? Para decirlo con una metáfora, asumió que uno más uno es igual a dos, pero no comprobó que el uno efectivamente existiera. Si bien las violaciones fueron corroboradas y la señora afirmó que tendría que haberlas evitado, esto no significa que contaba con las herramientas y los medios para hacerlo. Al respecto, la sentencia dice:

Véase pues que la quejosa no niega que tenía el deber de proteger a su hija, pero no dice que aceptaba el hecho de que volviera a ser violada, como se requiere para un dolo eventual, además de que afirma que hizo lo que estaba a su alcance para impedirlo, dentro de sus condiciones personales, sociales, económicas y culturales. Esto significa que la carga probatoria que tenía el fiscal no se limitaba a demostrar una omisión simple de no impedir la violación, sino una comisión por omisión que implica la exigencia de demostrar que efectivamente pudo haberlo evitado.

Y lejos de que haya prueba suficiente de ello, las que se desahogaron en juicio llevan a concluir que carecía realmente de opciones, en grado tal que no tomarlas la hagan penalmente responsable de la violación, como si ella la hubiere realizado.

Ciertamente, antes se precisó que era posible que la quejosa hiciera algo por impedirlo ya sea corriendo al coacusado de su casa o bien enviando a su hija a otro lugar, por ejemplo con su abuela donde originalmente vivía.

Pero de la mera posibilidad al hecho probado de que es realmente viable hay una distancia considerable y la carga de la prueba es del fiscal. No se trata de una simple omisión sino de una concreta situación de hecho que demuestre que efectivamente la quejosa estaba en posibilidad de hacer una u otra cosa.

La argumentación evidencia la inexistencia de pruebas suficientes para juzgar y sentenciar a la acusada. Esto abre cuestionamientos sobre la eficacia investigativa de la autoridad ministerial, por un lado, pero también sobre los criterios usados por los tribunales de primera y segunda instancia para establecer la validez de las pruebas.

Fundamentalmente, se trata de un caso de violación al debido proceso desde el ámbito de la impartición de justicia, pues se procedió a emitir una sentencia de culpabilidad sin contar con los elementos probatorios suficientes.

III. CONCLUSIONES

Se considera que esta sentencia es un caso paradigmático, no sólo por el sentido en que fue resuelto, sino porque es un ejemplo de una realidad común a un número importante de mujeres en nuestro país respecto de las circunstancias del caso, la expectativa que las autoridades colocan en ellas de manera estereotípica y la forma en que reaccionan las autoridades para negarles justicia ignorando sistemáticamente la violencia que enfrentan. En este sentido, este caso es un precedente para otros asuntos en que están involucradas mujeres acusadas de delitos en comisión por omisión, por no oponerse a la violencia de sus parejas, cuando ellas también son víctimas.

El anti-arquetipo de la buena madre es la mala madre: aquella que no vela por sus hijos e hijas, la que sucumbe ante la voluntad de un hombre, aquella que pone sus relaciones sentimentales por encima de los intereses

de sus hijos. Cuando escuchamos de niños o niñas abusadas, violadas y maltratadas por las parejas sentimentales de sus madres de inmediato surgen la preguntas "¿qué estaba haciendo su madre?" "¿Por qué no lo previno?". Es decir, la carga de la culpa recae, moralmente, sobre ella: "la cuidadora", siempre al femenino.

Estas reacciones son "normales" en cuanto fruto de la repetición de la norma, es decir, de las creencias asociadas al binomio mujer-madre, pero son construcciones culturales arquetípicas que niegan y distorsionan la realidad. ¿Cuál es *la realidad*? Por supuesto, no podemos hablar de una realidad universal, pero sí de patrones que suelen repetirse, y para explicarlos se propone cambiar el nombre a las malas madres y llamarlas "pagadoras". Con este término se conoce a las mujeres que están acusadas y sentenciadas por un delito cometido por o con un hombre, generalmente un familiar o la pareja sentimental.¹ Pueden ser cómplices, mujeres que asumen la culpa del delito para "salvar" al hombre en cuestión o, en algunos casos, ellos mismos las denuncian para exculparse. Se encuentran principalmente acusadas de los delitos de delincuencia organizada, contra la salud y secuestro. Son, para ponerlo en términos coloquiales, "las desechables" de las redes delincuenciales.

Sin embargo, también las mujeres acusadas de comisión por omisión de delitos cometidos en contra de sus hijos e hijas por su pareja pueden ser consideradas pagadoras. A menudo reciben sentencias iguales o poco menores que las de sus coacusados, quienes son en realidad los responsables de perpetrar la violencia y los abusos. Son sentenciadas por, literalmente, no hacer nada: no correr, no denunciar, no llamar, no alejar, no esconder.

¹ Elena Margarita Espinosa Morales y Corina Giacomello, *Discriminación a personas reclusas y exreclusas con perspectiva de género*, 2006. Disponible en: http://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=documento&id=22&id_opcion=148&op=215, p. 191.

Son retratadas por los pinceles de la justicia como agentes racionales que disponen de un abanico de opciones y que fallan por no tomar ninguna. Lo cierto es que no es así. Si se revisa otro de estos casos, se verá que se trata de personas con un historial de victimización en la familia y en la pareja, y que están presas de los sentidos culturales que configuran las relaciones entre hombres y mujeres y que permiten la repetición de la violencia.

Cabe señalar que la violencia de género contra las mujeres no es un asunto de clase. Incluso mujeres que vienen de contextos sociales privilegiados, que cuentan con estudios y un desarrollo profesional pueden crecer y reproducir historias de violencia en el seno de las relaciones familiares o sentimentales. También pueden incurrir en aparentes no-acciones, las cuales, en realidad son una manera de actuar ante la situación en la que están inmersas: esperar, culparse, tolerar, entender, ver al otro como alguien con un problema que nosotras tenemos la función y la capacidad de sanar y expiar, luchar para que la familia no se desuna, cuidarse del "qué dirán".

