CONSTITUCIÓN Y DERECHOS

SENTENCIAS FEMINISTAS

REESCRIBIENDO LA JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

PROYECTO MÉXICO

Geraldina **González de la Vega Hernández**
Isabel **Montoya Ramos**
Coordinadoras

COPRED

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Colección

Constitución y Derechos



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Mauricio Kuri González
Gobernador Constitucional

María Guadalupe Murguía Gutiérrez
Secretaria de Gobierno

Gustavo Arturo Leal Maya
Secretario de Finanzas

Mario Fernando Ramírez Retolaza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Sentencias feministas
Reescribiendo la justicia con perspectiva de género
Proyecto México

Geraldina **González de la Vega Hernández**
Isabel **Montoya Ramos**
Coordinadoras

Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación de la Ciudad de México
Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
México, 2023

Primera edición: febrero de 2023

Sentencias feministas.
Reescribiendo la justicia con perspectiva de género.
Proyecto México

© Geraldina González de la Vega Hernández
Isabel Montoya Ramos

DR © Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-97-4

Las opiniones de las autoras son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

Coordinación editorial

Rogelio **Flores Pantoja**
Coordinación

Carolina **Hernández Parra**
María Andrea **Niño Rivera**
Edición

Tania Mariel **Farfán García**
María Luisa **Barrón**
Apoyo editorial

Felipe **Luna**
Formación

A todas las mujeres que,
haciendo suya la profesión jurídica,
buscan derribar las estructuras
que generan injusticia y desigualdad

Agradecimientos

Queremos agradecer a cada una de las autoras por la paciencia y la confianza depositada en este proyecto.

También a Rogelio Flores, por hacer suya esta obra e impulsarla para que finalmente viera la luz.

Gracias a todas las mujeres que en distintos rincones del planeta forman parte del *feminist judgment project* y que inspiraron este proyecto proponiendo la reescritura de sentencias y su análisis mediante un comentario.

Agradecemos, asimismo, a todas aquellas colegas y amigas que en algún momento formaron parte de esta idea. Su presencia, sin duda, fue motor para que se lograra materializar. Este libro también es suyo.

Contenido

Currículums de las autoras 19

Prólogo. Prefiguración jurídica y acción conjunta 33
Francisca Pou Giménez

Introducción 43
Geraldina González de la Vega Hernández
Isabel Montoya Ramos

SECCIÓN I
SENTENCIAS EN MATERIA CIVIL Y FAMILIAR

Controversia del orden familiar 1147/2009.
Caso de la "mala madre"
(determinación de guarda y custodia)

Resumen de la resolución original. 55

Sentencia reescrita 57
Laura García Velasco

Comentario a la sentencia. 75
Pauline Capdevielle

Sentencia al juicio ordinario civil 1040/09
sobre la interseccionalidad entre
el género y la discapacidad

Resumen de la resolución original. 95

Sentencia reescrita 97
Alejandra Donají Núñez
Mariana Díaz Figueroa

Comentario a la sentencia. 113
Mariana Díaz Figueroa

Sentencia 769/2012
originada en un juicio familiar sobre
la cancelación de alimentos

Resumen de la resolución original. 129

Sentencia reescrita 131
Luz Helena Orozco y Villa

Comentario a la sentencia. 149
Alma Beltrán y Puga

Sentencia del juicio oral ordinario
familiar F/2014 sobre la declaración de
reconocimiento de paternidad y otras prestaciones

Resumen de la resolución original. 167

Sentencia reescrita 169
María de Jesús Medina Arellano
Mildred del Rocío Carrillo Cartas

Comentario a la sentencia. 195
Lourdes Motta Murguía

Sentencia al amparo directo en materia civil 135/2016 (antes 602/2015) sobre la condena para proporcionar alimentos de forma retroactiva y una pensión compensatoria a una mujer cabeza de familia

