

JUS

TI

CON PERSPECTIVA
DE GÉNERO
PARA MUJERES
CRIMINALIZADAS

CIA



Dra. Beatriz Eugenia Álvarez Rodríguez

Prólogo: Magistrada Lilia Mónica López Benítez
Consejera de la Judicatura Federal

JUS TI CIA

CON PERSPECTIVA
DE GÉNERO
PARA MUJERES
CRIMINALIZADAS

Dra. Beatriz Eugenia Álvarez Rodríguez

**Justicia con perspectiva de género
para mujeres criminalizadas**

Autora: Dra. Beatriz Eugenia Álvarez Rodríguez

Primera edición: agosto 2023

ISBN: 978-607-99953-7-9

Esta obra y sus características son propiedad de la Escuela Federal de Formación Judicial, Consejo de la Judicatura Federal.
Calle Sidar y Rovirosa #236, Colonia Del Parque, Alcaldía Venustiano Carranza C.P. 15960, Ciudad de México

<https://escuelajudicial.cjf.gob.mx>

Edición electrónica: Escuela Federal de Formación Judicial

Está prohibida la reproducción total o parcial de la obra por cualquier medio, sin la autorización por escrito.

A las mujeres de mi vida:
Alexa, mi amada y hermosa hija,
y Coco, mi grandiosa madre, mi gran apoyo.

JUS TI CIA

CON PERSPECTIVA
DE GÉNERO
PARA MUJERES
CRIMINALIZADAS

Dra. Beatriz Eugenia Álvarez Rodríguez*

* Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Aguascalientes (1996), maestra en Derecho Civil (2004) y doctora en Ciencias Sociales y Humanidades (2011) por su misma alma máter; maestra en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante (2012); maestra en Derechos Humanos y Democracia por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), sede México (2015); maestra en Derecho Global y Democracia Constitucional por la Universidad de Génova (2016); y doctora en Derechos Humanos por la Universidad Autónoma de Guanajuato (2021). Actualmente, se desempeña como jueza de Distrito especializada en el Sistema Penal Acusatorio.

Índice

Prólogo	7
Introducción	11
1 Los derechos humanos son reglas o principios	14
I. Reglas o principios	14
II. La interpretación judicial	19
III. Los conflictos de derechos se ponderan, armonizan o resuelven conforme al criterio de minorías insulares	27
IV. Teoría de la ponderación	30
V. Teoría de la armonización	37
VI. Teoría de las minorías insulares	40
2 Relevancia y pertinencia del tema de derechos humanos con perspectiva de género	45
I. Derechos humanos de las mujeres	45
II. Desigualdades estructurales de las mujeres	46
III. Estereotipos de género	50
IV. Categorías sospechosas	50
V. ¿Qué es género?	56
VI. ¿Qué es perspectiva de género?	59
VII. Vulnerabilidad de la mujer en el derecho penal	62
VIII. La perspectiva de género en las decisiones jurisdiccionales	64
3 La situación de las mujeres en el mundo delictivo	69
I. Criminalidad femenina	71
II. La mala madre como partícipe del delito	74

III. Mujeres narcotraficantes	77
IV. Mujeres que delinquen en situación de marginación, pobreza, violencia de género y dominación de su pareja	78
V. Mujeres embarazadas, en periodo de lactancia o al cuidado de hijas e hijos menores de edad y/o personas mayores o con discapacidad, sometidas a un proceso penal	80

4 Escenarios jurisdiccionales de vulnerabilidad y desventajas de las mujeres criminalizadas 84

I. Cómo deben evaluarse las resoluciones jurisdiccionales	85
II. Homicidio cometido por mujer en condiciones de violencia doméstica	88
III. Sustracción de menores por parte de la madre en un ambiente de violencia familiar	94

5 Medidas para evitar la desigualdad y la discriminación jurisdiccional a mujeres criminalizadas 98

I. La transversalización de la perspectiva de género, una mirada holística	99
II. Medidas jurisdiccionales para evitar la discriminación de mujeres criminalizadas	102

Conclusiones 110

Bibliografía 113

Prólogo

Juzgar es una delicada labor que impacta en la vida de las personas y muchas veces define su destino más próximo, implica la aplicación de la ley a casos concretos con la finalidad de solucionar conflictos y encontrar la decisión más justa.

Sin embargo, la aplicación de la ley a casos concretos no es una labor mecánica, requiere un agudo razonamiento y pensamiento crítico. Como se expone en el presente trabajo, los enunciados normativos no siempre son claros, la labor de juzgar implica otorgarles significado para extraer del texto la norma jurídica aplicable, esto a través de la interpretación.

Uno de los principales problemas que se destacan es la aparente “neutralidad” de la ley, ya que no se puede hablar de una ley neutral cuando la perspectiva desde la que nació no tomó en cuenta a las mujeres, pues fue creada desde la concepción del sujeto o ciudadano universal; en resumen, desde el sistema patriarcal. La mayoría de las personas legisladoras y juzgadoras toman en cuenta al varón cuando confeccionan la ley y cuando la aplican.

En otras palabras, algunas normas que son aparentemente neutras, en realidad rigen desde el sistema patriarcal, legitiman las jerarquías, dinámicas sociales y culturales machistas que se inadvierten por ser socialmente aceptadas. Muchas veces las normas contribuyen a producir un orden de género que proyecta roles y estereotipos socialmente asignados a las mujeres y los hombres, a partir de los cuales se establecen derechos, obligaciones e incluso castigos para quienes los incumplan.

Esto impide que las mujeres criminalizadas ejerzan sus derechos con las mismas condiciones que cualquier otra persona sometida a proceso, ya que el impacto de la norma no es idéntico; lo que resulta relevante si se toma en cuenta que derivado de los roles y estereotipos tradicionales que se les atribuyen, es más sencillo que las asimilemos como víctimas que como perpetradoras de la ley penal.

En efecto, en el ideario social dominante las acciones de las mujeres son reprochadas de forma más severa. El sistema patriarcal espera de ellas comportamientos apegados a características estereotípicas de ternura, fragilidad, cooperación, bondad, abnegación, etcétera, lo que provoca que cuando una mujer entra en conflicto con la ley penal, la criminalización es doble, pues además del estigma y reproche social por contravenir el comportamiento

esperado, se enfrentan a un sistema de justicia diseñado para los hombres que no toma en cuenta las barreras estructurales que impiden que las mujeres accedan al pleno goce de sus derechos.

Otros aspectos que aquejan a algunas mujeres, además de los estereotipos antes mencionados, son la marginación, pobreza, violencia de género, dominación de pareja, embarazo, lactancia, tener a su cuidado menores de edad o adultos mayores (rol de cuidadora), estas condiciones pueden ubicarlas en estado de vulnerabilidad y discriminación.

Así nos enfrentamos a un problema de igualdad sustantiva, ya que las consecuencias que sufren las mujeres en conflicto con la ley penal, muchas veces generan que se transgreda el derecho a la igualdad y no discriminación, pilares que materializan el mandato constitucional de garantizar que todas las personas **sin excepción** gocen en plenitud de sus derechos humanos.

Puede alegarse que las aparentes normas neutras disponen las mismas penalidades y condiciones a las personas sin importar su sexo; sin embargo, esa aparente neutralidad no toma en cuenta que las mujeres en conflicto con la ley penal pudieran ubicarse en condiciones de vulnerabilidad especiales que influyen en los hechos imputados, tampoco se considera que las mujeres no resienten el impacto de la norma en la misma medida que los hombres, pues son mayormente discriminadas, abandonadas por sus familiares y amigos, estigmatizadas por la sociedad por ser mujeres que se apartaron del estereotipo de comportamiento permitido.

Conviene entonces recalcar que, al juzgar, no basta contar con condiciones de igualdad formal, sino que se necesita alcanzar la **igualdad sustantiva**, que permita dotar de efecto **útil a los derechos humanos** y su protección efectiva para todas las personas, al comprender el impacto diferenciado de la norma conforme a las características y particularidades de cada quien.

Así, la igualdad sustantiva promueve la participación equitativa de los seres humanos en la sociedad y reconoce su valor y contribución. Es esencial para el desarrollo sostenible y la construcción de sociedades más justas y pacíficas. Su enfoque está en abordar las desigualdades estructurales de género que existen en la sociedad, más allá de las desigualdades formales de la ley, por lo que la igualdad sustantiva se enfoca en reconocer y abordar las barreras y desigualdades que las personas enfrentan en distintos ámbitos, como la discriminación laboral, la violencia de género, la falta de acceso a servicios públicos como salud y educación, y en lo que nos interesa, el impacto diferenciado de la norma tratándose de mujeres sometidas a procesos penales.

Para combatir esas barreras primero es necesario identificar, nombrar y aceptar las **desigualdades** que nos rodean, como los contextos, gustos, patrones, padecimientos, recursos económicos, etcétera; desde la igualdad sustantiva **no todas las personas somos iguales** pero **todas las personas** tenemos el mismo derecho a gozar y ejercer nuestros derechos.

Cobra sentido entonces que la autora decidiera en primer lugar definir si los derechos humanos son reglas o principios, para después abordar el tema de la interpretación judicial destacando que, con base en los derechos humanos, el significado que las personas juzgadoras otorgan a las normas a través del ejercicio interpretativo debe visualizar todas las posibles problemáticas y barreras que impidan el pleno goce de los derechos humanos, principalmente el derecho a la no discriminación.

Así, la interpretación judicial no se limita a darle un sentido textual a la norma, sino que deben analizarse un conjunto de factores para que la decisión final permita equilibrar su impacto, es así que apoyado en la perspectiva de género permite que la persona juzgadora visualice claramente la problemática a la que se enfrenta y detecte las posibles barreras que impidan el pleno ejercicio de los derechos, descarte prejuicios y estereotipos, cuestione los roles y la neutralidad de la norma, y con todo lo anterior, se logre fomentar verdaderas condiciones de igualdad sustantiva.

En ese tenor, esta obra nos ayuda a visualizar de forma más clara que la perspectiva de género como herramienta para lograr la igualdad sustantiva en los procesos penales contra mujeres, permite que al analizar cada caso se cuestione la supuesta neutralidad del derecho, los estereotipos, la situación de violencia, marginación, pobreza, violencia de género o dominación de pareja que puedan presentarse, condiciones especiales como la maternidad (embarazo y lactancia), rol de cuidadoras o cualquier otra condición que las ubique en situación de vulnerabilidad por interseccionalidad y corregir las desventajas que generan.

Una vez que la autora, con la sensibilidad jurídica que la caracteriza en su labor de juzgadora, en los primeros cuatro capítulos nos invita a reflexionar respecto al alcance de los derechos y su interpretación, la perspectiva de género en la labor de juzgar, la situación de las mujeres en el mundo delictivo y diversos escenarios a los que se enfrentan; en el capítulo cinco del presente texto nos aporta un compilado de valiosas herramientas para juzgar con perspectiva de género, que nos ayudarán a ejercitar el pensamiento crítico y, por ende, al reflexionar y cuestionar, a aminorar los efectos de la venta patriarcal

con las que lastimosamente se abordan los asuntos en los que se involucran mujeres en conflicto con la ley penal.

Deseo que este trabajo contribuya en las personas lectoras a desarrollar un pensamiento crítico para detectar, nombrar, ejemplificar y combatir las desigualdades, a pesar de no ser directamente afectadas por ellas, a pesar de encontrarnos inmersas en el orden social que perpetúa las desigualdades, y ayude a las personas operadoras de justicia a cuestionar el sistema patriarcal a pesar de estar inmersas en él y que la actuación de todos y todas derive en revertir las condiciones de discriminación y desigualdad en las que viven algunas mujeres.

Magistrada Lilia Mónica López Benítez
Consejera de la Judicatura Federal

Introducción

La falta de justicia ante las violaciones a los derechos humanos de las mujeres en México ha provocado el “hartazgo” de estas, de ahí que múltiples colectivos feministas se han dado lugar en las calles para evidenciar su descontento ante las constantes discriminaciones y violencia continua contra la mujer.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos y la entrada en vigor del nuevo sistema de justicia penal han sido un parteaguas para garantizar el acceso a la justicia en forma igualitaria para todas las personas; sin embargo, esta ardua tarea demanda de todos los órdenes de gobierno —poder ejecutivo, legislativo y judicial— un enfoque de género que garantice no solo el acceso a la justicia de las mujeres, sino revertir las condiciones de discriminación y desigualdad en las que estas viven, así como la deconstrucción de un derecho androcéntrico. Para ello, se requiere de la capacitación del personal de servicio público y, por qué no, de su especialización para garantizar su actuación con apego a derecho, con perspectiva de género y la salvaguarda de los derechos humanos.

La igualdad entre el hombre y la mujer y la eliminación de todas las formas de discriminación contra la misma forman parte de los derechos humanos. No obstante, a diario se cometen transgresiones a dichas prerrogativas.

Las mujeres frente al sistema de justicia penal son un claro ejemplo de la discriminación a las que son sometidas, no solo por el propio sistema, sino por la propia familia, las amistades, los medios de comunicación y la sociedad, que en general las consideran penalmente responsables, inclusive sin que medie juicio alguno, solo por el hecho de haber sido señaladas como posibles responsables; así, se tornan víctimas del sistema, máxime que no existen leyes que respondan a sus necesidades.

Si bien se han erigido cuerpos normativos que garantizan la protección de los derechos humanos de las mujeres, las exigencias, particularidades y necesidades no siempre son las mismas, de ahí que las operadoras y los operadores jurídicos deben tomar decisiones incorporando la perspectiva de género.

Precisamente, el objeto de estudio del presente trabajo es visibilizar la discriminación que sufren las mujeres sometidas a procesos penales y buscar la aplicación, a favor de estas, de un enfoque de género en el quehacer jurisdiccional, es decir, hacer que un proceso sea justo si se trata de una mujer

señalada como imputada, acusada o sentenciada, tomando en consideración sus características personales que evidencien desigualdad y/o discriminación sistemática por motivos de género.

La impartición de justicia que omite aplicar el derecho de igualdad sustantiva es una justicia imperfecta, contrapuesta a los derechos humanos que le permiten a la persona su realización mediante el ejercicio de aspectos fundamentales para garantizarle una vida digna.

En virtud de que los derechos humanos se manejan bajo un esquema abierto y amplio, se proponen algunas medidas para la aplicación del enfoque de género, las cuales no son limitativas, por el contrario, nos ayudarán a razonar la aplicación de la perspectiva de género de acuerdo con el caso que se presente, de tal suerte que construiremos una visión crítica en torno a cómo resolver situaciones que involucren derechos humanos de las mujeres.

El presente trabajo se integra por cinco capítulos. “Los derechos humanos son reglas o principios” es el título del primer capítulo, en el que se distingue entre reglas y principios para abordar el tema de la interpretación jurídica y la resolución de problemas mediante la ponderación, armonización o conforme al criterio de minorías insulares, temas de gran importancia para la teoría del derecho, pues como se mencionó en líneas que anteceden, los derechos humanos suelen manejarse sobre un esquema abierto y son tan amplios que se precisa tocar estos temas para motivar y justificar las decisiones jurisdiccionales, sobre todo, en la justicia con visión de género, cuyo pilar inamovible lo constituye la no discriminación, que implica razonar con base en las herramientas de la interpretación y la armonización de normas de acuerdo con el caso concreto.

Es menester tener clara la “Relevancia y pertinencia del tema de derechos humanos con perspectiva de género”, que da título al segundo capítulo, en el que se establecen las herramientas conceptuales que sustentan el tema de juzgar con perspectiva de género a mujeres criminalizadas, como las desigualdades estructurales de las mujeres, los estereotipos de género, las categorías sospechosas, qué es el género, la vulnerabilidad de la mujer en el derecho penal y la perspectiva de género en las decisiones judiciales.

Estos dos capítulos son la base del presente trabajo, ambos constituyen la parte medular para visibilizar la discriminación que sufren las mujeres criminalizadas y la aplicación en favor de estas de un enfoque de género en el quehacer jurisdiccional.

Para especificar el contexto de las mujeres en el mundo delictivo y la visibilización de su vulnerabilidad y desventaja, elaboré dos capítulos que detallan

concienzudamente estos aspectos, con la puntualización de que son ideas y conceptos retomados del artículo de mi autoría “Medidas para evitar la discriminación jurisdiccional a mujeres imputadas”,¹ publicado recientemente en la *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales de la Facultad de Derecho* de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

En el capítulo tercero, denominado “La situación de las mujeres en el mundo delictivo”, se aborda la especificidad del tema de la criminalidad femenina y las situaciones estereotipadas de las mujeres que delinquen, como ser “mala madre” y narcotraficante, así como la problemática de las mujeres criminalizadas que están en situación de marginación, pobreza, violencia de género y dominación de su pareja, embarazadas, en periodo de lactancia o al cuidado de hijos menores de edad y/o personas mayores o con discapacidad, para comprender los motivos por los cuales se les debe considerar en estado de vulnerabilidad y discriminación al resolver sus situaciones jurídicas en los procesos penales.

En el cuarto capítulo, denominado “Escenarios jurisdiccionales de vulnerabilidad y desventajas de las mujeres criminalizadas”, abordo el análisis que ha realizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de algunos escenarios relevantes que ponen en evidencia la existencia de situaciones de discriminación, vulnerabilidad y violencia a que han sido sujetas algunas mujeres criminalizadas, y la forma en que el Más Alto Tribunal del país ha visibilizado esas circunstancias y ha aplicado la perspectiva de género a su favor, lo que se ha traducido en justicia para esas mujeres que anteriormente habían recorrido un calvario de injusticias jurisdiccionales en tribunales que no han visibilizado sus situaciones y que, por tanto, han sido omisos en juzgarlas con perspectiva de género.

También, ello hace necesario plantearnos una evaluación de las decisiones judiciales y cómo debe hacerse la misma.

Finalmente, en el quinto capítulo, denominado “Medidas para evitar la discriminación jurisdiccional a mujeres criminalizadas”, se concreta un razonamiento específico que haga efectiva la igualdad y no discriminación de la mujer en el quehacer jurisdiccional.

¹ Álvarez Rodríguez, Beatriz Eugenia, “Medidas para evitar la discriminación jurisdiccional a mujeres imputadas”, *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales (REDHES)*, México, año XII, núm. 24, julio-diciembre 2020, pp. 69-80, <http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHES/Numero%2024/Redhes24-04.pdf>, (fuente consultada diciembre de 2020).

Capítulo

1

Los derechos humanos son reglas o principios

I. Reglas o principios

Debido a que en el siguiente capítulo abordaré el tema de los derechos humanos de las mujeres, cuyo pilar inamovible lo constituye la no discriminación, es necesario analizar primeramente si esos derechos fundamentales constituyen reglas o principios, así como la forma en que deben ser interpretadas las normas constitucionales que regulan esos derechos para poder establecer cómo es que los órganos jurisdiccionales justifican y deben justificar sus decisiones, sobre todo, en la justicia con visión de género.

La distinción entre principios y reglas constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales, sin ella no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico.¹

¹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2017, p. 63.

Una norma de derecho fundamental, según su estructura, puede ser principio o regla.² Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas existentes, por tanto, los principios son mandatos de optimización.³

Para algunos juristas como Dworkin, Alexy, Atienza y Ruiz Manero,⁴ los principios tienen una dimensión que las reglas no tienen: la dimensión de peso o importancia, pues cuando hay una interferencia entre principios, quien ha de resolver el conflicto ha de tomar en cuenta el peso relativo de cada uno. Las reglas no tienen esa dimensión, son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige.⁵

En cambio, un principio es una norma fundamental que constituye un elemento esencial para la identificación de la fisonomía del sistema y da fundamento axiológico a una pluralidad de otras normas del sistema.

Las normas llamadas principios están conectadas con su contexto de una forma que no lo están las reglas, debido a la diferente estructura morfológica entre reglas y principios; sin embargo, ello no implica arbitrariedad en las decisiones judiciales, sino razonabilidad bajo criterios distintos a los del modelo tradicional.

Estos autores diferencian los principios de las reglas en cuanto que los primeros configuran el caso de forma abierta, mientras que las segundas lo hacen de forma cerrada. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es más radical que el de las reglas, mismas que están destinadas a evitar la ponderación al correlacionar su solución normativa con condiciones de aplicación.⁶

Conforme a la tesis de los indicados autores, hay una separación estricta entre reglas y principios (teoría fuerte), pertenecen a categorías diferentes, las reglas se siguen o no, y si entran en conflicto unas con otras, el conflicto puede decidirse por orden jerárquico, conforme a la ley posterior, entre otras soluciones jurídicas, en cambio, los principios no determinan la solución del caso, solo proporcionan bases o criterios para la decisión, y cuando existe un conflicto entre principios se resuelve conforme a la teoría de la ponderación; sin embargo, existe la teoría con arreglo a una separación de grado que expone Aarnio,⁷ a la que también llama tesis de la demarcación débil.

² *Ibidem*, p. 64.

³ *Ibidem*, p. 67.

⁴ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho*, 4ª ed., Barcelona, Ariel, 2007, p. 23.

⁵ Alexy, Robert, *op. cit.* p. 68.

⁶ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 30-32.

⁷ Aarnio, Aulis *et al.* (coord.), *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 18.

Según esta tesis, “tanto las reglas como los principios pertenecen a la categoría de las normas y juegan un papel similar o análogo en la discreción judicial”;⁸ aunque los principios tienen mayor generalidad que las reglas, no existen características especiales que permitan distinguirlos de estas, incluso, no solamente los principios contienen valores, sino que también lo hacen las reglas, por lo que ambos, reglas y principios, se parecen, sin ser idénticos, dado que los principios proporcionan los criterios para la aplicación de las normas jurídicas.

Comparto el criterio de Aarnio⁹ en cuanto sostiene que la tesis de la teoría de la demarcación fuerte no es válida del todo, dado que la diferencia entre reglas y principios no es radical, existen reglas y principios que se comportan de la misma forma en el discurso jurídico, solo cuando una regla es clara y un principio ambiguo, una frente al otro, podríamos decir que la regla será seguida o no, mientras que el principio será seguido más o menos; esto debido a que mientras hay reglas que contienen valores como lo hacen los principios, hay principios que configuran supuestos de hecho de forma cerrada.

Dicho esto, es importante establecer la separación entre el derecho y la moral, separación que permite emitir juicios sobre el sistema jurídico; de acuerdo con Guastini,¹⁰ los principios morales no son parte del derecho al no constituir el significado de una disposición normativa ni pueden inferirse de ella. En cambio, para MacCormick y para Hart, el derecho es siempre y de forma necesaria moralmente relevante, porque está siempre sujeto a la crítica moral, de tal forma que el derecho positivo comparte con cualquier moral positiva, porque ambos constituyen restricciones a la conducta, con la peculiaridad de que las restricciones jurídicas suelen implicar la coacción física.¹¹

Para MacCormick, hay al menos un vínculo conceptual entre lo jurídico y lo moral, consistente en que tanto las normas jurídicas como las normas morales pertenecen ambas al género común de las razones prácticas para la acción, por lo que el derecho y la moral pertenecen al dominio del razonamiento práctico en tanto establecen lo que debe hacerse y lo que puede hacerse de forma justificable,¹² tesis que encuentra sustento en la afirmación de

⁸ *Idem.*

⁹ *Ibidem.*, pp. 32 y 33.

¹⁰ Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 645, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?=1651>, (fuente consultada en abril de 2019).

¹¹ MacCormick, Neil, *H. L. A. Hart*, trad. de Juan Manuel Pérez Bermejo, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 272.

¹² *Ibidem.*, p. 281.

Beuchot,¹³ cuando dice que los principios hacen referencia a la justicia y la equidad, lo que da al juzgador y a la juzgadora razones morales para decidir en un sentido o en otro, de tal manera que la labor de la persona juzgadora no se limita a la aplicación literal de lo establecido en el texto normativo, sino que permite que aquella pueda incluso desentenderse de la norma y emplear para su argumentación un principio que considere importante. “No se puede separar el razonamiento jurídico del razonamiento moral”.¹⁴

Los positivistas, como Kelsen y Guastini, defienden la tesis de la separación entre la moral y el derecho; por el contrario, los no positivistas (Dworkin, Alexy, MacCormick y Atienza) defienden la tesis de la conexión, conforme a la cual hay una vinculación necesaria entre la validez o corrección jurídica y corrección de la moral.¹⁵ Desde mi punto de vista, aplica la tesis no positivista para el caso de los derechos humanos, pues no solamente son universales, fundamentales y abstractos, sino morales, ya que como señala Alexy, “los derechos morales son válidos solo si son fundamentales”.¹⁶

Una vez puntualizado que los derechos humanos son morales, lo que implica que no hay una separación real entre la moral y el derecho, es dable establecer que tienen distintos usos en la producción, en la interpretación y en la integración del derecho.¹⁷ En la producción, porque circunscriben materialmente a la persona legisladora, sobre todo, cuando se trata de normas de desarrollo o subordinadas. En la interpretación, porque los principios de rango constitucional son empleados para justificar las llamadas interpretaciones conformes, es decir, aquellas que adaptan el significado de una disposición al de un principio previamente identificado, de tal manera que los principios funcionan como parámetro para medir la constitucionalidad de la fuente subordinada. Mientras que en la integración del derecho, los principios sirven para colmar lagunas.¹⁸

En ese sentido, los principios son utilizados para determinar o encontrar la premisa base del razonamiento, y que esa premisa reúna a su vez las condiciones de validez suficientes para considerarla parte del sistema jurídico.

¹³ Beuchot, Mauricio, *Derechos Humanos y naturaleza humana*, 2ª ed., México, UNAM, 2017, p. 104.

¹⁴ *Ibidem*, p. 105.

¹⁵ Alexy, Robert, “El no positivismo incluyente”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, 36, octubre de 2013, p. 16, <https://doxa.ua.es/issue/view/2013-n36>, (fuente consultada en febrero de 2021).

¹⁶ Alexy, Robert, “Derecho, moral y la existencia de los Derechos Humanos”, SCIELO *Signos filosóficos*, México, 30, vol. 15, julio-diciembre 2015, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-13242013000200006, (fuente consultada en febrero de 2021).

¹⁷ Guastini, Ricardo, *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Barcelona, Gedisa, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, 2016, p. 162.

¹⁸ *Idem*.

Como puntualicé en un inicio, los principios son criterios de optimización del sistema jurídico, pues son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades reales y jurídicas existentes,¹⁹ que además cumplen otras funciones, tanto en el argumento universalizador como en el llamado argumento consecuencialista.²⁰ En el argumento universalizador, porque a falta de disposición expresa, el intérprete motiva en todos sus extremos la premisa base de su razonamiento para que pueda ser utilizada en otros casos similares. En el argumento consecuencialista, desarrollado por MacCormick, el intérprete decide sobre el caso difícil, apoyándose en valores como el bien común o la justicia.

Otra de las distinciones entre principios y reglas es que aquellos en su mayoría son prescriptivos, mientras que estas son regulativas.²¹ Aquellos constituyen los puntos centrales de referencia para el sistema de derecho, pues en general tienen condiciones de aplicación abiertos, pero pueden también catalogar de forma precisa las condiciones de aplicación de la norma y los casos de excepción, de tal manera que no solamente ordenan, conforman y estructuran el sistema en su conjunto; sino que, como lo hacen las reglas, algunos derechos humanos tienen condiciones de aplicación cerradas pues contemplan los supuestos completos para el caso, de tal manera que deben ser cumplidos o incumplidos.

Los derechos humanos son, en su mayoría, principios y no reglas, pues son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades reales y jurídicas existentes, es decir, son criterios de optimización del sistema jurídico, dado que pocas veces son regulativos como las reglas, por lo general son prescriptivos; con excepción de la dignidad humana y la prohibición de la pena de muerte, pues respecto de aquella es la base de todos los derechos humanos, sin la cual estos no tienen razón de ser, por lo que en su aspecto abstracto debe ser respetada, pues constituye una regla que ordena ese respeto, pero que traducida en derechos fundamentales concretos, como la igualdad o la libertad, se convierte en principio sujeto de ponderación.²²

¹⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 81.

²⁰ MacCormick, Neil, *Razonamiento jurídico y teoría del Derecho*, Lima, Palestra, trad. de José Ángel Gascón, 2018, pp. 139 y 173.

²¹ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, "Sobre principios y reglas", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, España, 1991, p. 110, www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/sobre-principios-y-reglas-0/, (fuente consultada en abril de 2019).

²² Atienza, Manuel, "Sobre el concepto de dignidad humana/Sobre la dignidad humana y los principios", *Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, María Casado (coord.) Barcelona, Civitas, 2009, p. 83, <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/53026/1/252153.pdf>, (fuente consultada en diciembre de 2020).

Mientras que la prohibición de la pena de muerte es una regla que también debe ser cumplida: No privar de la vida a nadie, bajo ninguna circunstancia, con excepción de las causas de justificación, como la legítima defensa.

Entonces, de forma general, los derechos humanos concretos pueden estar contenidos en reglas, pero principalmente en principios, pues hay algunas normas de derechos humanos que contemplan los supuestos completos para cada caso, y otras que son la base de referencia para el sistema de derecho con condiciones de aplicación abiertos, dado que no catalogan los casos de aplicación ni los casos de excepción y, por tanto, dan consistencia y coherencia a todo el sistema jurídico.

II. La interpretación judicial

Expuesta mi postura sobre la separación entre reglas y principios con una diferencia de grado, así como que los derechos humanos en su mayoría son principios, pero pueden válidamente estar contenidos en reglas, es importante establecer la interpretación jurídica de los derechos humanos como parte de la labor jurisdiccional. Primeramente, expongo una breve reseña histórica sobre la interpretación, la cual ha sido objeto de una evolución que se inició con la concepción tradicional de que en Europa se llegó al extremo de prohibir a los jueces que interpretasen las disposiciones legislativas, mismas que debían aplicar de manera mecánica, ya que establecer su significado correspondía en último grado al órgano legislativo que las había expedido.

El poder judicial concebido por la Revolución Francesa no podía contraponerse al ejercicio del poder. Nació histórica e ideológicamente subordinado. A los tribunales correspondía la ejecución de las leyes; eran el “poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil”; quedaban subordinados al poder que les autorizaba a ejecutarlas.²³

Especialmente tuvieron gran peso las ideas expresadas por Carlos Luis de Secondat, Barón de Montesquieu, en su obra clásica *El espíritu de las leyes*, en el sentido de que: “...los Jueces de la nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que

²³ Andaluz Vegacenteno, Horacio, “La posición Constitucional del Poder Judicial”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, núm. 35, 2010, p. 220, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512010000200007, (fuente consultada en diciembre 2020).

no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma...”,²⁴ consecuente con lo anterior, estimaba que de los tres poderes, “el juzgar es casi nulo...”, lo que equivalía a sostener que no era un verdadero poder.

Así, a principios del siglo XIX, se pensó que el juzgador estaba obligado a aplicar la ley en sus términos, de manera que solo en los casos excepcionales en que existiera duda sobre su alcance, se le otorgaba, con renuencia, la facultad de interpretarla. En la actualidad, se superó la figura del juzgador como un aplicador automático de las disposiciones legislativas por un interpretador de la ley, pues no es dable jurídicamente la aplicación textual de una norma jurídica a los casos concretos, sino que deben interpretarse.

Es así, porque la indeterminación de las normas jurídicas genera su interpretación cuando el derecho se expresa mediante un lenguaje natural, pero resulta confuso o poco claro. Dicha indeterminación debe ser superada a través de los órganos competentes, los contenidos debidos, así como los procedimientos autorizados para desentrañar el significado de una norma. Por tanto, en el sistema jurídico deben prevalecer los métodos válidos para realizar la interpretación, esto es, establecer los lineamientos que deben guiar la actividad interpretativa, indicando los argumentos válidos y los límites generales a la actividad del intérprete.