Una diferencia, tal vez, entre estas mujeres y "las otras", las pagadoras, es que cuentan con medios para poder correr, los cuales no siempre son tan claros, fáciles y accesibles como se piensa desde fuera. Otra diferencia es que idealmente acceden a una buena defensa, pueden mover a los medios, evitar una detención. Difícilmente la policía tiene acceso a las casas y las vidas de las personas de cierto nivel social. Las historias de mujeres como la protagonista de este caso reflejan, por ende, diferencias de género y de clase. Este amparo logra acortar esa brecha. Es así cómo se utiliza el término "perspectiva de género" en este análisis, es decir, como componente indispensable para hacer justicia con los ojos bien abiertos, ponerse en el lugar del otro, romper estereotipos que perjudiquen a las y los demás, deshacer las diferencias de género y de clase, abogar por el o la más débil, y usar las palabras correctas sin temor a pronunciarlas.

CUOTAS DE GÉNERO

SUP-JDC-12624/2011 Y ACUMULADOS

*Sala Superior del Tribunal Electoral
del Poder Judicial de la Federación*

LETICIA BONIFAZ

Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE)

SUMARIO: I. Síntesis y antecedentes del caso. II. Aspectos relevantes de la sentencia. 1. Motivos de Inconformidad. 2. Posición y Criterios del Órgano Jurisdiccional. 3. Las cuotas de género. III. Conclusiones.

I. SÍNTESIS

Y ANTECEDENTES DEL CASO

Se trata de la resolución emitida por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación el 30 de noviembre del 2011 en el Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano expediente SUP-JDC-12624/2011 Y ACUMULADOS, promovidos por diez ciudadanas a fin de impugnar el "Acuerdo del Consejo General por el que se indican los criterios aplicables para el registro de candidaturas a los distintos cargos de elección popular que presenten los partidos políticos y, en su caso, las coaliciones ante los Consejos del Instituto para el proceso electoral federal 2011-2012", publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de noviembre de 2011.

El propósito de este Acuerdo fue fijar criterios para la debida aplicación de las disposiciones constitucionales y del Código Federal de Instituciones

y Procedimientos Electorales, que regulan los actos para el registro de los candidatos de los partidos políticos o coaliciones a cargos de elección popular; así como para agilizar y simplificar el procedimiento de registro de dichos candidatos en los Consejos del Instituto Federal Electoral para las elecciones federales del año 2012.

El punto 11 del Acuerdo impugnado establece:

Que conforme a lo dispuesto en los artículos 4, párrafo 1; 38, párrafo 1, inciso s); 218 párrafo 3; 219, párrafo 1; 220, párrafo del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, los partidos políticos están obligados a promover y garantizar la igualdad de oportunidades y la equidad entre mujeres y hombres en la vida política del país, por lo que de la totalidad de solicitudes de registro tanto de las candidaturas a Diputados como de Senadores que presenten los partidos políticos o coaliciones ante Consejo General del Instituto Federal Electoral, deberán integrarse con al menos el 40% de candidatos propietarios de un mismo género, y las listas de representación proporcional se integrarán por segmentos de cinco candidatos y en cada uno de los segmentos de cada lista habrá dos candidaturas de género distinto, de manera alternada.

Asimismo el considerando 13, determina:

Que el párrafo 2 del artículo 219 del Código de la materia, señala que quedan exceptuadas de la cuota de género las candidaturas de mayoría relativa que sean resultado de un proceso de elección democrático conforme a los Estatutos de cada partido, por lo que este Consejo General ha considerado necesario precisar lo que debe entenderse por proceso de elección democrático, en concordancia con lo establecido por la tesis de jurisprudencia número 3/2005, sostenida por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación aprobada y declarada formalmente obligatoria en sesión celebrada el primero de marzo de 2005.

En este tenor, el punto decimotercero del Acuerdo materia de la impugnación estipula que:

De la totalidad de solicitudes de registro de candidaturas a Diputados y Senadores, tanto de mayoría relativa como de representación proporcional, que presenten los partidos políticos o coaliciones ante el Instituto Federal Electoral, en ningún caso incluirán más de sesenta por ciento de candidatos propietarios de un mismo género. Además, se verificará que los partidos políticos hayan observado los porcentajes de género establecidos en sus propios Estatutos.

Quedan exceptuados de la regla de género señalada en el párrafo anterior, las candidaturas de mayoría relativa que sean resultado de un proceso de elección democrático. Esto es, en caso de que el partido político, no elija a sus candidatos de mayoría relativa mediante un proceso de elección democrático, el partido político o coalición deberá presentar como máximo 180 y 38 candidatos propietarios de un mismo género, a Diputados y Senadores, respectivamente o en forma proporcional dependiendo del número de candidatos electos por dicho proceso, **procurando que la fórmula completa se integre por candidatos del mismo género.**

Para efectos de lo señalado en los dos párrafos anteriores, debe entenderse por procedimiento democrático aquel en el que la elección de las candidaturas se realice de forma directa por la militancia del partido o por la ciudadanía, o de forma indirecta a través de una convención o asamblea en que participe un número importante de delegados electos *ex profeso* por dicha militancia.

Las listas de representación proporcional se integrarán por segmentos de cinco candidaturas. En cada uno de los segmentos de cada lista habrá dos candidaturas de género distinto, de manera alternada **procurando que la fórmula completa se integre por candidatos del mismo género.** Tratándose de la lista de candidatos a Senadores, los dos últimos lugares serán ocupados por un candidatos de cada género.

Lo cierto es que el Consejo General del Instituto Federal Electoral, al incluir en los párrafos tercero y quinto del punto Decimotercero la frase "procurando que la fórmula completa se integre por candidatos del mismo género" y al extralimitarse en el párrafo cuarto del mismo punto y establecer una definición de "proceso democrático de elección", hace una interpretación inadecuada y contraviene el principio constitucional de elecciones libres, auténticas y periódicas así como el *Manual de Criterios para la Observación Electoral de la Organización de los Estados Americanos*, que establece que las elecciones son democráticas en la medida en que son inclusivas, limpias competitivas y quienes son elegidos para ocupar cargos públicos los ejercen.¹

Las elecciones son inclusivas cuando todos los ciudadanos y las ciudadanas están efectivamente capacitados para ejercer el derecho al voto en el proceso electoral; son competitivas cuando los ciudadanos y las ciudadanas tienen el derecho a postularse para cargos públicos y pueden competir en un contexto donde prima la igualdad de oportunidades.