Resumen de la resolución original. 215

Sentencia reescrita 217
Cecilia Armengol Alonso

Comentario a la sentencia. 241
María Dolores Igareda

SECCIÓN II
SENTENCIAS EN MATERIA PENAL

Sentencia al amparo indirecto sobre la discriminación hacia una madre lesbiana

Resumen de la resolución original. 255

Sentencia reescrita 257
María de la Concepción Vallarta Vázquez
Daniela del Carmen Suárez de los Santos

Comentario a la sentencia. 269
Fabiola Martínez Ramírez

Sentencia a la causa penal 48/2011 sobre una mujer que cometió el delito de homicidio en contra de su esposo

Resumen de la resolución original. 285

Sentencia reescrita 287
Isabel Montoya Ramos

Comentario a la sentencia. 325
Taissia Cruz Parcero

Sentencia al amparo directo penal 1065/2014 sobre una mujer condenada por el delito de homicidio con base en estereotipos de género

Resumen de la resolución original. 337

Sentencia reescrita 339
Adriana Ortega Ortiz
Irlanda Denisse Avalos Núñez

Comentario a la sentencia. 353
Roberto Negrete Romero

Acuerdo del 21 de enero de 2016, del Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Decimocuarto Circuito en el juicio de amparo directo 174/2015 sobre el homicidio de una mujer motivado en razones de género

Resumen de la resolución original. 373

Acuerdo reescrito. 375
Karla I. Quintana Osuna

Comentario al acuerdo 393
Dalia Berenice Fuentes Pérez

Sentencia del recurso de apelación 1094/2016 sobre una mujer víctima de violación

Resumen de la resolución original. 419

Sentencia reescrita 421
Clara Lucía Reyes Núñez
Joy Monserrat Ochoa Martínez

Comentario a la sentencia. 439
Geraldina González de la Vega Hérnández

SECCIÓN III
SENTENCIA EN MATERIA LABORAL

Sentencia al Amparo Directo 20/2013. Trabajo del hogar: de la marginación al reconocimiento

Resumen de la resolución original. 463

Sentencia reescrita. 465
Lucina Bringas Calvario

Comentario a la sentencia. 493
Alexandra Haas
Fabiola María Pérez Rodríguez

SECCIÓN IV
SENTENCIA EN MATERIA
DE INTERRUPCIÓN LEGAL DEL EMBARAZO

Sentencia del amparo indirecto 358/2015-3 del Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Hidalgo sobre la interrupción legal del embarazo en el delito de violación

Resumen de la resolución original. 511

Sentencia reescrita. 513
Ana Gaitán Uribe

Comentario a la sentencia. 535
Alex Alí Méndez Díaz

SECCIÓN V
RESOLUCIONES SOBRE VIOLENCIA
CONTRA LAS MUJERES

Sentencia a la contradicción de tesis 66/2006-PS sobre la exigencia de la narrativa pormenorizada en casos de violencia en el ámbito familiar o del desconocimiento de las consecuencias de la violencia de género en la vida de las mujeres

Resumen de la resolución original. 559

Sentencia reescrita 561
Ana Lucía Díaz Azcúnaga

Comentario a la sentencia. 577
María Elisa Franco Martín del Campo

Orden de protección dictada por el Juzgado Primero de Control del Primer Distrito Judicial del Sistema de Justicia Penal Acusatorio y Oral de Yucatán

Resumen de la resolución original. 591

Orden reescrita. 593
Artemisa Cabrera Luque

Comentario a la orden 611
Fátima Gamboa Estrella
Ana Lucía Díaz Azcúnaga

Currículums de las autoras

Adriana Ortega Ortiz

Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Chihuahua, maestra en Derecho por la Universidad de Toronto. Culminó los créditos de Maestría en Historia del Arte y es diplomada en "Critical reading" por la Universidad de Oxford. Ha trabajado con organizaciones de la sociedad civil vinculadas en temas de género, acceso a la justicia y derecho a la salud. Ha sido docente en temas de género y derechos humanos en diversas universidades. Artículos suyos han aparecido en revistas y libros especializados. Fue secretaria proyectista de la Sexta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chihuahua. Colaboró en la Unidad de Igualdad de Género de la SCJN desde su creación y hasta junio de 2015. Actualmente es secretaria de estudio y cuenta en la ponencia del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Tutora de la Maestría en Derechos Humanos y Democracia de la FLACSO México y profesora de asignatura en el ITAM.