Los enunciados normativos deberían ser claros y coherentes, es decir, comprensibles, con el fin de considerar como ciertos tanto su significado como su aplicación; sin embargo, la claridad no es una cualidad intrínseca de un texto que preceda a la interpretación, por el contrario, resulta de ella, de tal manera que solamente de un texto interpretado se puede afirmar que es claro u oscuro.²⁵

La interpretación es la reformulación de los textos normativos, como la de un texto que es traducido al lenguaje del intérprete, por lo que resulta conveniente distinguir entre el texto normativo que es interpretado y la norma que resulta de la interpretación.²⁶

En la teoría del derecho contemporánea, el derecho es el resultado de un proceso interpretativo, en donde existen diversas teorías que de manera muy clara y estructurada expone Lifante:²⁷ La teoría que aborda el derecho desde

²⁴ Barón de Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, México, trad. de Estévez Nicolás, Oxford, 1999, Capítulo VI, de la Constitución de Inglaterra, Libro XI, pp. 110 y 112.

²⁵ Guastini, Ricardo, “Estudios sobre la interpretación jurídica”, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016, pp. 7 y 8, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1651/3.pdfhttp://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1651>, (fuente consultada en mayo de 2019).

²⁶ *Ibidem*, p. 6.

²⁷ Lifante, Isabel, *La interpretación en la teoría del derecho contemporánea*. Tesis doctoral, España, Universidad de Alicante, 1997, pp. 499 y 500.

un punto de vista aplicativo, como el realismo jurídico norteamericano, o la teoría interpretativa de Dworkin, coinciden en que la interpretación es una actividad amplia cuyo objetivo es encontrar una solución jurídica al problema planteado; la teoría de las reglas generales que atribuye a Hart tiene un concepto más estricto de interpretación, que se limita a darle significado a las normas legisladas; la teoría realista que atribuye a Ross, adopta una perspectiva aplicativa e interpretativa del derecho legislado; en la teoría pura del derecho de Kelsen, descontaminada de cualquier influencia exterior, la interpretación judicial es un acto volitivo, y la interpretación científica es una descripción de todos los posibles significados atribuidos a una norma; y el derecho como argumentación que atribuye a Atienza implica que todas las decisiones jurisdiccionales deben estar jurídicamente justificadas, de modo que la interpretación se vuelve consustancial al propio derecho.

Precisado lo anterior, la interpretación de textos es el proceso de comprensión, entre otros, el conocido como hermenéutica,²⁸ para lo cual se toma en consideración que el texto tiene una persona autora, un contenido o significado y una persona destinataria. La persona autora tiene una intencionalidad que trata de plasmar en el texto, en su contenido o significado, en tanto que la persona destinataria o lectora trata de descifrar ese contenido; en ese tenor, los problemas interpretativos nacen porque la persona autora no se expresó con claridad, y en otras ocasiones depende de la persona lectora o intérprete por diversas circunstancias, como pueden ser el tiempo, la cultura, o incluso por deficiente capacidad interpretativa, pero la hermenéutica pretende deshacerse de esos problemas y acercar a la persona lectora a la intencionalidad de la persona autora.

Por su parte, la interpretación jurídica es la actividad de averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico, o bien el resultado o producto de esa actividad, el significado mismo, de tal manera que la interpretación se convierte en una actividad de averiguación o de decisión. Es la actividad por la cual se determina el sentido de las expresiones del derecho, que permite extraer del texto legal la norma jurídica que tiene incorporada.²⁹

La definición de interpretación jurídica requiere de alguna precisión, ya que el término en cuestión no es usado por las personas juristas de forma

²⁸ Beuchot, Mauricio, *Hermenéutica analógica y filosofía del Derecho*, México, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007, p. 125.

²⁹ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 21.

constante y unívoca. De acuerdo con Guastini,³⁰ en sentido estricto, la interpretación se emplea para referirse a la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación. Mientras que, en sentido amplio, interpretación se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa, independientemente de dudas o controversia. Y en sentido muy amplio, interpretación es utilizada para referirse genéricamente al conjunto de trabajos de las personas juristas, o a otras operaciones como la identificación de las fuentes del derecho válidas y la llamada “sistematización” del derecho, o construcción en sistemas de las normas jurídicas, con operaciones distintas, como la integración del derecho en el caso de lagunas y la solución de conflictos, tema último que nos interesa.

Al respecto, Lifante hace referencia a Wróblewski,³¹ quien considera que la interpretación tiene varios sentidos: estricto, amplio y amplísimo. El primero de ellos interpreta entidades lingüísticas cuando existe duda sobre su significado en un caso concreto; el segundo, también interpreta entidades lingüísticas; y el tercero, interpreta cualquier entidad portadora de sentido, “cualquier objeto en tanto que fenómeno cultural”.

Por su parte, Chiassoni³² hace referencia a la interpretación en sentido estricto, y en sentido amplio dice que esta última “puede considerarse un reflejo del giro lingüístico del que participó la filosofía jurídica en la segunda mitad del siglo XX, y se designa generalmente a la actividad que consiste en atribuir significado a las normas, entendiendo esto a los enunciados del discurso de las fuentes formulados en un lenguaje natural”. Mientras que la interpretación en sentido estricto es “la actividad que consiste en atribuir significado, no ya a las disposiciones en general, sino a las disposiciones con significado dudoso, oscuro o incierto”.

Ahora bien, por lo que ve a la interpretación judicial, esta se distingue de la doctrinal por su fuerza, ya que esta última puede ser entendida como una recomendación para atribuir a una disposición un determinado significado, sin que ello implique una decisión en el significado de los textos normativos, pues se trata de una simple sugerencia o propuesta, aunque puede ejercer influencia normativa sobre las orientaciones jurisprudenciales de los tribuna-

³⁰ Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica...*, op. cit., pp. 3 y 4.

³¹ Lifante Vidal, Isabel, “Interpretación jurídica”, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, UNAM, vol. 2, cap. 37, 2015, p. 1350.

³² Chiassoni, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, trad. de Luque Sánchez, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 67 y 68.

les, pero sin efecto jurídico. En cambio, la interpretación judicial de una determinada norma es una decisión en torno a esa disposición. Las decisiones interpretativas de las personas juzgadoras producen efectos jurídicos, aunque sean circunscritos, por regla general, al caso concreto decidido.

En este sentido, Hans Kelsen³³ realiza una interpretación de acuerdo con el sujeto que interpreta, dado que distingue entre la “interpretación auténtica”, realizada por los órganos jurisdiccionales, y la “interpretación no auténtica”, realizada por personas no autorizadas por la ley, como las científicas y los científicos del derecho (doctrina). La primera se vincula a la aplicación del derecho, mientras que la segunda a objetivos sistematizadores del derecho.³⁴ Para Kelsen, la interpretación auténtica es la única relevante para el derecho, dado que es obligatoria.

En la interpretación judicial, en su mayoría, se hace una interpretación orientada a los hechos, así como a los sujetos involucrados y a su contexto, en el sentido de que el punto de partida de la interpretación judicial no es tanto el texto normativo como un particular supuesto de hecho o controversia del que se busca solución, sino que también analiza los hechos, los sujetos involucrados y el contexto de estos para determinar en uno o en otro sentido; sin embargo, las operadoras y los operadores judiciales también atribuyen significado a un texto normativo en abstracto, y no solamente ante un determinado supuesto de hecho cuando las juezas y los jueces constitucionales hacen la interpretación de una norma para determinar su constitucionalidad o inconstitucionalidad. Caso específico, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelve controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, incluso amparos en revisión, primeramente, se hace un análisis abstracto de la norma y, luego de ello, se aplica al caso concreto. Lo mismo hacen las personas juzgadoras y tribunales de amparo.

Ahora bien, cuando la jueza y el juez analizan un caso concreto no se limitan a la interpretación textual de la norma, sino que hacen una mezcla de interpretación de hechos, de sujetos involucrados y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de esos hechos, lo cual aplica también a los derechos humanos, pues no solo se analizan estos, sino los hechos que los envuelven.

La tarea de las personas juzgadoras se circunscribe, pues, en forma general, a la aplicación de las normas generales a casos concretos, lo cual implica

³³ Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, trad. de Verengo Roberto J., México, Porrúa, 16ª ed., 2011, p. 349.

³⁴ Lifante Vidal, Isabel, *op. cit.*, p. 1365.

que el derecho ha de ser completo y coherente en el sentido de que debe contener una solución para todo problema que sea sometido a la jueza o al juez y que no haya dos o más soluciones incompatibles para el mismo caso. En ese sentido, aparentemente la falta de una norma que resuelva el caso (laguna del derecho), o la existencia de dos o más normas incompatibles al mismo caso (conflicto de normas), impediría a la persona juzgadora resolver el caso; sin embargo, las juezas y los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes o principios, pues tienen la obligación de resolver todos los casos que dentro de su competencia les fueren planteados, fundados en derecho, y buscar una solución jurídica a cada problema planteado.

La aplicación de la norma jurídica tiene normalmente su presupuesto indispensable en la interpretación, en virtud de que se enmarca en una de las más importantes funciones conscientes del pensamiento humano, en ella se fusionan la percepción, la reflexión y el aprendizaje de los fenómenos que rodean al hombre, de ahí que el derecho como producto de la humanidad es material susceptible de interpretación.

En ese tenor, la aplicación de las disposiciones normativas abstractas a los casos concretos de la realidad, forzosamente tiene que presuponer una labor interpretativa, indispensable para adecuar el mandato genérico a las modalidades específicas de la práctica, ya que el juez o la jueza no pueden limitarse a aplicar el derecho a través de un silogismo simple o silogismo judicial, cuya premisa mayor está constituida por la norma abstracta en su apreciación textual, la premisa menor por los supuestos de hecho, y la conclusión por la aplicación del mandato legal al caso particular.

Chiassoni³⁵ hace alusión a los argumentos y cánones interpretativos más recurrentes en la literatura metodológica, y dice que no son menos de veintiséis directivas primarias diversas, subdivisibles en cinco grupos: de interpretación lingüística o textual; de interpretación (seudo)psicológica; de interpretación autoritativa; de interpretación teleológica; y de interpretación heterónoma.

Mientras que Ezquiaga³⁶ hace un análisis más extenso de los tipos de interpretación jurídica, que clasifica de la siguiente forma: interpretación o argumento analógico, donde aborda la problemática de las lagunas del derecho; la interpretación de principios y sus funciones integradora e interpretativa; la

³⁵ Chiassoni, Pierluigi, *op. cit.*, p. 90.

³⁶ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional*, Lima, Grijley, 2017, pp. 41 y 87.

interpretación sistemática; el argumento a *fortiori*; la interpretación o argumento a contrario; al igual que Chiassoni, aborda la interpretación psicológica o voluntad del legislador; de la no redundancia; interpretación apagógica o contraria; la interpretación pragmática o de razones prácticas; interpretación o argumento de autoridad; interpretación histórica; y teleológica o finalidad de la norma.

Por su parte, para Guastini hay que distinguir entre dos tipos fundamentales de interpretación que se excluyen entre sí, la literal o declarativa y la correctora.³⁷ La interpretación literal o declarativa es la que atribuye a las disposiciones normativas su significado propio o literal, es decir, el más inmediato o *prime facie*; sin embargo, debo puntualizar que a la “traducción” literal de un texto, como podría ser de una norma, no puede válidamente llamársele interpretación, pues esta conlleva a un desentrañamiento de lo plasmado en el texto, en tanto que la lectura y/o aplicación literal de una norma no requiere interpretación. Mientras que la interpretación correctora consiste en buscar lo que no plasmó el legislador y hay que desentrañar, aunque sea de significado aparentemente distinto al literal.³⁸

Es dable puntualizar que el proceso interpretativo es como un diálogo entre el intérprete y el texto que no pretende reconstruir la intención originaria del legislador, sino renovar la efectividad histórica del texto que interpreta en atención a la nueva situación en la que se da la necesidad de interpretarlo.³⁹ De tal manera que la aplicación del derecho es siempre una obra creativa, toda vez que la actividad interpretativa se hace desde la experiencia de la persona intérprete y es esta quien le añade toda su comprensión al resultado de la interpretación, lo que a su vez tiene como consecuencia que en materia de interpretación no pueda hablarse de verdad, sino de una construcción dialógica, consensual y procedimental de una nueva elaboración del texto que se interpreta.⁴⁰

La interpretación debiera ser reconocida como un momento estructural interno de la comprensión,⁴¹ siempre apoyada con argumentos para apoyar las interpretaciones que hacemos.⁴² Esto porque en la argumentación jurídica

³⁷ Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica...*, op. cit., p. 25.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Gadamer, Hans-George, *Verdad y método*, trad. Ana Agud Aparicio y Rafael Agapito, 10ª ed., Salamanca, Sígueme, 2003, p. 245.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 133.

⁴¹ Gadamer, Hans-Georg, op. cit., p. 379.

⁴² Beuchot, Mauricio, “Hermenéutica y Derecho”, *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, núm. 14, 2008, p. 114.

descansan las decisiones jurídicas de las autoridades,⁴³ ya que en aquella se dan las razones para sostener cualquier pretensión, y para que mediante la ponderación sea posible escoger las más convincentes entre las que no lo son tanto.

Así, toda interpretación requiere de una dosis de argumentación debido a que la persona intérprete que ejerce discrecionalmente esa facultad necesita dar razones de por qué elige esa interpretación y no otra, de tal manera que el discurso jurídico es tanto interpretativo como argumentativo, pues si la argumentación tiene una función de justificación y la interpretación supone atribuir un significado a una norma, entonces habrá que justificarse por qué se da esa interpretación y no otra, esto es, hay que aportar argumentos para poder interpretar.⁴⁴

Por tanto, la interpretación y la argumentación están íntimamente relacionadas, y toda interpretación significará expresar con argumentos las razones que tenga en cuenta la persona intérprete para explicar o atribuir el contenido normativo o al que arribó.⁴⁵

La jueza y el juez, al argumentar, deben hacerlo de acuerdo con las exigencias y cambios que enfrentan las nuevas sociedades,⁴⁶ dado que la justicia se ve como un remedio para resolver las manifestaciones de la injusticia estructural (social, económica y política).

En ese tenor, la jueza y el juez deben asumir una postura frente a la realidad social y esa postura tendrá una connotación política que hará de la persona juzgadora un personaje de la sociedad que busca desatar las fuerzas de la liberación o asumirá el deber de consolidar el aparato de opresión que se yergue frente a ella.⁴⁷

Así, el discurso judicial debe exponer de manera sencilla las causas por las que una interpretación se acoge una decisión judicial, que implica explicar o justificar su decisión,⁴⁸ indicando lo fundado de las elecciones efectuadas por la jueza y el juez.⁴⁹

⁴³ Atienza, Manuel, “El derecho como argumentación”, *Revista de Filosofía Moral y Política*, Madrid, Isegoría, núm. 21, 1999, p. 22, <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/76/76>, (fuente consultada en mayo de 2019).

⁴⁴ Gaustini, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, trad. de César E. Moreno More, México, Ibijus, 2018, p. 326.

⁴⁵ Galindo Sifuentes, Ernesto, *Argumentación Jurídica*, 2ª ed., México, Porrúa, 2007, p. 180.

⁴⁶ Durán Alvarado, Eduardo, “La función judicial es una función política”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, número 18, p. 233.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 235.

⁴⁸ Andruet, Armando S., *Teoría general de la argumentación orense*, Argentina, Alveroni, 2003, p. 240.

⁴⁹ Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. De Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979, p. 202.

En el campo de los derechos humanos la interpretación constitucional se realiza respecto de normas y de principios, aunque estos últimos no sean una particularidad absoluta del texto normativo, pero sí se contemplan con cierto nivel de abstracción. De acuerdo con Guastini,⁵⁰ la especificidad en la interpretación de textos constitucionales no es en relación con el propio texto constitucional en su integridad, sino solo en relación con algunas de sus disposiciones, y también “por el hecho de que la Constitución comparte su especificidad con la interpretación de leyes materialmente constitucionales”;⁵¹ por lo que la especificidad de la interpretación constitucional requiere adoptar técnicas interpretativas específicas (ponderación), distintas a las que se usan para la interpretación de leyes;⁵² pero siempre será deseable que la jueza y el juez constitucionales usen en sus interpretaciones justificaciones basadas en argumentos de justicia.⁵³

III. Los conflictos de derechos se ponderan, armonizan o resuelven conforme al criterio de minorías insulares

Una vez expuesto que la interpretación jurídica de los derechos humanos es parte de la labor jurisdiccional, y los tipos de interpretación que hay en la teoría de derecho contemporánea, es dable establecer si los conflictos que surgen entre derechos humanos se ponderan, se armonizan o se resuelven conforme al criterio de minorías insulares. Pues bien, cuando existe un conflicto entre reglas hay dos formas de solucionarlo, la primera es introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto, y la segunda es declarando inválida por lo menos una de las reglas, a través de parámetros legales tales como *lex posterior derogat legi priori* o *lex specialis derogat legi generali*. En todo caso, la decisión que se toma para solucionar un conflicto de reglas es una decisión acerca de la validez de alguna de ellas.⁵⁴

⁵⁰ Guastini, Ricardo, *Interpretación de los documentos normativos*, trad. de César Moreno, México, Derecho Global, 2018, p. 451.

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Ibidem*, p. 455.

⁵³ Pozzolo, Susana, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, trad. de Josep M. Vilajosana, Alicante, Núm. 21-v2, 1998, p. 340, https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10369/1/doxa21-2_25.pdf, (fuente consultada en diciembre de 2020).

⁵⁴ Alexy, Robert, *op. cit.* p. 88.

Desde el punto de vista de su origen, los criterios de resolución de anti-nomias pueden ser distribuidos en dos clases: formales (que hacen depender la prevalencia de una norma sobre otra de propiedades que no atañen al contenido de las normas en conflicto); y sustanciales (que hacen depender la prevalencia de una norma sobre otra de propiedades atinentes al contenido de las normas en conflicto).⁵⁵

Las formales se subdividen a su vez en: criterio jerárquico de las fuentes, de competencia y cronológico; mientras que las sustanciales en: criterio de especialidad, de excepcionalidad, y axiológico⁵⁶ o de ponderación, que es uno de los que nos interesa para el caso de principios o derechos fundamentales, los cuales son, en abstracto válidos y consistentes, por lo que, cuando dan lugar a conflictos, no son *a priori* determinables.⁵⁷

Pero ¿es dable jurídicamente hablar de conflictos entre derechos humanos?, ¿puede haber inconsistencias lógicas entre principios o derechos humanos?, ¿o los conflictos surgen en concreto en situaciones específicas de cada caso?

En el ámbito de los conflictos entre reglas o normas secundarias es posible determinar *a priori* y en abstracto los supuestos de colisión o conflicto, pues es dable la existencia de inconsistencias. En tanto que los principios son en abstracto, válidos y consistentes, solo en casos concretos surgen conflictos.

Entre los doctrinarios que niegan que exista conflicto entre principios tenemos a Habermas, Ferrajoli, Pino y Toller, entre otros; y entre los juristas que afirman que puede existir conflicto entre principios están Alexy, Guastini, Prieto, Moreso, Bernal Pulido y García Izaguirre, como se expone en el siguiente apartado.

El criterio axiológico o de ponderación puede ser formulado de la siguiente manera: “La norma que en virtud de su contenido valga más desde un punto de vista ético-normativo, debe ser preferida a la norma que vale menos”.⁵⁸ Se trata, pues, de un criterio residual que encuentra aplicación cuando no es posible aplicar el resto de criterios considerados.⁵⁹ Sirve para establecer jerarquías entre principios que son típicamente móviles, en el sentido de que sirven para un caso o una clase de casos, pero no necesariamente para otro caso

⁵⁵ Chiassoni, Pierluigi, *op. cit.*, p. 319.

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ Martínez Zorrilla, David, *Los conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, México, Marcial Pons, 2007, p. 64.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 326.

⁵⁹ *Idem.*

o para otra clase de casos. Así, el principio que es derrotado no se invalida ni se deroga, sino que simplemente no se aplica.⁶⁰

Robert Alexy ha formulado una propuesta metodológica en dos vertientes: la teoría de la ponderación y la fórmula del peso.⁶¹ Conforme a la teoría de la ponderación, cuanto más alto sea el grado de no cumplimiento de violación de un principio, tanto más alta debe ser la importancia atribuida al cumplimiento de otro principio.⁶² Mientras que conforme a la fórmula del peso, —que de acuerdo con Alexy es el instrumento para aplicar la ley de la ponderación de manera metódica y racional— se asignan valores a cada principio y prevalece el que mayor valor o peso tiene,⁶³ lo que se abordará más a fondo enseguida.

Otra forma de resolver el conflicto es armonizando los principios sin restar valor a ninguno de ellos de acuerdo con la teoría de la armonización de Fernando Toller; o, conforme a las minorías insulares —caso *United States v. Carolene Products Co.*, dictada por el *Justice Stone* en 1938— que, de acuerdo con la teoría de John Hart Ely,⁶⁴ es una forma alternativa para ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes, quien propone un control de procedimiento democrático de adopción de decisiones fundamentales de la sociedad, donde la persona juzgadora, en lugar de buscar la determinación de valores sustanciales, debe erigirse como vigilante del proceso de representación política, en el cual se pueden encontrar con mayor certeza aquellos valores fundamentales que deben regir la vida social, y que facilite la representación de las minorías, dado que quienes tienen la mayoría de los votos están en condiciones de votar para sí ventajas a costa de otros o negarse a tener en cuenta sus intereses; lo que implica una teoría en defensa de la igualdad y la no discriminación, que también interesa en el estudio del presente trabajo de investigación, y que se analizará enseguida de los apartados donde se exponen las teorías de ponderación y de armonización.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 327.

⁶¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 70.

⁶² *Ibidem*, p. 134.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ Tirado Barrera, José Antonio, “Un ensayo de interpretación en torno a las relaciones entre el legislador democrático y el juez constitucional”, Departamento académico de derecho PUCP, Perú, p. 38, <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/110989/%28g%29%20Tirado.pdf?sequence=5&isAllowed=y>, (fuente consultada en diciembre de 2020).

IV. Teoría de la ponderación

En la ponderación existen la teoría interna y la teoría externa de los derechos; de acuerdo con Bernal Pulido,⁶⁵ la teoría interna sostiene que todo el contenido de los derechos fundamentales vincula al legislador, y que en él se integran posiciones que no pueden ser afectadas por leyes restrictivas, pero que dicho contenido tiene una extensión bastante reducida. Conforme a la teoría interna, las restricciones a los derechos fundamentales no proceden del exterior del derecho, sino precisamente de su interior, y entendiéndole la aplicación de los derechos como un acto de decisión del Estado, el cual determina aquello que debe considerarse como el verdadero contenido del derecho fundamental.

En cambio, “la teoría externa es más acorde con el pensamiento liberal que ha permanecido siempre en la base de la concepción de los derechos fundamentales del Estado Constitucional”,⁶⁶ en donde los particulares están dotados de un ámbito ilimitado de libertad, pero que puede verse restringida por intereses de bienes colectivos (objetivos de la comunidad o de la protección de otros derechos). “La teoría externa ofrece más posibilidades de racionalidad en la aplicación de los derechos fundamentales al estructurar esta tarea en un procedimiento de argumentación que se desarrolla en varios niveles”.⁶⁷

Ahora bien, por ponderación se puede entender “una forma de tomar decisiones, consistente en sopesar razones que juegan a favor y en contra de una específica solución, un método jurídico contrapuesto a la subsunción para aplicar las normas jurídicas, una forma de fundamentar decisiones en derecho y el resultado que estas decisiones contienen”.⁶⁸ Para Bernal Pulido,⁶⁹ la ponderación se identifica con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, que es una parte de dicho principio y, por tanto, sirve para fundamentar las normas iusfundamentales adscritas.

La ponderación se conforma de tres etapas o tipos de ponderación: la ley de ponderación, la fórmula del peso y la ley de colisión. La ley de ponderación es el marco estructural del procedimiento, a partir de la cual se deducen la fórmula del peso y la ley de colisión.

⁶⁵ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 4a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 564.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 599.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 600.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 720.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 721.

La ley de ponderación regula la aplicación de principios, pero no es un procedimiento que en cada caso conduzca exactamente ni de forma necesaria a un resultado,⁷⁰ la regla principal de la ley de ponderación de principios de Alexy puede formularse en los siguientes términos: “Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”,⁷¹ lo que implica primeramente definir el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios; en segundo lugar, la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; y, finalmente, si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.⁷²

De acuerdo con Alexy, en la ley de ponderación, la medida permitida de falta de satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro. Así, la ley de ponderación “pone de manifiesto que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o de forma absoluta, sino que siempre puede hablarse tan solo de pesos relativos”.⁷³

La ley de ponderación determina qué es lo importante en las ponderaciones, es decir, el grado o la intensidad de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, por un lado, y el grado de importancia de la satisfacción del otro principio, por el otro.⁷⁴ De acuerdo con Alexy, la ponderación es todo menos un procedimiento abstracto o general, establece qué es lo que tiene que fundamentarse racionalmente; no se trata de un asunto de todo o nada, sino de una tarea de optimización.⁷⁵

El resultado de la ponderación es la determinación de la “validez definitiva” de una norma como enunciado normativo; sin embargo, ello no implica atribuirles a los principios un valor absoluto, ya que el resultado de la ponderación solamente tiene validez para el caso.

La técnica normalmente utilizada por los jueces y las juezas constitucionales para resolver un conflicto entre principios constitucionales es precisamente la que se suele llamar “ponderación” o “balance”.

Para Guastini, la ponderación consiste en establecer una jerarquía axiológica móvil entre dos principios,⁷⁶ en el caso, entre dos derechos humanos en conflicto. La jerarquía producida como resultado del balance judicial entre

⁷⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 135.

⁷¹ *Ibidem*, p. 138.

⁷² *Idem*.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 141.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 144.

⁷⁶ Guastini, Ricardo, *Interpretar y argumentar, op. cit.*, p. 250.

dos derechos o principios en conflicto es axiológica, en cuanto es establecida a través de un subjetivo juicio de valor del intérprete, y es móvil porque es relativa al caso concreto y no necesariamente reproducida en futuros casos,⁷⁷ pues los principios o derechos humanos en conflicto permanecen válidos, sin que nada garantice que en lo futuro la jerarquía no sea a la inversa.

Ricardo Guastini⁷⁸ afirma que puede haber conflicto entre principios, ha sostenido que los tribunales, cuando dicen balancear (ponderar) derechos humanos en conflicto, simplemente sacrifican uno de estos a favor del otro, por lo que ponderar no implica la aplicación ni el sacrificio parcial de ambos principios ponderados, sino que uno se aplica y el otro se deja de lado, “se desaplica o se sacrifica”, por lo que no podemos hablar de “contemperación de principios” (mezclarlos en las proporciones justas) ni de conciliación, dado que no se les pone de acuerdo entre ellos, ni se encuentra un punto de equilibrio.⁷⁹

Esos conflictos (entre principios), según la teoría y la praxis, no se resuelven mediante los criterios clásicos de solución de conflictos, sino mediante la ponderación de los principios en el caso concreto.⁸⁰ El conflicto, por tanto, no es resuelto definitivamente, cada solución vale solo para una controversia particular, de modo que nadie puede prever la solución del mismo conflicto en otra controversia futura.

Es evidente, por tanto, que la ponderación implica el ejercicio de un doble poder discrecional de parte de la jueza y el juez. Es una operación discrecional la creación de una jerarquía axiológica entre los principios en cuestión. Y es igualmente una operación discrecional la mutación de valores comparativos de los dos principios a la luz de una nueva controversia a resolver.

Recapitulando, de acuerdo con Alexy, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Una de las tesis fundamentales de la “Teoría de los derechos fundamentales”⁸¹ implica que el principio de proporcionalidad tiene tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, lo que debe entenderse por optimización.

Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan la pretensión contenida en el concepto de principio, de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo con las posibilidades fácticas;⁸² mientras que el subprincipio

⁷⁷ Pino, Giorgio, *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*, Lima, Ed. Palestra, 2013, p. 199.

⁷⁸ Guastini, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, op. cit., p. 255.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 254.

⁸⁰ García Yzaguirre, Víctor, *El test de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Perú, Adrus, 2012, p. 286.

⁸¹ Alexy, Robert, op. cit., p. 524.

⁸² *Idem*.

de proporcionalidad en sentido estricto es idéntico a la ley de ponderación: “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.⁸³

En el primer paso de la ley de ponderación, es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios; en el segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; y, en el tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.⁸⁴

Entonces, se optimiza mediante el empleo del test de proporcionalidad mediante el cual se deben superar tres exámenes: idoneidad (evalúa el grado de restricción de un principio); necesidad (evalúa el grado de satisfacción que posee el principio contrario); y proporcionalidad en sentido estricto (evalúa si la satisfacción justifica de forma suficiente, bajo un parámetro de eficiencia, la restricción que genera sobre otro principio).⁸⁵

De acuerdo con García Yzaguirre,⁸⁶ el examen de idoneidad implica que toda injerencia en los derechos fundamentales de una persona debe ser adecuada para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, por lo que supone la legitimidad constitucional del objetivo. En ese sentido, debe examinarse si la medida legislativa es objetivamente adecuada, en tanto que, si no lo es, la consecuencia será la declaración de inconstitucionalidad de la misma.

El examen de necesidad implica que, para que una injerencia en los derechos humanos sea necesaria, no debe existir otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el objetivo deseado y que suponga una menor restricción para el derecho fundamental o una menor carga para el titular.⁸⁷ Para ello, deben analizarse todas las medidas que la persona legisladora podría haber utilizado y escoger la más benigna o menos lesiva para el ejercicio del derecho fundamental, esto es, realizar la mínima intervención en el derecho humano.

Y por último, el examen de proporcionalidad en sentido estricto implica que para que una injerencia en los derechos humanos sea legítima, el grado de realización del objetivo debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, “es una valoración ponderativa de intereses contrapuestos”,⁸⁸ cuanto mayor sea la limitación al derecho humano, mayor deben ser los intereses generales que la norma protege. “Cuanto

⁸³ *Ibidem* p. 529.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ García Yzaguirre, Víctor, *op. cit.*, p. 197.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 315.

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 316.

mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.⁸⁹

En resumen, los subprincipios del test de proporcionalidad implican lo siguiente: 1. Idoneidad, que es la obtención de un fin constitucionalmente legítimo (excluye fines contrarios a la Constitución); 2. Necesidad, que implica comprobar que no existe otra alternativa menos gravosa para alcanzar el fin, de tal manera que la solución justificada es aquella en la que no es posible mejorar la posición de uno de los elementos en conflicto sin empeorar la posición del otro; 3. Proporcionalidad, en sentido estricto, que determina si el grado de satisfacción del derecho humano que prevalece compensa la lesión o menoscabo del otro derecho humano.

Una vez explicados los subprincipios del principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), es dable exponer la teoría del peso de Alexy, quien bajo la regla de racionalidad atribuye pesos a los derechos humanos “abstracto” y “concreto” y les asigna valores, como ejemplo otorga mayor peso a la vida que a la libertad de expresión, de tal forma que el examen de proporcionalidad lo hace con la determinación de grado de lesión de un principio y grado de satisfacción del otro, para establecer si el que prevalece justifica la lesión del otro.

En la fórmula del peso de Alexy, una jerarquía axiológica es una relación de valores creada no por el derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes, sino por la jueza y el juez, mediante un juicio comparativo de valores, esto es, un enunciado dotado de la forma lógica: “el principio P1 tiene mayor valor que el principio P2”. Instituir una jerarquía axiológica supone, por tanto, atribuir a uno de los dos principios en conflicto un “peso”, una “importancia” ético-política mayor respecto al otro.