II. ASPECTOS RELEVANTES DE LA SENTENCIA

1. Motivos de Inconformidad

Las ciudadanas inconformes presentaron el Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano señalando como único agravio:

La totalidad del párrafo cuarto, en el que se exceptúa de la aplicación de la "cuota de género" cuando las candidaturas a diputados federales y senadores sean resultado de **"un proceso de elección democrático" y la defini-**

¹ Manual para la Incorporación de la Perspectiva de Género en las Misiones de Observación Electoral de la OEA (MOES/OEA) 2013, p. 12.

ción del mismo, así como la expresión "procurando que la fórmula completa se integre por candidatos del mismo género" contenida en los párrafos tercero y quinto del Punto DECIMO TERCERO del Acuerdo del Consejo General del Instituto Federal Electoral por el que se indican los criterios aplicables para el registro de candidaturas a los distintos cargos de elección popular que presenten los partidos y, en su caso, las coaliciones ante los Consejos del Instituto, para el Proceso Electoral 2011-2012.

Las actoras manifestaron que el Acuerdo impugnado afectaba sus derechos a ser registradas como candidatas a diputadas o senadoras federales por el principio de mayoría relativa, toda vez que no existió claridad ni certeza en la norma reglamentaria que regiría en los procedimientos de elección internos, especialmente en lo que se refería a las reglas de excepción en la aplicación de la cuota de género.

Asimismo, sus planteamientos fueron en el sentido de que la determinación del Consejo General del Instituto Federal Electoral conculcaba su derecho de sufragio pasivo, en virtud de que el párrafo cuarto del punto Décimo Tercero del Acuerdo impugnado afectaba *de facto* sus derechos de género, establecidos en el artículo 219 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales² y la pretensión perseguida es que, de ser el caso, el órgano jurisdiccional dictara las medidas necesarias para corregir la situación irregular planteada.

2. Posición y Criterios del Órgano Jurisdiccional

La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación sostuvo, con base en el artículo 219 del Código de la materia, que la cuota

² Artículo 219. I. De la totalidad de solicitudes de registro, tanto de las candidaturas a diputados como de senadores que presenten los partidos políticos o las coaliciones ante el Instituto Federal Electoral, deberán integrarse con al menos el cuarenta por ciento de candidatos propietarios de un mismo género, procurando llegar a la paridad.

de género contenida en el párrafo primero de este artículo no tenía como finalidad proteger primordialmente a un género sobre otro, sino que dicha disposición protegía la igualdad de oportunidades y la equidad de género en la vida política del país, sin favorecer a un género u otro en particular, sino procurando un equilibrio razonable entre ellos.

Asimismo, sustentó que la circunstancia de que el artículo 218, párrafo 3, del referido Código Electoral,³ obligara a los partidos políticos a procurar la paridad de género en la vida política del país implicaba que esa paridad también debía reflejarse en la ocupación de los cargos de elección popular obtenidos por cada partido. De otra manera, no tendría sentido el establecimiento de cuotas de género en la designación de candidaturas a cargos de elección popular.

En esa misma línea argumentativa, afirmó que, en este contexto, los partidos políticos postulan candidatos a diputados y senadores mediante fórmulas compuestas cada una por un propietario y un suplente, y las vacantes de los propietarios son cubiertas por los suplentes de la misma fórmula y que el hecho de que una misma fórmula estuviera conformada por candidatos de un mismo género en forma alguna vulneraba la paridad exigida por la norma. Esto es así, en virtud de que si los candidatos propietarios cumplen con la regla prevista en el artículo 219 párrafo 1, del Código Electoral sustantivo, los suplentes también lo harán. De esta forma, si llegaran a presentarse vacantes en los propietarios, éstos serían sustituidos por personas del mismo género y, por tanto, se conservaría el equilibrio de género no sólo en las candidaturas, sino también en la ocupación de los cargos respectivos.

³ Artículo 218. ...3. Los partidos políticos promoverán y garantizarán en los términos del presente ordenamiento, la igualdad de oportunidades y procurarán la paridad de género en la vida política del país, a través de postulaciones a cargos de elección popular en el Congreso de la Unión, tanto de mayoría relativa como de representación proporcional.

En tal sentido, la Sala Superior determinó parcialmente fundado el agravio de las actoras respecto de que la "recomendación" contenida en los párrafos tercero y quinto del punto decimotercero del Acuerdo impugnado era indebida al aplicarse para todas las candidaturas. En efecto, la ley pretende garantizar la igualdad sustantiva de género, por tanto el uso, en el Acuerdo, de una "recomendación" a los partidos políticos sobre el favorecer a uno de los dos géneros, y no de un lenguaje de "obligación" de respetar dicha cuota es inadecuado.

En consecuencia, no es admisible que, en el Acuerdo, el Consejo General del Instituto Federal Electoral se limite a recomendar el cumplimiento de la ley. Por tanto, debía modificarse tal disposición, de tal forma que resultara clara la obligación de los institutos políticos para cumplir la cuota de género e integrar sus candidaturas con al menos el cuarenta por ciento de personas del mismo género.

La modificación debía garantizar que al menos el cuarenta por ciento de los propietarios de las candidaturas registradas por los partidos políticos a los cargos de diputados y senadores correspondieran al mismo género; también que esa equidad se reflejara en el ejercicio del cargo, por ende, todos los suplentes deberían pertenecer al mismo género que sus propietarios.

En este contexto, se ordenó modificar los párrafos tercero y quinto del punto decimotercero del acuerdo impugnado, de tal forma que, en el caso de las candidaturas que conforman la cuota de género prevista en el artículo 219, párrafo primero del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (mínimo cuarenta por ciento del total), la fórmula completa (propietario y suplente) debe integrarse por candidatos del mismo género.