Alejandra Donají Núñez

Licenciada en Ciencias Políticas y Administración Pública. Se especializa en género y discapacidad. Como activista, ha participado en diversos procesos de defensa de derechos humanos, entre los que destacan: la declaración de inconstitucionalidad de la educación especial, la obligatoriedad de la consulta a personas con discapacidad, la defensa de los derechos electorales, la propuesta de modificación constitucional para la educación inclusiva, así como el impulso a la perspectiva de género en la materia. Ha publicado con la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Instituto de las Personas con Discapacidad CDMX y con la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, entre otros.

Alma Luz Beltrán y Puga

Doctora en Derecho por la Universidad de Los Andes, Colombia. Maestra en Derecho por la Universidad de Columbia, Nueva York. Actualmente es profesora principal de carrera de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, en Colombia. Es integrante de la Red Alas e investigadora asociada del Petrie-Flom Center for Health Law Policy, Biotechnology and Bioethics de la Universidad de Harvard.

Ana Gaitán Uribe

Es abogada por la UNAM, con preespecialización en Derecho Penal, y maestra por la Universidad de Columbia Law School, con especialización en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ha trabajado como coordinadora de estrategias de monitoreo en CONAVIM. Es asesora jurídica para la Delegación Regional de México, América Central y Cuba del CICR y profesional operativo de la Suprema Corte de Justicia. Actualmente labora como abogada para R3D (Red en Defensa de los Derechos Digitales) e investigadora para un *think-tank* dedicado a temas ambientales y derechos indígenas en California.

Ana Lucía Díaz Azcúnaga

Licenciada en Derecho por la Universidad Iberoamericana y maestra en Derecho por la Universidad de Oxford. Ha realizado estancias de investigación en el Centro Bingham para el Estado de Derecho, en Londres, y en el Instituto de Derechos Humanos de Holanda, en la Universidad de Utrecht. Trabajó en EQUIS: Justicia para las Mujeres y en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Alexandra Haas

A partir de diciembre de 2020 es la nueva directora ejecutiva de Oxfam México. En 2020 fue investigadora invitada en el Centro de Investigación y Docencia Económicas y asesora en género e inclusión de la Coordinación de Difusión Cultural

de la UNAM. Ella fue presidenta del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación por un periodo de cuatro años y, previo a ello, encabezó el área de asuntos políticos de la Embajada de México en Washington, D.C. Desde organismos internacionales, instituciones gubernamentales y organizaciones sociales en México, Estados Unidos, Guatemala y Argentina, ha participado en la construcción e instrumentación de iniciativas legislativas y de política pública con perspectiva de derechos humanos. Es autora de ensayos y artículos y ha impartido clases en distintas universidades. Es licenciada en Derecho por la Universidad Iberoamericana y maestra en Derecho por la Universidad de Nueva York.

Alex Alí Méndez Díaz

Activista y abogado oaxaqueño. Licenciado en Derecho por la Universidad Regional del Sureste, A.C. (Oaxaca), maestro en Derecho por la UNAM y doctorando en Derecho en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. De 2015 a 2020 fue coordinador de documentación y litigio de casos en el Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), A.C. Desde 2011 es director de litigio en México Igualitario, Derribando las Barreras A.C. Como abogado postulante ha sido pionero en el litigio de amparo en temas como matrimonio igualitario, aborto, identidad trans, entre otros.