El principio que tiene “mayor valor” prevalece sobre el otro, este es aplicado, mientras el otro es acotado. Si observamos los criterios de solución de los conflictos “lex posterior” y “lex superior” no tienen ningún rol en esta representación. El principio que sucumbe no es declarado nulo, abrogado ni inválido, queda “en vida”, en vigor, en el sistema jurídico para ser aplicado a las demás controversias.⁹⁰

La fórmula del peso de Alexy amplía la definición de la ponderación para incluir en ella las premisas concernientes al peso abstracto de los principios y la seguridad de las apreciaciones empíricas.⁹¹ Se propone como un algoritmo,

⁸⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 161.

⁹⁰ Guastini, Ricardo, *Interpretar y argumentar, op. cit.*, p. 251.

⁹¹ *Idem.*

pero su aplicación no se agota para nada en un algoritmo, pues “la fórmula del peso no determina por sí misma el grado de intervención ni el grado de satisfacción de los principios en colisión, ni su peso abstracto, así como tampoco el grado de seguridad de las premisas que en cada caso deban tenerse en cuenta”.⁹²

La fórmula del peso asigna valores numéricos a cada una de las magnitudes de cada derecho humano (importancia de la lesión y grado de satisfacción).⁹³ En dicha ponderación se establece una jerarquía axiológica entre los principios de que se trate, sin que ello implique que se valoren los dos principios en abstracto, sino que se valora el impacto de su aplicación al caso concreto; mientras que la jerarquía establecida entre los principios en conflicto es una jerarquía móvil, mutable, dependiendo de los casos concretos.

En todo caso, corresponde a los tribunales constitucionales un margen de discrecionalidad para determinar en cada caso el peso que corresponde a cada derecho humano en pugna, esto es, la persona juzgadora elige y decide los grados de cada peso, pero estará obligada a justificar correctamente la magnitud que atribuye a cada variable.

De acuerdo con Bernal Pulido,⁹⁴ la ponderación no es un procedimiento algorítmico que por sí mismo garantice la obtención de una respuesta única y correcta en todos los casos, por el contrario, tiene límites de racionalidad en el que puede hacer valer su ideología y sus propias valoraciones.

El debido proceso legal requiere que la ley no sea irrazonable, arbitraria o caprichosa y tenga una relación real con el objeto o finalidad que provoca alcanzar (razonabilidad), por lo que la valoración ponderativa se realiza sobre intereses contrapuestos. Cuanto mayor sea la limitación a los derechos humanos, más importantes deben ser los intereses generales que la regulación protege, así, cuanto mayor sea la importancia o jerarquía de los intereses perseguidos por la regulación, mejor podrán justificar una limitación en los derechos fundamentales.

Cuanto más afecte una intervención a los derechos fundamentales, se debe ser más cuidadoso teniendo en cuenta las razones utilizadas para la justificación de la medida legislativa restrictiva.

⁹² *Idem*.

⁹³ Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, núm. 77, mayo-agosto, 2006, p. 63, <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/viewFile/48220/29676>, (fuente consultada en junio de 2019).

⁹⁴ Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, 2003, p. 228, https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10074/1/doxa26_12.pdf, (fuente consultada en enero de 2021).

Pero a qué principio se le debe dar un mayor peso específico. En este sentido, bajo ciertas circunstancias, un principio *precede* a otro. A esto Alexy llama la *ley de colisión*.⁹⁵

Esta ley de colisión es de fundamental importancia en la teoría de Alexy, ya que refleja que los principios, en primer lugar, son mandatos de optimización entre los cuales no existen relaciones absolutas de precedencia y, en segundo lugar, que se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables.⁹⁶

Alexy sostiene que los principios pueden determinarse mediante el uso de una escala triádica o de tres intensidades, en donde el grado de afectación de los principios puede ser leve, medio o intenso, esta sería la primera variable; la segunda es el “peso abstracto” de los principios relevantes; y la tercera variable es la seguridad de las apreciaciones empíricas, que surge del reconocimiento de que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión pueden tener un distinto grado de certeza, y dependiendo de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al respectivo principio,⁹⁷ sin que exista un criterio objetivo para determinar esas variables o factores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de ponderación y que conforman la ley de colisión y la fórmula del peso.

El peso abstracto es una variable singular que remite siempre a consideraciones ideológicas y hace necesaria una toma de postura por parte del intérprete sobre aspectos materiales, relativos a “la idea de la Constitución, del Estado y de la justicia”,⁹⁸ lo que evoca subjetividad.

Hasta aquí los tipos de ponderación: la ley de ponderación, la fórmula del peso y la ley de colisión.

Entonces, el examen de proporcionalidad es un filtro de legalidad constitucional que pretende eliminar todas aquellas medidas, habilidades o prohibiciones que sean inútiles, innecesarias o exijan un sacrificio exagerado de derechos humanos. Detrás de la proporcionalidad existe un concepto de justicia fundado en el equilibrio de intereses y un repudio a lo excesivo.⁹⁹

La expuesta teoría de la ponderación se ha convertido en la herramienta de interpretación jurídica de derechos fundamentales más usada, pues fortalece la transparencia de las decisiones judiciales y la legitimación de los tribunales constitucionales ante la sociedad; sin embargo, la aplicación de la teoría

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ *Idem.*

⁹⁷ Bernal Pulido, Carlos, *Estructura y límites de la ponderación*, *op. cit.*, p. 228.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 235.

⁹⁹ García Yzaguirre, Víctor, *op. cit.*, p. 286.

de ponderación y sus vertientes ya expuestas (ley de ponderación, fórmula del peso, test de proporcionalidad y ley de colisión) no se traduce en llegar a una única solución correcta si ello implica el sacrificio de uno de los derechos fundamentales en colisión, que conforme a la teoría del no conflictivismo o armonización no es dable jurídicamente.

V. Teoría de la armonización

La teoría de armonización o del no conflictivismo, que aborda y sustenta de manera puntual Toller,¹⁰⁰ sostiene que la llamada teoría de la colisión de derechos y sus teorías de interpretación deben desecharse por inconsecuencias lógicas e interpretativas, pues conforme a estas cuando en un caso concreto existen dos derechos en pugna, uno de ellos debe sacrificarse en aras de un contrincante superior, no obstante que de ese derecho sacrificado una de las partes es titular y lo ejerce de forma legal.

Así, Toller ofrece una alternativa para determinar adecuadamente el ámbito de funcionamiento razonable de los derechos, y lograr así su armonización,¹⁰¹ pues considera que el “conflictivismo” desconoce el fundamento de los derechos humanos y a la persona misma, y que su sistema de solución de controversias no supera un análisis lógico. De esta manera, “considerar los derechos fundamentales como conflictivos se opone a las reglas de la lógica y conduce a la invalidez de la ponderación”.¹⁰²

En cambio, conforme a la teoría de armonización de derechos, donde conviven unos con otros, no hay lugar para desplazar a un verdadero derecho por otro, “sencillamente porque detrás siempre esto viola el principio de no contradicción, y por atrás de un derecho legítimamente ejercido hay siempre una persona que reclama dignidad y respeto”.¹⁰³

La teoría de Toller se basa en que los derechos fundamentales forman un sistema armónico y, por tanto, no pueden estar en conflicto, pues tienden a tutelar distintos bienes humanos básicos,¹⁰⁴ mientras que la función de la

¹⁰⁰ Toller, Fernando M., “Justicia en la toma de decisiones y discrecionalidad estatal”, *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y Derechos Humanos*, Navarra, Vol. 66/2012-71 109-146, 2012, p. 109, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31217.pdf>, (fuente consultada en enero de 2021).

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² *Ibidem*, p. 115.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 110.

¹⁰⁴ Serna, Pedro y Toller, Fernando, “La interpretación de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos”, *La Ley*, Buenos Aires, 2000, p. 103, <https://ruc.udc.es/dspace/>

persona juzgadora no es la de sacrificar derechos, sino la de determinar qué derecho corresponde a quién y en qué proporción se presenta el caso.¹⁰⁵

Es posible la coexistencia de dos principios o derechos humanos en conflicto, y puede encontrarse un punto de equilibrio, dado que ambos son válidos y permanecen así incluso tras la solución del conflicto, pero uno deberá prevalecer necesariamente.¹⁰⁶

Fernando Toller habla de armonización de principios y derechos humanos bajo el argumento de que no pueden invalidarse unos a otros, sino que coexisten con determinadas restricciones dependiendo del caso concreto.¹⁰⁷

Esta propuesta implica que los derechos son armónicos, aunque los intereses de las personas no, por lo que la pretensión exige que el interés del otro se subordine al propio, en tanto que la armonía de los derechos implica el ajuste del derecho a los intereses controvertidos, a las pretensiones. En una sociedad democrática donde la paz social y el orden político democrático se basan, entre otras cosas, en los derechos fundamentales, el mínimo de ese derecho fundamental debe quedar salvaguardado, para no llegar a la anulación de alguno de los derechos en pugna.

Podemos afirmar, con Serna y Toller, que tratándose de derechos fundamentales no es aconsejable establecer jerarquizaciones, ponderaciones o límites que den prioridad a un derecho fundamental sobre otro sacrificado para resolver el conflicto, porque los derechos humanos son todos compatibles entre sí, en ese sentido armonizables; además, se debe buscar casar los bienes en conflicto.¹⁰⁸

Así, por ejemplo, ningún ejercicio legítimo de la libertad de expresión puede lesionar el principio de derecho a la intimidad y al honor, porque si lo lesiona, aquel deja de ser legítimo.

Al respecto, Giorgio Pino¹⁰⁹ expone tres posturas: la primera, relativa a que los conflictos no existen dado que no se trata de hacer compatibles los derechos fundamentales por medio de operaciones interpretativas, sino más bien, de definir “el concepto abstracto-teórico de derecho fundamental”, de modo que no se den conflictos entre derechos fundamentales; la segunda,

bitstream/handle/2183/2118/AD-5-47.pdf?sequence=1&isAllowed=y, (fuente consultada en enero de 2021).

¹⁰⁵ Toller, Fernando M., *Justicia en la toma de decisiones y discrecionalidad estatal*, op. cit., p. 116.

¹⁰⁶ Pino, Giorgio, op. cit., p. 152.

¹⁰⁷ Serna, Pedro y Toller, Fernando, op. cit., p. 99.

¹⁰⁸ López Salas, Rafaela, “Los conflictos de derechos. Una propuesta alternativa”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, México, p. 5, <http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/14/lopez14.pdf>, (fuente consultada en junio de 2019).

¹⁰⁹ Pino, Giorgio, op. cit., pp. 152-162.

consistente en que los conflictos son solo aparentes, porque si bien puede surgir un conflicto entre dos derechos fundamentales, su naturaleza solo es aparente y su solución es interpretativa, “esclareciendo la profunda estructura de la coexistencia armónica de los propios principios”,¹¹⁰ y la tercera, que es la que Pino sustenta,¹¹¹ señala que los conflictos entre derechos fundamentales son reales, los cuales se resuelven a través de la ponderación o balance, pero que este no debe implicar asignar un peso a uno de esos derechos, sino ponerlos en equilibrio, dado que el balance debe tender a hacer posible la coexistencia de dos principios o derechos en conflicto, a través de un punto de equilibrio; esto es, sin declarar la invalidez, abrogación o derogación de una de las dos normas en conflicto, dado que “ambas son válidas y permanecen válidas incluso tras la solución del conflicto, pero una deberá necesariamente prevalecer”,¹¹² lo que implica que se ha encontrado un punto de equilibrio.

Entonces, conforme a la teoría de Pino, no se sacrifica un derecho con el balanceo o ponderación, como afirma Ricardo Guastini,¹¹³ para quien “la ponderación consiste más bien en sacrificar o descartar un principio, aplicando el otro” (en un caso concreto), sino que se acota o limita uno de los derechos en conflicto, sin que ello implique su sacrificio.

Personalmente, comparto las teorías de Toller, Pino y Serna en cuanto a que los derechos humanos no se invalidan aun cuando pudiera resultar algún conflicto entre estos, dado que son armónicos y son compatibles entre sí, pues los rige el principio de interdependencia, dado que están relacionados entre sí, es decir, no podemos hacer ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros; por tanto, la negación de algún derecho en particular significa poner en peligro la dignidad de la persona, pues el disfrute de los derechos humanos no puede hacerse a costa de los demás.

En ese tenor, no es dable atribuirles valores determinados unos frente a otros ni establecer jerarquizaciones o límites que den prioridad a un derecho fundamental sobre otro para resolver un conflicto; por lo que tampoco es deseable aplicar la ley de colisión ni la fórmula del peso que expone Robert Alexy, pero sí la teoría de ponderación y el test de proporcionalidad, como este las propone pero sin sacrificar ningún principio para salvaguardar otro, sino acotando un principio frente a otro, con lo cual se armonizan ambos.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 163.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 193.

¹¹² *Ibidem*, p. 194.

¹¹³ Guastini, Ricardo, *Interpretación de los documentos normativos...*, op. cit., p. 373.

VI. Teoría de las minorías insulares

A. Caso *United States v. Carolene Products Co.*, dictada por el *Justice Stone* en 1938

La referencia a las minorías ha adquirido especial realce por el reconocimiento de algunos derechos fundamentales, como la igualdad, el pluralismo y la democracia, tomando en consideración que no solamente son grupos minoritarios por razón de número de sus integrantes (menor al del grueso de la población), sino también por carecer de una posición política y jurídicamente dominante (grupo débil y vulnerable), y tener características propias permanentes y diferentes al resto de la población (diferencias de identidad),¹¹⁴ características que hacen a esas minorías vulnerables, marginadas y discriminadas.

Los jueces estadounidenses fueron pioneros en el desarrollo del tema, específicamente el Tribunal Constitucional se pronunció sobre decisiones legislativas que eran resultado de un proceso defectuoso en el caso *United States v. Carolene Products*¹¹⁵ en el año de 1938, caso en el que la Corte Suprema acuñó por primera vez el término de “minorías insulares o discretas”, relativo a la justicia racial y los derechos de las minorías, y expresó por qué este nuevo camino era fundamentalmente diferente del viejo camino de los derechos de propiedad “New deal” —la defensa del capitalismo— que había llevado a la Corte al límite de la desacreditación.

El caso *United States v. Carolene Products*¹¹⁶ se originó debido al decomiso del contenido (“leche llena” a la que se le agrega aceite que no pertenece a la leche; es decir, adulterada) que transportaba un camión de esa empresa, pues conforme a la ley de adulteración de 1923 se penalizaba el transporte de leche adulterada. La empresa alegó que el Congreso federal no tenía la facultad de regular el transporte interestatal, y que esa ley infringía la quinta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América.¹¹⁷

¹¹⁴ Romero Pérez, Xiomara Lorena, “Minorías marginadas ocultas o invisibles”, *Revista Derecho del Estado*, Colombia, núm. 26, 2011, p. 155, <http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n26/n26a07.pdf>, (fuente consultada en enero de 2021).

¹¹⁵ 304 US 144, Corte Suprema de Estados Unidos, 25 de abril de 1938, <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/304/144.html>, (fuente consultada en enero de 2021).

¹¹⁶ *United States v. Carolene Products Co.* 304 US 144, 1938, núm. 640, <https://translate.google.com/translate?hl=es&sl=en&u=https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/&prev=search&pto=aue>, (fuente consultada en enero de 2021).

¹¹⁷ La quinta enmienda establece que ninguna persona puede ser privada de la vida, la libertad o los bienes sin el debido proceso legal.

En su decisión, la Corte Suprema de los Estados Unidos concluyó que el Congreso federal no excedió sus facultades; sin embargo, la importancia de la decisión judicial radica en una consideración al margen, en la que se estableció que la revisión judicial de las leyes se hace respecto de su razonabilidad, y en representación de las minorías discretas o insulares que no fueron consideradas cuando se sancionó la ley, consideración que retomaron los órganos jurisdiccionales estadounidenses, que comenzaron a realizar tests de igualdad al evaluar la constitucionalidad de una medida que se tachaba de discriminatoria,¹¹⁸ precedente que sirvió también para acuñar más adelante el término de “categoría sospechosa”, al haberse abordado en ese fallo lo relativo al escrutinio judicial estricto cuando surjan cuestiones que atenten contra la igualdad ante la ley.¹¹⁹

La Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que las minorías discretas o insulares tenían como rasgo fundamental que se encontraban desprotegidas en el proceso político de una democracia, es decir, que eran grupos que carecían de la posibilidad de influir en las decisiones políticas del Estado como consecuencia de un defecto estructural de los sistemas políticos mayoritarios.¹²⁰

Mientras que la vieja Corte había protegido a propietarios que contaban con un amplio espectro de oportunidades para hacer valer sus intereses en el proceso político, la nueva Corte visibilizaba a aquellos que habían sido privados de la posibilidad de ejercer sus derechos como minorías.

La fórmula expresada en *Carolene* supone que las minorías en un sistema democrático tienen que perder, aun cuando deseen fervientemente ganar y aun cuando piensen (como sucede con frecuencia) que la mayoría comete un grave error al ignorar sus justificadas objeciones.¹²¹

En *Carolene* se visibiliza la posibilidad a las minorías de exigir derechos por encima de la regla de las mayorías como para derrotar el propio valor de la regla democrática;¹²² sin embargo, no sostiene que el prejuicio contra

¹¹⁸ Romero Pérez, Xiomara, *op. cit.*, p. 157.

¹¹⁹ Íñiguez Manso, Andrea Rosario, “La noción de categoría sospechosa y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, 2014, núm. 43, p. 2, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000200013, (fuente consultada en enero 2021).

¹²⁰ *Ibidem*, p. 158.

¹²¹ Ackerman, Bruce, “Más allá de *Carolene Products*”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Italia, núm. 10, agosto de 2009, p. 130, https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/.../10Jurica05.pdf, (fuente consultada en junio de 2019).

¹²² Hart, Ely John, *Democracy and Distrust-A Theory of Judicial Review*, EUA, Harvard University, 1980, pp. 76-77.

“minorías pobres y poco educadas” requiera especial atención por parte de la justicia, sino que prevé la posibilidad de intervención judicial en casos de las “minorías discretas e insulares” que involucran “una prohibición específica de la Constitución, como la de las primeras diez enmiendas”.¹²³

En Estados Unidos de América, las minorías insulares se caracterizan básicamente por la ausencia de participación de esos grupos en los procesos políticos, lo que implica estar en condiciones de vulnerabilidad, ser tradicionalmente discriminados y carecer de acceso efectivo a la toma de decisiones; lo que en México equivale a los grupos vulnerables contemplados en el último párrafo del artículo 1º de la Constitución Federal.¹²⁴

Diez Gargari¹²⁵ establece que en el contexto del neoconstitucionalismo el principio de proporcionalidad ha sido útil en la toma de decisiones jurisdiccionales, pero que ha contribuido a una imagen de “neutralidad oscurecida” por el hecho de que las personas juzgadoras toman decisiones políticas y no solo aplican el derecho, sino que también lo crean. Por su parte, John Hart Ely¹²⁶ propone una forma alternativa para ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes, consistente en un control de procedimiento democrático de adopción de decisiones fundamentales de la sociedad, donde la persona juzgadora se erige como vigilante del proceso de representación política que facilite la representación de las minorías, lo que, como se dijo, implica una teoría en defensa de la igualdad y la no discriminación.

Hart Ely abandera la teoría del refuerzo a la representación¹²⁷ y desarrolla la categoría de minorías discretas o insulares¹²⁸ bajo la premisa de que la revisión judicial de leyes tiene la finalidad de evitar que quienes legislan se favorezcan a sí mismos, así como asegurar que todos los grupos de la sociedad puedan introducir sus demandas en la agenda política y tengan acceso a una representación.

Sin embargo, cuando reflexiona sobre la forma de interpretar normas donde se alegue transgresión a los derechos de una minoría insular (grupo vulnerable), dice que no solamente no es dable hacer una interpretación textual

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ Artículo 1º.- ...“Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión”.

¹²⁵ Diez, Gargari, “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Autónoma de México*, México, UNAM, núm. 26, enero-junio 2012, p. 65, <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n26/n26a3.pdf>, (fuente consultada en enero de 2021).

¹²⁶ Hart, Ely John, *op. cit.*, p. 77.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 170.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 172.

de la Constitución, sino que tampoco interpretar valores fundamentales en sus preceptos porque ello está destinado al fracaso; en cambio, propone como alternativa una lectura procedimental de la Constitución, que tiene como objetivo “liberar al juzgador de la tarea de adoptar valores sustantivos, dado que ello le está reservado al legislador, mientras que los jueces tienen la función de supervisar la corrección del procedimiento democrático de adopción de decisiones sustantivas”.¹²⁹

De lo anterior, se advierte que Ely propone colocar al juez y a la jueza constitucionales en una función de supervisión del proceso político (creación de leyes), más que como supervisores de las cuestiones sustantivas que las conforman, lo que deja un amplio margen decisivo al legislador sobre esas cuestiones, y lo que no considero adecuado para analizar normas transgresoras de los derechos humanos de los grupos vulnerables, pues para ello es menester abordar el estudio de las cuestiones sustantivas de las leyes para determinar si son acordes o no con los principios y derechos que contiene la Constitución Federal; lo que me lleva a concluir que no considero aplicable esta teoría de las minorías insulares para resolver aparentes conflictos entre derechos humanos, sino como apunté con anterioridad, las teorías de armonización o de no conflictivismo de Toller, Serna y Pino, pero aplicando la ley de ponderación y el test de proporcionalidad que propone Alexy, sin sacrificar ningún principio para salvaguardar otro, sino acotando un principio frente a otro, con lo cual se armonizan ambos.

En todo caso, de estimarse que un justiciable pertenece a un grupo insular, minoritario o discriminado, como las mujeres, los menores de edad, las personas indígenas, de la tercera edad, incapacitados, etcétera, debe aplicarse perspectiva de género a su favor, conforme a los parámetros jurídicos que establecen los protocolos, la Constitución Federal, los tratados internacionales y las resoluciones jurisdiccionales tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para lo cual sí es dable tomar en cuenta si la persona se ubica dentro de una categoría sospechosa (vulnerable y discriminada), pero sin que ello implique una protección *per se* de dichas personas por encima de los derechos de los demás, sino atender a su situación de vulnerabilidad y discriminación, visibilizar la misma y atender a dicha perspectiva de género con la respectiva armonización de los derechos humanos de esa persona o personas en situación de vulnerabilidad respecto de los derechos humanos de diversa persona en conflicto.

¹²⁹ *Idem.*

Este capítulo sienta las bases jurídicas para establecer que los derechos humanos principalmente constituyen principios, pero que también pueden estar inmersos en reglas, en tanto están contenidos no solamente en normas constitucionales y tratados internacionales, sino también en leyes, que “contemplan prerrogativas sustentadas principalmente en la dignidad humana, cuya realización resulta indispensable para el desarrollo integral de las personas”;¹³⁰ cuando entran en conflicto entre sí (principio vs. principio), no necesariamente se aplican técnicas interpretativas de especialidad, jerarquía, grado, etcétera, sino que se resuelven a través de la ley de ponderación y el test de proporcionalidad que propone Alexy, pero sin sacrificar ningún derecho humano o principio en conflicto, sino acotándolo hasta lograr su armonización (teorías no conflictivistas), como lo proponen Toller, Serna y Pino (antes citados).

Estas bases sirven para determinar la forma en que deben ser interpretados los derechos humanos de las mujeres por parte de los órganos jurisdiccionales cuando entran en pugna con otro derecho fundamental, y cuando es aplicada la justicia con visión o perspectiva de género sobre la base de la no discriminación.

¹³⁰ ¿Qué son los derechos humanos? Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>.

Capítulo

2

Relevancia y pertinencia del tema de derechos humanos con perspectiva de género

I. Derechos humanos de las mujeres

En este capítulo se exponen algunos conceptos fundamentales, como los derechos humanos de las mujeres, las desigualdades estructurales de las mujeres, los estereotipos de género, las categorías sospechosas, el género, la vulnerabilidad de la mujer en el derecho penal y la perspectiva de género en las decisiones judiciales, ya que cobran relevancia en las controversias jurisdiccionales cuyas características hacen necesario implementar la perspectiva de género como método de análisis del caso concreto.

Considero importante fijar las herramientas conceptuales pertinentes como sustento para abordar el tema de juzgar con perspectiva de género a mujeres criminalizadas, pues es necesaria, por ejemplo, la variable de “género” —misma que muchas veces se confunde con la variable “sexo”—, que está inmersa en cada caso en análisis, pero que en la gran mayoría de las ocasiones las personas juzgadoras omiten, pasando por alto esa perspectiva; no obstante que quienes imparten justicia tienen el deber de hacer realidad el derecho a la igualdad, para lo cual es necesario que en el proceso de interpretación y aplicación de normas eviten concepciones estereotipadas sobre cómo son y cómo

deben comportarse las mujeres por el hecho de serlo; por eso, es importante referirme al reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, en virtud de que no es posible hablar de igualdad sustantiva al acceso de los mismos por parte de estas si son diferentes las condiciones en que se encuentran las mujeres con relación a los hombres.

Y es que el reconocimiento de la igualdad formal no ha sido suficiente para hacer efectivo el acceso de todas las personas a sus derechos, motivo por el que se hace necesario reconocer explícitamente el derecho de las mujeres al goce, ejercicio y protección de todos los derechos y libertades, pues el Estado es responsable de garantizar a estas su integridad personal, su dignidad, su libertad y su vida privada.¹ Es así, dado que las mujeres pertenecen a un grupo históricamente vulnerable; esa vulnerabilidad tiene su origen en las primeras épocas de los asentamientos humanos, debido a la función biológica de procreación de la mujer, que le ha obligado al cuidado de hijas e hijos y, en general, de la familia, lo que la ha rezagado y en muchas ocasiones restringido en actividades de comercio, trabajo, negociación, liderazgo, etcétera.

Lo anterior ha sido un problema grave de derechos humanos, con repercusiones negativas para las mujeres y para la comunidad que las rodea, que impide directamente el reconocimiento y goce de todos sus derechos humanos, incluyendo el respeto a su vida, a su integridad física, psíquica, económica, laboral, patrimonial y moral.

Un enfoque diferenciado reconoce la necesidad de tener en cuenta las diferencias sociales y económicas entre hombres y mujeres, en tanto que la incorporación de la perspectiva de género contribuye a reparar la discriminación sistemática por motivos de género.

II. Desigualdades estructurales de las mujeres

La noción de equidad implica que mujeres y hombres, independientemente de sus diferencias biológicas, tienen derecho a acceder con justicia e igualdad al uso, control y beneficio de los mismos bienes y servicios de la sociedad, así como a tomar decisiones en los ámbitos de la vida social, económica, política, cultural y familiar.

¹ Párrafo 121, *Caso Valentina Rosendo Cantú y Yenys Bernardino Sierra vs. México*, Corte IDH.

De acuerdo con Lucía Raphael,² la equidad es la aceptación de las diferencias entre hombres y mujeres y la aceptación, también, de derechos, buscando el ideal de un equilibrio en el que ninguno de ambos sexos se beneficie de manera injusta en perjuicio del otro. Mientras que la igualdad es un principio universal que establece precisamente la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres, pero que requiere de la equidad para reconocer las diferencias entre hombres y mujeres como principio de justicia dado que tiende a corregir las desigualdades de origen mediante las acciones de política pública —acciones afirmativas—.³

Se requiere de un principio cuya directiva implique el trato igual a las personas, o un trato diferenciado si existen diferencias relevantes, así como la seguridad de una participación equitativa en los recursos o bienes disponibles para llevar a cabo una vida autónoma y digna: que es precisamente el principio de igualdad.⁴

El reconocimiento internacional al derecho de igualdad estructural de la mujer, no discriminación y no violencia en perjuicio de esta fue necesario dada la desigualdad de género, consecuencia del poder masculino —económico, patrimonial, educacional, social, emotivo, físico, cultural, etcétera— que ha mantenido en una posición subordinada y muchas veces de violencia a la mujer. No obstante, no podemos pasar desapercibido que todavía existen relaciones desiguales, donde la mujer es la desventajada, discriminada y vulnerable.

El tema de la igualdad del hombre y la mujer comenzó a ventilarse a nivel internacional con la Declaración de la Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945, que plasmaba el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación en el ámbito de los derechos humanos;⁵ sin embargo, no constituye un tratado internacional vinculante para las naciones.

Fue hasta 1979 que se firmó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) de las Naciones Unidas, cuando se reconoció internacionalmente, de manera vinculante para los Estados firmantes, el derecho formal y material a

² Raphael de la Madrid, Lucía, *Derechos humanos de las mujeres. Un análisis a partir de su ausencia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. 2016, p. 29.

³ *Ibidem*, p. 30.

⁴ Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Tecnológico Autónomo de México y Centro de Estudios de Actualización en Derecho, 2017, p. 5.

⁵ Preámbulo. “Se reafirma la fe en los derechos fundamentales del ser humano y el valor de la persona humana, en la igualdad de los derechos entre los hombres y las mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”.

la igualdad de género, así como la existencia de una discriminación estructural en perjuicio de la mujer, como género. México suscribió esa Convención en 1980 y la ratificó en 1981.

En esta Convención se propuso dejar de utilizar el concepto *equidad* por el concepto de *igualdad sustantiva* y exige a los países parte tomar las medidas necesarias para modificar patrones socioculturales y estereotipos, lo que implica eliminar prejuicios y prácticas culturales basadas en las ideas sexistas que se encuentren en la base del pensamiento, ideología y cultura patriarcales. Hace hincapié en todas las diferencias y diversidades como una riqueza de elementos que definen una identidad humana, reconoce las particularidades de todas las diferencias, particularmente entre hombres y mujeres, y marca las pautas para que los Estados tomen medidas con vistas a la no discriminación por razón de género, medidas que implican igualdad sustantiva.

Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Para 1994) vinculante para los Estados Parte, entre estos, México —que la suscribió en 1995, mientras que el Senado la aprobó en 1998 y entró en vigor el 12 de diciembre del mismo año—, consagra el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y al reconocimiento y protección de sus derechos humanos, el respeto a su vida, integridad física, psíquica y moral, a su dignidad, y a la igualdad formal y material ante la ley.

Es importante mencionar también que en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, realizada en Brasilia (2008), se emitieron las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, las cuales fueron aprobadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión privada del 5 de agosto de 2008; en estas reglas se abordan conceptos como discriminación y violencia contra las mujeres. Todo esto a nivel internacional.

En México también se ha avanzado en materia de género; en la reforma constitucional de 1974 se introdujo el concepto de igualdad entre el hombre y la mujer, mientras que en la reforma de 2001 se prohibió la discriminación por razón de género, y en 2011 se introdujo de forma más amplia el tema de derechos humanos, principio pro persona, bloque de constitucionalidad, igualdad estructural, y prohibición de discriminación por cualquier circunstancia.

No obstante esos avances, no podemos pasar desapercibido que todavía existen relaciones desiguales, donde la mujer es la deventajada, discriminada y vulnerable, lo que incide en forma negativa, en su perjuicio, en los tribunales. Por ello, es importante abordar la desigualdad estructural de género, que cons-

tituye un reflejo de relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, debiéndose tomar en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia física, emocional, económica, patrimonial, laboral, social y jurídica, que ciertos grupos de mujeres enfrentan por el simple hecho de ser mujeres, o en razón de su raza u origen étnico; su condición de migrantes, refugiadas o desplazadas; por estar embarazadas o ser madres⁶ o tener discapacidades;⁷ por enfrentar condiciones económicas desfavorables; por estar afectadas por un conflicto armado o privadas de su libertad; o por ser menores de edad.

Para identificar las desventajas debe tomarse en cuenta, entre otras cuestiones, a) Si una o todas las partes se encuentra en una de las categorías sospechosas identificadas en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad; b) la situación de desigualdad de género y violencia que prevalece en el lugar o núcleo social en el que se desenvuelven las partes, para esclarecer la posible existencia de desigualdad estructural; c) el grado de estudios, edad, condición económica y demás características particulares de todas las personas interesadas o involucradas en el juicio, para determinar si realmente existe un desequilibrio entre ellas; y d) los hechos probados en autos, para identificar relaciones de poder.