En cuanto a los agravios en los que se alegó un exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria al haber introducido la responsable una definición de "proceso democrático" que distorsionaba y podía anular el derecho de

cuotas de género establecido en la fracción 1, del artículo 219 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, por ir más allá de los alcances de la fracción 2 de dicho numeral, el Tribunal Electoral declaró los agravios sustancialmente fundados. El Consejo General del IFE, autoridad responsable, desarrolló el contenido de la locución "procedimiento democrático" al establecer que se trataba de todo aquel en el que la elección de las candidaturas se realizara de forma directa por la militancia del partido o por la ciudadanía, o de forma indirecta a través de una convención o asamblea de delegados electos *ex profeso* por dicha militancia, no obstante que la fracción 2 del artículo 219 del citado código establece expresamente que el procedimiento democrático relativo se acota a lo establecido en los estatutos de los partidos políticos.

La Sala Superior consideró que era evidente que el Consejo General estaba agregando supuestos normativos a la legislación, porque la definición extendía por sí misma el concepto de "proceso democrático" al interior de los partidos políticos, integrando, inclusive, los procesos de elección indirecta, con lo cual limitaba la posibilidad de que la propia autoridad administrativa electoral, tomara en cuenta los estatutos de los partidos y valorara, en cada caso en particular, el alcance del término "proceso democrático", aplicando una interpretación con perspectiva de género que pudiera, en un momento determinado, potencializar los derechos de las actoras a partir de la aplicación de las cuotas de género. El Tribunal consideró que la esencia del establecimiento de la cuota de género era alcanzar la igualdad real en lo político-electoral entre hombres y mujeres. En este sentido, el análisis de casos concretos relativos a posibles vulneraciones al derecho de igualdad entre los géneros no debía realizarse sobre interpretaciones previas y extra normativas de los hechos. Dicho proceder es contrario al criterio que ordena potencializar los derechos humanos y, a *contrario sensu*, interpretar de forma restrictiva las excepciones o límites a los mismos.

Finalmente, el Tribunal estimó que los límites constitucionales a la igualdad entre los géneros, en el contexto del registro de candidaturas a diputados

y senadores por el principio de mayoría relativa, no debían ser interpretados de tal manera que se permitiera una limitación a tales derechos. Por el contrario, era preciso constreñir a su más mínima dimensión la limitación de que se trataba. De tal manera que no encuadren en la misma más supuestos que los mínimos.

Estas consideraciones dieron lugar a la revocación de la norma impugnada para que el Consejo General del Instituto Federal Electoral eliminara la definición de lo que debía entenderse por "procedimiento democrático". Sin embargo ante la cercanía del periodo de precampañas del Proceso Electoral Federal, la Sala Superior se constituyó en autoridad responsable y, en plenitud de jurisdicción, modificó el contenido de la norma impugnada expulsando de su texto el párrafo cuarto del Punto Decimotercero del Acuerdo impugnado.

3. Las cuotas de género

Las cuotas de género son una forma de acción positiva cuyo objetivo es garantizar la efectiva integración de mujeres en cargos electivos de decisión de los partidos políticos y del Estado. Es una medida de carácter compulsivo, que obliga a incorporar mujeres en listas de candidaturas o en listas de resultados electorales, y transitorio, puesto que supone una vigencia sujeta a la superación de los obstáculos que impiden una adecuada representación de mujeres en los espacios de poder y representación política.

Desde 1991, se sancionaron, en los países de América Latina, acciones afirmativas de género conocidas como leyes de cuotas, las cuales establecen porcentajes mínimos de mujeres para incorporar en las listas de candidatos.⁴ Los partidos políticos aplican la ley de cuotas, considerando el

⁴ Néliida Archenti y María Inés Tula, Universidad de Buenos Aires y CONICET. *¿Las mujeres al poder? Cuotas y paridad de género en América Latina*. Trabajo presentado en el VI Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, organizado por la Asociación de Ciencia Política (ALACIP). Quito 12 al 14 de junio de 2012.

porcentaje mínimo legal como un máximo y arman las listas electorales con una configuración de género acorde con el requisito mínimo del mandato de posición.

Cuando la norma no aparece explícitamente como obligatoria ni prevé una sanción frente a su incumplimiento, se convierte en un texto de carácter propositivo que no da lugar a la presentación de reclamos judiciales ni a impugnaciones a las listas, como es el caso del punto decimotercero del Acuerdo emitido por el Consejo General del IFE, al señalar "*procurando que la fórmula completa se integre por candidatos del mismo género*".

A lo largo de la historia, se ha observado la resistencia de los partidos a abrir espacios políticos para las mujeres, la cual ha persistido aún bajo la vigencia de la ley. Muchos de ellos han pretendido cumplir cuando otorgan los espacios mínimos legales y ubican las mujeres en los últimos lugares de las listas o en las listas de suplentes, lo que diluye el impacto de la cuota, situación que se confirma cuando se revisa la integración de las Cámaras de Diputados y de Senadores.

Diputados que componen la LXII legislatura por grupo parlamentario según sexo y tipo de representación, 2012 a 2015⁵

Grupo parlamentario	Total	Sexo		Representación	
		Hombres	Mujeres	Mayoría relativa	Proporcional
Total	500	313	187	300	200
PRI	213	131	82	164	49
PAN	114	77	37	52	62
PRD	101	64	37	59	42
PVEM	28	16	12	13	15
PT	14	8	6	4	10
Nueva Alianza	10	5	5	0	10
Movimiento ciudadano	20	12	8	8	12

⁵ Senado de la República. Senadores Integrantes de la LXII Legislatura. www.senado.gob.mx

**Senadores que componen la LXII legislatura
por grupo parlamentario según sexo, 2012 a 2015⁶**

Grupo parlamentario	Total	Hombres	Mujeres
Total	128	84	44
PAN	38	26	12
PRD	22	16	6
PR ^{la}	54	34	20
PT	5	3	2
PVEM	7	5	2
Movimiento ciudadano	1	0	1
Nueva Alianza	1	0	1

Nota: La legislatura comprende el periodo 2012 a 2015.

A la fecha, un senador se encuentra con licencia.