Artemisa Cabrera Luque

Licenciada en Derecho por la Universidad Iberoamericana, especialista en Derechos Humanos por la Universidad de Castila-La Mancha y maestra en Derechos Humanos y Democracia por la FLACSO. Se desempeñó como secretaria auxiliar en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Fue abogada del Área Legal de la organización EQUIS: Justicia para las Mujeres. Es Cofundadora de la consultoría Recrea, Construyendo Estrategias para la Igualdad, que se especializa en temas de igualdad, inclusión y no discriminación en espacios laborales.

Cecilia Armengol Alonso

Maestra en Derechos Humanos y Democracia por la FLACSO. Licenciada en Derecho por el Instituto de Estudios Superiores de Occidente ITESO. Como becaria del Programa ALBAN de la Unión Europea, realizó una Maestría en Derecho Internacional en la Universidad de Norwich, Inglaterra. Se especializó en derechos humanos y equidad de género en el New College, Oxford, Inglaterra. En 2008 ingresó a la SCJN y fungió como secretaria de estudio y cuenta acuñando la primera sentencia en la que se implementó la metodología para juzgar con perspectiva de género. A partir de agosto de 2021 es magistrada adscrita al Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Es madre de una adolescente, una niña y un niño con discapacidad, con éxito en su desempeño profesional gracias a las buenas prácticas del Poder Judicial Federal, para garantizar el desempeño laboral con igualdad.

Clara Lucía Reyes Núñez

Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa. Cuenta con un máster en argumentación jurídica por la Universidad de Alicante, España. Realizó estudios de maestría en Ciencia Jurídico Penal en el INACIPE y un Curso de Especialización en Bases del Razonamiento Probatorio en la Universidad de Girona. Ha participado en estancias de investigación en la Universidad Autónoma Metropolitana (UAM) y en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). En el ámbito laboral ha fungido como asesora de la Dirección General del INACIPE; ha trabajado en la Ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, en donde ha elaborado proyectos de sentencias en materia penal. Actualmente es directora de colaboración institucional de la Dirección General de Relaciones Institucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Dalia Berenice Fuentes Pérez

Licenciada y maestra en Derecho por la UNAM. Especialista en Derechos Humanos por la Universidad de Castilla la Mancha, España. Actualmente cursa el Doctorado en Estudios Críticos de Género en la Universidad Iberoamericana, sede CDMX. Colabora como consultora externa de organismos nacionales e internacionales para la protección de los derechos humanos, organizaciones de sociedad civil y autoridades, en el desarrollo de proyectos de investigación aplicada sobre la implementación del enfoque de derechos humanos con metodologías de análisis crítico, como las perspectivas de género, discapacidad e interculturalidad.

Daniela del Carmen Suárez de los Santos

Maestra en Derechos Humanos y Garantías por el ITAM; maestra en Derechos Humanos por la UNAM; y especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución por la Universidad Castilla-La Mancha, España. Licenciada en Derecho por la Universidad Cristóbal Colón, Veracruz. Realizó una estancia en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sede en Washington, D.C. Laboró en la Primera Sala de la SCJN, en la ponencia del ministro Arturo Zaldívar. Se desempeñó como secretaria técnica coordinadora de la Secretaría Ejecutiva del Pleno del CJF; así como encargada del despacho de la Dirección General de Derechos Humanos de la SCJN. Actualmente es subdirectora general de la Dirección de Derechos Humanos de la SCJN.

Fabiola Martínez Ramírez

Licenciada en Derecho, especialista en Derecho Constitucional, maestra y doctora en Derecho por la UNAM. El Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT la distingue con el nivel I y forma parte de diversas asociaciones científicas y colegios académicos. Ha realizado estancias de investigación en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Inter-

nacional Público. Es coordinadora de cuatro obras colectivas, tres ediciones del *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional* y autora de 40 trabajos que incluyen artículos, reseñas y voces, publicados en obras especializadas en derecho constitucional, derechos humanos e igualdad de género. Actualmente es directora asociada del Departamento Regional de Derecho del Tecnológico de Monterrey, campus Ciudad de México.