Del análisis escrupuloso de esos u otros elementos, con independencia de que se hayan actualizado todos o solo algunos de ellos, debe determinarse si en el caso concreto es razonable tomar medidas que aseguren la igualdad sustancial, por advertir un desequilibrio que produce un obstáculo que impide injustificadamente el goce de los derechos humanos de la parte que previamente se identificó en situación de vulnerabilidad o desventaja.⁸

A efecto de apoyar en la identificación de un supuesto de desigualdad estructural de género, se han establecido distinciones razonables y objetivas en la ley, que buscan combatir la discriminación histórica, de tal manera que es posible recurrir a categorías sospechosas —prohibidas constitucional y convencionalmente—, siempre que redunden en beneficio de las mujeres por encontrarse en situación de desigualdad estructural, para lo cual es importante determinar qué son los estereotipos de género y qué son las categorías sospechosas.

⁶ Ver 2a./J. 66/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 43, junio de 2017, Tomo II, p. 1159, Registro digital: 2014508.

⁷ Ver 1a. CXLIV/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 61, Diciembre de 2018, Tomo I, p. 362, Registro digital: 2018746.

⁸ XXI.2o.P.A.1 CS (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 41, abril de 2017, Tomo II, p. 1752, Registro digital: 2014125.

III. Estereotipos de género

Los estereotipos de género son preconcepciones de atributos y características que son adjudicadas a las mujeres y a los hombres; pueden ser positivos o negativos, estos últimos desencadenan la diferencia y la desigualdad entre hombres y mujeres, y perpetúan la violencia de género. Un ejemplo de atributos negativos históricamente asignados a las mujeres se relaciona específicamente con características enlazadas al sentimiento, mientras que a los hombres se les vincula con la lógica, el pensamiento cálido-emocional *versus* el pensamiento frío-racional.⁹

Dentro de los roles establecidos en la sociedad patriarcal, la mujer tiene un significado asociado con la delicadeza, la obediencia marital y el servicio a los demás. La madre soltera es un rol mal visto, se le asocia con el libertinaje, mientras que el rol de padre soltero es bien visto, incluso supera las expectativas socialmente construidas, al no atribuirse a estos, sino a la mujer, el cuidado de la familia.

IV. Categorías sospechosas

El origen del concepto de categorías sospechosas se haya en la doctrina del “escrutinio estricto” elaborado por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América para determinar si una norma afecta o no el principio de igualdad ante la ley;¹⁰ el primer caso que aborda esa doctrina es precisamente el fallo de “United States v. Carolene Products Co.” antes expuesto, en tanto estableció que no era el caso de analizar en ese momento si la legislación impugnada que restringía derechos y procesos políticos debía ser sujeta a un escrutinio judicial estricto bajo las prohibiciones generales de la enmienda catorce.¹¹

En ese momento, la Corte Suprema no utilizó de manera específica y concreta el término de “categoría sospechosa”, pero sentó las bases para ello al poner sobre la mesa la posibilidad de utilizar un escrutinio judicial estricto cuando se impugnara una ley donde se alegara transgresión a las prohibi-

⁹ De León, Gabriela María, *et al.*, “La perspectiva de género como elemento fundamental en el ejercicio jurisdiccional”, en Galván Tello, María del Carmen (coord.), *Juzgar con perspectiva de género*, México, Tirant lo Blanch, 2018, p. 26.

¹⁰ Manso, Andrea Rosario, *op. cit.*, p. 2.

¹¹ *Idem.*

ciones de la enmienda catorce de la Constitución Federal,¹² que contiene y garantiza el principio de igualdad de las personas ante la ley.

También, en el caso “Toyosaburo Korematsu v. United States”,¹³ la Corte Suprema incluyó dentro de su razonamiento el concepto de “escrutinio estricto”, y destacó que “debe hacerse notar, para empezar, que toda restricción legal que disminuye los derechos civiles de un solo grupo racial es inmediatamente suspicaz. Esto no quiere decir que tales restricciones son inconstitucionales. Lo que se quiere decir es que las cortes la deben someter al más estricto escrutinio”.¹⁴

En “Loving v. Virginia”, la Corte Suprema de igual forma acogió el término “estricto escrutinio” al resolver un reclamo sobre una ley que prohibía matrimonios interraciales que involucran a personas blancas, y determinó que esa ley evidencia una medida para mantener la supremacía blanca,¹⁵ mientras que en el caso “Perry v. Schwarzenegger”, la Corte del Distrito Norte de California fue específica en reconocer que las restricciones de raza, así como las de parejas homosexuales, a pesar de su prevalencia histórica, estaban absolutamente en contra de los conceptos de libertad y elección en el derecho inherente a contraer matrimonio, puesto que el derecho a casarse protege un derecho individual a la pareja marital sin importar su raza o género.

Precedentes internacionales abordan de manera implícita el concepto de las categorías sospechosas al haberse pronunciado sobre temas de matrimonios interraciales y entre personas del mismo sexo, entre otros, y ordenar la aplicación de un escrutinio judicial estricto, precisamente tratándose de esos tópicos.

Continuando en la misma línea internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó el análisis de “categorías sospechosas” y de “minorías”, en el caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”,¹⁶ en el que determinó que:

la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.¹⁷

¹² “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los **Estados Unidos** y sujetas a su jurisdicción son ciudadanas de los **Estados Unidos** y del Estado **donde** ellas residen”.

¹³ 304 US 144, Corte Suprema de Estados Unidos, 25 de abril de 1938, en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=304&invol=144>, (fuente consultada en enero de 2021).

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Íñiguez Manso, Andrea Rosario, *op. cit.*, p. 2.

¹⁶ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Corte IDH, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf, (fuente consultada en enero de 2021).

¹⁷ *Idem*.

A lo que agregó que:

en el caso de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio.¹⁸

En México, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁹ aborda, por primera vez en una tesis, el término de “categorías sospechosas” al realizar una interpretación del artículo 1º de la Constitución Federal en relación con el principio de igualdad, para determinar los casos en que procede aplicar un “escrutinio intenso” por estar involucradas “categorías sospechosas” en alguna norma. Aunque anteriormente, en la jurisprudencia 37/2008,²⁰ la misma Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya había abordado lo relativo al escrutinio estricto si una ley se basa en alguna de las categorías o motivos a que se refiere el artículo 1º de la Constitución Federal, que incida en los derechos humanos garantizados constitucionalmente, y estableció que en esos casos será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación.

Sentadas las condiciones del surgimiento del concepto de “categorías sospechosas” debe decirse que estas, también conocidas como “categorías protegidas”, “representan parámetros de identificación asociados a ciertas características personales en virtud de las cuales el goce y ejercicio de los derechos humanos puede verse limitado o excluido, ya sea por motivos históricos de discriminación, o por la prevalencia de ideas y concepciones estereotipadas en el plano político o social de una comunidad”.²¹

Son rubros prohibidos de discriminación respecto de “minorías” y hacen las veces de focos rojos para las autoridades, específicamente para quienes

¹⁸ *Ibidem*, párr. 124.

¹⁹ Tesis aislada 1a. CIV/2010, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, septiembre de 2010, registro digital número 163768, de rubro: “PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS”.

²⁰ Jurisprudencia 37/2008, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tomo XXVII, abril de 2008, visible en el registro 169877, de rubro: “IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ERICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).

²¹ Caballero Ochoa, José Luis y García, Huerta Daniel, “Artículo 1º”, en Cossío Díaz, José Ramón (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, Tomo I, p. 69.

juzgan;²² lo que significa que se requerirá de un “escrutinio estricto” y una carga probatoria determinada para establecer la legitimidad o necesidad de una distinción, exclusión, restricción o preferencia.

En la sentencia C-481 de 1998, de la Corte Constitucional Colombiana,²³ invocada en el *Protocolo para juzgar con perspectiva de género* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se sostuvo que:

[...] en el derecho constitucional contemporáneo, se consideran como “criterios sospechosos” de clasificación aquellas categorías que (I) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (II) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (III) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales.²⁴

Lo que implica que ser mujer, indígena y menor de edad son características compuestas que históricamente han sido motivo de menosprecio y que no pueden modificarse ni esconderse; es decir, el color de la piel, la estructura facial, la forma del cuerpo, la estatura, las delatan, lo que hace que surjan las siguientes interrogantes: ¿Las mujeres tienen derecho a trabajar siempre que no se embaracen?, ¿está bien ser indígena siempre que no se vista de forma típica ni se hable la lengua originaria?, ¿las personas en silla de ruedas pueden laborar, pero no exigir que todas las instalaciones estén diseñadas para facilitar su movilidad?, “hasta dónde se genera la discriminación y se justifica, irónicamente en la igualdad”.²⁵

Entonces, podemos decir que las categorías sospechosas son: sexo, género, preferencias, orientaciones sexuales, edad, discapacidades, condición social, de salud, religión, opiniones, estado civil, raza, color, idioma, origen nacional, social o étnico, posición económica, nacimiento u otra condición social,²⁶ entre otras, pues de acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

²² Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, 2ª ed., 2015, p. 56.

²³ *Ibidem*, pp. 58 y 59.

²⁴ *Ibidem*, p. 57.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Categorías reconocidas en el artículo 1º de la Constitución Federal mexicana; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la CEDAW; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (Nº 111); y, la Convención sobre la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (1960) de la UNESCO.

el carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo, por lo que la discriminación basada en una condición social exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos.²⁷

Tanto así que en el derecho internacional se ha reconocido que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos “cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”,²⁸ como en el caso *Atala Riffo*, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que “los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar [...] no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo”²⁹ y, en consecuencia, bajo la categoría “cualquier otra condición social” se encuadra la prohibición de no discriminar por cualquier motivo.

La utilización del género como motivo para tratar en forma desigual a las personas, como principio de presunción de discriminación, constituye un criterio sospechoso para tratar de manera diferenciada a una persona o grupo, lo que debe llevar a la persona juzgadora a realizar un escrutinio aún mayor para determinar su razonabilidad, de tal manera que para justificar una restricción basada en el sexo se deben esgrimir razones de peso y esa carga debe recaer sobre el Estado.³⁰

Así, el sexo, el género, las preferencias u orientaciones sexuales —y en general todas las categorías sospechosas— conviven con una carga estereotípica sobre el comportamiento que les corresponde. Por ejemplo, si se es una mujer casada que trabaja fuera de casa, se presupone que eso representa un descuido hacia las hijas y los hijos, por lo que esa mujer es una “mala madre”.³¹

A las categorías sospechosas subyace el reconocimiento de que el sexo, el género, la religión, la raza, entre otros, históricamente han sido factores que han justificado sometimiento y exclusión de ciertas personas o grupos; es decir, que han permitido y avalado relaciones asimétricas de poder.³²

Cuando las categorías sospechosas están en la base de un trato diferenciado, dicho trato debe presumirse ilegítimo. Esta presunción de ilegitimidad puede derrocar o confirmarse con el escrutinio estricto; quien juzga debe

²⁷ Ver párr. 27 de la Observación General 21 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

²⁸ Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Corte IDH, párr. 83.

²⁹ *Ibidem*, párr. 83-93.

³⁰ *Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*. CIDH, enero de 2007, párrs. 80 y 87, <http://www.cidh.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%2020507.pdf>, (fuente consultada en junio de 2018).

³¹ *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, *op. cit.*, p. 61.

³² *Idem*.

someter la distinción a un escrutinio desde el respeto al derecho humano a la igualdad. En este sentido, quien juzga tiene el deber de aplicar, revisar y actualizar el catálogo de categorías sospechosas, tomando en cuenta la evolución social y los medios por los cuales se puede discriminar, pues existe la posibilidad de negar derechos a las personas discriminadas.

Así, cuando exista una distinción que afecte derechos fundamentales o se refiera a una clasificación de las consideradas “sospechosas” (ser mujer, origen étnico o nacional, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, preferencias, estado civil o cualquier otra que menoscabe la dignidad humana) debe aplicarse un escrutinio estricto, cuando no los afecte, aplica un escrutinio ordinario.³³

Sobre este punto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que: “cuando una ley contiene una distinción basada en una categoría sospechosa, las y los juzgadores deben realizar un escrutinio estricto de la medida para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad, puesto que estas distinciones están afectadas de una presunción de inconstitucionalidad”.³⁴

La realización de un escrutinio estricto implica un análisis de constitucionalidad reforzado, ante la detección de distinciones sospechosas que pueden afectar personas vulnerables o discriminadas. Escrutinio que debe incluir: a) Finalidad: Determinar si la finalidad es objetiva y constitucionalmente válida; b) Racionalidad: Examinar que exista una relación de índole instrumental entre los medios utilizados y el fin pretendido; y c) Proporcionalidad: Valorar la relación de medios afines, para determinar si en aras de un fin constitucionalmente válido no se afectan de manera innecesaria o excesiva otros bienes o derechos protegidos por la Constitución Federal, verificando, en su caso, si pudiera existir alguna vía menos gravosa para el derecho.³⁵

Ahora que, siguiendo los pasos sobre el principio de proporcionalidad que ha establecido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,³⁶

³³ Díez Gargari, Rodrigo, “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, *Cuestiones Constitucionales, Revistas Jurídicas UNAM*, México, núm. 12, 2012, p. 85, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestionesconstitucionales/article/view/5986/7927>, (fuente consultada en junio de 2018).

³⁴ Tesis aislada 1ª. XLIII/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, página 644, Registro digital: 2005528, de rubro: “DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. CONTENIDO Y ALCANCES DE SU DIMENSIÓN SUSTANTIVA O DE HECHO”.

³⁵ Díez Gargari, Rodrigo, *op. cit.*, p. 85.

³⁶ Tesis aislada 1a. CCCXII/2013, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 2, página 1052, Registro digital: 2004712, de rubro: “INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS”.

que en esencia son los que propone Alexy en su test de proporcionalidad,³⁷ debe atenderse a los tres subprincipios: idoneidad (si la norma conduce a los propios fines constitucionales); necesidad (medida menos lesiva); y proporcionalidad en sentido estricto (que la norma produzca fines perseguidos por la Constitución con la menor restricción de derechos).

Es decir, debe hacerse un test de proporcionalidad si se impugna una norma que atente contra el derecho humano a la igualdad y no discriminación, en este caso, en perjuicio de las mujeres, pero siempre sobre la base de que se aplica sin sacrificar otro derecho humano, sino en todo caso, para acotarlo, y armonizar ambos derechos, conforme a las analizadas teorías de Serna, Toller y Pino, en relación, por su puesto, con la teoría de la ponderación de Alexy.

V. ¿Qué es género?

Es importante definir y aclarar el concepto de “género”, pues este es muchas veces confundido con el de “sexo”, y es importante que a nivel jurisdiccional se adviertan las diferencias, como premisa, para juzgar con perspectiva de género. Dicho esto, el género es una categoría utilizada para analizar cómo se definen, representan y simbolizan las diferencias sexuales en una determinada sociedad. Esta categoría alude a las formas históricas y socioculturales en que mujeres y hombres construyen su identidad, interactúan y organizan su participación en la misma sociedad.³⁸

El concepto de género surge del feminismo para explicar, interpretar y transformar la situación de las mujeres con estudios sustentados en metodologías formales, serias y profundas.³⁹

Por su parte, la sexualidad biológica no es constitutiva de la identidad personal, sino que cada cual define su identidad sexual como quiera; debemos tener presente que la diferencia sexual ha sido fruto de una imposición cultural patriarcal, que ha llevado a identificar a las personas con determinados roles en función de su constitución física.

Entonces, el género se halla desalojado del sexo, la interpretación cultural de los atributos sexuales es distinguida de la facticidad o simple existencia

³⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 524.

³⁸ Raphael de la Madrid, Lucía, *op. cit.*, p. 23.

³⁹ Hernández Carballido, Elvira y Ochoa Romero, Roberto, “La cuestión de género en Derecho Penal”, en Uribe Manriquez, Alfredo René y Ochoa Romero, Roberto Andrés (coords.), *La protección penal de la vida desde la perspectiva de género*, México, Flores, 2013, p. 141.

de estos atributos,⁴⁰ no solo estamos contruidos culturalmente, sino que en cierto sentido nos construimos a nosotros mismos.

Cuando interpreta a Simón de Beauvoir, Butler⁴¹ dice que cuando aquella habla de la elección del propio género se refiere a un tipo de acto volitivo, donde no es posible asumir un género en un instante, sino que se trata de un proyecto sutil y estratégico, laborioso y en su mayor parte encubierto.

Ahora bien, no obstante que el género pueda autodeterminarse por las personas, no podemos pasar desapercibido que “es una realidad cultural cargada de sanciones, tabúes y prescripciones, por lo que elegir un género es interpretar las normas recibidas de un modo tal que las reproduce y organiza de nuevo”;⁴² por lo que no es posible existir socialmente fuera de las normas de género establecidas, donde “las mujeres son el ‘otro’ en la medida en que son definidas por una perspectiva masculina que intenta salvaguardar su propio estatus no corpóreo, desencarnado, identificando a las mujeres generalmente en la esfera corpórea”.⁴³

En 1972, Ann Oakley, en su tratado *Sexo, género y sociedad*, introdujo por primera vez el término “género” en el discurso de las ciencias sociales, y a partir de entonces, la distinción entre sexo y género fue usada por cientos de feministas como un instrumento válido para explicar la subordinación de las mujeres como algo construido socialmente y no justificado en la biología.⁴⁴

Entonces, el género o categoría de género es una representación o autorrepresentación del género,⁴⁵ esto es, la forma en que cada individuo lo asimila subjetivamente, de tal manera que se puede analizar el discurso de la ley punitiva como integrante de la tecnología de género;⁴⁶ mientras que la teoría de género permite ver un proceso histórico derivado de relaciones reales de poder entre hombres y mujeres, donde la visión de la mujer es construida en referencia a la mirada de los hombres, de tal manera que se espera un com-

⁴⁰ Butler, Judith, “Variaciones sobre sexo y género: Beauvoir, Witting y Foucault”, en Marta Lamas, (comp.), *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*, México, Porrúa, Estudios de Género, 2013, p. 303.

⁴¹ *Ibidem*, p. 309.

⁴² *Idem*.

⁴³ Beauvoir, Simón, *El segundo sexo*, Siglo XX, 1949, p. 5.

⁴⁴ Facio, Alda, y Fries, *Feminismo*, “Género y Patriarcado”, *Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 3, número 6, Buenos Aires, 2005, p. 269.

⁴⁵ Ver causa penal número 15/2009-IV del Juzgado Primero de Distrito de Procesos Penales Federales en, el entonces, Distrito Federal, emitida el 22 de diciembre de 2009.

⁴⁶ De Lauretis, Teresa, *La tecnología del género*, trad. Bach, Ana María y Roulet, Margarita, Londres, Macmillan Press, 1989, p. 10, http://blogs.fad.unam.mx/asignatura/adriana_raggi/wpcontent/uploads/2013/12/tecnologias-del-genero-teresa-de-lauretis.pdf, (fuente consultada en agosto de 2018).

portamiento determinado, muchas veces opuesto al adjudicado al hombre;⁴⁷ así, la mujer es construida a través de su ausencia, “un ser que está ausente y a la vez prisionera del discurso”,⁴⁸ pues se decreta cómo son y cómo deben ser las mujeres en cuanto a su comportamiento —la buena y la mala mujer/madre/esposa—.

Podemos decir que el género es la construcción social o cultural basada en la diferencia biológica, histórica, en definitiva, que como tal ha ido cambiando a lo largo del tiempo y del espacio, acusando recibo de una violencia provocada por el modelo social de dominación masculina sobre las mujeres.⁴⁹

En efecto, la dominación masculina se extiende por sobre las mujeres a tal punto que opera como el reflejo mediante el cual el dominado se mira. “Los dominados aplican a las relaciones de dominación unas categorías construidas desde el punto de vista de los dominadores, haciéndolas parecer como naturales”.⁵⁰

La vida social funciona como uno de los tantos mecanismos de dominación, que también ha hecho suyas características que luego atribuye a los varones, a las instituciones, a algunos grupos por sobre otros (varones sobre mujeres, blancos sobre negros, adultos sobre niños), a algunos países por sobre otros (desarrollados sobre subdesarrollados; coloniales sobre colonizados), etcétera.⁵¹ Los dualismos sobre los que se basa la dominación están jerarquizados y sexualizados —los hombres se identifican con lo racional, la cultura, el poder, mientras que las mujeres se ven proyectadas hacia la irracionalidad, la emoción, la naturaleza—; “se resalta y se degrada a la vez lo femenino”.⁵²

Por su parte, el derecho tiene género, es sexista, ha tratado los bienes jurídicos de distinta manera según correspondan a varones o a mujeres; el derecho crea la anormalidad (la mujer criminal, la prostituta), por un lado, en contraposición al varón; por otro, en claro enfrentamiento al ideal de mujer, de donde se desprenden las categorías de mala madre, madre soltera, madre abnegada, según las necesidades sociales de momento.⁵³

⁴⁷ Núñez Rebolledo, Lucía, “La mujer del Derecho Penal”, *El Derecho Penal y la procuración de justicia desde la perspectiva de género*, Número 1, Serie Género y Procuración de Justicia, México, Unidad de Igualdad y Género de la PGR, 2017, p. 25.

⁴⁸ De Lauretis, Teresa, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁹ Zaikoski, Daniela, “Género y derecho penal: Tensiones al interior de sus discursos”, *La Ceiba Boletines*, México, 2ª Época, Vol. XII, p. 118, www.laceiba.org/boletinesnovedades/novoiemre, (fuente consultada en agosto de 2018).

⁵⁰ Zaikoski, Daniela, *op. cit.*, p. 119.

⁵¹ *Ibidem*, p. 120.

⁵² *Idem*.

⁵³ *Ibidem* p. 121.

Kate Millet, en su obra *Política sexual*, señaló que son el patriarcado y las normas impuestas por el sistema patriarcal las que definen el papel de los sexos, ya que establecen una dominación básica sobre la que asientan todos los demás sistemas, donde las mujeres están bajo el control y el dominio de los hombres, y estos ejercen una relación de poder respecto de aquellas —sexo/política—. ⁵⁴

El orden social (masculino) así dado está tan naturalizado que no requiere legitimación. Nadie se pregunta por qué esto es así, se supone que está en el orden de las cosas. Por ello, por mucho tiempo las feministas pidieron ser reconocidas como iguales (época de las sufragistas hasta los años sesenta), mientras que hoy, el debate gira también en torno al reconocimiento de la diferencia. Entonces, las diferencias se plantean al interior del grupo de mujeres frente a los hombres, de acuerdo con las cuales es relevante tener en cuenta una perspectiva de género.

Ya definido el género, el cual puede ser elegido por las personas, con su respectiva carga social, cultural e, incluso, jurídica, de sanciones y tabúes, donde lo que se espera de la mujer no ha dejado de ser elaborado a través de la referencia masculina, es necesario establecer qué es la perspectiva de género.

VI. ¿Qué es perspectiva de género?

La perspectiva de género está basada en la teoría de género y se inscribe en el paradigma teórico, histórico-crítico y en el paradigma cultura del feminismo. ⁵⁵ Es un método que, bajo un esquema de interseccionalidad, detecta la presencia de tratos diferenciados, basados en el sexo, el género y las preferencias y orientaciones sexuales y determina si dicho trato es necesario y, por tanto, legítimo, o si, por el contrario, es arbitrario, desproporcionado, y discriminatorio. ⁵⁶

Entonces, la perspectiva o teoría de género es una metodología analítica de formación multidisciplinaria y transversal que permite analizar la manera en la que la sociedad contemporánea está determinada a partir de parámetros preestablecidos que determinan los patrones y roles de género al interior de la

⁵⁴ Millet, Kate, *Política sexual*, Madrid, Cátedra, 1995, p. 54.

⁵⁵ Legarde, Marcela, "La perspectiva de género", *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*, España, Horas, 1996, p. 13.

⁵⁶ Ávila Negrón, Santiago, *La justicia penal con perspectiva de género*, México, Flores, 2015, p. 268.

sociedad. Una de las labores de la perspectiva de género es evidenciar, aclarar y exponer la situación de mujeres y de hombres al interior de la sociedad.⁵⁷

La perspectiva de género cuestiona el paradigma de único ser humano “neutral y universal”, basado en el hombre blanco, heterosexual, adulto sin discapacidad, no indígena, y en los roles que a dicho paradigma se atribuyen, por ello, no se trata de un método enfocado únicamente a las mujeres, sino de una estrategia que permite ver a las personas en su diversidad de contextos, necesidades y autonomía.⁵⁸

El concepto de perspectiva de género se remonta a la Cuarta Conferencia sobre la Mujer en Beijing (1995), en la que los Estados Parte se comprometieron, en calidad de Gobiernos, a garantizar a las mujeres el acceso equitativo a oportunidades sociales, económicas, políticas, educativas, laborales, culturales, así como a “aplicar la siguiente plataforma de acción y a garantizar que todas nuestras políticas y programas reflejen una perspectiva de género”.⁵⁹

La perspectiva de género deconstruye la falsa dicotomía basada en los cuerpos de las personas, así como las consecuencias que se le han atribuido. De acuerdo con el *Protocolo para juzgar con perspectiva de género* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,⁶⁰ la perspectiva de género es una categoría de análisis que: a) Permite visibilizar la asignación social de roles y tareas en virtud del sexo, género o preferencia/orientación sexual; b) Revela las diferencias en oportunidades y derechos que siguen a esta asignación; c) Evidencia las relaciones de poder originadas en estas diferencias; d) Se hace cargo de la vinculación que existe entre las cuestiones de género, la raza, la religión, la edad, las creencias políticas, etcétera; e) Pregunta por los impactos diferenciados de las leyes y políticas públicas basadas en estas asignaciones, diferencias y relaciones de poder; y f) Determina en qué casos un trato diferenciado es arbitrario y en qué casos necesario.

Así, la perspectiva de género permite mirar la diversidad de cuerpos y de proyectos de vida, y la necesidad de adecuación de las normas y del entorno en el que se desenvuelven las personas; permite detectar cuándo un trato diferenciado es ilegítimo y cuándo es necesario. Tiene como uno de sus fines “contribuir a la construcción subjetiva y social de una nueva configuración a partir de la resignificación de la historia, la sociedad, la cultura y la política

⁵⁷ Raphael de la Madrid, Lucía, *op. cit.*, p. 23.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 269.

⁵⁹ Informe sobre la 4ª Conferencia Mundial sobre la Mujer, ONU, 1995, <http://www.un.org/womenwatch/daw/beigin/report>, (fuente consultada en agosto de 2018).

⁶⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, *op. cit.*, p. 64.

desde las mujeres y con las mujeres”,⁶¹ pues critica la concepción androcéntrica de humanidad que dejó fuera a la mitad del género humano: a las mujeres. Es notable y lamentable que a lo largo de la historia el humanismo no las haya advertido.⁶²

De acuerdo con Legarde, la perspectiva de género expresa las aspiraciones de las mujeres y sus acciones para salir de la enajenación para actuar cada una como un ser para sí y, al hacerlo, enfrentar la opresión, mejorar sus condiciones de vida, ocuparse de sí misma y convertirse por esa vía en protagonista de su vida,⁶³ es decir, que la perspectiva de género es una herramienta que tiene como fin primordial visibilizar el estado de vulnerabilidad, discriminación y violencia en que se encuentran muchas mujeres, y al hacerlo se pretende un trato diferenciado en el que no solamente se les ayude a salir de ese estado de vulnerabilidad, discriminación y violencia, sino que se les otorgue un trato social y jurídico igualitario al del hombre, y de esa forma se les pueda garantizar el acceso a sus derechos fundamentales.

No obstante, no podemos pasar desapercibido que la perspectiva de género exige nuevos conocimientos a la sociedad en general y a las personas juzgadoras, y en ese tenor, puede llegar a irritar a quienes evitan hacer esfuerzos intelectuales y prefieren todo simple y esquemático. Como la perspectiva de género exige pensar de otra manera y desarrollar comportamientos distintos a los que históricamente han impuesto la sociedad y el Estado patriarcal, choca con quienes creen que es una técnica para hacer su trabajo, un requisito y nada más;⁶⁴ de tal manera que si somos personas conservadoras, la perspectiva de género pone en crisis toda nuestra concepción del mundo, “nuestros valores”, nuestros modos de vida, y la legitimidad del mundo patriarcal.

En cambio, si somos mujeres y hombres en transición, democráticos y alternativos, encontramos en la perspectiva de género los argumentos y los conocimientos, no solamente para convalidar discrepancias y alternativas, y además para aprender,⁶⁵ sino también para visibilizar tratos desiguales, discriminatorios y violentos en perjuicio de las mujeres, y hacer lo posible porque estas alcancen la igualdad formal y sustantiva en su favor, con lo cual se les garantizaría un acceso a una vida digna.

⁶¹ *Idem.*

⁶² Legarde, Marcela, *op. cit.*, p. 1.

⁶³ *Ibidem*, p. 5.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 7.

⁶⁵ *Idem.*

VII. Vulnerabilidad de la mujer en el derecho penal

Comenzaré este apartado haciendo una pregunta: ¿La mujer es vulnerable en el derecho penal?, considero que sí. “La problemática de la mujer en el orden penal no es solo en el aspecto normativo o de construcción de la ley, abarca también el ámbito de interpretación judicial de normas, que culmina con la institución carcelaria, la región más sombría —según Foucault— del aparato de justicia”,⁶⁶ en donde las mujeres sufren doble discriminación, no solo por el encierro sino por su invisibilización.

“En términos feministas, el derecho es tan neutral como los hombres que lo crean”,⁶⁷ el derecho penal visualiza y a su vez construye una idea de mujer, donde el género, la sexualidad y el sexo funcionan como ejes de definición de los tipos penales, de acuerdo con lo que se espera de las mujeres,⁶⁸ lo que hace inevitable el distanciamiento del sistema penal respecto de las necesidades de las mujeres.

Es verdad que el feminismo jurídico ha sido un movimiento político que desde sus orígenes se ha ocupado de desenmascarar de manera sostenida el mito de que la ley es neutral, dado que las mujeres no fueron consideradas sujetos de derecho sino hasta la aparición del propio movimiento, cuando se comenzaron a cuestionar las nociones de sujeto universal, ciudadanía, democracia, dicotomía espacio público/privado, entre otras; criticando los fundamentos filosóficos del pensamiento occidental y del sistema patriarcal, pugnando por una transformación tanto de las nociones como de las instituciones sociales que lo sustentan.⁶⁹

También es cierto que tanto la persona legisladora como la persona jurista y la persona juzgadora tienen en mente, en la mayoría de las ocasiones, al varón cuando elaboran, promulgan, utilizan y aplican las leyes o cuando elaboran las teorías, doctrinas y principios que sirven de fundamentos a su interpretación y aplicación.⁷⁰

Esto se traduce en que conforme a los roles de género preestablecidos socialmente, se espera que la mujer —en su papel pasivo e inocente— sea siempre la víctima, de tal forma que cuando se convierte en delincuente, trans-

⁶⁶ González Arias, Rosario, “¿Se llevaron la justicia y nos dejaron la ley?”, en Rodríguez Luna, Ricardo (coord.) *Derecho y sociedad. Estudios en torno al ejercicio de los derechos y la justicia*, México, Tiranlo Blanch, 2018, p. 131.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 130.

⁶⁸ Núñez, Rebolledo Lucía, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 132.

⁷⁰ *Idem*.

grede ese rol asignado y ello implica una transgresión agravada a la norma penal, al grado, incluso, de no reconocérsele una excluyente de delito, como la legítima defensa cuando se ha defendido de una agresión masculina, pues no se espera esa conducta de ella, lo que la hace una mala mujer/criminal. Peor se pone cuando esa mujer “criminal” es pobre, indígena, prostituta, discapacitada, lesbiana, niña o madre soltera, pues implica una interseccionalidad de categorías sospechosas que se traducen en estructuras opresivas que generan discriminación.