III. CONCLUSIONES

Un sistema de cuota de género implica que las mujeres deben constituir un número o porcentaje determinado de miembros en la lista de candidatos a cargos de elección popular:

La finalidad de las leyes de cuotas, sancionadas en diversos países de América Latina a partir de la década de 1990, es garantizar la presencia de ambos sexos en las listas de candidatos a cargos de elección popular. Sin embargo, y a pesar de la importancia que tienen estas normas para promover la participación política de las mujeres, por sí solas no alcanzan a lograr sus objetivos, ya que es necesario cubrir determinados requisitos que otorguen mayores garantías para su eficacia y que estén enmarcadas en contextos institucionales y normas favorables.⁷

⁶ Senado de la República. Senadores Integrantes de la LXII Legislatura. www.senado.gob.mx

⁷ Peña Molina, Blanca Olivia. *Equidad de Género y Justicia Electoral. La alternancia de géneros en las listas de representación proporcional*. Serie Comentarios a las Sentencias del Tribunal Electoral. No. 33. p. 39.

Para finalizar, es necesario destacar que la sentencia no menciona los diversos instrumentos internacionales en materia de igualdad de género, pero, a partir de una interpretación sistemática y funcional, incluye argumentos con perspectiva de género que motivan una resolución favorable a la defensa de los derechos de la mujer en el ámbito político-electoral.

ABUSOS DESHONESTOS CONTRA UNA MENOR

AMPARO DIRECTO PENAL 889/2012

*Octavo Tribunal Colegiado de Circuito
del Centro Auxiliar de la Tercera Región*

CORINA GIACOMELLO

Universidad Autónoma de Chiapas

SUMARIO: I. Síntesis y antecedentes del caso. 1. Tipificación del delito. 2. Medida de protección. 3. Reparación del daño. II. Aspectos relevantes de la sentencia. III. Conclusiones.

I. SÍNTESIS Y ANTECEDENTES DEL CASO¹

La sentencia que aquí se analiza fue emitida por el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región en unanimidad en cuanto al sentido y con un voto concurrente.

En la redacción del caso, se utilizan nombres ficticios para identificar a las personas involucradas. El tres de noviembre de 2007, la señora Miriam se presentó ante la agente investigadora del Ministerio Público especializada en Delitos contra la Familia y Delitos Sexuales en el Estado de Durango y presentó una denuncia en contra de su pareja, Patricio. El motivo de la denuncia radicaba en que la hija de Miriam, Paula, una niña de cinco años, le dijo a su mamá que su papá Patricio le agarraba su "panecito" (indicando

¹ Los hechos del caso se toman de las constancias del expediente.

la vagina) y lo apretaba y también sus "pompis" (los glúteos). Esto acontecía todos los días.

El trece de noviembre, la agente investigadora del Ministerio Público dictó la medida de protección y otorgó, de manera provisional, la guarda y cuidado de Paula a su hermana, Flor. Se abrió la averiguación previa y se iniciaron las diligencias. En enero, se revocó la medida de protección.

En agosto de 2008, Miriam, la testigo (presumiblemente Flor) y Paula se retractaron de sus declaraciones iniciales. Miriam no ratificó la denuncia, la testigo afirmó que no creía que Patricio fuera capaz de cometer los actos de los que se le acusaba y Paula sostuvo que su papá no le había hecho nada. Estas declaraciones no se tomaron en cuenta para la emisión de la sentencia, ya que claramente tenían la intención de beneficiar al sentenciado.

En febrero de 2011, la agente del Ministerio Público responsable del caso presentó la averiguación al juzgado de primera instancia para que se girara orden de aprehensión en contra de Patricio y se le condenara por abusos deshonestos, exigiendo la reparación del daño. Dos meses y medio después, el juzgado giró la orden de aprehensión, la que se ejecutó el 8 de junio y el 15 de junio de 2011, y se le dictó el auto de formal prisión. Patricio gozaba de libertad provisional bajo caución desde el 13 de junio.

Once meses después, en mayo de 2012, se emitió la sentencia condenatoria en contra del papá de Paula. Patricio fue sentenciado a una pena privativa de libertad de cinco años y una multa de 79.33 pesos. Sin embargo, por haber sido confeso, se le concedió la reducción de un tercio de la pena, la cual quedaría en tres años y cuatro meses. Asimismo, se le absolvió de la reparación del daño.

Patricio interpuso el recurso de apelación. La Sala Penal Colegiada "A" del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Durango confirmó la

sentencia en noviembre de 2011. Con respecto a la reparación del daño, se dejó intocada la absolución, ya que no había sido impugnada por la Representante Social.

Entre la primera denuncia y el auto de formal prisión transcurrieron tres años, siete meses y doce días. Entre el auto y la sentencia pasaron otros once meses. En total, se trata de un lapso de cuatro años y seis meses.

En los tiempos de la denuncia, Paula vivía con su mamá, su papá y dos hermanos, uno más grande y uno más chico que ella. En su declaración, Paula, de apenas cinco años, cuenta que el papá metía la mano dentro de los calzones y le tocaba la vagina y los glúteos. Esto acontecía en la hora de la comida, cuando la mamá cocinaba, y en las noches. Los papás no dormían juntos y aunque Paula se durmiera con su mamá, Patricio la pasaba a su cama.

Paula contó lo que hacía su papá por lo menos a tres personas: a Miriam –quien le contestó "dile a tu papá que no te ande agarrando"–, a su maestra –quien le dijo que eso no estaba bien– y a su hermana, Flor –que le dijo que le dijera que no, a lo cual el papá contestó "cómo que no te voy a seguir agarrando".

En la declaración, Flor narra que el tres de noviembre de 2007 –fecha de la denuncia – su mamá le llevó a su casa a sus otros tres hijos (es decir, Paula y sus hermanos, todos hijos de diferentes papás) para que los cuidara, como era costumbre de todos los sábados, ya que Miriam iba a trabajar:

Flor escuchó de Paula lo que le hacía su papá y, molesta, incitó a la mamá a que se presentara a denunciar. Por un breve periodo, Paula vivió con su hermana. Sin embargo, al revocarse la medida de protección (de la duración de aproximadamente dos meses), regresó a la casa de sus padres.

De hecho, de acuerdo con Patricio, Paula vivió con su hermana solamente durante diez días.