Fabiola María Pérez Rodríguez

Abogada por la Universidad Iberoamericana. Colaboró en la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en la elaboración e implementación del Primer Programa Nacional de Derechos Humanos en México. En la Secretaría de Desarrollo Social fue encargada de la Operación de Programas de Desarrollo Humano y Social. En el CONAPRED formó parte de la coordinación de asesores y fue designada titular de la Dirección de Asuntos Jurídicos, donde logró resoluciones favorables ante la SCJN para el CONAPRED en materia de inclusión educativa a personas con discapacidad, no discriminación para médicos con VIH, acceso a guarderías del IMSS para padres, pensión por viudez a parejas del mismo sexo, entre otras. Es miembro activo de la Red de Innovación y Liderazgo de la Universidad de Georgetown desde el 2014. Actualmente es jefa de la oficina en México de Alondra de la Parra.

Fátima Gamboa Estrella

Es abogada, integrante del pueblo indígena maya y activista de los derechos de las mujeres lesbianas; es Codirectora Ejecutiva de EQUIS: Justicia para las Mujeres, A.C. Experta en Derechos de los Pueblos Indígenas y Cooperación Internacional por la Universidad Carlos III de Madrid, y maestrante en Derechos Humanos por la Universidad Iberoamericana. Forma parte de organismos como la Red Nacional de Abogadas Indígenas en México y la Red Latinoamericana de Justicia Abierta. Sus temas de especialización son justicia abierta,

transparencia y participación ciudadana en el poder judicial, así como, juzgar con perspectiva de género e interculturalidad. Fátima ha impartido conferencias sobre derecho, género, las justicias en el feminismo y es colaboradora de la revista feminista *Pikara Magazine*.

Francisca Pou Giménez

Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y profesora de asignatura en el ITAM. Es licenciada en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, en la que obtuvo la Suficiencia Investigadora en el marco del Doctorado en Derecho Público, y maestra y doctora en Derecho por la Universidad de Yale, Estados Unidos. De 2004 a 2011 fue letrada en la SCJN en la ponencia del ministro Cossío Díaz. Ha sido profesora visitante en Colombia, Argentina, Bolivia, Italia y Canadá. Es integrante del Sistema Nacional de Investigadores de México (nivel II) y de varias redes académicas, como la Red Latinoamericana de Académicos/as del Derecho (Red Alas), el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política de Yale (SELA), la Sociedad Internacional de Derecho Público (ICON-S) y la American Society of Comparative Law (ASCL). Fue directora de la revista *Isonomía* e integra los consejos editoriales o asesores de otras revistas académicas.

Geraldina González de la Vega Hernández

Presidenta del Consejo para Eliminar y Prevenir la Discriminación (COPRED) de la Ciudad de México (2022-2026). Licenciada en Derecho por la Universidad Iberoamericana, maestra en Derecho Público por la Universidad Anáhuac del Sur y *legum magistra* por la Universidad de Düsseldorf, Alemania. Es autora del libro *Ouroboros. Reflexiones en torno a lo constitucional* y coautora en diversos libros y artículos relacionados con la interpretación constitucional y los derechos humanos. Fue *blogger* legal especializada en temas jurisdiccionales en espacios como El Juego de la Corte, Animal Político y Vivir México. Ha sido profesora de Derecho Cons-

titucional y Derechos Humanos en la Universidad Iberoamericana, el Centro de Estudios de Actualización en Derecho y en otras universidades del país. Hasta 2018 fue asesora del ministro Arturo Zaldívar y consultora jurídica para organizaciones de la sociedad civil relacionadas con los derechos humanos. Twitter: @Geraldina_GV

Irlanda Denisse Ávalos Núñez

Licenciada en Derecho con mención honorífica por la Universidad Latina de América, con maestría en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Panamericana. Ha estado en constante capacitación en cursos y diplomados sobre derecho internacional de los derechos humanos, derecho constitucional, derecho electoral y técnicas de litigación oral. Fue asesora en el Instituto Electoral de Michoacán, secretaria auxiliar de acuerdos en la ponencia del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y directora de Derechos Humanos en la Asesoría Jurídica Federal de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas. Actualmente es secretaria de estudio y cuenta adjunta en la ponencia de la ministra Ana Margarita Ríos Farjat.