Cuando una mujer es privada de su libertad, además de la sanción del Estado, para ella hay una sanción moral impuesta por la familia y amplificadas por el rígido régimen interno, pues generalmente son abandonadas en reclusión por la familia, lo que no sucede con el hombre en prisión, quien siempre tiene a la madre, la esposa, la concubina, la hija, visitándolo, apoyándolo.⁷¹

La sujeción de las mujeres a una relación de poder desigual, con sus variantes de lugar, tiempo y cultura, ha sido parte de la estructura social durante toda la historia; relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, e incluso entre estas y el Estado, que muchas veces están ocultas.⁷² Tal desigualdad ha querido ser explicada con argumentos naturalistas basados en las diferencias anatómicas entre los cuerpos de hombres y mujeres, por ello, el feminismo necesitó de una herramienta explicativa que diera cuenta del carácter construido y no natural de las representaciones de lo femenino y lo masculino, el género.⁷³

Recordemos, no hace mucho —24 años— cuando la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁷⁴ estableció el criterio relativo a que los cónyuges se debían mutuamente la prestación de la relación carnal, pero que debía ser a través de la cópula “normal”, de tal manera que solo podía haber violación si dicha cópula se ejercía con violencia o de forma “anormal” y con ello se lesionara la moral y la libertad sexual de su pareja que no consintió tales prácticas, porque de lo contrario, se trataba de un ejercicio indebido de un derecho.

¿Ejercicio indebido de un derecho?, así es, respecto de un derecho personal del varón sobre el cuerpo de “su mujer”, lo que atentaba contra la libre autonomía y autodeterminación sexual de las mujeres; así lo determinó más

⁷¹ Giacomello, Corina. *Género, drogas y prisión. Experiencias de mujeres privadas de su libertad en México*, México, Tirant lo Blanch, 2015, p. 46.

⁷² Núñez Rebolledo, Lucía, *op. cit.*, p. 19.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ Jurisprudencia 1ª 12/94, de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tomo XXIII, Febrero de 2006, p. 277, Registro electrónico número 175951, de rubro: “Ejercicio indebido de un derecho y no de violación. Delito de.”

adelante (año 2005) la misma Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el expediente varios 9/2005-PS, en el que ordenó cancelar la indicada jurisprudencia, y determinó que sí podía haber violación entre cónyuges si la esposa se negaba a la vida sexual íntima con el marido, bajo el argumento de que el bien jurídico tutelado por el delito de violación es el reconocimiento en el ser humano de su derecho a la libre autodeterminación sexual; es decir, ya se tomó en cuenta la voluntad de la mujer como ser humano sujeto de derechos.

Entonces, legislativa e interpretativamente la mujer ha sido vulnerable a lo largo de la historia, lo que la ubica en una situación de desventaja real y de desigualdad patente en su perjuicio en los procesos penales donde las mujeres son criminalizadas, por lo que la persona juzgadora debe cuidar que sus decisiones no contengan etiquetas ni estereotipos que la inclinen a dar por sentado que es el mismo margen de decisión entre hombres y mujeres, así como percatarse de la incongruencia del actuar deficiente de las partes en perjuicio de las mujeres.

VIII. La perspectiva de género en las decisiones jurisdiccionales

La falta de incorporación de una perspectiva de género en la política criminal ha impedido hacer frente a los impactos diferenciados y a las consecuencias que la privación de la libertad ocasiona en las mujeres y en las personas que se encuentran bajo su cuidado.

Una justicia con perspectiva de género considera el impacto y las cargas específicas que han tenido históricamente las mujeres en razón de su sexo y roles tradicionales;⁷⁵ implica detectar y eliminar todas las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por condición de sexo o género, incluido el uso nocivo de estereotipos a través de visiones o ideas preconcebidas generalizadas de atributos o características que los integrantes de un grupo particular poseen o deberían llevar a la práctica.⁷⁶

⁷⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Mujeres y otras personas pertenecientes a grupos en situación especial de riesgo. Medidas para reducir la prisión preventiva*, Organización de Estados Americanos, Ser.LV/III.163, doc. 105, 2015, p. 201.

⁷⁶ Ver Tesis aislada 1a. C/2014 (10a.), de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, página 523, Registro digital: 2005793, de rubro: "ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO."

Así, juzgar con perspectiva de género comprende el acceso a la justicia de las mujeres criminalizadas, el cual debe ser entendido en términos de igualdad, en el sentido de que la justiciable pueda hacer valer sus derechos en las mismas condiciones y términos que cualquier otra persona que se somete a la acción de los tribunales de justicia con independencia de cualquier condición o estatus.⁷⁷

Entonces, la obligación de juzgar con perspectiva de género a las mujeres conlleva reconocer sus derechos a una vida libre de violencia y discriminación, así como el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, como dispone la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

En materia penal, las personas juzgadoras deben resolver los procesos desde la perspectiva de género, con atención a las circunstancias en que se cometen los delitos donde estén involucradas mujeres como “probables partícipes” y a las condiciones de vida de estas, a fin de constatar si los hechos son producto o consecuencia de algún tipo de violencia o discriminación; lo que implica visibilizar las situaciones de vulnerabilidad personal, discriminación y violencia en la que se hallen inmersas las mujeres criminalizadas, con la finalidad de ofrecerles un trato en condiciones de igualdad formal y sustantiva, y con ello garantizarles el acceso a un proceso justo y digno.

En ciertos casos, la mujer comete el delito en un solo acto, insólito e intempestivo, que se produce como el desenlace de un estado de tensión acumulada producto de amenazas, abandono, ausencia de apoyo o violencia de sus parejas u otras condiciones que la sitúan en estado de vulnerabilidad.

Todo órgano jurisdiccional debe tomar en consideración esas circunstancias e impartir justicia con base en una perspectiva de género, para lo cual debe implementarse un método en toda controversia judicial, aun cuando las partes no lo soliciten, a fin de verificar si existe una situación de violencia, discriminación o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria.⁷⁸

De acuerdo con los artículos 2, 6 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, el derecho humano de la mujer a una vida libre de violencia y discriminación es interdependiente del derecho a la igualdad; primeramente, porque este último funge como presupuesto básico para el goce y ejercicio de

⁷⁷ Galván Tello, María del Carmen y Zapata Morín, Juan Pablo, *Derecho al acceso a la justicia. Juzgar con perspectiva de género*, México, Tirant lo Blanch, 2018, p. 43.

⁷⁸ Tesis 1a. C/2014 (10a.), *op cit*.

otros derechos y porque los derechos humanos de género giran en torno a los principios de igualdad y no discriminación por condiciones de sexo o género.⁷⁹

Así, el reconocimiento de los derechos de la mujer a una vida libre de violencia y discriminación y de acceso a la justicia en condiciones de igualdad exige que todos los órganos jurisdiccionales del país impartan justicia con perspectiva de género, que constituye un método que pretende detectar y eliminar todas las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por condición de sexo o género, es decir, implica juzgar considerando las situaciones de desventaja que, por cuestiones de género, discriminan e impiden la igualdad.

De ahí que la persona juzgadora debe cuestionar los estereotipos preconcebidos en la legislación respecto de las funciones de uno u otro género, así como actuar con neutralidad en la aplicación de la norma jurídica en cada situación. De tal manera que en toda controversia jurisdiccional donde se advierta una situación de violencia, discriminación o vulnerabilidad por razones de género, esta debe ser tomada en cuenta a fin de visualizar claramente la problemática y garantizar el acceso a la justicia de forma efectiva e igualitaria.

Ahora bien, para que las mujeres puedan tener acceso a la justicia penal es necesario que las personas juzgadoras visibilicen la criminalidad de estas y sus problemáticas personales, pues al ser invisibilizadas el aparato punitivo las discrimina y recriminaliza, al ser, muchas veces, consecuencia de una legislación androcéntrica, arraigada en una sociedad patriarcal que atribuye roles desiguales a mujeres y a hombres; roles asignados de acuerdo a diferencias fisiológicas y psicológicas entre hombres y mujeres, asignando a estas roles de pasividad y conservadurismo, cuyos derechos sexuales y reproductivos, según Thomas William,⁸⁰ eran considerados propiedad de los hombres, por lo que debían adaptarse a vivir como esposas y madres, circunscribiendo su actividad al ámbito privado y, por tanto, la mujer delincuente es aquella que no supo o no quiso ajustarse a su rol asignado.

Así, las mujeres sufren una mayor severidad por parte de policías y tribunales, ya que cualquier conducta infractora es causa de reprimenda para ellas, por saltarse las normas de género, es decir, por no respetar los estereotipos que la sociedad patriarcal asigna a la mujer que atentan contra la moral.⁸¹

⁷⁹ Tesis: 1a. XCIX/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, p. 524, registro electrónico 2005794, de rubro: ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. TODOS LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PAÍS DEBEN IMPARTIR JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.

⁸⁰ Reveles Carrasco, María, "La violencia y las mujeres en prisión. Derecho Penal", en Alcalde Sánchez, María y Gómez López, Rosario (coords.), *Género y nacionalidad*, Granada, Comares, 2015, p. 156.

⁸¹ *Idem*.

Para evitar esa discriminación e injusticia en perjuicio de las mujeres, es necesario que la autoridad jurisdiccional, en cada caso: a) Identifique primeramente si existen situaciones desiguales de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; b) Cuestione los hechos y valore las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; c) En caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordene las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones; d) De detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestione la neutralidad del derecho aplicable, así como evalúe el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género; e) Para ello, debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas; y f) Considere que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género.

Ahora bien, para el caso de que exista una distinción, en alguna norma, que afecte derechos fundamentales o se refiera a una o más clasificaciones “sospechosas”, como ser mujer, su origen étnico o nacional, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, preferencias, estado civil o cualquier otra que menoscabe su dignidad humana; debe aplicarse un escrutinio estricto para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad,⁸² que implica un análisis reforzado (aplicación del test de proporcionalidad), que debe incluir fines, racionalidad y proporcionalidad.

Es decir, debe atenderse a los tres subprincipios que propone Alexy en su test de proporcionalidad:⁸³ idoneidad (si la norma conduce a los propios fines constitucionales); necesidad (medida menos lesiva); y proporcionalidad en sentido estricto (que la norma produzca fines perseguidos por la Constitución con la menor restricción de derechos). Para concluir si una norma aplicada a una mujer criminalizada atenta contra el derecho humano a la igualdad y no discriminación, sin que ello implique el sacrificio de otro derecho humano, sino su armonización, conforme a las analizadas teorías de Serna, Toller y Pino, en relación con la teoría de la ponderación de Alexy.

⁸² Tesis aislada, 1. XLIII/2014 (10a), *op. cit.*

⁸³ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 524.

Un ejemplo de ello es el delito de aborto, el cual criminaliza a la mujer por el hecho de serlo y por su posibilidad de procreación, esto, claro, desde la perspectiva androcéntrica, dado que el varón no concibe hijas e hijos y, por tanto, no puede abortar; las mujeres que lo practican son consideradas delincuentes, no obstante que se trate de una decisión sobre su propio cuerpo, y que ni nacional ni internacionalmente se le han otorgado derechos al producto de la concepción, pues no es considerado aún menor de edad, es más, ni siquiera es considerado ser humano, al menos no legalmente. No obstante, se le criminaliza a la mujer como si hubiera cometido homicidio —privación de la vida de un ser humano—.

Una mujer criminalizada por este delito debe ser juzgada con perspectiva de género, y si se hace valer la inconstitucionalidad del artículo 332 del Código Penal Federal que lo contempla, deberá hacerse un análisis de proporcionalidad de dicho precepto legal y establecer si resiste al test de proporcionalidad de Alexy, de acuerdo con las teorías armonizantes de Toller, Serna y Pino, bajo un escrutinio estricto de constitucionalidad, y conforme a la tutela del derecho fundamental de igualdad, para determinar si dicho precepto legal respeta ese derecho o por el contrario, es discriminatorio y, por tanto, inconstitucional.

Ahora bien, la interpretación de normas bajo una visión con perspectiva de género obliga a tomar en cuenta los efectos diferenciados que producen en las mujeres, con la finalidad de salvaguardar el derecho humano a la igualdad; lo que implica que las personas juzgadoras tienen el deber de analizar si la norma en análisis introduce impactos diferenciados por razón de género, y si ello provoca o no una violación al principio de igualdad, y si lo hace, “deben preferir la opción interpretativa que elimine la discriminación, o en su caso optar por la inaplicación de la norma”.⁸⁴

⁸⁴ Amparo directo en revisión número 5490/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 07 de marzo de 2018, p. 13.

Capítulo

3

La situación de las mujeres en el mundo delictivo

Una vez establecidas las herramientas conceptuales que sustentan el tema de juzgar con perspectiva de género a mujeres criminalizadas, como las desigualdades estructurales de las mujeres, los estereotipos de género, las categorías sospechosas, qué es el género, la vulnerabilidad de la mujer en el derecho penal y la perspectiva de género en las decisiones judiciales; se hace necesario abordar la especificidad del tema de la criminalidad femenina y las situaciones estereotipadas de las mujeres que delinquen, como ser “mala madre” y narcotraficante, así como la problemática de las mujeres criminalizadas que están en situación de marginación, pobreza, violencia de género y dominación de su pareja, embarazadas, en periodo de lactancia o al cuidado de hijas e hijos menores de edad y/o personas mayores o con discapacidad, para comprender los motivos por los cuales se les debe considerar en estado de vulnerabilidad y discriminación al resolver sus situaciones jurídicas en los procesos penales, y para resolver conflictos de ponderación de normas donde estén inmiscuidos temas, precisamente de discriminación femenina.

Es pertinente precisar que hay mujeres criminalizadas por delitos cometidos por sus parejas, donde ellas se encargan, por ejemplo, de atender a las personas privadas de su libertad, de guardar las armas, artefactos bélicos, drogas u objetos robados, o simplemente viajar en el mismo vehículo con su

familia y pareja, donde se guardan objetos ilícitos, cuando de la mujer se espera y exige una moralidad superior al estándar del “rol ciudadano”.¹

Así, una mujer que consiente que su pareja cometa delitos en su presencia y con su anuencia no es considerada una mujer garante de la moralidad ni una buena madre, sin tomar en cuenta que no puede serlo dado su rol subordinado tanto en el ámbito económico como emocional y social, lo que le impide controlar las conductas ilícitas de su pareja.

Tratar a las mujeres como garantes de la buena conducta de los miembros de la familia no es más que un producto de su idealización que amplía el ámbito de la persecución penal contra las mismas.²

Muchos procesos penales culminan con sentencias de condena a mujeres que tuvieron defensa conjunta con sus parejas, so pretexto de no perjudicar a su coimputado, no obstante que necesitaban defensa independiente.

La mayoría de las mujeres son aún las principales responsables de la crianza de sus hijas e hijos, actúan como cabezas de familia y tienen personas bajo su cuidado, tanto así que cuando las madres son encarceladas solo un 10% de las hijas e hijos quedan al cuidado de los padres, mientras que, cuando los padres son encarcelados, la mayoría de las hijas e hijos quedan a cargo de la madre, al igual que es frecuente que las madres estén al frente de los hogares monoparentales, y en consecuencia sean las que cuidan de las hijas e hijos; por lo que su encarcelamiento ocasiona severas consecuencias para estos, así como para las personas bajo su cuidado —personas enfermas y de la tercera edad—.

En efecto, la ruptura de lazos de protección, originada por el encarcelamiento de mujeres, ocasiona que las personas bajo su cuidado queden expuestas a situaciones de pobreza, marginación y abandono, que a largo plazo pueden desembocar en consecuencias de involucramiento en organizaciones criminales.

El encarcelamiento de la madre tiene mayores (y más duraderos) efectos negativos que el encarcelamiento del padre, entre otras cosas, porque implica la pérdida de la principal cuidadora/proveedora de las personas a su cargo.³ El encarcelamiento de la madre produce en sus hijos e hijas: ansiedad, sentimientos de enojo, de abandono, tristeza, miedo, vergüenza, diversos problemas de salud, insomnio, comportamiento agresivo, disminución en el desempeño escolar, embarazos adolescentes, y un alto índice de comportamientos delictivos.

¹ Azaola Garrido, Elena, “Las mujeres olvidadas”, en Sánchez Galindo, Antonio (comp.), *Mujeres penitenciarias. Antología*. México, INACIPE, 2016, p. 34.

² *Ibidem*, p. 35.

³ Pérez Correa, Catalina, “Las que se quedan: las penas de prisión desde una perspectiva de género”, en Cruz Parceró, Juan y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Las mujeres a través del Derecho Penal*, México, Fontamara, 2012, p. 131.

Las mujeres, entonces, deben considerarse conectadas con su entorno y no separadas de él; el cuidado del otro, la intimidad y la dependencia no son debilidades, sino valores que constituyen una moral, distinta a la prevaleciente y distintiva de las mujeres.⁴ En ese contexto, la prisión, como sanción, pone de manifiesto tanto la “descalificación” que hace el sistema jurídico de los valores típicamente femeninos como la falta de reconocimiento que hay a las conexiones interpersonales como constitutivas de la persona y no solo como agregados a ella,⁵ lo que propicia que continúen subordinadas y empobrecidas por el modelo que las busca proteger.

En ese sentido, el Estado elige una opción que ignora, descalifica y castiga indebidamente a las mujeres, ya sea porque les impone un castigo por los delitos que cometen los hombres a quienes están vinculadas, o porque al apresarlas se recrudece su vulnerabilidad, con lo que se ha optado por políticas públicas que invisibilizan y empobrecen a la mujer, lo que a su vez reafirma la desigualdad de género que aún prevalece en la sociedad y en el derecho.

La disparidad no solo se refleja en la criminalización de conductas analizadas en la supuesta “igualdad” en el castigo, también se refleja en la forma en que el Estado omite tomar en cuenta la condición “social” (familiar y comunitaria) de quien castiga.⁶ Todo lo cual hace necesario que el sistema judicial incorpore una perspectiva interseccional e intercultural donde se tomen en consideración la criminalidad femenina y las situaciones estereotipadas de las mujeres que delinquen, así como sus situaciones de vulnerabilidad, violencia y discriminación, sus categorías sospechosas y sus circunstancias personales para resolver; incluso, conflictos de ponderación de normas donde estén inmiscuidos temas de discriminación femenina.

I. Criminalidad femenina

Desde los orígenes míticos del ser humano, la desobediencia de las mujeres que tenían conocimientos científicos o sanitarios, incluso de aquellas que se atrevían a no perpetuar la especie (abortando) y a no adecuarse al estereotipo de ser humano dominado por los hombres, fue

⁴ *Ibidem*, p. 130.

⁵ *Idem*.

⁶ *Ibidem*, p. 152.

gravemente castigada, y las mujeres fueron etiquetadas como brujas por el Tribunal de la Santa Inquisición.⁷

Durante siglos, el delito ha sido una construcción social, elaborado por quienes han tenido el poder de hacerlo, los varones; criminológicamente se dibuja a la mujer delincuente como perversa, ambiciosa, seductora, transgresora, de tal manera que el reproche del sistema judicial es aún mayor cuando el delito se comete por una mujer de quien se espera una conducta sumisa, de obediencia, de recato y de bondad.

De acuerdo con antiguos antropólogos y criminólogos (siglo XIX), las mujeres delincuentes lo son debido a su poca evolución con relación a los hombres; las mujeres son menos activas, llevan una vida más sedentaria y su sentido de la moral es deficiente, lo que las hace resentidas, celosas y vengativas, por lo que “cuando delinquen son más peligrosas que los hombres, debido a que son más primitivas, menos evolucionadas y, por tanto, actúan con astucia y falsedad —la mujer delincuente es un monstruo—”,⁸ defectos que se neutralizan con la compasión, la maternidad, la ausencia de pasión, la frialdad sexual y la tendencia al orden.⁹

En 1968, el criminólogo español Blas Aznar afirmaba que la menstruación es una enfermedad, lo que hace a la mujer una desgracia, un ser débil y enfermo que siempre padece algo.¹⁰ Mientras que para Otto Pollack, las mujeres son de naturaleza tramposa y manipuladoras.¹¹

Algunos estudios genéticos afirman que el cromosoma “Y” determina la agresividad del individuo, por lo que, para algunos criminólogos, si las mujeres carecen del mismo es poco común que sean agresivas, por tanto, es natural que los hombres sean agresivos y antinatural que las mujeres lo sean,¹² con lo cual se justifica la delincuencia masculina y se criminaliza la delincuencia femenina.

Incluso a nivel psicoanalítico, se tiene la teoría de que la agresividad es un componente masculino, mientras que las mujeres son más pasivas, tímidas y no actúan contra el mundo, debido a que no llegan a desarrollar el ego por carecer de “atributos” masculinos (—carencia de falo—, de acuerdo con Freud),¹³ carencia o castración que hace a la mujer reconocer la superioridad

⁷ Santillán Ramírez, Iris Rocío, *Matar para vivir. Análisis jurídico penal y criminológico con perspectiva de género de casos de mujeres homicidas*, México, Editorial Ubijus, 2016, p. 69.

⁸ *Ibidem*, p. 71.

⁹ *Idem*.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Afirmación basada en la posibilidad de la mujer para fingir orgasmos y participar en el acto sexual aun sin deseo, situación imposible para los varones. *Ibidem*, p. 74.

¹² *Ibidem*, p. 75.

¹³ *Idem*.

del hombre y su propia inferioridad, y al mismo tiempo la hace rebelarse contra esa desagradable circunstancia.¹⁴

En la década de 1970, en Estados Unidos y Gran Bretaña, los trabajos de Freda Adler y Rita Simon —que criticaban los discursos de criminología positivista— fueron clave para abandonar la clásica orientación sobre el análisis criminológico de las mujeres delincuentes.¹⁵

En México, en la década de 1980 se dictó un curso en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, denominado “La mujer delincuente”, que tenía corte positivista, ante lo cual, la especialista en relaciones internacionales Susana Huerta¹⁶ hizo una fuerte crítica a las explicaciones que se hicieron desde los ámbitos psicológico y biológico, partiendo de las perspectivas histórica, económica, social e ideológica que han regido por años tanto a las instituciones del Estado como a las familias, y que criminalizan y oprimen las conductas de las mujeres.

Los discursos criminológicos con bases positivistas han construido el estereotipo de las mujeres delincuentes como ambiciosas, frías y calculadoras; sin embargo, en esos discursos se pasa por alto el bajo nivel educativo, la feminización de la pobreza, que muchas son supervivientes de violencia familiar, carentes de oportunidades y de apoyo familiar, social, institucional y gubernamental, y que además muchas carecen de una adecuada y comprometida defensa legal que argumente perspectiva de género a su favor.

Es importante puntualizar que la criminalidad de las mujeres no se asocia con el movimiento de liberación femenina, sino con la feminización de la pobreza; con las responsabilidades de cuidado que tienen con otras personas dependientes, como enfermos, abuelos e hijos; así como con la persistencia de relaciones patriarcales en detrimento de ellas, y de estereotipos que anclan la construcción de la masculinidad y de la feminidad en posiciones de poder y subordinación, respectivamente, criminalidad femenina que se relaciona mayormente con delitos de drogas.

Las relaciones de dependencia de las mujeres respecto de sus parejas constituyen un factor de enganche de aquellas en redes o células delictivas vinculadas al tráfico tanto nacional como internacional de drogas, como cuando son usadas para transportar en su cuerpo sustancias prohibidas (mulas internacionales o contenedores humanos).

¹⁴ *Ibidem*, p. 76.

¹⁵ *Ibidem*, p. 77.

¹⁶ Huerta, Susana, *Causas sociales de la delincuencia femenina*, en Piña y Palacios, Javier (coord.), *La mujer delincuente*. México, UNAM, 1983, p. 241, <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9659> (consultado en enero 2021).

También, el sexismo se relaciona con el sistema penal, como el androcentrismo, que se da cuando una ley se enfoca solamente desde la perspectiva masculina, invisibilizando las necesidades femeninas, como la ginopia, que imposibilita ver lo femenino y, la misoginia, que repudia a lo femenino; la sobregeneralización, que se da cuando en un estudio se analiza solamente la conducta del sexo masculino y los resultados se dan como válidos para ambos sexos; el doble parámetro, que se da cuando una misma situación o conducta se valora de manera distinta dependiendo del género de que se trate;¹⁷ el familismo, que consiste en relacionar siempre a la mujer con su núcleo familiar, así, a las mujeres se les identifica como hijas, esposas o madres de algún varón, restándoles identidad propia; el deber de cada sexo, consistente en asignar roles de género;¹⁸ y el dicotismo sexual, que implica ver a los sexos como diametralmente opuestos.¹⁹

Estas situaciones y normas tendrían que analizarse en cada caso específico de acuerdo con la teoría de ponderación antes expuesta, para determinar si resisten el test de proporcionalidad expuesto por Alexy y retomado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme a un escrutinio constitucional estricto y sobre la base del derecho fundamental de igualdad ante la ley.

II. La mala madre como partícipe del delito

A pesar de las normas constitucionales y de los tratados sobre derechos humanos, se han esbozado criterios de aplicación del derecho penal que bajo una aparente neutralidad conducen a un tratamiento discriminatorio hacia las mujeres.²⁰ Por ello, es necesario incorporar la perspectiva de género a la interpretación de las leyes y de los hechos por parte de los operadores de justicia, para evitar decisiones injustas y discriminatorias.

El reproche que se hace a la mujer cuando uno o varios de sus hijos o hijas son objeto de maltrato, violencia y/o abuso por parte de su pareja se basa, en todos los casos, en su función de garante del bienestar de sus hijos o hijas.

¹⁷ V. g. el *Diccionario de la Real Academia Española* define de forma distinta una misma situación: al hombre público lo define como persona con presencia e influjo en la vida social, mientras que, a la mujer pública, como prostituta.

¹⁸ V. g. la mujer debe estar en su casa atendiendo a su familia, mientras que, el hombre, en los ámbitos laboral, profesional, social, político, etcétera.

¹⁹ Santillán Ramírez, Iris Rocío, *op. cit.*, p. 81.

²⁰ Hopp, Cecilia Marcela, "Buena madre, buena esposa, buena mujer: abstracciones y estereotipos en la imputación penal", en Di Corleto, Julieta (comp.), *Género y justicia penal*, Argentina, Didot, 2017, p. 16.

El razonamiento que subyace es que si ella hubiera sido buena madre, habría hecho lo necesario para evitar ataques a sus hijos e hijas, asegurándose de que nada malo les sucediera.²¹ Lo mismo ocurre cuando las niñas y los niños mueren a causa de una enfermedad sin haber recibido el tratamiento adecuado. De antemano se tiene una responsable, porque la madre no evitó el daño.

En estos casos se pasa por alto que las muertes por violencia suelen suceder dentro de un ámbito de violencia ejercida por el agresor y dirigida contra todos los convivientes, incluyendo la mujer,²² y que la violencia de género y la ejercida en el ámbito doméstico se caracterizan por las relaciones de poder desiguales marcadas por la subordinación, por lo que la aplicación neutral del derecho genera injusticias en el tratamiento procesal penal que se otorga a las mujeres.

El derecho penal refuerza el estereotipo de la mujer como madre abnegada, que se niega a sí misma, a favor de su familia, ser una ciudadana con derechos en igualdad de circunstancias a los del varón; por el contrario, se asume que sus derechos son de segunda categoría, y que además es capaz de impedir cualquier agresión física o sexual, imponiendo su voluntad frente a la del agresor,²³ con lo que se pasa desapercibido que si la mujer se impone ante este, generalmente llegan a estar en riesgo su propia vida y la de sus hijas e hijos.

También se omite considerar que la capacidad de cuidar a un hijo o a una hija no es la misma cuando una mujer está sometida a violencia que cuando se encuentra en condiciones materiales, físicas y emocionales adecuadas. La descontextualización y el ideal de la “buena madre” crean exigencias que no son realmente esperables en los casos en que las mujeres son sometidas a violencia habitual,²⁴ pues son afectadas por muy baja autoestima, depresión, aislamiento, dependencia emocional y muchas veces económica, que evidencian síntomas de síndrome de mujer maltratada, con lo que se altera la percepción del riesgo a causa del maltrato habitual, ello aunado a que muchas mujeres son conscientes de que el intento de separación suele incrementar el peligro de los agresores. Circunstancias que les impiden ponerse a salvo a sí mismas, de manera que resulta poco realista la expectativa de poner en resguardo y a salvo a sus propios hijos e hijas.

Culpar a la mujer en casos donde hay violencia y ellas son objeto de esa violencia invisibiliza el origen del problema y responsabiliza en realidad a una de las víctimas, en lugar de poner en el centro de la discusión la violencia

²¹ *Ibidem*, p. 17.

²² *Idem*.

²³ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

²⁴ *Ibidem*, p. 26.

patriarcal de que es objeto. Así, la imputación penal a una madre por no impedir la exposición de sus hijas e hijos a la violencia de su pareja reafirma el rol de género que debe tener una “buena madre”.²⁵

Aunado a ello, las madres pobres están más expuestas a imputaciones penales, pues las exigencias de cuidado son evaluadas desde la mirada de la clase media, sin tomar en cuenta que las mujeres pobres tienen que prever y controlar muchos más peligros por las malas condiciones de la vivienda, por el hacinamiento, por la falta de acceso a servicios de salud y de educación, mala alimentación, falta de oportunidades para acceder a trabajos bien remunerados, y demás problemas de carácter social.

Cuando se considera la violencia en que estas mujeres han vivido se comprende que se encuentran en un nivel de estrés comparable con una bomba de tiempo lista para explotar con cualquier estímulo.

Las malas madres no solamente son juzgadas dentro del proceso penal sino por los funcionarios carcelarios cuando se encuentran en reclusión, quienes deciden, en perjuicio de aquellas y del interés superior de las hijas y los hijos de estas, que no es conveniente que sus niñas y/o niños menores de edad (6 años, edad legalmente permitida) permanezcan en reclusión con sus madres, pues las cárceles no son ambientes sanos para ellas y/o ellos, aunado a que carecen de áreas verdes para jugar, lo que revela no solamente una concepción idealista que supone que las niñas y/o los niños de las reclusas, por el hecho de no estar en encierro con ellas, tendrán acceso a recursos que en realidad no tienen, sino que además se les considera malas madres por no poner a salvo a sus hijas y/o hijos con algún familiar o institución fuera de reclusión.²⁶

Hay funcionarios carcelarios que opinan que las madres reclusas que quieren tener a sus hijas y/o hijos en los centros de reclusión junto con ellas es porque “chupan” de la institución, que piden demasiado y no dan nada a cambio;²⁷ como si fuera deber de ellas dar algo a cambio, siendo un derecho que tienen de tener a sus hijas y/o hijos con ellas, y lejos de ser una prerrogativa para la madre reclusa, es una obligación del Estado hacerse cargo de la salud, alimentación y bienestar, no solo de ella sino de sus hijas e hijos que vivan con ella, es decir, no es un favor que hace el Estado, es una obligación de este, en pro del interés superior de los menores.

²⁵ *Ibidem*, p. 31.

²⁶ Azaola Garrido, Elena, *op. cit.*, p. 42.

²⁷ *Idem*: “Ellas utilizan la permanencia del niño como un medio, como una garantía para la obtención de privilegios. Las que tienen a sus hijos aquí no se les pueden cancelar visitas, ni castigar fácilmente, duermen en dormitorio más grande y tienen más ración de leche”.

III. Mujeres narcotraficantes

No obstante los cambios sociales, culturales y laborales de los últimos tiempos, donde se han brindado mayores espacios a las mujeres en el mundo laboral y profesional, con roles de mayor participación en posiciones más prestigiosas, cuando se trata de células delictivas, el liderazgo de la mujer siempre está en entredicho, el común denominador para las mujeres inmersas en el mundo del narcotráfico es el de “mulas”, que transportan cantidades de droga.