La niña fue sometida a diversos estudios clínicos y psicológicos que, entre otros elementos, dieron como resultado que Paula necesitaba un tratamiento psicológico de mediano plazo, consistente de una sesión a la semana durante nueve meses, por un costo total estimado de \$ 11,700.00. De las constancias, no es posible saber si la niña recibió tratamiento o no.

Paula fue claramente manipulada y su condición de menor fue vulnerada sistemáticamente por ambos padres. En la retractación de la denuncia, Miriam afirmó lo siguiente:

[s]i bien es cierto Patricio con sus manos le pasaba rozando sus senos y sus genitales era para decirle 'Hija cuídese de que nunca nadie le vaya a tocar su cuerpecito' y que eran los juegos entre ellos, ya que le pueden preguntar a Paula y ella les puede decir; y que lo del panecito yo lo inventé para que me entendiera, e inclusive ya platiqué con Patricio el cual me dijo que el cuanto lo llamaran se presentaría a la hora que fuera, ya que él no había hecho nada, motivo por el cual no entiendo porqué (sic) la niña ***** (Paula) no está conmigo (ya que vivía con la hermana, *nda*), si ya se aclaró todo y además pruebas no tenemos en contra de ***** (Patricio), lo único que existe es lo que dice ***** (Paula) quien tiene cinco años de edad [...]. El sábado 03 de noviembre del presente año fue por presiones de mis hijos de *****y ***** ambos de apellido ***** , pero mi intención es desistirme y quitar la denuncia ya que no pasó nada y no existen pruebas de nada.

La declaración de la mamá es desconcertante, mas no por ello, lamentablemente, insólita. Las niñas, niños y adolescentes víctimas o testigos de un delito o acusados de cometer una conducta ilícita son a menudo revictimizados por el sistema de justicia y por las personas adultas responsables de su cuidado y desarrollo. La falta de protección de la justicia se identifica

en distintos momentos y elementos que van desde el quehacer legislativo hasta la impartición de justicia.

1. Tipificación del delito

En el ámbito legislativo, el delito de abusos deshonestos (cabe preguntar cuáles son los abusos honestos) no es un delito grave. Si bien la tipificación de delitos graves acarrea no pocos problemas —entre otros, la prisión preventiva obligatoria, uno de los lastres del sistema penal mexicano en materia de derechos humanos— el hecho de que delitos "sin víctimas", como los delitos contra la salud, y delitos que pueden afectar el futuro de una persona —en este caso de una niña— como el abuso de un padre hacia su hija, sean catalogados y castigados de manera y con penas muy distintas (elevadas en el primer caso y bajas en el segundo, desproporcionadas en ambos) nos habla de cómo se valoran los bienes de una sociedad. En un sistema penal tendencialmente punitivo y extremadamente volcado al uso de la cárcel, el hecho de que la conducta realizada por Patricio en contra de su hija sea castigada con poco más de tres años de prisión y menos de 80 pesos de multa nos refleja la moral de la sociedad y el valor del bien vulnerado. Pareciera que la dignidad e integridad de una niña cuenta muy poco.

2. Medida de protección

Como se señala en el informe de la Comisión Interamericana sobre acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia,² uno de los principales problemas del continente americano es que la violencia contra las mujeres es todavía culturalmente aceptada. Esto se refleja en el caso que aquí se trata y se agrava puesto que está involucrada una niña. Por un lado, la desestimación

² CIDH, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, 2007, <http://www.cidh.org>.

de la violencia y de la credibilidad de la niña es llevada a cabo en primer lugar, por la mamá. Es ella quien afirma que su hija sólo tiene cinco años y por esto, no es creíble.

Pero la actitud de la madre no se ve contrapuesta por una actuación cabal del sistema de procuración de justicia. Ya se visibilizaron los años que tuvieron que pasar entre la denuncia y la orden de aprehensión. Con respecto a la medida de seguridad, ésta se aplicó para la niña, alejándola de su hogar en aras de protegerla. Si bien tal vez en ese momento era lo más adecuado, no deja de causar cierto asombro que al hombre no se le haya impuesto alguna medida, por ejemplo, la orden de salirse de la casa. Una vez más y como es común en el caso de niñas y mujeres víctimas de violencia, a las mujeres se les pide que hagan algo, en este caso que se vaya, aunque sea para su bien. Mientras el hombre puede seguir viviendo cómodamente en su casa con sus otros hijos, también menores de edad y posibles víctimas de violencia.

3. Reparación del daño

La reparación del daño no es opcional. Uno de los puntos cruciales de la sentencia Campo Algodonero es justamente la reparación del daño. Asimismo, en el caso de Paula existe una prueba pericial que muestra la necesidad de una terapia psicológica y ofrece una estimación del costo. ¿A quién le corresponde pagar por ella? Lo más razonable es que sea el padre, es decir, el victimario.

La reparación del daño forma parte del núcleo duro de la sentencia que aquí se analiza, siendo el centro de discusión –y disonancia– en la resolución del amparo.

II. ASPECTOS RELEVANTES DE LA SENTENCIA

En el caso, quien promueve el amparo es Patricio, el padre de Paula y procesado en el asunto. El tribunal colegiado niega el amparo petitionado por Patricio:

Resulta infundado el argumento en que se aduce que la sentencia reclamada es violatoria de sus garantías constitucionales por estar basada en meras declaraciones sin sustento, pues como se ha explicado la denuncia y los demás medios de prueba son suficientes para tener por demostrado el delito de abusos deshonestos y la responsabilidad del quejoso.

El Tribunal no detiene aquí su análisis:

No obstante lo anterior, esto es, que el amparo lo promovió únicamente el sentenciado, este Tribunal Colegiado estima necesario realizar las siguientes consideraciones atinentes al *interés superior de la menor ofendida* ***** (resaltado propio).