Isabel Montoya Ramos

Abogada por la Universidad Nacional Autónoma de México. Es maestra en Derecho Internacional Humanitario y Derechos humanos por la Academia de Derecho Internacional de la Universidad de Ginebra, Suiza. Se desempeñó como asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), en donde también fue profesora-investigadora. Laboró como oficial de elegibilidad en la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados de la SEGOB. Trabajó como asesora en la Unidad de Equidad de Género en la SCJN y también en la Primera Sala de la SCJN. Actualmente es profesora de asignatura de la Universidad Iberoamericana y del INACIPE. Igualmente, es consultora en materia de derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho penal

y género. Está estudiando el Doctorado en Ciencias Penales y Política Criminal en el INACIPE.

Joy Monserrat Ochoa Martínez

Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Diplomada en Relaciones de Género por el Centro de Investigaciones y Estudios de Género de la UNAM; Teoría, Género y Sexualidad por el Instituto de Liderazgo Simone de Beauvoir; Violencia familiar y Derechos Humanos por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Nuevos Desarrollos sobre Derecho y Familia por la Escuela Federal de Formación Judicial. Actualmente es subdirectora de Área en la Unidad General de Igualdad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Desde el 2016 hasta el 2019 trabajó en la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, donde colaboró en la resolución de asuntos relacionados con violaciones graves a derechos humanos en materia penal.

Karla I. Quintana Osuna

Titular de la Comisión Nacional de Búsqueda. Obtuvo el doctorado en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, misma institución por la que es licenciada en Derecho, y en Lengua y Literatura Hispánicas. También es maestra en Estudios de la Diferencia Sexual por la Universidad de Barcelona y maestra en Derecho por la Universidad de Harvard. Fue directora general de la Asesoría Jurídica Federal de la CEAV; profesora del Seminario de Derecho Constitucional III en el ITAM. Fue electa como jurista experta internacional para fungir como *amicus curiae* en las Salas de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia. Fue secretaria de estudio y cuenta en la SCJN. Fue abogada en la Comisión y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Trabajó en la Vicepresidencia de Integridad Institucional del Banco Mundial. Ha sido tutora de la Maestría en Derechos Humanos y Democracia de la FLACSO México.

Laura García Velasco

Licenciada en Derecho y maestra en Derecho Procesal Constitucional. Su desarrollo profesional ha sido primordialmente en justicia constitucional; derechos humanos; género, investigación y defensa jurídica, con casi 20 años de labor en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, habiendo colaborado en la elaboración de sentencias emblemáticas para la protección de los derechos humanos. Durante un año trabajó como consultora jurídica independient. A partir de octubre de 2020 ha ocupado los cargos de titular de la Unidad de Asuntos Jurídicos y de directora jurídica procesal y consultiva del Órgano Interno de Control del Instituto Nacional Electoral. Ha colaborado en diversas publicaciones relacionadas con su experiencia profesional.

Lucina Bringas Calvario

Licenciada y maestra en Derecho por la UNAM. Cuenta con diversas publicaciones y se ha desempeñado en diferentes puestos dentro de la Administración pública federal, en el Poder Judicial de la Federación y en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Actualmente es secretaria proyectista en el Tercer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar Segunda Región, con residencia en San Andrés Cholula, Puebla.