El universo del narcotráfico es esencialmente tradicional y machista, donde se reproduce el orden social sobre la base de la superioridad masculina,²⁸ por tanto, es común que en el mundo del narcotráfico se construyan las relaciones de género a partir de un conjunto de actitudes y comportamientos que discriminan y marginan a la mujer por su sexo.²⁹

Las redes delictivas, que conocen la vulnerabilidad de las mujeres —madre soltera, cabeza de familia, en estado de pobreza y marginación, escasa educación—, las utilizan como uno de los eslabones más vulnerables en sus cadenas laborales con las actividades más riesgosas y mal remuneradas, el de “mulas”, transportistas, surtidoras de narcóticos dentro de reclusorios, preparadoras de “cebollitas”, pesaje y embalaje de la droga, y/o distribuidoras del narcótico en sus domicilios (narcomenudeo).

Otras labores asignadas a las mujeres dentro de las organizaciones criminales son la de esconder drogas, armas o personas en sus domicilios, así como prestar sus viviendas o teléfonos para evadir la actividad investigadora del Estado,³⁰ pero de esa forma, ellas se vuelven más vulnerables, pues son las primeras a quienes el Estado localiza, y luego deben permanecer calladas porque generalmente están bajo amenaza de la organización.

Entonces, se utiliza a la mujer como objeto, ya sea de interés personal o de interés para la organización, como peón, pues las redes del narcotráfico tienen jerarquías y funciones claramente definidas, en las que la participación de la mujer es el último eslabón de la cadena de poder; son consideradas como

²⁸ González Agudelo, Gloria, “La mujer inmigrante en prisión por tráfico de drogas”, en Alcalde Sánchez, María y Gómez López, Rosario (coords.), *Derecho Penal, género y nacionalidad*, Granada, Comares, 2015, p. 308.

²⁹ Ovalle, Paola y Giacomello, Corina, “La Mujer en el ‘narcomundo’. Construcciones tradicionales y alternativas del sujeto femenino”, *Revista de Estudios de Género*, México, núm. 24, 2006, p. 301, <https://www.redalyc.org/pdf/884/88402411.pdf>, (fuente consultada en mayo de 2019).

³⁰ Sansó Daniel, Pascual Rupert, “Criminalidad organizada y género. Hacia una redefinición del papel de la mujer en el seno de las organizaciones criminales”, *Revista del Instituto de Investigaciones en Criminología y Ciencias Penales de la UV*, México, p. 14.

sujetos prescindibles y reemplazables para la organización criminal, por lo que muchas veces son denunciadas por quienes las contratan, además de trabajar por menor cantidad de dinero que los hombres.³¹

Es común que las mujeres se relacionen con el mundo de las drogas a partir de alguna relación conyugal o de pareja, filial o materna. Cometan delitos juntamente con sus hombres o por sus hombres, como es el caso de las que son detenidas al tratar de introducir drogas a las cárceles para proveer a algún interno.

IV. Mujeres que delinquen en situación de marginación, pobreza, violencia de género y dominación de su pareja

A pesar de la igualdad formal que existe entre hombres y mujeres, no existe tal igualdad material y/o estructural; las mujeres son las primeras afectadas por la situación de pobreza y frecuentemente sacrifican su desarrollo personal por atender la supervivencia cotidiana de la familia. La desigualdad de género es más significativa al agudizarse la pobreza, “la mujer es la más pobre de los pobres”.³²

Son las mujeres quienes principalmente sufren de las consecuencias del atropello a sus derechos a la salud sexual y reproductiva, a la vivienda digna, a la educación no sexista, entre otros, por lo que no sorprende que se hable de la “feminización de la pobreza”.³³

Muchas mujeres que se incorporan a la vida productiva fuera del hogar, lo hacen como obreras, pequeñas comerciantes, empleadas domésticas, con la finalidad de contribuir a mejorar la situación económica de sus familias, no así las suyas propias, aunado a que continúan haciéndose cargo del trabajo doméstico, cuidado de las hijas y los hijos, de personas enfermas, y siguen siendo víctimas de discriminación y subordinación, no solamente en el ámbito laboral sino en sus hogares.

Conforme al predominante estereotipo de género cultural que permite que las mujeres sean educadas en la obediencia, recato y subordinación a los hombres, se supeditan a la suerte de estos y se convierten en accesorios de

³¹ Álvarez Icaza, Emilio, “Los derechos humanos de la mujer y los instrumentos internacionales vigentes en México”, en Galeana, Patricia (coord.), *Derechos Humanos de las mujeres en México*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y otros, 2004, p. 17.

³² *Ibidem*, p. 12.

³³ *Idem*.

la vida de esos hombres, con muy pocas posibilidades de escape cuando la accesoriedad a estos se torna delictiva.

Así, esas mujeres no pueden, o no se les permite negarse a delinquir, incluso sus parejas las obligan, amenazan o chantajea para que los apoyen en la comisión de los delitos.

Cuando de tráfico de drogas se trata, la delincuencia organizada tiene perspectiva de género y la monopoliza a gusto e interés.³⁴ Las mujeres suelen participar en esos delitos en cumplimiento de papeles tradicionales (madre y esposa) o por condiciones excepcionales (madres solteras).

Los grupos criminales saben aprovechar los estereotipos de género a su favor. Reclutan mujeres vulnerables en sentido económico, pero también en cuanto a poca valoración social para convertirlas en cuerpos-objeto; las utilizan como “mulas” (ingieren cápsulas con droga o la transportan en maletas), así como introductoras a Centros de Reinserción Social y vendedoras al narcome-nudeo, como ya se dijo.

Ha quedado patente la feminización de la pobreza, proclive a delinquir con fines económicos, y se agrava la situación cuando son madres y se encargan del cuidado de las hijas y los hijos, debido, precisamente por su función biológica de procreación.

De acuerdo con el *Diagnóstico sobre la incidencia de los delitos cometidos por las mujeres privadas de su libertad, procesadas y sentenciadas*,³⁵ estas son algunas causas predisponentes de la mujer para delinquir que, al momento de juzgarlas, debieran tomarse en cuenta en pro de una perspectiva de género: a) Violencia de género como nexos causal del hecho delictivo que se les imputa a las mujeres; b) Feminización de la pobreza (expresión para connotar el creciente empobrecimiento de las mujeres); c) Problemas de adicciones y/o problemas de alcoholismo en la mujer que enfrenta una acusación penal; d) Presencia de un ambiente familiar integrado por delincuentes en su círculo familiar primario (padre, madre, tío, entre otros); e) Su pareja las involucra en los hechos delictivos que se les imputan; generalmente hay un hombre que las involucra en el delito por múltiples razones, factor que está ligado a la condición y posición de las mujeres en la sociedad; y f) Delinquen en función de otros o se inculpan para proteger al hijo, a la pareja, etcétera.

³⁴ Paredes Calderón, Ricardo, “Los estereotipos de género en la comisión de delitos”, *Revista Igualdad del Consejo de la Judicatura Federal*, México, año 03, Número 09, mayo-agosto, 2016, p. 40.

³⁵ Hernández Abarca, Nuria Gabriela. *Diagnóstico sobre la incidencia de los delitos cometidos por las mujeres privadas de su libertad procesadas y sentenciadas*. Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y Equidad de Género de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXI, Legislatura, México, 2010, p. 63.

V. Mujeres embarazadas, en periodo de lactancia o al cuidado de hijas e hijos menores de edad y/o personas mayores o con discapacidad, sometidas a un proceso penal

A diferencia de los varones, pareciera que las mujeres cumplen una doble sentencia, la pena propia de la infracción a las normas jurídicas y la condena social derivada de su condición de género y su condición de madre y/o cuidadora de personas enfermas.

Un prejuicio bastante común es que por el hecho de haber cometido un delito se les atribuye ser “malas madres”, como ya quedó puntualizado, lo que se traduce en que se les separe de sus hijas e hijos por ser una mala influencia, y porque el contacto con ellas podría resultarles perjudicial a las hijas e hijos de estas, con lo cual se les discrimina sin tomar en cuenta su condición de madres ni el interés superior de estos, que las necesitan independientemente del hecho delictivo en que hubieran participado.

El uso de la prisión preventiva respecto de mujeres, deriva, principalmente, del endurecimiento de políticas criminales en materia de drogas y de la falta de perspectiva de género para abordar la problemática, al no considerar factores como: a) Bajo nivel de participación dentro de la cadena de actividad comercial y tráfico de narcóticos; b) Ausencia de violencia en la comisión de esas conductas; c) Impacto diferencial de su encarcelamiento respecto de personas a su cargo; d) Ausencia de enfoque de reinserción social en las políticas penitenciarias; y e) Situación de violencia y exclusión social y laboral a la que se enfrentan en la región.

Por ello, en el caso de mujeres madres o embarazadas —en periodo de lactancia— al cuidado de las hijas e hijos, o de personas con discapacidad o mayores de edad, la prisión preventiva debe ser considerada como el último recurso y deben promoverse medidas no privativas de la libertad contempladas en las Reglas de Tokio (Regla 57 de las Reglas de Bangkok), así como tener en cuenta las particularidades de las mujeres que han entrado en contacto con el sistema de justicia penal, como la circunstancia precisamente de ser madres, estar en periodo de lactancia, ser mujeres indígenas, mujeres migrantes, mujeres violentadas, mujeres por identidad de género, etcétera, con la finalidad de dar prioridad a la aplicación de medidas no privativas de la

libertad a las mismas, como lo contemplan los puntos 2.3, 2.6. y 6.1. de las Reglas de Tokio.³⁶

Antes de su ingreso a prisión o en el momento de producirse, la persona juzgadora deberá indicar al Centro Carcelario que debe permitir a las mujeres con niñas y/o niños a su cargo, adoptar disposiciones respecto de ellas y/o ellos: como recibir visitas frecuentes de sus hijos e hijas, o llevarlos a vivir con ellas tratándose de menores de seis años de edad o de mayores de edad si tienen alguna condición mental o de salud especial, que ellas puedan manejar para continuar a su cuidado; debiendo prevenir la persona juzgadora, incluso, la posibilidad de suspender la reclusión por un periodo razonable, en función del interés superior de las niñas y los niños, como lo dispone el principio 6º de la Declaración de los Derechos del Niño.³⁷

En cuanto a las penas privativas de la libertad, para aplicar una adecuada perspectiva de género cuando se vean involucrados el interés superior de la niñez, y la protección especial de personas pertenecientes a grupos en situación de riesgo, discapacidad y mayores de edad; las autoridades judiciales deben tomar en cuenta: la desventaja histórica de las mujeres en la sociedad; el historial de victimización anterior; la situación de marginación y pobreza; la ausencia de circunstancias agravantes en la comisión del delito; y, el impacto diferencial e incremental de la aplicación de la pena privativa de la libertad, respecto de personas bajo su cuidado, es decir, cómo les afecta a estas.

Además, al condenar a las sentenciadas, la persona juzgadora debe examinar atenuantes, así como la ausencia de historial penal (no reincidencia), la levedad relativa, y el carácter de comportamiento delictivo, debiendo tener en cuenta las responsabilidades de cuidado de otras personas de las interesadas y su situación personal (Regla 61 de las Reglas de Bangkok).

³⁶ “2.3 A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas.

2.6 Las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención.

6.1 En el procedimiento penal solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.”

³⁷ Principio 6.

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre.

Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y a las mujeres que tengan niñas o niños a su cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer presenta un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior de las niñas y los niños, y al mismo tiempo deben adoptarse disposiciones apropiadas para el cuidado de los mismos (Regla 64 de las Reglas de Bangkok).

Aun cuando se impongan penas privativas de libertad, la persona juzgadora debe aplicar, siempre que proceda, beneficios como la condena condicional (artículo 90 del Código Penal Federal) —que suspende tanto la pena de prisión como de multa— y los sustitutivos penales (artículo 70 del mismo ordenamiento sustantivo), que sustituyen solo la pena de prisión, no así la de multa, para que las sentenciadas en situaciones de marginación, pobreza, al cuidado de las hijas e hijos, de personas enfermas y de la tercera edad, indígenas, migrantes, y cualquier otra situación que implique interseccionalidad de categorías sospechosas, puedan acceder de forma inmediata a su libertad personal, con la finalidad de que continúen cumpliendo con sus roles de madres, cuidadoras, cabezas de familia, proveedoras, etcétera.

Pero de ser el caso que la persona juzgadora deba ordenar la reclusión para mujeres, será en establecimientos distintos a los de los hombres, y tratándose de centros de reinserción social mixtos, en pabellones destinados a mujeres separados completamente de los hombres, como lo establece la Regla número 11, apartado a), de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas de Mandela).

En el caso de la suspensión condicional del proceso, se debe promover acercarlas a servicios comunitarios que consideren cuestiones de género, como programas de educación y capacitación para aumentar sus posibilidades de empleo, las provean de apoyo psicológico y las empoderen.

También debe tomarse en cuenta que, al ser detenidas y sometidas a interrogatorios, a menudo las mujeres son objeto de violencia por parte de policías municipales, estatales, federales y ministeriales. Muchas mujeres afirman que las han hecho confesar con golpes, violaciones sexuales o amenazas dirigidas a sus familias.³⁸ En el caso de las mujeres se acrecienta el riesgo de ser sexualmente agredidas para obtener sus confesiones, por lo que se debe visibilizar la violencia que previamente han sufrido en su entorno familiar para situar en contexto sus testimonios, cuando afirman, por ejemplo, que

³⁸ Azaola Garrido, Elena, *op. cit.*, p. 36.

no fueron abusadas por la policía, entendido ese abuso como sexual, sin que ellas mismas visibilicen el maltrato psicológico ni físico.³⁹

Todas estas circunstancias de criminalidad femenina, como las situaciones personales de las mujeres: ser madres, estar en periodo de lactancia, en situación de marginación, pobreza, violencia de género y dominación de sus parejas, al cuidado de las hijas e hijos menores de edad y/o de personas mayores o con discapacidad, así como los estereotipos de género a que son sujetas social y jurídicamente, como ser consideradas “malas madres” por estar inmiscuidas en el ámbito delictivo, muchas veces sin otra opción, y siendo orilladas a ello por sus parejas o por su situación de pobreza y marginación, deben ser visibilizadas al momento de decidir sobre sus situaciones procesales y sustantivas en materia penal, por parte de las personas juzgadoras, es decir, debe haber una comprensión sobre los motivos por los cuales se les debe considerar en estado de vulnerabilidad y discriminación al resolver sus situaciones jurídicas en los procesos penales, así como para pronunciarse sobre conflictos de ponderación de normas donde estén inmiscuidos temas, precisamente, de discriminación femenina.

Ello, siempre, con una interpretación de normas bajo una visión con perspectiva de género, que implica que las personas juzgadoras tengan el deber de analizar si la norma en análisis introduce impactos diferenciados por razón de género, y si ello provoca, o no, una violación al principio de igualdad, y si lo hace, se debe preferir la opción interpretativa que elimine la discriminación, o en su caso, inaplicar la norma.⁴⁰

³⁹ *Ibidem*, p. 37: “No abusaron de mí, solo me dieron cachetadas y me dijeron groserías...”.

⁴⁰ Amparo directo en revisión número 5490/2016, *op. cit.*, p. 13.

Capítulo

4

Escenarios jurisdiccionales de vulnerabilidad y desventajas de las mujeres criminalizadas

Considero necesario abordar en este capítulo el análisis que ha realizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de algunos escenarios relevantes que ponen en evidencia la existencia de situaciones de discriminación, vulnerabilidad y violencia a que han sido sujetas algunas mujeres criminalizadas, y la forma en que el Más Alto Tribunal del país ha visibilizado esas circunstancias y ha aplicado la perspectiva de género a su favor, lo que se ha traducido en justicia para esas mujeres, cuando anteriormente habían recorrido un calvario de injusticias jurisdiccionales, en tribunales que no habían visibilizado sus situaciones y que, por tanto, fueron omisos en juzgarlas con perspectiva de género. Ello hace también necesario plantearnos una evaluación de las decisiones judiciales y cómo deben hacerse las mismas.

I. Cómo deben evaluarse las resoluciones jurisdiccionales

La evaluación de las resoluciones que elaboran los órganos jurisdiccionales puede hacerse con distintos criterios: eficiencia, coherencia, eficacia, legitimidad y argumentación.¹ Una sentencia puede ser evaluada favorable o desfavorablemente en función de su mejor o peor argumentación.

Defender que hay buenos argumentos requiere, al menos, de dos premisas: la primera consiste en adoptar un concepto de argumento jurídico que sirva como referencia para la actividad práctica de los juristas y de los teóricos, la segunda se refiere a que exista un criterio, compartido, para distinguir entre ejemplos de un buen argumento y de un mal argumento jurídico, es decir, que exista un criterio de corrección para los argumentos jurídicos.²

Se puede sostener que un argumento es para incidir en el ánimo, en la motivación o en la conducta de un interlocutor. Un buen argumento jurídico logra modificar la conducta o concitar el ánimo, motivación o conducta del interlocutor. En síntesis, argumentar es usar el lenguaje para justificar una postura en un contexto de disputa, mientras que un argumento es un conjunto de enunciados que guardan una cierta relación.

El argumento puede servir para dilucidar contextos de incertidumbre o un conflicto entre partes,³ siempre y cuando sea claro, presente razones consistentes entre sí, y tenga razonabilidad pragmática, es decir, que el argumento pueda convencer a su destinatario; de tal manera que un argumento no puede ser razonable si es inconsistente; sin embargo, puede ser claro, pero ser inconsistente. Por tanto, un argumento jurídico es admisible cuando cumple con el criterio mínimo de claridad y consistencia.

Ahora bien, la estructura argumental es la presentación, comunicación y relación de la información que se ofrece a lo largo de las sentencias para justificar alguna postura; esto es, el modo en que se articula un razonamiento a lo largo de la resolución, o la forma en que la justificación es presentada.⁴

Para ello, debe tomarse en cuenta la relevancia de la información que se empleará en la sentencia, como antecedentes que no incluyan transcripciones innecesarias; el uso de un lenguaje claro, privilegiando el empleo de

¹ Cerdio Herrán, Jorge, "Evaluar mejores y peores sentencias. La métrica de los argumentos", en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Normas, razones y derechos*, Madrid, Trotta, 2011, p. 219.

² *Ibidem*, p. 220.

³ *Ibidem*, p. 222.

⁴ *Ibidem*, p. 227.

palabras simples; la identificación y presentación del tema o problema jurídico a resolver; la consideración de las razones de las partes —exhaustividad—; la cita de fallos, precedentes, doctrina; las afirmaciones de las partes que se tienen por probadas y el estándar que la persona juzgadora tuvo para tenerlas por probadas; la justificación, relevancia y fuerza probatoria; y las conclusiones.⁵

En cuanto a la motivación o razonamiento justificatorio que ha de realizar una persona juzgadora para motivar o justificar una decisión dictada por ella para resolver un litigio se ha convertido en un punto de confluencia de numerosas polémicas teóricas. Algunos autores opinan que el razonamiento justificatorio de una decisión judicial es un razonamiento que intenta convencer a un auditorio (que pueden estar conformado por las partes, otras personas juzgadoras, las ciudadanas y los ciudadanos en general, etcétera) acerca de la “bondad” de la decisión. Entonces, la motivación de una decisión judicial sería un razonamiento persuasivo.⁶

La tesis que se vislumbra en la mayoría de los trabajos acerca de la motivación de las decisiones judiciales, aunque no se formule expresamente, es la que sostiene que el razonamiento justificatorio o motivación de una decisión judicial es un razonamiento que pretende mostrar o probar que la decisión es correcta. Es posible que una motivación así concebida tenga un efecto persuasivo y sea capaz de convencer a un auditorio de que la decisión es correcta; pero ello, sería una consecuencia indirecta de la motivación, no el objetivo principal de esta,⁷ dado que motivar la decisión implica dar las razones por las que se considera que la decisión que ha dictado es conforme al derecho.

Es así, dado que el derecho obliga a las juezas y los jueces a dictar decisiones que sean conforme al derecho, por ello, hay que presumir que el motivo por el que una persona juzgadora dicta una determinada decisión consiste en que considera que la decisión que ha dictado es apegada a la ley; mientras que el razonamiento justificatorio de la decisión es la motivación que intenta mostrar o probar que la decisión es correcta.

Así, una decisión judicial puede ser conforme al derecho y carecer de motivación y, a la inversa, puede estar motivada y no ser conforme al derecho. Una decisión judicial materialmente conforme al derecho es una decisión judicial que dice y que a la vez aplica el derecho.

En efecto, la persona juzgadora tiene la obligación jurídica de justificar sus decisiones en la interpretación de las normas tanto constitucionales como

⁵ *Ibidem*, pp. 228-232.

⁶ Hernández Marín, Rafael, *Razonamientos en la sentencia judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 101.

⁷ *Idem*.

legales, lo cual implica fundar y motivar sus resoluciones, como lo dispone el primer párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,⁸ es decir, exponer los argumentos que sustenten sus determinaciones y encuadren dentro del marco constitucional y el orden jurídico.

La motivación es la ineludible obligación jurídica y ética de fundamentar coherentemente y con toda claridad e idoneidad la razón que determina el sentido de la resolución judicial.⁹ Es el discurso que expone sencillamente las causas por las que una interpretación se acoge una decisión judicial.¹⁰

Motivar o razonar en ocasiones se utiliza como sinónimo de explicación y justificación; sin embargo, motivar es indicar las razones por las que se adopta el fallo, es justificar la decisión adoptada proporcionando una argumentación conveniente, indicando lo fundado de las elecciones efectuadas por la persona juzgadora,¹¹ mientras que razonar supone que las juezas y los jueces han de explicar por qué adoptan una decisión y no la otra.¹²

Por tanto, la decisión judicial debe estar acompañada de los argumentos que la sustentan; de lo contrario, la más justa de las decisiones puede aparecer como caprichosa y arbitraria si no se encuentra sostenida por sólidas razones que la justifiquen y lleven al convencimiento del auditorio que las recibe.

La actividad justificatoria, que consiste en motivar la decisión, implica que la persona juzgadora ha de intentar probar que ha cumplido con la obligación de dictar una decisión que sea procesal y materialmente conforme al derecho.¹³

Se procura hacer conocer a la persona destinataria las razones que han llevado a determinada conclusión, presentándola como la correcta. Para Carnelutti: “La sentencia que dice bien y razona mal no satisface la justicia”,¹⁴ pues deben mostrarse a quienes se dirige el discurso (las personas justiciables), los argumentos probatorios o demostrativos que respaldan el silogismo práctico escogido. Motivar, entonces, es una decisión que expresa razones y, por eso, obliga al que la toma a tenerlas.

⁸ “Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

⁹ Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Óscar, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas y Porrúa, Tomo VIII, 2002, p. 57.

¹⁰ Andruet, Armando S., *op. cit.*

¹¹ Perelman, Chaim, *op. cit.*, p. 202.

¹² Prieto Sanchís, Luis, *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, Perú, Palestra, 2005, p. 240.

¹³ Hernández Marín, Rafael, *op. cit.*, p. 126.

¹⁴ Vigo, Rodolfo L., *La interpretación jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, México, Tirant lo Blanch e Instituto de la Judicatura Federal, 2017, p. 119.

Tratándose de la decisión judicial sobre derechos humanos, adquiere especial relevancia la justificación de la decisión interpretativa, es decir, la manifestación de los argumentos por los cuales se identifiquen las directivas interpretativas y las valoraciones que determinan el sentido y alcance que se da a determinados principios o derechos humanos.

En ese tenor, la justificación de la interpretación de los derechos humanos comparte un doble fin; por una parte, convencer a la persona receptora de la decisión judicial, y por otra hacer congruente su decisión con los principios y valores del orden jurídico o bloque de constitucionalidad.

II. Homicidio cometido por mujer en condiciones de violencia doméstica

Este tipo de delitos es donde mayores injusticias se cometen en perjuicio de las mujeres, pues se les juzga y sanciona, generalmente sin visibilizar sus situaciones de violencia por parte de sus parejas (víctimas de homicidio), y sin analizar si se actualizan, en cada caso en particular, causas de justificación o de inculpabilidad; motivo por el cual considero relevante abordar la óptica de nuestro Máximo Tribunal Constitucional al respecto, no sin antes hacer una breve introducción sobre el tema.

La mujer violentada con calidad de imputada en un asunto de carácter penal por el delito de homicidio presenta un problema de interseccionalidad, dado que se agrupan varias categorías sospechosas en su perjuicio, como ser mujer, víctima de violencia y además imputada, que obligan al órgano jurisdiccional que conoce del asunto a juzgar con perspectiva de género.

La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente el goce de derechos y libertades en igualdad con el hombre; por ello, la violencia y la discriminación son dos caras de una misma moneda en las que quedan inmersas las violaciones de género en contra de las mujeres.¹⁵

Han sido históricas las valoraciones negativas con base en percepciones sociales que constituyen estereotipos, que son una visión o idea preconcebida generalizada de atributos o características que los integrantes de un grupo particular poseen o deberían llevar a la práctica, con alto contenido discrimi-

¹⁵ Aguilar López, Miguel Ángel, "Perspectiva de género en el sistema de justicia penal. Delito de homicidio", *Revista de la Corte IDH*, boletín núm. 300, año 12, 2019, p.107, <http://corteidh.or.cr/tablas/r33501.pdf>, (fuente consultada en noviembre de 2019).

natorio, dado que el papel de la mujer es y ha sido de subordinación respecto del sexo masculino.¹⁶

La perspectiva de género debe considerarse como una estrategia para asegurar que los problemas reales de desigualdad de las mujeres y las relaciones asimétricas de poder constituyan una dimensión integral en el diseño, no solo de la implementación de políticas públicas y programas que superen sociedades patriarcales bajo la concepción del androcentrismo, sino en las determinaciones jurisdiccionales, de tal manera que se tornen en juicios justos.

Si bien el bloque de Constitucionalidad —Constitución Federal y tratados internacionales— advierte un avance significativo para la protección de los derechos de las mujeres, esto ocurre cuando son víctimas u ofendidas del delito, pero se mantiene un velo de invisibilidad respecto de aquellas mujeres que son acusadas de cometer una conducta delictiva, incluso las legislaciones nacionales no regulan situaciones relativas a las conductas delictivas de las mujeres, cuando estas tienen como origen la violencia de género.

La indicada invisibilización legislativa tiene su origen en el hecho de que la violencia doméstica se ha catalogado como un problema del ámbito privado-familiar, lo que se traduce en una legislación discriminatoria, pues el sistema de justicia no tiene una respuesta para juzgar mujeres que hayan privado de la vida a sus parejas por estar inmersas en situaciones sistemáticas de violencia de género por parte de estos, que se torna en una situación de injusticia y discriminación para las mismas, al soslayarse ponderar factores de desigualdad estructural, como relaciones diferenciadas de poder físico, emocional, económico o patrimonial, subordinación social histórica bajo roles estereotipados, lenguaje estereotipado, transgresión a la dignidad humana, etcétera, “lo que no permite a las mujeres ejercer libremente sus derechos y que por ello las coloca en un grupo social vulnerable por esa sola condición”.¹⁷

Las personas juzgadoras, ante el vacío legislativo para establecer factores con perspectiva de género al momento del juzgamiento, están obligadas a efectuar una interpretación conforme, a fin de evitar situaciones discriminatorias en perjuicio de las mujeres, para lo cual debe advertirse su condición de mujer, la violencia en la que han estado inmersas con anterioridad al hecho delictivo que se les atribuye (homicidio de su pareja), misma que en términos del artículo 1º de la CEDAW puede ser de índole física, sexual, mental, patrimonial o cualquiera otra que implique un acto de privación de sus libertades.

¹⁶ *Ibidem*, p. 108.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 115 y 116.

El sistema falla en su responsabilidad social si no es advertida la condición de mujer ni la violencia a la que ha sido sometida con anterioridad al hecho delictivo atribuido, pues debe actualizarse la interseccionalidad de la justicia, dado que no solo es imputada, sino que fue víctima de violencia física o moral por su condición de mujer.

De acuerdo con el estudio mundial sobre el homicidio, realizado por la oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC, 2011), casi el 50% de las víctimas mujeres murieron a manos de miembros de sus familias o de sus parejas, frente al 6% en el caso de los hombres, lo que implica que la violencia de género no es poca cosa, sino un problema grave que afecta primordialmente a las mujeres, la cual debe ser tomada en cuenta al momento de juzgarlas relacionadas con delitos de homicidio de su agresor, es decir, “debe juzgarse con perspectiva de género al advertirse relaciones de poder asimétricas, patrones estereotípicos de género y/o violencia de género, y buscarse soluciones jurídicas equitativas en aquellas resoluciones en las que se comprometa el derecho a la igualdad y no discriminación, por razón de sexo”.¹⁸

De no utilizarse las herramientas para juzgar con perspectiva de género, se podría estar perpetuando la discriminación de las mujeres y negándoles el acceso a sus derechos, así como comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado, conforme a lo establecido en los artículos 2º, incisos c), d) y e), y 5º, inciso a), ambos preceptos de la CEDAW en relación con el numeral 5º del Convenio de Estambul, que exigen “combatir la discriminación mediante el quehacer jurisdiccional, para asegurar el acceso a la justicia y remediar situaciones asimétricas de poder, así como una justicia libre de estereotipos”.¹⁹

Análisis del amparo directo en revisión número 6181/2016.²⁰ Consideraciones generales: El 7 de marzo de 2018, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el amparo directo en revisión número 6181/2016, relativo a un juicio penal en el que se declaró penalmente responsable a una mujer por la comisión del delito de homicidio calificado en razón de parentesco (hipótesis de ventaja) cometido en perjuicio de su cónyuge, en el que se omitió juzgar con perspectiva de género, así como también se omitió

¹⁸ Poyatos, Gloria, “Juzgar con perspectiva de género: Una metodología vinculante de justicia equitativa”, *Iqual. Revista de género e igualdad*, Canarias, España, 2, 1-21, 2019, p. 9, <http://dx.doi.org/10.6018/iQuat.341501>, (fuente consultada en diciembre de 2019).

¹⁹ *Ibidem*, p. 10.

²⁰ ADR 6181/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesión pública de 07 de marzo de 2018, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-02/ADR-6181-2016-180208.pdf, (fuente consultada en enero de 2020).

el análisis de pruebas relativas a la violencia que por años había sufrido la mujer por parte del fallecido.

En las consideraciones quinta y sexta, la Primera Sala analizó el fondo del asunto en las que determinó que el caso ameritaba juzgarse con perspectiva de género, dado que la recurrente alegó, desde su declaración ministerial, que a partir del año de 2007 comenzó a sufrir violencia familiar ejercida por parte de su esposo. Sostuvo que él le decía que era fea y gorda; que le aventaba la comida, la golpeaba y que la violaba porque ella ya no quería tener relaciones sexuales con él. El estudio criminológico señaló que la recurrente y sus hijos sufrían violencia familiar ejercida por su esposo, y que la misma presentó un trastorno adaptativo con reacción depresiva prolongada.

La situación de violencia familiar a la que estaba sometida la recurrente fue plasmada en las conclusiones de inculpabilidad realizadas por el defensor de oficio; sin embargo, el juez de primera instancia omitió tomar en cuenta el contexto de violencia en el que vivía la recurrente. En el mismo sentido, los magistrados de la Sala Penal indicaron que la sentencia condenatoria se sostenía a pesar de que la sentenciada manifestó ser víctima de maltrato constante por parte del occiso, ya que eso no podía considerarse como un hecho cierto, pues no se probó.