El Tribunal decide utilizar la suplencia de la queja para dar un lugar al interés de Paula en el proceso penal instaurado contra su padre y en el juicio de amparo interpuestos por él. El eje central es su interés superior. El Tribunal hace referencia al artículo 4º constitucional que consagra los derechos de niños y niñas y el papel del Estado para su optimización y garantía. Luego, se citan los artículos 19 y 20 de la Convención de los Derechos del Niño en relación con el papel del Estado de otorgar protección contra cualquier forma de abuso. Siguiendo el orden jerárquico, se menciona la ley local del Estado de Durango para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, cuyo eje rector es el derecho a una vida libre de violencia:

Asimismo, el Máximo Tribunal del País ha establecido que los jueces federales están obligados a suplir la deficiencia de los conceptos de violación o agravios, siempre que en forma directa o indirecta, pueda afectarse el bienestar de un menor de edad o incapaz, con independencia de los derechos controvertidos, pues la voluntad de los padres no es suficiente para determinar la situación de los hijos; ello, al margen de quién promueva en su nombre e, incluso, en el supuesto de no ser parte. Precisado lo anterior, este órgano colegiado considera que la responsable (es decir, la sala penal colegiada, *nda*) incurrió en una omisión que resulta conculcatoria de los compromisos internacionales que en materia de derechos humanos ha adquirido el Estado Mexicano.

Sucesivamente, el Tribunal Colegiado se remite al artículo 1º y al control de convencionalidad. Por tratarse de una niña, el Tribunal se refiere también a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) y a la responsabilidad de los Estados de combatir los patrones socioculturales y las prácticas consuetudinarias que atentan contra los derechos de las mujeres. En cambio, en las circunstancias de este caso, lo que se observa es que, desde el núcleo familiar y el Estado, se refuerzan los estereotipos y el caso es conducido con base en jerarquías socialmente aceptadas, por las cuales las niñas y niños son inferiores a los adultos y las mujeres, a los hombres. Por tratarse de una niña menor de edad, Paula es víctima de ambos sistemas jerárquicos. Como se señaló anteriormente, la preservación de las jerarquías se manifiesta en el Código Penal del Estado de Durango, así como en las actuaciones del Ministerio Público y de los órganos de justicia de primera y segunda instancia.

La principal línea argumentativa de la sentencia de amparo se funda en el cuestionamiento de la absolución de la reparación del daño otorgada por el Juez de primera instancia y confirmada por la Sala de segunda instancia. Esta última argumentó que se mantenía la absolución puesto que el Ministerio Público no la impugnó. A su vez, el Ministerio Público no se inconformó

basando su determinación en el desistimiento de la madre. Si bien la retractación de la mamá no fue tomada en cuenta para la sentencia condenatoria con respecto al delito de abusos deshonestos, sí se le dio peso para la absolución de la reparación del daño.

Paula se encuentra en un estado de indefensión, en razón de su género y edad, ya que no hubo quien abogara por sus derechos: por un lado, la mamá la acusó de mentir y le quitó la protección frente al padre, y por otro lado, el Ministerio Público y el Tribunal de Alzada no intervinieron para garantizar y proteger los derechos de la niña.

Con base en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; Convención de Belem do Pará, se afirma que el Estado tiene la obligación de "adoptar medidas para conminar al agresor que se abstenga de hostigar, intimidar, amenazar o atentar, en cualquier forma, contra la integridad de la mujer; modificar las prácticas jurídicas consuetudinarias que respalden la persistencia o tolerancia de violencia contra la mujer; instaurar procesos legales justos y eficaces para la mujer, que incluyan medidas de protección, juicio oportuno y acceso efectivo a tales procedimientos". En este caso, dichas medidas no fueron adoptadas de acuerdo con los hechos.

La sentencia de amparo visibiliza, a través de una oportuna citación de los instrumentos internacionales, los deberes del Estado y cómo éstos no han sido cumplidos en el caso específico, al no ofrecer protección a la víctima y reparación por el daño sufrido. Se afirma que el control de convencionalidad debe ser oficioso, y no quedar supeditado a las gestiones de los particulares. Con base en este principio, se motiva la argumentación del tribunal acerca de la situación de Paula y las violaciones a sus derechos. Asimismo, se subraya que la reparación del daño debe aplicarse cuando el sujeto activo es condenado por el delito que se le atribuyó y que no se le puede absolver; es decir, se impondrá de oficio al responsable del delito.

Una vez argumentado el interés superior del niño, el control de convencionalidad y la ilegalidad de la absolución de la reparación del daño, se emite la resolución final. Además de negar el amparo al padre de Paula, la sentencia determina, "[a]tendiendo el interés superior de la menor ofendida, la sentencia reclamada se estima violatoria de ciertos derechos humanos fundamentales de la misma[...]", dejar insubsistente la sentencia reclamada por lo que se refiere a la absolución de la reparación del daño; confirmar la sentencia en lo respectivo a la acreditación del delito, la responsabilidad del padre de Paula en su comisión y la pena impuesta. Por otro lado –y esto es uno de los méritos de la sentencia– ordena al Juez dé vista a las autoridades competentes para que se implementen los mecanismos idóneos de protección íntegra de la menor, ante la probable trasgresión de sus derechos humanos, y en su caso, tomar las medidas de protección y reparación pertinentes, sean de la naturaleza que fueren, incluso pecuniaria a cargo del particular o presupuestaria por el Estado, las cuales deberán realizarse en breve plazo y de forma efectiva.

La pregunta que persiste ¿cómo hacer efectiva la reparación del daño sin afectar los derechos del procesado?

En el considerando décimo, *Ponderación de principios*, el Tribunal señala dos principios rectores del derecho procesal: el *non reformatio in peius*³ y la fórmula Otero. El Tribunal sustenta la decisión de analizar el amparo y sentenciar de acuerdo con los derechos de la niña –pese a que ésta no es una de las partes directamente involucradas en la petición de amparo– y aunque la sentencia contravenga el principio *non reformatio in peius* con base en el interés superior del niño.

³ Principio según el cual el tribunal revisor queda impedido de empeorar la situación de un reo en formas no consideradas por el tribunal inferior.