Lourdes Motta Murguía

Licenciada en Derecho por el ITAM. Obtuvo el grado de maestra en Ciencias, con especialidad en Economía y en Políticas de Salud, de la Universidad de Birmingham, Inglaterra. Tiene un Doctorado en Administración de Servicios de Salud Pública de la misma Universidad. Realizó estudios de posdoctorado en la Universidad de Yale. En enero de 2022 recibió el doctorado *Honoris Causa* del Instituto Kinneret de Israel, por su trayectoria y logros en seguridad, salud pública, combate a la discriminación y avance de los derechos de las mujeres. Fue presidenta de la Sociedad Mexicana de Salud Pública. Actualmente es vicepresidenta de Evaluación y Desempeño

de Tómatelo a Pecho, así como miembro fundadora e integrante del Comité Ejecutivo de la Red Latinoamericana de Académicos en Género, Sexualidad y Derecho (Red-ALAS). Es profesora de posgrado en el ITAM desde hace más de dos décadas. La doctora Motta Murguía se define como feminista de tiempo completo.

Luz Helena Orozco y Villa

Licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, especialista en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España y maestra en Derecho por la Universidad de Columbia, Estados Unidos. Su carrera profesional se ha concentrado en las labores jurisdiccional y académica en temas de derecho constitucional, derechos humanos y justicia de género. Fue secretaria de estudio y cuenta adscrita en la ponencia del ministro José Ramón Cossío Díaz en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesora en el ITAM y en la Universidad Iberoamericana. Actualmente es consultora independiente y estudiante de Doctorado en Derecho de la Universidad de Oxford, Reino Unido, en donde realiza su investigación doctoral sobre regulación y gobernanza de nuevas tecnologías, especialmente en moderación de contenidos por plataformas de redes sociales.

María de la Concepción Vallarta Vázquez

Licenciada en Derecho por la UNAM, así como especialista y maestra en Estudios de la Mujer por la Universidad Autónoma Metropolitana Xochimilco. En el Consejo de la Judicatura Federal ocupó el cargo de titlar de la Dirección de Equidad de Género; en la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue titular de la Dirección de Difusión de los Derechos Humanos, y en la Comisión Nacional de Derechos Humanos fue investigadora en el Centro Nacional de Derechos Humanos. Actualmente es profesora de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana y consultora independiente.

María Dolores Igareda

Secretaria de estudio y cuenta en la SCJN y presidenta del Colegio de Secretarias y Secretarios de dicha institución. Abogada por la Universidad Panamericana, México, maestra en Derechos Humanos y Democracia por FLACSO-México y maestra en Derecho Civil por la Universidad de Navarra, España, con estudios de especialización en derechos humanos en la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, y en Literatura Española e Hispanoamericana en la Universidad de Barcelona. Se ha especializado en derecho constitucional de familia y en perspectiva de género en la impartición de justicia y en derechos de las personas con discapacidad.

María de Jesús Medina Arellano

Doctora en Bioética y Jurisprudencia Médica por la Universidad de Manchester, Reino Unido. Maestra en Filosofía y Pedagogía del Derecho por la División de Estudios de Posgrado en Derecho de la UNAM. Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Nayarit. Investigadora Nacional Nivel II del Sistema Nacional de Investigadores, CONACyT. Su línea de investigación principal es la ética y la regulación de biotecnologías. Coordinadora Académica del Diplomado en Bioética, Salud y Bioderecho del IIJ-UNAM, desde 2015. Miembro del Comité de Ética de la UNAM desde el 2019.

Twitter: @mariamedina_A
Orcid: *https://orcid.org/0000-0003-4324-4083*
Research gate: *https://www.researchgate.net/profile/Maria-Medina-8*

María Elisa Franco Martín del Campo

Doctora y maestra en Derecho por la UNAM. Licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO). Investigadora Asociada Nivel C de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. El Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología la reconoce como can-

didata a investigadora nacional. Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM.