Como determinó la Sala, se debieron de aplicar los criterios para juzgar con perspectiva de género a fin de verificar si la recurrente sufrió violencia familiar y también se debieron de haber tomado en cuenta los efectos generados por dicha violencia en la señora; sin que fuera un argumento válido que la violencia no se probó, pues era obligación del tribunal allegarse de las pruebas necesarias.

Estudio de los efectos de la violencia perpetrada en la familia en contra de las mujeres: La Primera Sala analizó la literatura especializada sobre violencia doméstica y determinó que “constituye una de las manifestaciones más brutales de las relaciones de desigualdad entre los géneros y se basa en el abuso de poder socialmente asignado a los hombres sobre las mujeres en el ámbito de las relaciones íntimas. Es un problema cultural complejo, multidimensional”,²¹ e hizo alusión a la “indefensión aprendida” respecto de esa violencia, que implica que las personas sometidas a procesos violentos desarrollan un sentimiento de que nada de lo que hagan alterará el resultado; por lo que no intentan evitarlo aun en el supuesto de que existan medios para ello.²² Ello explica por

²¹ Amparo directo en revisión número 6181/2016, *op. cit.*

²² *Idem.*

qué la mujer maltratada permanece junto a su marido, además de factores económicos y factores sociales.

También es importante puntualizar que en cuanto a las mujeres que viven en contextos de violencia familiar, la Sala²³ determinó que estas repiten constantemente el ciclo de la violencia, de forma tal que creen perder el control respecto de la situación de abuso; están convencidas de que es imposible escapar, inclusive cuando pudieran hacerlo. Las mujeres maltratadas se vuelven pasivas, sufren más abuso y quedan atrapadas en el ciclo de la violencia; se vuelven cautivas de sus agresores, al grado que enfrentan peligro de muerte cuando intentan salir de la relación abusiva, y por eso tienen que elegir entre su vida y la de sus hijas e hijos o la vida de su agresor. Estas circunstancias no pueden pasarse por alto al momento de juzgar un asunto de homicidio donde la mujer criminalizada ha sido víctima de violencia de género, precisamente por parte del fallecido; además, hay que visibilizar que existe la falsa creencia generalizada de la sociedad y de las autoridades de que las mujeres maltratadas fácilmente pueden dejar una relación violenta, pues hay diversos factores que influyen en una decisión de ese tipo, como la dependencia económica, el aislamiento, la vergüenza de buscar ayuda, la presión social o religiosa para permanecer en la relación violenta o el miedo de generar represalias o episodios de violencia más agudos en contra suya o de sus hijos.

Aplicación de la perspectiva de género al caso concreto analizado por la Sala.²⁴ Se estableció que el derecho humano de la mujer a una vida libre de violencia y discriminación trae aparejado el deber del Estado de velar por que en toda controversia jurisdiccional donde se denuncie una situación de violencia o discriminación por razones de género se aplique un enfoque de género que permita alcanzar la igualdad sustantiva o de hecho que tiene como objetivo remover y/o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impiden a ciertas personas o grupos condiciones de paridad.

Es importante puntualizar que reconoció que numerosos estudios muestran que una de las barreras más grandes para la igualdad de la mujer son los prejuicios de género en los tribunales, y que si no se toma en cuenta la perspectiva de la mujer en el momento de cuestionar o interpretar los derechos —los cuales generalmente favorecen a los hombres—, se institucionaliza la discriminación, por lo que en toda controversia jurisdiccional, donde se

²³ *Idem.*

²⁴ *Idem.*

advertida una situación de violencia, discriminación o vulnerabilidad por razones de género, se debe juzgar con perspectiva de género con la finalidad de garantizar el acceso a la justicia de forma efectiva e igualitaria.²⁵ Incluso, en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, se deben ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones, así como las condiciones en las que se llevó a cabo la conducta delictiva.²⁶

Efectos de la sentencia: La Primera Sala indicó que un análisis con perspectiva de género implica la necesidad de que se valore la situación de violencia específica a la que se enfrentó la quejosa en el momento en que ocurrieron los hechos imputados. Revocó la sentencia recurrida y ordenó la reposición del procedimiento para que el juez de la causa aplicara el método de juzgar con perspectiva de género, esto es,²⁷ identificara si existían situaciones de poder y revelara el contexto de violencia que ella enfrentaba, a fin de visualizar claramente la problemática y garantizar el derecho de la recurrente al acceso a la justicia, de forma efectiva e igualitaria; cuestionara los hechos y valorara las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; ordenara las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones, como peritajes psicológicos y físicos; y evitara realizar consideraciones de la sentencia basadas en estereotipos de género, que suelen distinguir a las mujeres entre “buenas y malas”.

Reflexiones: La Sala reconoce que una de las barreras más grandes para la igualdad de la mujer son los prejuicios de género en los tribunales, por lo que pocas veces se toma en cuenta la perspectiva de la mujer al momento de aplicar e interpretar la ley, con lo que se institucionaliza la discriminación. Ante esta desafortunada realidad, las personas juzgadoras tienen la obligación de impartir justicia con una visión de género que lleva al extremo, incluso, de eliminar las barreras y obstáculos contenidos en la legislación, tomando en cuenta las situaciones de desventaja que, por cuestiones de género, impiden la igualdad.

Pues bien, a fin de visualizar la problemática y garantizar a las mujeres criminalizadas —por el delito de homicidio cometido en perjuicio de su violentador—, el acceso a la justicia de forma efectiva e igualitaria, es necesaria la interpretación de cada caso, bajo una visión con perspectiva de género, que obliga a tomar en cuenta los escenarios de violencia sufridos por la mujer criminalizada, con la finalidad de salvaguardar su derecho humano a la igualdad.

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Idem.*

III. Sustracción de menores por parte de la madre en un ambiente de violencia familiar

Reseña del amparo directo en revisión 5999/2016:²⁸ En el año 2015, la madre de un menor de edad —el cual no vivía con ella sino con su progenitor— decidió ir a la escuela a ver a su hijo, debido a que diversas personas le habían comentado que este se hallaba descuidado, delgado y en evidente estado de desatención. Al corroborar lo anterior, la mujer decidió llevarse al niño con ella a su domicilio. Fue acusada del delito de sustracción de menores.

Seguida la causa penal en su contra, una jueza de Distrito en Veracruz dictó sentencia absolutoria, al estimar que no se acreditó el cuerpo del delito de sustracción de menores previsto en el Código Penal de la referida entidad. El Ministerio Público interpuso recurso de apelación. Dicho recurso se resolvió en el sentido de revocar la sentencia de primera instancia, por lo que se dictó otra en la que se condenó a la mujer por el delito en comento, imponiéndole una pena de dos años de prisión y una multa, además se le condenó a la devolución del menor agraviado al progenitor.

La mujer promovió juicio de amparo, el cual fue negado porque el órgano jurisdiccional consideró que la mujer criminalizada tuvo a su alcance las instancias legales procedentes a fin de obtener la custodia del niño, la cual, por una situación de hecho, había quedado en ejercicio del padre, y que si consideraba una situación de riesgo sobre el menor debió instar a la autoridad competente y no actuar de propia autoridad.

La quejosa interpuso recurso de revisión en el que indicó que el Tribunal Colegiado fue omiso respecto de la interpretación constitucional y convencional que hizo valer, ya que la decisión de restituir a su hijo con su padre pasa por alto el interés superior del menor, pues se expone al niño a la misma estructura de violencia y discriminación que venía sufriendo, además de que existían pruebas objetivas en materia psicológica y el testimonio del propio menor donde se advierte el daño que en su esfera emocional se le ha ocasionado en el seno paterno.

Dicho asunto fue resuelto en la sesión del 21 de junio de 2017²⁹ por la Primera Sala del Alto Tribunal del país, de la siguiente forma: Omisión del Tri-

²⁸ ADR 5999/2016, Segunda Sala de Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesión pública de veintinueve de junio de dos mil diecisiete, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2018-02/res-JMPR-5999-16.pdf, (fuente consultada en enero de 2020).

²⁹ *Idem*.

bunal Colegiado de Circuito de pronunciarse sobre la solicitud de ser juzgada con perspectiva de género. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación³⁰ determinó que dada la obligación de las y los operadores de justicia de juzgar con perspectiva de género, se debe determinar si hay elementos objetivos que permitan identificar si en el caso hubo una situación de violencia y discriminación.

El Tribunal Colegiado fue omiso en hacer esa determinación no obstante que la quejosa señaló haber sido objeto de violencia verbal y física por parte de su cónyuge, obligándola incluso a abandonar el domicilio conyugal y a su menor hijo, aunado a que también refirió que la conducta que se le imputa la hizo para proteger al niño; aunado a ello omitió atender al interés superior de este.

Decisión en el asunto: La Primera Sala revocó la sentencia recurrida atendiendo a la perspectiva de género y al interés superior del menor, reconoció la importancia de la perspectiva de género en el acceso de las mujeres a la justicia y precisó que las autoridades jurisdiccionales están obligadas a analizar el marco normativo e institucional a fin de detectar la posible utilización de estereotipos sobre las funciones de uno u otro género, pues solo así podrá visualizarse un caso de discriminación o vulnerabilidad por razones de género, dando paso a un acceso a la justicia efectivo e igualitario. Además, determinó que el Tribunal Colegiado había omitido su obligación de juzgar con perspectiva de género, no obstante que es una obligación intrínseca a la labor jurisdiccional, de modo que no debe mediar petición de parte, la cual comprende obligaciones específicas en casos graves de violencia contra las mujeres, e identificar las discriminaciones que pueden sufrir estas.³¹

Reflexiones: En esta decisión se reconoció la importancia de la perspectiva de género en el acceso de las mujeres a la justicia, y se determinó la obligación que tienen las personas juzgadoras de analizar e interpretar la ley con base en la perspectiva de género a fin de detectar la posible utilización de estereotipos sobre las funciones de uno u otro género, para poder visualizar un caso de discriminación o vulnerabilidad por razones de género.

Ambos precedentes jurisdiccionales de nuestro Máximo Tribunal dejan patente que existe la obligación de todos los órganos jurisdiccionales del país de juzgar con perspectiva de género, pero no solamente en los casos en los cuales las mujeres son víctimas en los procesos penales, sino también cuando estas son criminalizadas (imputadas), que es la cuestión que nos atañe en esta

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

investigación, caso en el cual quedó patente que de igual forma debe aplicarse la visión de género, aun cuando no la soliciten las partes; se deben recabar pruebas de manera oficiosa ante la existencia de categorías sospechosas de violencia y/o discriminación por cuestiones de género; y resolver si la participación de las implicadas en los hechos delictivos fue resultado de esa violencia, vulnerabilidad o discriminación que hubieran sufrido de manos de sus parejas, familiares o violentadores (víctimas en los procesos respectivos), de tal manera que pudieran, incluso, resultar absueltas por causas de justificación o de inculpabilidad.

Estos dos casos expuestos son relativamente fáciles de asimilar y de tomar en consideración como precedentes o criterios orientadores para futuros casos judiciales, pues es evidente la violencia y la discriminación que ambas mujeres criminalizadas sufrieron por parte de sus parejas, y que por ello se vieron orilladas a delinquir con la finalidad de salvaguardar sus propias vidas y las de sus hijas e hijos; sin embargo, todavía falta un largo camino por recorrer para juzgar con perspectiva de género a mujeres que también han delinquido, pero por cuestiones de pobreza, marginación, miedo, solidaridad y/u obligación moral con la familia (hijos, parejas, padres) —lo que se espera de ellas—, relaciones desiguales de poder, violencia económica y patrimonial; por lo que en el siguiente capítulo se reflexiona al respecto y se proponen algunas medidas para visibilizar esas situaciones y evitar así la discriminación jurisdiccional a mujeres criminalizadas.

Antes, me refiero brevemente al amparo en revisión número 1464/2013,³² en el que una mujer —que fue detenida junto con su cónyuge por posesión de diversos narcóticos al interior del vehículo en el que viajaban— impugnó diversos artículos del Código Penal Federal y de la Ley General de Salud que le fueron aplicados en sentencia definitiva, al tenérsele como responsable penalmente del delito contra la salud, en la modalidad de posesión de psicotrópicos con fines de venta, bajo el argumento de que la discriminaban.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación confirmó la negativa del amparo y determinó que no es violatorio del principio de igualdad sustantiva (de hecho) que se niegue la aplicación diferenciada de una norma por la comisión de un delito, por la mera razón de que la quejosa sea mujer (grupo social sistemáticamente discriminado) y haya sido detenida juntamente con su cónyuge, pues para la aplicación diferenciada y excepcional

³² ADR 1464/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto el 13 de noviembre de 2013 por unanimidad de votos.

de la norma es necesario que existan datos suficientes que evidencien la situación de discriminación o de violencia por parte de su cónyuge, o de una relación de poder entre este y la quejosa, debido a que la excepcionalidad al principio de legalidad depende del contexto de las circunstancias fácticas de cada caso, es decir, que la persona juzgadora cuente con elementos objetivos suficientes que le permitan advertir la discriminación específica de la mujer, “sin que ello signifique que se trata de una cuestión de prueba, sino de elementos objetivos que le permitan ponderar la situación discriminatoria”,³³ lo que no ocurrió en el caso.

Conforme a este precedente, se sientan las bases para establecer que no por la sola circunstancia de pertenecer a un grupo social y sistemáticamente discriminado (mujer), y ser detenida juntamente con la pareja, deba aplicarse de forma diferenciada una norma, es decir, excluirla de responsabilidad, pues esa diferenciación es excepcional para el supuesto en que se evidencie, con elementos objetivos, ya sea la discriminación que sufre la mujer o la violencia en que se encuentra inmersa por parte de esa pareja, o que incluso existe una relación de poder entre este y la mujer, donde el dominante es él y ella se ve obligada a delinquir. Es decir, no en todos los supuestos donde participa una mujer de algún hecho delictivo, se debe dar por sentado que esta es vulnerable y que ha sido discriminada o violentada, sino que ello debe ser evidenciado, al menos indiciariamente, para poder hacer una diferenciación en la aplicación de leyes.

³³ Sánchez Cordero, Olga, *Juzgar con perspectiva de género*, México, INACIPE, 2019, p. 15.

Capítulo

5

Medidas para evitar la desigualdad y la discriminación jurisdiccional a mujeres criminalizadas

Ha quedado patente que hay un gran trecho e incluso reticencia de las autoridades jurisdiccionales para juzgar con perspectiva de género a mujeres que han delinquido no solamente por ser víctimas de violencia y discriminación, sino también por cuestiones de pobreza, marginación, miedo, solidaridad y/u obligación moral con la familia (hijos, parejas, padres); se invisibiliza sus situaciones y se les niega el acceso a la herramienta judicial de perspectiva de género, es decir, son juzgadas como si no se actualizara en su perjuicio, ninguna categoría sospechosa que las haga vulnerables; por lo que se proponen algunas medidas para visibilizar esas situaciones y evitar así la discriminación jurisdiccional de esas mujeres, con lo que se pretende hacer efectiva la igualdad de estas en el quehacer jurisdiccional.

I. La transversalización de la perspectiva de género, una mirada holística

Como he puntualizado, la perspectiva de género constituye una metodología analítica de formación multidisciplinaria y transversal que deconstruye la falsa dicotomía basada en los cuerpos de las personas, permitiendo detectar la presencia de tratos diferenciados e identificar si determinado trato es necesario o en su caso discriminatorio. De tal forma que, al analizar alguna situación desde la perspectiva de género, nos permitirá entender que la vida de mujeres y hombres puede modificarse en la medida en que no está “naturalmente” determinada, sino que cuestiona los estereotipos con que somos educadas y educados, y abre la posibilidad de elaborar nuevos contenidos de socialización y relación entre los seres humanos.¹

Para elaborar estos contenidos y repensar nuevas concepciones de relaciones entre los seres humanos necesitamos primeramente identificar una perspectiva de igualdad de género entre todas las áreas de la política, que nos permita derribar el mito de la neutralidad de las políticas en su diseño y ejecución.²

Hay que precisar que el concepto de igualdad de género a identificar no se limita a la igualdad formal, sino también a la igualdad sustancial, es decir, una igualdad que valore la diferencia y busque erradicar la discriminación, supone un abordaje más holístico a la política de género de modo que toca las causas interconectadas que crean una relación desigual entre los sexos en todas las áreas de la vida (trabajo, política, sexualidad, cultura, y violencia).³

Para esta reorganización, diseño, mejora, ejecución y evaluación de políticas públicas, legislaciones, estructuras, procesos y programas de gobierno, se hace necesaria la transversalización de la perspectiva de género, que contemple la instrumentación de diversas acciones e iniciativas para el logro de la igualdad.

¿A qué nos referimos con transversalizar la perspectiva de género? La transversalización de la perspectiva de género significa una directriz en los sistemas, estructuras, legislaciones, políticas, procedimientos, procesos o pro-

¹ Grupo de trabajo de Género de Alianza del Pacífico, *Glosario sobre género*, p. 8, <https://alianzapacifico.net/wp-content/uploads/GLOSARIO-GENERO-GTG-AP-FINAL.pdf>, (fuente consultada en marzo de 2020).

² *Idem*.

³ Lombardo, E., “Integrating or Setting the Agenda? Gender Mainstreaming in the European Constitution-Making Process”, *Social Politics*, Vol. 12 Issue 3, 2005, p. 417, <https://academic.oup.com/sp/article-abstract/12/3/412/1679268>, (fuente consultada en marzo 2020).

gramas del Estado en cualquier área y nivel, con el fin de eliminar la desigualdad de género y fortalecer estrategias para lograr la igualdad.⁴

En 1995, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), definió este concepto como: “El proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. El objetivo final de la integración es conseguir la igualdad de los géneros”.⁵

Implica la transformación del orden social basado en relaciones de género y de poder, insertando la perspectiva de género en el proceso de formulación, creación, ejecución y evaluación de políticas públicas, en la legislación, estructuras, procesos y programas de gobierno, e inclusive para la asignación de recursos, de tal forma que sean tangibles los cambios integrales que hagan patente una igualdad de género.

Entonces, si hablamos de implementar medidas para evitar la discriminación jurisdiccional a mujeres criminalizadas, requerimos establecer un plan de acción para transversalizar la perspectiva de género.

Lo anterior requerirá, sin duda, de la integración compleja de numerosas habilidades y competencias coordinadas, cuyo eje rector sea la igualdad de género.

Uno de los motivos que genera la desigualdad de género es la gigantesca discriminación de las mujeres que, en tres cuartos del planeta, son objetos de opresiones, segregaciones, servidumbres, molestias, agresiones sexuales, venta de niñas como esposas, prostitución forzada, sufrimientos y mortificaciones permanentes y sistemáticas de su identidad y dignidad. Según un informe del Programa de la ONU para el Desarrollo, en India y en China son decenas de millones las niñas y las jóvenes desaparecidas. Todavía son más numerosos los abortos y los infanticidios debidos a discriminaciones por razón del sexo.

⁴ Barquet, Mercedes y Benítez, Alejandra, “La transversalización de la perspectiva de género: una estrategia para avanzar a la igualdad”, Colección Equidad de Género y Democracia, Suprema Corte de Justicia de la Nación, IEDF y TRIFE, México, Vol. 4, 2012, p. 26, <https://www.te.gob.mx/genero/media/pdf/659ca3a34197be5.pdf>, (fuente consultada el 15 de enero de 2021).

⁵ Organización Internacional del Trabajo, “Definición de la transversalización de la perspectiva de género”, <https://www.ilo.org/public/spanish/bureau/gender/newsite2002/about/defin.htm>, (fuente consultada en marzo 2020).

Además, se ha calculado que las mujeres constituyen el 70% de los pobres del mundo, aun cuando desarrollan los dos tercios del trabajo global.⁶

El fenómeno más dramático de opresión de la diferencia femenina —presente desde siempre en todo el mundo y por lo general impune por no ser siquiera denunciado— es el “estado de verdadera esclavitud doméstica producido por la violencia masculina, del que son víctimas muchas mujeres y que, en los casos extremos, llega al feminicidio”.⁷

Los países que conforman la Alianza del Pacífico —plataforma estratégica de integración regional conformada por Chile, Colombia, México y Perú con el objeto de articular la economía, cooperación e integración de dichos países e impulsar un mayor crecimiento y competitividad— desarrollaron una serie de acciones y experiencias prioritarias como elementos básicos e indispensables de cualquier estrategia de transversalización de la perspectiva de género, mismas que resultan acertadas a la hora de elaborar nuestra estrategia.⁸ Algunas de estas acciones las analizo de acuerdo con mi estrategia de evitar la discriminación jurisdiccional a mujeres criminalizadas:

- a) La capacitación que incluya a personas policías, peritos, fiscales y, desde luego, a las personas juzgadoras; que aporte a todos estos actores herramientas técnicas y una metodología de trabajo que permita identificar, en cada caso sometido a su conocimiento, si existen condiciones específicas que propician la violación a los derechos fundamentales de las mujeres, solo en razón de su género y que, en tales supuestos, les permitan resolver los casos bajo su conocimiento, con legalidad y justicia, sin prejuicios sexistas, al amparo de las normas nacionales e internacionales aplicables en la materia.⁹
- b) La incorporación de una perspectiva/enfoque de género en la gestión de los recursos humanos (convocatoria, selección, contratación, desarrollo de capacidades) y en la cultura institucional de los tribunales constituye una medida inclusiva que pretende transformar las estructuras institucionales desiguales.

⁶ Ferrajoli, Luigi, *Manifiesto por la igualdad*, trad. de Andrés Ibañez, Perfecto, Madrid, Trotta, 2019, p. 29.

⁷ *Ibidem*, p. 30.

⁸ Grupo de trabajo de Género de Alianza del Pacífico, *op. cit.*, p. 10.

⁹ Cruz Parceró, Taissia, “Criterios sexistas vigentes en el sistema de justicia penal en México”, en *La mujer a través del Derecho Penal*, México, 2012, p. 126.

En ese tenor, el 3 de julio de 2019, el Consejo de la Judicatura Federal lanzó la primera convocatoria para el concurso de 25 plazas para el cargo de juezas de Distrito, es decir, el primer concurso de género, siendo la primera acción afirmativa para que más mujeres puedan acceder a ese alto cargo, la cual es relevante si tomamos en consideración que en el Poder Judicial de la Federación el índice de mujeres titulares de órganos jurisdiccionales es bajo, muy distante de la paridad de género que la normatividad nacional e internacional establece, ya que las mujeres que ostentan el cargo de juezas de Distrito representan únicamente el 23 por ciento del universo, mientras que de los hombres es el 77 por ciento aproximadamente.

Para lograr que en las categorías superiores de la carrera judicial exista paridad de género, es decir, el 50 por ciento de hombres y 50 por ciento de mujeres, tendría que haber 432 magistradas y 432 magistrados, y 291 juezas y 291 jueces; sin embargo, en la actualidad existen solo 157 magistradas de Circuito y 132 juezas de Distrito, de lo que resulta que tendría que incorporarse como titulares de órganos jurisdiccionales a 275 magistradas y 159 juezas si se quiere llegar a un equilibrio de género; sin embargo, se ha dado el primer paso.

- c) El uso del lenguaje inclusivo, no sexista, en las comunicaciones internas y en las resoluciones jurisdiccionales; pues el lenguaje no solo es una herramienta de comunicación, sino que construye nuestro pensamiento y a través de él entendemos el mundo y extendemos nuestra cultura, donde el uso de determinadas palabras o la omisión de estas puede dirigirnos a la invisibilización de determinados grupos vulnerables.

II. Medidas jurisdiccionales para evitar la discriminación de mujeres criminalizadas

Una vez delineadas las acciones de transversalización de la perspectiva de género que nos interesan, es posible determinar algunas medidas para evitar la discriminación jurisdiccional en perjuicio de mujeres criminalizadas, y con ello permitirles el acceso a procesos justos e igualitarios, y garantizarles en la medida de lo posible el acceso a una vida digna. Algunas de ellas se han abordado a lo largo del presente trabajo, mismas que agrupo y unifico en este capítulo:

I. Juzgar con perspectiva de género sobre la base del reconocimiento de la particular situación de desventaja, en la cual históricamente se han encontrado las mujeres. Esta obligación se resume de la siguiente forma:¹⁰

- 1) Aplicabilidad: Es intrínseca a la labor jurisdiccional, de modo que no es necesario que medie petición de parte, la cual comprende obligaciones específicas en contextos de violencia contra las mujeres;
- 2) Metodología: Exige cumplir con los seis pasos mencionados en la tesis de jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.), de rubro: “ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.”, que pueden resumirse en la necesidad de detectar posibles —mas no necesariamente presentes— situaciones de desequilibrio de poder entre las partes como consecuencia de su género, seguida de un deber de cuestionar la neutralidad de las pruebas y el marco normativo aplicable, así como de recopilar las pruebas necesarias para visualizar el contexto de violencia o discriminación, resolver los casos prescindiendo de cualesquiera cargas y lenguaje estereotipados que resulten en detrimento de mujeres u hombres, así como cuestionar la neutralidad del derecho aplicable y, finalmente, aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas.

II. Tomar en cuenta las causas predisponentes de las mujeres para delinquir, al momento de juzgarlas, esbozadas en el *Diagnóstico sobre la incidencia de los delitos cometidos por las mujeres privadas de su libertad, procesadas y sentenciadas*:¹¹

- 1) Violencia de género como nexo causal del hecho delictivo que se les imputa a las mujeres; 2) Feminización de la pobreza (expresión para connotar el creciente empobrecimiento de las mujeres); 3) Problemas de adicciones y/o problemas de alcoholismo en la mujer que enfrenta una acusación penal; 4) Presencia de un ambiente familiar integrado por delincuentes en su círculo familiar primario (padre, madre, tío, etcétera); 5) Su pareja las involucra en los hechos delictivos que se les imputan; generalmente hay un hombre que las involucra en el delito

¹⁰ Tesis aislada 1a. XXVII/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 40, tomo I, marzo de 2017, p. 443, visible en el registro electrónico número 2013866, de rubro: “Juzgar con perspectiva de género. Concepto, aplicabilidad y metodología para cumplir dicha obligación”.

¹¹ Hernández, Abarca, *op. cit.*, p. 63.

por múltiples razones, factor que está ligado a la condición y posición de las mujeres en la sociedad; y 6) Delinquen en función de otros o se inculpan para proteger hijo, pareja, etcétera.

- III. Al momento de juzgar, no puede pasarse desapercibido que las mujeres que enfrentan violencia familiar, en muchas ocasiones enfrentan peligro de muerte. También, que las mujeres maltratadas pueden presentar depresión, baja autoestima, inseguridad y vivir en aislamiento, rompen sus redes sociales, lo que les provoca una sensación de soledad e indefensión.
- IV. En toda controversia jurisdiccional, donde se advierta una situación de violencia, discriminación o vulnerabilidad por razones de género, esta se tome en cuenta, a fin de visualizar claramente la problemática y garantizar el acceso a la justicia de forma efectiva e igualitaria.
- V. En caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, se deben ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones, así como las condiciones en las que se llevó a cabo la conducta delictiva.
- VI. Detectar y eliminar todas las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por condición de sexo o género, incluido el uso nocivo de estereotipos a través de visiones o ideas preconcebidas generalizadas de atributos o características que los integrantes de un grupo particular poseen o deberían llevar a la práctica.¹²
- VII. Atender las circunstancias en que se cometió el delito y a las condiciones de vida de la imputada, a fin de constatar si los hechos son producto o consecuencia de algún tipo de violencia o discriminación.
- VIII. Para juzgar con perspectiva de género debe implementarse un método en toda controversia judicial, aun cuando las partes no lo soliciten, a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria.¹³
- IX. Incorporar una perspectiva interseccional e intercultural donde se tome en consideración situaciones de vulnerabilidad de las mujeres sometidas a procesos penales, así como sus categorías sospechosas y sus circunstancias personales.

¹² Tesis 1a. C/2014 (10a.), *op. cit.*

¹³ Tesis 1a. C/2014 (10a.), *op. cit.*

- X. Quien juzga tiene el deber de aplicar, revisar y actualizar el catálogo de categorías sospechosas, tomando en cuenta la evolución social y los medios por los cuales se puede discriminar, pues existe la posibilidad de negar derechos a las personas discriminadas.
- XI. Ante el vacío legislativo para establecer factores con perspectiva de género al momento del juzgamiento, se debe efectuar una interpretación conforme, a fin de evitar situaciones discriminatorias en perjuicio de las mujeres, para lo cual debe advertirse su condición de mujer, relaciones de poder asimétricas, patrones estereotípicos de género, violencia de género, pobreza y/o marginación en las que han estado inmersas con anterioridad al hecho delictivo que se les atribuye.
- XII. Los tribunales están obligados a impartir justicia con una visión de acuerdo con las circunstancias del género, lo cual implica eliminar las barreras y obstáculos preconcebidos en la legislación, la que debe interpretarse tomando en cuenta los principios ideológicos que la sustentan, de tal manera que al momento de juzgar se tomen en cuenta las situaciones de desventaja que, por cuestiones de género, discriminan e impiden la igualdad.
- XIII. Cuando exista una distinción normativa que afecte derechos fundamentales o se refiera a una clasificación de las consideradas “sospechosas” (ser mujer, origen étnico o nacional, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, preferencias, estado civil o cualquier otra que menoscabe la dignidad humana), así como normas que contengan concepciones estereotipadas sobre cómo son y cómo deben comportarse las mujeres por el hecho de serlo, debe aplicarse un escrutinio estricto, “para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad, puesto que estas distinciones están afectadas de una presunción de inconstitucionalidad”,¹⁴ cuando no, aplica un escrutinio ordinario.¹⁵
- XIV. La realización de un escrutinio estricto implica un análisis de constitucionalidad reforzado ante la detección de distinciones sospechosas que pueden afectar personas vulnerables o discriminadas, escrutinio estricto que debe incluir fines, racionalidad y proporcionalidad; a) Finalidad: Determinar si la finalidad es objetiva y constitucionalmente válida; b) Racionalidad: Examinar que exista una relación de índole instrumental entre los medios utilizados y el fin pretendido; y c) Proporcionalidad: Valorar la relación de medios afines, con el objeto de determinar si en aras

¹⁴ Tesis aislada, 1. XLIII/2014 (10a), *op. cit.*

¹⁵ Díez Gargari, Rodrigo, *op. cit.*, p. 85.

de un fin constitucionalmente válido no se afectan de manera innecesaria o excesiva otros bienes o derechos protegidos por la Constitución Federal, verificando, en su caso, si pudiera existir alguna vía menos gravosa para el derecho.¹⁶

- XV.** En el escrutinio estricto¹⁷ (test de proporcionalidad)¹⁸ debe atenderse a los tres subprincipios: idoneidad (si la norma conduce a los propios fines constitucionales); necesidad (medida menos lesiva); y proporcionalidad, en sentido estricto (que la norma produzca fines perseguidos por la Constitución con la menor restricción de derechos); es decir, debe hacerse un test de proporcionalidad si se impugna una norma que atente contra el derecho humano a la igualdad y no discriminación, en este caso, en perjuicio de las mujeres, pero siempre sobre la base de que no se aplica para sacrificar otro derecho humano, sino en todo caso, para acotarlo, y armonizar ambos derechos.
- XVI.** La interpretación de normas debe hacerse siempre, bajo una visión con perspectiva de género que implica que las personas juzgadas tengan el deber de analizar si la norma en análisis introduce impactos diferenciados por razón de género, y si ello provoca, o no, una violación al principio de igualdad, y si lo hace, se debe preferir la opción interpretativa que elimine la discriminación, o en su caso, inaplicar la norma.¹⁹
- XVII.** En cuanto a las penas privativas de la libertad, cuando se vean involucrados el interés superior de la niñez y la protección especial de personas pertenecientes a grupos en situación de riesgo, discapacidad y mayores de edad, las autoridades judiciales deben tomar en cuenta: la desventaja histórica de las mujeres en la sociedad; el historial de victimización anterior; la situación de marginación y pobreza; la ausencia de circunstancias agravantes en la comisión del delito; y el impacto diferencial e incremental de la aplicación de la pena privativa de la libertad, respecto de personas bajo su cuidado, es decir, cómo les afecta a estas.
- XVIII.** Al condenar a las sentenciadas, se deben examinar atenuantes, la ausencia de historial penal (no reincidencia) y la levedad relativa, así como el carácter de comportamiento delictivo, teniendo en cuenta las responsabilidades de cuidado de otras personas de las interesadas y su situación (Regla 61 de las Reglas de Bangkok).