Frente a éste y con base en la interpretación del mismo en distintos textos internacionales y nacionales, sucumben los derechos del procesado por la jerarquía de los valores protegidos, puesto que el Estado tiene el deber de actuar de tal manera que se garantice por encima de todo, los derechos de la infancia:

Por tanto, en el caso específico, resultaría contrario al interés superior de la menor en cuestión y, por consiguiente, al artículo 4º constitucional, dar preferencia a los principios *non reformatio in peius*, de relatividad de las sentencias de amparo, y de instancia de parte agraviada, en detrimento del análisis de una cuestión que, como se vio, resulta perjudicial y trascendente para la infante aquí involucrada, como lo es, el derecho de obtener la reparación del daño causado con motivo del delito de abusos deshonestos cometido en su agravio, y el de vivir en las condiciones que permitan su crecimiento sano y armonioso, tanto físico como mental, material, espiritual, moral y social"

Tan conflictiva resulta la cuestión que un voto concurrente cuestiona este criterio y se separa del sentido de la sentencia:

Si bien concuro con la mayoría en el sentido de que se reparen los daños causados a la víctima, lo procedente -según mi parecer-, es que, ante la determinación de restauración, la responsable a través de una interpretación conforme de los instrumentos referidos a lo largo de este voto, a los que se anexen, aquellos ya invocados en el sustento de la decisión de la mayoría, aplicables, tome las medidas necesarias para ello, *por conducto de las autoridades e instituciones que correspondan con apoyo en los medios legales que estime pertinentes, sin necesidad de alterar los principios que rigen en favor del sentenciado, quien también se encuentra protegido constitucionalmente y a través del régimen legal y jurisprudencial doméstico, lo mismo que por el internacional, los cuales por regla general, en estos casos, buscan restaurar, reparar o restituir sin contrariar frontalmente derechos reconocidos que correspondan al sentenciado* (resaltado propio).

III. CONCLUSIONES

Esta sentencia contiene sin dudas numerosos puntos de discusión. El caso en sí es trágico. Se atestigua una de las violencias más terribles de nuestra sociedad: la que se comete contra niños y niñas en el círculo más sagrado y a la vez más violento: la familia. A lo largo de las hojas, se lee una y otra vez la tragedia vivida por esta niña, el abuso del padre, la traición de la madre. Tal vez hasta el silencio cómplice de otras personas.

A su vez, se observa cómo las instituciones del Estado refuerzan esa vulnerabilidad, la soledad de la infancia, la muda complicidad ante los abusos contra la infancia. Ese abandono del Estado se plasma en cuatro momentos:

- La tipificación del delito y la duración de la pena;
- La medida de seguridad impuesta, no sólo por su brevedad sino porque afecta a la niña, en cuanto la destierra de su entorno y permite que el hombre siga viviendo en su casa;
- La ineficiencia de las instancias investigadoras, y
- La impunidad para el abusador; manifiesta en la aplicación de una medida alternativa a la prisión y en la absolución de la reparación del daño.

Una vez más, a las instancias más altas del Poder Judicial les corresponde la labor de resolver un caso mal llevado desde el principio. En esta última instancia, se buscan los medios para arreglar lo que llega descompuesto.

Es cierto que una decisión judicial no puede restaurar la infancia robada, el cuerpo ultrajado, la confianza violentada. Pero puede combatir la impunidad y garantizar que el Estado cumpla con su deber, que es el de

proteger los derechos humanos, la infancia y la vida y dignidad de las personas. En este caso, de una niña.

La sentencia presenta una decisión compleja. La colocación del interés superior del niño por encima de los derechos procesales del reo provocará, sin duda, objeciones. Se trata, efectivamente, de una decisión polémica, lo cual explica el voto concurrente, cuyo sentido pareciera más reconciliador. Significativamente, en este voto, se opta por colocar la responsabilidad en el Estado y en diseñar una reparación continua del daño.

No obstante, la argumentación que sustenta la manera en que los derechos del sentenciado sucumben frente al interés superior de la niñez no está fundamentada en la arbitrariedad. La expresión interés superior debe ser defendida. Los textos nacionales e internacionales citados expresan contundentemente que los intereses de niños y niñas están *por encima de*. Cuando éstos entran en conflicto con otros derechos, particularmente los de los adultos, se deberá de hacer un estudio oportuno, es decir, no se podrá argumentar meramente con base en una jerarquización, sino habrá que demostrar por qué esa jerarquización es pertinente para el caso. Este ejercicio se hace exitosamente en la sentencia estudiada y esto debiera ser un ejemplo, un precedente.

En este sentido, se recomienda ampliamente el Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en Casos que Involucren a Niñas, Niños y Adolescentes de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁴ El protocolo parte del interés superior del niño y fundamenta y elabora una serie de principios. Entre otros, cabe destacar la importancia de no desestimar el dicho de una niña o niño (aplicado correctamente por las instancias juzgadoras), la suplencia de la queja (aplicada por el Tribunal

⁴ SCJN, Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niños, niñas y adolescentes, SCJN, México, 2012.

autor de la sentencia objeto de este estudio) y el derecho del niño o niña víctima, perpetrador o testigo de un delito a ser acompañado en todo momento por personas especializadas en la infancia. Parece que este derecho le fue sistemáticamente negado, desde el Estado, a Paula. Y que nadie, más que el Tribunal Colegiado, buscó la manera de garantizarle el tratamiento psicológico necesario.

Además de las preguntas estrictamente jurídicas, la sentencia deja abiertas algunas interrogantes más. ¿Qué habrá pasado con Paula? De la sentencia, no se desprende que alguna instancia le haya brindado seguimiento a su caso. Parece que siguió desprotegida, viviendo en la misma casa que el perpetrador de la violencia y de la madre que parecía tolerar los abusos. ¿Cuándo termina la responsabilidad del Estado? El caso debería haber activado una serie de mecanismos de monitoreo y protección constantes: en principio, el alejamiento permanente del padre y una revisión de las condiciones de vida en la casa.

La otra pregunta que nos persigue es ¿cuándo asumiremos que la violencia contra niñas y mujeres es un problema epidemiológico permitido por el Estado? ¿Cuántas niñas abusadas se necesitan para que desde todos los ámbitos del Estado se tome en serio?

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en octubre de 2014 en los talleres de Racsy, S.A. de C.V., Antiguo Camino a Culhuacán núm. 87, Colonia Santa Isabel Industrial, Delegación Iztapalapa, C.P. 09820, 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.