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Tesis aislada, 1a. CCCXII/2013 (10a), *op. cit.*

¹⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 524.

¹⁹ Amparo directo en revisión número 5490/2016, *op. cit.* p. 13.

- XIX.** Se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las mujeres embarazadas, en periodo de lactancia, y a las mujeres que tengan niñas y/o niños a su cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad solo si el delito es grave o violento o si la mujer presenta un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior de las niñas y niños, y al mismo tiempo deben adoptarse disposiciones apropiadas para el cuidado de los mismos (Regla 64 de las Reglas de Bangkok).
- XX.** Aplicar siempre que proceda beneficios como la condena condicional (artículo 90 del Código Penal Federal) —que suspende tanto la pena de prisión como de multa— y los sustitutivos penales (artículo 70 del mismo ordenamiento sustantivo) —que sustituyen solo la pena de prisión, no así la de multa— para que las sentenciadas en situaciones de marginación, pobreza, al cuidado de las hijas y los hijos, de personas enfermas y de la tercera edad, indígenas, migrantes y cualquier otra situación que constituya una categoría sospechosa, puedan acceder de forma inmediata a su libertad personal, con la finalidad de que continúen cumpliendo con sus roles de madres, cuidadoras, cabezas de familia, proveedoras, etcétera.
- XXI.** La autoridad jurisdiccional debe aplicar con mayor rigurosidad los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad al momento de considerar la aplicación de la prisión preventiva en el caso de mujeres que tengan a su cuidado niños, niñas, incapaces o adultos mayores, así como tener en cuenta las particularidades de las mismas que han entrado en contacto con el sistema de justicia penal, como la circunstancia de estar embarazadas, ser madres en periodo de lactancia, mujeres indígenas, mujeres migrantes, mujeres violentadas, mujeres por identidad de género, etcétera, con la finalidad de darles prioridad a la aplicación de medidas no privativas de la libertad, como lo contemplan los puntos 2.3, 2.6. y 6.1. de las Reglas de Tokio.²⁰

²⁰ “2.3 A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas.

2.6 Las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención.

6.1 En el procedimiento penal solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.”

- XXII.** Se deberán tomar en cuenta factores como: a) Bajo nivel de participación dentro de la cadena de actividad comercial y tráfico de narcóticos; b) Ausencia de violencia en la comisión de esas conductas; c) Impacto diferencial de su encarcelamiento respecto de personas a su cargo; d) Ausencia de enfoque de reinserción social en las políticas penitenciarias; e) Situación de violencia y exclusión social y laboral a la que se enfrentan en la región; y f) Antes de su ingreso a prisión o en el momento de producirse, la juzgadora o el juzgador deberán precisar que debe permitirse a las mujeres con niñas y niños a cargo, adoptar disposiciones respecto de ellas y ellos, debiendo prevenir incluso la posibilidad de suspender la reclusión por un periodo razonable, en función del interés superior de las niñas y los niños, como lo dispone el principio 6º de la Declaración de los Derechos del Niño.²¹
- XXIII.** Al ordenar la reclusión para mujeres, será en establecimientos distintos a los de los hombres, y tratándose de centros de reinserción social mixtos, en pabellones destinados a mujeres separados completamente de los hombres; como lo establece la Regla número 11, apartado a), de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas de Mandela).
- XXIV.** En el caso de la suspensión condicional del proceso, se debe promover acercarlas a servicios comunitarios que consideren cuestiones de género, como programas de educación y capacitación para aumentar sus posibilidades de empleo, y provean apoyo psicológico.
- XXV.** En etapa de ejecución de penas, por lo que ve a traslados a centros de máxima seguridad tratándose de delitos graves, contemplar la situación de aquellas mujeres embarazadas y con hijas y/o hijos que viven con ellas en prisión, así como su papel de madre proveedora, aunque los y las hijas vivan afuera del centro de reclusión, y bajo esa óptica denegar el traslado de la sentenciada a dichos centros de máxima seguridad.
- XXVI.** El tribunal de Ejecución de penas debe procurar que se brinden oportunidades de empleo que se desliguen de estereotipos de género, pues generalmente estos se encuentran ligados a labores tradicionalmente “femeninas”, como el lavado, el planchado, las labores de cocina y aseo,

²¹ “Principio 6. El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre.”

la confección de ropa o bordado; entre otros.²² Además, asegurar que estos sean bien remunerados en atención a que muchas de las internas son el sostén de su hogar.

XXVII. También se debe procurar que se dé atención médica especializada a las internas embarazadas, así como facilitar espacios aptos para el cuidado de sus hijas e hijos dentro de los centros penitenciarios; medidas enunciativas, más no limitativas, que pueden ampliarse o modificarse cuando se visibilice alguna situación de desventaja o discriminación no contemplada anteriormente.

De no utilizarse las herramientas para juzgar con perspectiva de género, se podría estar perpetuando la discriminación de las mujeres y negándoles el acceso a sus derechos, así como comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado, conforme a lo establecido en los artículos 2º, incisos c), d) y e), y 5º, inciso a), ambos preceptos de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), en relación con el numeral 5º del Convenio de Estambul, que exigen combatir la discriminación mediante el quehacer jurisdiccional, para asegurar el acceso a la justicia y remediar situaciones asimétricas de poder, así como una justicia libre de estereotipos.

²² Pérez Correa, Catalina, *op. cit.*, p. 131.

Conclusiones

Juzgar con perspectiva de género puede resumirse en un deber de impartir justicia sobre la base del reconocimiento de la particular situación de desventaja en la cual históricamente se han encontrado las mujeres. Con base en este reconocimiento, quienes realicen la función de juzgar, podrán identificar las discriminaciones que pueden sufrir las mujeres.

Sin embargo, en el quehacer jurisdiccional todavía se pasa por alto que las mujeres pertenecen a un grupo históricamente vulnerable, y que existe desigualdad de género como consecuencia del poder masculino —económico, patrimonial, educacional, social, emotivo, físico, cultural— que las ha mantenido en una posición de subordinación, evitando aplicar un enfoque de género a favor de mujeres sometidas a procesos penales. Resulta más sencillo visibilizar la discriminación de mujeres que revisten el papel procesal de ofendidas y/o víctimas de delitos; no obstante, son poco visibilizadas las mujeres que tienen el carácter de imputadas.

Es cierto que la protección constitucional e internacional a favor de las mujeres es amplia cuando estas son víctimas u ofendidas del delito, pero se mantiene un velo de invisibilidad respecto de aquellas que son acusadas de cometer un delito, incluso no se regulan situaciones relativas a las conductas delictivas de las mujeres cuando estas tienen su origen en las relaciones de poder asimétricas, patrones estereotípicos de género, violencia de género, en la marginación, en la extrema pobreza, entre otros factores determinantes de esas conductas.

Ante ese vacío legislativo para establecer factores con perspectiva de género al momento del juzgar, los tribunales están obligados a efectuar una interpretación conforme, a fin de evitar situaciones discriminatorias en perjuicio de las mujeres, para lo cual debe advertirse su condición de mujer, relaciones de poder asimétricas, patrones estereotípicos de género, violencia de género, pobreza y/o marginación en la que han estado inmersas con anterioridad al hecho delictivo que se les atribuye, de tal manera que se aplique la interseccionalidad de la justicia.

También tienen el deber de aplicar, revisar y actualizar el catálogo de categorías sospechosas, tomando en cuenta la evolución social y los medios por los cuales se puede discriminar, pues existe la posibilidad de negar derechos a las mujeres discriminadas.

Ahora bien, ante una distinción normativa que afecte derechos fundamentales o se refiera a una clasificación de las consideradas “sospechosas”, así como normas que contengan concepciones estereotipadas sobre cómo son y cómo deben comportarse las mujeres por el hecho de serlo, debe aplicarse un escrutinio estricto para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad, que implica hacer un análisis de constitucionalidad reforzado de la norma (test de proporcionalidad) conforme a tres subprincipios: idoneidad (si la norma conduce a los propios fines constitucionales); necesidad (medida menos lesiva); y proporcionalidad en sentido estricto (que la norma produzca fines perseguidos por la Constitución con la menor restricción de derechos); pero siempre sobre la base de que no se aplica para sacrificar otro derecho humano, sino en todo caso, para acotarlo, y armonizar ambos derechos, y bajo una visión con perspectiva de género, debiendo preferir la opción interpretativa que elimine la discriminación, o en su caso, inaplicar la norma.

En efecto, al momento de juzgar, no pueden pasarse desapercibidos factores de desigualdad estructural, como relaciones diferenciadas de poder físico, emocional, económico o patrimonial, subordinación social histórica bajo roles estereotipados, lenguaje estereotipado, transgresión a la dignidad humana, violencia familiar y peligro de muerte. Si en los tribunales no se toma en cuenta la perspectiva de la mujer en el momento de cuestionar o interpretar los hechos y el derecho —los cuales generalmente favorecen a los hombres— se institucionaliza la discriminación.

Así, los tribunales están obligados a velar por que en toda controversia jurisdiccional donde se advierta una situación de violencia, discriminación o vulnerabilidad por razones de género, esta se tome en cuenta, a fin de visualizar claramente la problemática y garantizar el acceso a la justicia de forma efectiva e igualitaria; lo cual implica eliminar las barreras y obstáculos preconcebidos en la legislación, la que debe interpretarse tomando en cuenta los principios ideológicos que la sustentan, de tal manera que al momento de juzgar se tomen en cuenta las situaciones de desventaja que, por cuestiones de género, discriminan e impiden la igualdad.

En caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, se deben ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones, así como las condiciones en las que se llevó a cabo la conducta delictiva.

La perspectiva de género, entonces, debe considerarse como una estrategia para asegurar que los problemas reales de desigualdad de las mujeres, y las relaciones asimétricas de poder, constituyan una dimensión integral en el diseño,

no solo de la implementación de políticas públicas y programas que superen sociedades patriarcales bajo la concepción del androcentrismo, sino en las determinaciones jurisdiccionales, de tal manera que se tornen en juicios justos.

En los procesos penales debe tomarse en consideración que las mujeres están conectadas con su entorno y no separadas de él, muchas veces al cuidado de sus hijas e hijos, cabezas de familia y con personas bajo su cuidado —personas enfermas y adultos mayores—, por lo que la ruptura de esos lazos de protección, originada por el encarcelamiento de mujeres, ocasiona que las personas bajo su cuidado queden expuestas a situaciones de pobreza, marginación y abandono. Tener al cuidado a otros no son debilidades, sino valores que constituyen una moral prevaleciente y distintiva de las mujeres. De no tomarse en consideración estas circunstancias se propicia que continúen subordinadas y empobrecidas por el propio Estado que las debe proteger.

Los procesos penales son injustos si al momento de pronunciarse sobre medidas cautelares, valoración de pruebas, e imposición de penas, los tribunales no toman en cuenta las características personales de las mujeres criminalizadas que evidencien violencia, desigualdad y/o discriminación sistemática por motivos de género y/o que hagan patente que son madres o tienen personas bajo su cuidado. De ahí la necesidad de establecer medidas para evitar su discriminación jurisdiccional, debiendo tomarse en cuenta sus connotaciones personales, como estar embarazadas, en periodo de lactancia, al cuidado de hijas e hijos menores de edad, de personas de la tercera edad, enfermas, con discapacidad, sujetas a violencia, en condiciones de pobreza y marginación, indígenas, migrantes, etcétera. Pero sin pasar desapercibido que para la aplicación diferenciada y excepcional de la norma a favor de las mujeres no basta que estas pertenezcan a un grupo social sistemáticamente discriminado, sino que es necesario que existan datos suficientes que evidencien la situación de discriminación o de violencia de que son objeto, o la relación de poder bajo la que son sometidas, debido a que la excepcionalidad al principio de legalidad dependerá del contexto de las circunstancias fácticas de cada caso, es decir, que la persona juzgadora cuente con elementos objetivos suficientes que le permitan advertir la discriminación específica de la mujer, sin que ello implique que deba probarse plenamente, sino que existan elementos objetivos que permitan ponderar la situación discriminatoria. Es decir, no en todos los supuestos donde participa una mujer de algún hecho delictivo se debe dar por sentado que esta es vulnerable, y que ha sido discriminada o violentada, sino que ello debe ser evidenciado, al menos indiciariamente, para poder hacer una diferenciación en la aplicación de leyes.

Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2017.
- ÁLVAREZ ICAZA, Emilio, “Los derechos humanos de la mujer y los instrumentos internacionales vigentes en México”, en Galeana, Patricia (coord.), *Derechos humanos de las mujeres en México*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y otros, 2004.
- ANDRUET, Armando S., *Teoría general de la argumentación forense*, Argentina, Alveroni, 2003.
- AARNIO, Aulis *et al.* (coord.), *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho*, 4ª ed., Barcelona, Ariel, 2007.
- ÁVILA NEGRÓN, Santiago, *La justicia penal con perspectiva de género*, México, Flores, 2015.
- AZAOLA GARRIDO, Elena, “Las mujeres olvidadas”, en Sánchez Galindo Antonio (comp.), *Mujeres penitenciarias. Antología*, México, INACIPE, 2016.
- BARÓN MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, México, trad. de Estévez Nicolás, Oxford, 1999, Capítulo VI, de la Constitución de Inglaterra, Libro XI.
- BEAUVOIR, Simón, *El segundo sexo*, Siglo XX, 1949.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 4a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- BEUCHOT, Mauricio, *Derechos humanos y naturaleza humana*, 2ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.
- BEUCHOT, Mauricio, *Hermenéutica analógica y filosofía del Derecho*, México, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007.
- BUTLER, Judith, “Variaciones sobre sexo y género: Beauvoir, Witting y Foucault”, en Marta Lamas (Comp.), *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*, México, Porrúa, Estudios de Género, 2013.
- CABALLERO OCHOA, José Luis y GARCÍA, Huerta Daniel, “Artículo 1º”, en Cossío Díaz, José Ramón (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, Tomo I.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.
- CHIASSONI, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, trad. de Luque Sánchez, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- CERDIO HERRÁN, Jorge, “Evaluar mejores y peores sentencias. La métrica de los argumentos”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Normas, razones y derechos*, Madrid, Trotta, 2011.
- CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y CRUZ BARNEY, Óscar, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México y Porrúa, Tomo VIII, 2002.

- CRUZ PARCERO, Taissia, “Criterios sexistas vigentes en el sistema de justicia penal en México”, *La mujer a través del Derecho Penal*, México, 2012.
- DE LEÓN, Gabriela María *et. al.*, “La perspectiva de género como elemento fundamental en el ejercicio jurisdiccional”, en Galván Tello, María del Carmen (coord.), *Juzgar con perspectiva de género*, México, Tirant lo Blanch, 2018.
- DURÁN ALVARADO, Eduardo, “La función judicial es una función política”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, número 18.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional*, Lima, Grijley, 2017.
- FERRAJOLI, Luigi, *Manifiesto por la Igualdad*, trad. de Andrés Ibañez, Perfecto, Madrid, Trotta, 2019.
- GADAMER, Hans-George, *Verdad y método*, trad. Ana Agud Aparicio y Rafael Agapito, 10ª ed., Salamanca, Sígueme, 2003.
- GALINDO SIFUENTES, Ernesto, *Argumentación Jurídica*, 2ª ed., México, Porrúa, 2007.
- GALVÁN TELLO, María del Carmen y ZAPATA MORÍN, Juan Pablo, *Derecho al acceso a la justicia. Juzgar con perspectiva de género*, México, Tirant lo Blanch, 2018.
- GARCÍA YZAGUIRRE, Víctor, *El test de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Perú, Adrus, 2012.
- GIACOMELLO, Corina, *Género, drogas y prisión. Experiencias de mujeres privadas de su libertad en México*, México, Tirant lo Blanch, 2015.
- GONZÁLEZ ARIAS, Rosario, ¿Se llevaron la justicia y nos dejaron la ley?, en Rodríguez Luna, Ricardo (coord.) *Derecho y Sociedad. Estudios en torno al ejercicio de los derechos y la justicia*, México, Tirant lo Blanch, 2018.
- GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, “La mujer inmigrante en prisión por tráfico de drogas”, en Alcalde Sánchez, María y Gómez López, Rosario (coords.), *Derecho Penal, género y nacionalidad*, Granada, Comares, 2015.
- GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Barcelona, Gedisa, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, 2016.
- _____, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, trad. de César E. Moreno More, México, Ibi-jus, 2018.
- _____, Ricardo, *Interpretación de los documentos normativos*, trad. de César Moreno, México, Derecho Global, 2018.
- _____, Ricardo, “Estudios sobre la interpretación jurídica”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1651/3.pdf><http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1651>, (fuente consultada en mayo de 2019).
- HART, Ely John, *Democracy and Distrust-A Theory of Judicial Review*, EUA, Harvard University, 1980.

- HERNÁNDEZ CARBALLIDO, Elvira y OCHOA ROMERO, Roberto, “La cuestión de género en Derecho Penal”, en Uribe Manríquez, Alfredo René y Ochoa Romero, Roberto Andrés (coords.), *La protección penal de la vida desde la perspectiva de género*, México, Flores, 2013.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Razonamientos en la sentencia judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- HOPP, Cecilia Marcela, “Buena madre, buena esposa, buena mujer: abstracciones y estereotipos en la imputación penal”, en Di Corleto Julieta (comp.), *Género y justicia penal*, Argentina, Didot, 2017.
- HUERTA, Susana, “Causas sociales de la delincuencia femenina”, en Piña y Palacios Javier (coord.), *La mujer delincuente*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9659>, (consultado en enero 2021).
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de Verengo Roberto J., México, Porrúa, 16ª ed., 2011.
- LEGARDE, Marcela, “La perspectiva de Género” en *Género y Feminismo. Desarrollo Humano y Democracia*, España, Horas, 1996.
- LIFANTE VIDAL, Isabel, *La interpretación en la teoría del derecho contemporánea*, tesis doctoral, España, Universidad de Alicante, 1997.
- , Isabel, “Interpretación Jurídica”, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, vol. 2, cap. 37, 2015.
- MACCORMICK, Neil, *H.L.A. Hart*, trad. de Juan Manuel Pérez Bermejo, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- , Neil, *Razonamiento jurídico y teoría del Derecho*, Lima, Palestra, trad. de José Ángel Gascón, 2018.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Los conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, México, Marcial Pons, 2007.
- MILLET, Kate, *Política sexual*, Madrid, Cátedra, 1995.
- PERELMAN, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. De Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979.
- PÉREZ CORREA, Catalina, “Las que se quedan: las penas de prisión desde una perspectiva de género”, en Cruz Parceros, Juan y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Las Mujeres a través del derecho penal*, México, Fontamara, 2012.
- PINO, Giorgio, *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*, Lima, Palestra, 2013.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, Perú, Palestra, 2005.
- RAPHAEL DE LA MADRID, Lucía, *Derechos humanos de las mujeres. Un análisis a partir de su ausencia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2016.
- REVELES CARRASCO, María, “La violencia y las mujeres en prisión-Derecho Penal”, en Alcalde Sánchez María y Gómez López Rosario (coord.), *Género y Nacionalidad*, Granada, Comares, 2015.

- SÁNCHEZ CORDERO, Olga, *Juzgar con perspectiva de género*, México, INACIPE, 2019.
- SANTILLÁN RAMÍREZ, Iris Rocio, *Matar para vivir. Análisis jurídico penal y criminológico con perspectiva de género de casos de mujeres homicidas*, México, Editorial Ubijus, 2016.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, 2ª ed., 2015.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derechos Humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Tecnológico Autónomo de México y Centro de Estudios de Actualización en Derecho, 2017.
- VIGO, Rodolfo L., *La interpretación jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, México, Tirant lo Blanch e Instituto de la Judicatura Federal, 2017.

Revistas

- ACKERMAN, Bruce, “Más allá de Carolene Products”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Italia, núm. 10, agosto de 2009, p. 130, https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/.../10Jurica05.pdf, (fuente consultada en junio de 2019).
- AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, “Perspectiva de género en el sistema de justicia penal. Delito de homicidio”, *Revista de la Corte IDH*, boletín núm. 300, año 12, 2019, <http://corteidh.or.cr/tablas/r33501.pdf>, (fuente consultada en noviembre de 2019).
- ALEXY, Robert, “Derecho, moral y la existencia de los derechos humanos”, *SCIELO Signos filosóficos*, México, 30, vol. 15, julio-diciembre 2015, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S166513242013000200006, (fuente consultada en febrero de 2021).
- _____, Robert, “El no positivismo incluyente”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, 36, octubre de 2013, p. 16, <https://doxa.ua.es/issue/view/2013-n36>, (fuente consultada en febrero de 2021).
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Beatriz Eugenia, “Medidas para evitar la discriminación jurisdiccional a mujeres imputadas”, *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales (REDHES)*, México, año XII, núm. 24, julio-diciembre 2020, pp. 69-80, <http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHES/Numero%2024/Redhes24-04.pdf>, (fuente consultada diciembre de 2020).
- ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, “La posición constitucional del Poder Judicial”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, núm. 35, 2010, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512010000200007, (fuente consultada en diciembre 2020).

- ATIENZA, Manuel, “El derecho como argumentación”, *Revista de Filosofía Moral y Política*, Madrid, Isegoria, núm. 21, 1999, <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/76/76>, (fuente consultada en mayo de 2019).
- , Manuel, “Sobre el concepto de dignidad humana/ Sobre la dignidad humana y los principios”, *Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, (coord.) María Casado, Barcelona, Civitas, 2009, <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/53026/1/252153.pdf>, (fuente consultada en diciembre de 2020).
- , Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Sobre principios y reglas”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, España, 199, www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/sobre-principios-y-reglas-0/, (fuente consultada en abril de 2019).
- BARQUET, Mercedes y BENÍTEZ, Alejandra, “La transversalización de la perspectiva de género: una estrategia para avanzar a la igualdad”, *Colección Equidad de Género y Democracia, Suprema Corte de Justicia de la Nación, IEDF y TRIFE*, México, vol. 4, 2012, <https://www.te.gob.mx/genero/media/pdf/659ca3a34197be5.pdf>, (fuente consultada el 15 de enero de 2021).
- BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, España, 2003, https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10074/1/doxa26_12.pdf, (fuente consultada en enero de 2021).
- , Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, núm. 77, mayo-agosto, 2006, <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCon/article/viewFile/48220/29676>, (fuente consultada en junio de 2019).
- BEUCHOT, Mauricio, “Hermenéutica y Derecho, México”, *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, No. 14, 2008.
- DÍEZ GARGARI, Rodrigo, “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, *Cuestiones Constitucionales*, Revistas Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, núm. 12, 2012, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestionesconstitucionales/article/view/5986/7927>, (fuente consultada en junio de 2018).
- FACIO, Alda, y FRIES, *Feminismo*, “Género y patriarcado”, *Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 3, número 6, Buenos Aires, 2005.
- HERNÁNDEZ ABARCA, “Diagnóstico sobre la incidencia de los delitos cometidos por las mujeres privadas de su libertad procesadas y sentenciadas”, Centro de Estudios para el adelanto de las mujeres y equidad de género de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXI, Legislatura, México, 2010.

- ÍÑIGUEZ MANSO, Andrea Rosario, “La noción de categoría sospechosa y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, 2014, núm. 43, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000200013, (fuente consultada en enero 2021).
- LAURETIS, Teresa, *La tecnología del género*, Londres, Macmillan Press, 1989, http://blogs.fad.unam.mx/asignatura/adriana_raggi/wpcontent/uploads/2013/12/teconologias-del-genero-teresa-de-lauretis.pdf, (fuente consultada en agosto de 2018).
- LOMBARDO, E., “Integrating or Setting the Agenda? Gender Mainstreaming in the European Constitution-Making Process”, *Social Politics*, Vol. 12 Issue 3, 2005, <https://academic.oup.com/sp/article-abstract/12/3/412/1679268>, (fuente consultada en marzo 2020).
- LÓPEZ SALAS, Rafaela, “Los conflictos de derechos. Una propuesta alternativa”, *Letras juristas. Revista de los Investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana*, Universidad Veracruzana, <http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/14/lopez14.pdf>, (fuente consultada en junio de 2019).
- NÚÑEZ REBOLLEDO, Lucía, “La mujer del derecho penal”, *El derecho penal y la procuración de justicia desde la perspectiva de género*, Número 1, Serie Género y Procuración de Justicia, México, Unidad de Igualdad y Género de la PGR, 2017.
- OVALLE, Paola y GIACOMELLO, Corina, “La Mujer en el ‘narcomundo’. Construcciones tradicionales y alternativas del sujeto femenino”, *Revista de Estudios de Género*, México, núm. 24, 2006, <https://www.redalyc.org/pdf/884/88402411.pdf>, (fuente consultada en mayo de 2019).
- SANSÓ DANIEL, Pascual Rupert, “Criminalidad organizada y género. Hacia una redefinición del papel de la mujer en el seno de las organizaciones criminales”, *Revista del Instituto de Investigaciones en Criminología y Ciencias Penales de la Universidad de Valencia*, Valencia.
- SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, “La interpretación de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos”, *La Ley*, Buenos Aires, 2000, <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2118/AD-5-47.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (fuente consultada en enero de 2021).
- TIRADO BARRERA, José Antonio, “Un ensayo de interpretación en torno a las relaciones entre el legislador democrático y el juez constitucional”, Departamento Académico de Derecho PUCP, Perú, p.38, <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/110989/%28g%29%20Tirado.pdf?sequence=5&isAllowed=y>, (fuente consultada en diciembre de 2020).

- TOLLER, Fernando M., “Justicia en la toma de decisiones y discrecionalidad estatal. La armonización de derechos y bienes públicos mediante un análisis de razonabilidad a partir de un caso de vacunación obligatoria”, *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y Derechos Humanos*, Navarra, Vol. 66/2012-71 109-146, 2012, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31217.pdf>, (fuente consultada en enero de 2021).
- PAREDES CALDERÓN, Ricardo, “Los estereotipos de género en la comisión de delitos”, *Revista Igualdad del Consejo de la Judicatura Federal*, México, año 03, Número 09, mayo-agosto, 2016.
- POYATOS, Gloria, “Juzgar con perspectiva de género: Una metodología vinculante de justicia equitativa”, *Iqual, Revista de Género e Igualdad*, Canarias, España, 2, 1-21, 2019, <http://dx.doi.org/10.6018/iQuat.341501>, (fuente consultada en diciembre de 2019).
- POZZOLO, Susana, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa. Revista Cuadernos de Filosofía del Derecho*, trad. de Josep M. Vilajosana, Alicante, Núm. 21-v2, 1998, https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10369/1/doxa21-2_25.pdf, (fuente consultada en diciembre de 2020).
- ROMERO PÉREZ, Xiomara Lorena, “Minorías marginadas ocultas o invisibles”, *Revista Derecho del Estado*, Colombia, núm. 26, 2011, <http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n26/n26a07.pdf>, (fuente consultada en enero de 2021).
- ZAIKOSKI, Daniela, “Género y derecho penal: Tensiones al interior de sus discursos”, *La Ceiba boletines*, México, 2ª Época, Vol. XII, www.laceiba.org/boletinesnovedades/novoienmre, (fuente consultada en agosto de 2018).

Tesis, jurisprudencias y amparos en revisión de la SCJN

- ADR número 6181/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesión pública de 07 de marzo de 2018.
- ADR número 5999/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesión pública de 21 de junio de 2017.
- ADR número 5490/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesión pública de 07 de marzo de 2018.
- ADR número 1464/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesión pública de 13 de noviembre de 2013.

- Jurisprudencia 37/2008, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tomo XXVII, abril de 2008, visible en el registro 169877, de rubro: “Igualdad. Casos en los que el juez constitucional debe hacer un escrutinio estricto de las clasificaciones legislativas (Interpretación del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).”
- Jurisprudencia 1ª 12/94, de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tomo XXIII, Febrero de 2006, p. 277, Registro electrónico número 175951, de rubro: “Ejercicio indebido de un derecho y no de violación. Delito de.”
- Jurisprudencia 2a./J. 66/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10ª Época, Libro 43, junio de 2017, Tomo II, p. 1159, Registro digital: 2014508.
- Tesis aislada 1a. XXVII/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 40, tomo I, marzo de 2017, p. 443, visible en el registro electrónico número 2013866, de rubro: “Juzgar con perspectiva de género. Concepto, aplicabilidad y metodología para cumplir dicha obligación”.
- Tesis aislada 1a. CIV/2010, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, septiembre de 2010, registro digital número 163768, de rubro: “Principio de igualdad. Interpretación constitucional para determinar si en un caso procede aplicar escrutinio intenso por estar involucradas categorías sospechosas”.
- Tesis aislada 1a. C/2014 (10a.), de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, p. 523, Registro digital: 2005793, de rubro: “Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género”.
- Tesis: 1a. XCIX/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, p. 524, registro electrónico 2005794, de rubro: “Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Todos los órganos jurisdiccionales del país deben impartir justicia con perspectiva de género”.
- Tesis aislada 1ª. XLIII/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, p. 644, Registro digital: 2005528, de rubro: “Derecho Humano a la igualdad jurídica. Contenido y alcances de su dimensión sustantiva o de hecho”.
- Tesis aislada 1a. CCCXII/2013, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro XXV, octubre de 2013, Tomo 2, p. 1052, Registro digital: 2004712, de rubro: “Intensidad del análisis de constitucionalidad y uso del principio de proporcionalidad. Su aplicación en relación con los Derechos Humanos”.
- Tesis 1a. CXLIV/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 61, diciembre de 2018, Tomo I, p. 362, Registro digital: 2018746.
- Tesis XXI.2o.P.A.1 CS (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 41, Abril de 2017, Tomo II, p. 1752, Registro digital: 2014125.

Precedentes internacionales

- Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Corte IDH, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf, (fuente consultada en enero de 2021).
- Caso Valentina Rosendo Cantú y Yenys Bernardino Sierra vs. México, Corte IDH.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Mujeres y otras personas pertenecientes a grupos en situación especial de riesgo. Medidas para reducir la prisión preventiva*, Organización de Estados Americanos, Ser.LV/III.163, doc. 105, 2015.
- Grupo de trabajo de Género de Alianza del Pacífico, *Glosario sobre género*, <https://alianza-pacifico.net/wp-content/uploads/GLOSARIO-GENERO-GTG-AP-FINAL.pdf>, (fuente consultada en marzo de 2020).
- Informe sobre la 4ª Conferencia Mundial sobre la Mujer, ONU, 1995, <http://www.un.org/womenwatch/daw/beigin/report>, (fuente consultada en agosto de 2018).
- Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas. Comisión IDH, enero de 2007, párrs. 80 y 87, <http://www.cidh.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Espanol%20020507.pdf>, (fuente consultada en junio de 2018).
- Observación General 21 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.
- United States v. Caroline Products Co. 304 US 144, 1938, núm. 640, <https://translate.google.com/translate?hl=es&sl=en&u=https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/&prev=search&pto=aue>, (fuente consultada en enero de 2021).

Normas nacionales e internacionales

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
- CEDAW.
- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.
- Convenio de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (Nº 111).
- Convención sobre la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (1960) de la UNESCO.



ESCUELA
FEDERAL DE
FORMACIÓN
JUDICIAL



ISBN: 978-607-99953-7-9



9 786079 995379