Mariana Díaz Figueroa

Abogada feminista mexicana, experta en el abordaje interseccional del género y la discapacidad. Actualmente es académica tanto en la UNAM como en la Escuela de Formación Judicial de México. Es maestra en Protección Internacional de los Derechos Humanos y Democracia por la FLACSO México y licenciada en Derecho por la Universidad Iberoamericana. Cursó el diplomado en Control de Convencionalidad y Argumentación Jurídica con Perspectiva de Género y Derechos Humanos y el diplomado en Gerencia Social y Políticas de Discapacidad, ambos en la FLACSO Chile. También estudió el diplomado en Estudios Críticos sobre Discapacidad en el Instituto de Estudios Críticos 17; adicionalmente a diversos cursos de especialización en el Sistema Interamericano y Universal de Protección de los Derechos Humanos. Fue consultora para UNFPA LACRO y Humanity & Inclusion. Desde hace más de 11 años labora como abogada en la SCJN. Cuenta con diversas publicaciones en materia de derecho constitucional, igualdad y no discriminación.

Mildred del Rocío Carrillo Cartas

Licenciada en Derecho, especialista en Derecho Laboral y maestrante en Derecho por la UNAM. Abogada postulante en materia laboral desde enero de 2012 a febrero de 2020 y de febrero de 2021 a mayo de 2022. Actualmente labora como secretaria instructora en el Tribunal Laboral de Asuntos Individuales con residencia en Villahermosa, Tabasco.

Pauline Capdevielle

Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Tiene licenciatura en Derecho por la Universidad Toulouse I Capitole, maestría y doctorado en Derecho Público por la Universidad Aix-Marseille III, Francia, con estudios posdoctorales en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de

la UNAM. Coordinó, entre 2014 y 2018, la Cátedra Extraordinaria "Benito Juárez" de la UNAM sobre laicidad. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I, y miembro del Colegio de Bioética, A.C. Coordina el Diplomado en Bioética, Salud y Bioderecho en el Instituto de Investigaciones Jurídicas. Sus principales líneas de investigación giran en torno al Estado laico, los derechos sexuales y reproductivos, la libertad de conciencia, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la bioética y el bioderecho.

Roberto Negrete Romero

Licenciado en Derecho por la UNAM, especialista en Juicio de Amparo por la Universidad Panamericana, egresado del Diplomado en Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana, del Máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante y del Curso de Especialización en Razonamiento Probatorio impartido por la Universidad de Girona.

Después de un breve periodo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, ha laborado durante más de 15 años en el Poder Judicial de la Federación, lo que incluye etapas en juzgado de distrito, tribunal colegiado de circuito y el Consejo de la Judicatura Federal.

Actualmente se desempeña como secretario de estudio y cuenta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la ponencia del ministro Luis María Aguilar Morales.

Taissia Cruz Parcero

Magistrada integrante del Octavo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Estudió la Licenciatura en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México; cuenta con Especialidad en Derecho Penal y en Delincuencia Organizada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, y con Especialización Judicial por el Instituto de la Judicatura Federal. Desempeñó el cargo de jueza de distrito de Procesos Penales Federales, de 2006 a 2014. A partir de octubre de 2014 ocupa el cargo de magistrada de circuito.

Prólogo
Prefiguración jurídica y acción conjunta

En su contribución a un libro sobre sentencias feministas en el ámbito internacional, Hilary Charlesworth —hoy jueza de la Corte Internacional de Justicia— caracteriza con una claridad admirable los contornos y el sentido de la "política prefigurativa". La política prefigurativa, nos dice, es una forma de activismo en cuyo contexto un grupo "adopta las estructuras y el estilo de razonamiento que promueve, modelando los objetivos políticos y sociales que se persiguen".[1] La autora destaca que esta aproximación desafía tanto las actitudes "realistas" como las revolucionarias. Frente a las primeras, no cree que la lucha por el cambio social esté condenada a hacerse dentro de los estrictos confines de los arreglos de poder y privilegio que prevalecen.[2] Frente a las segundas, construye sobre la idea de que las iniciativas son más efectivas cuando guardan puntos de contacto con lo que ya existe y prefiere estimular a la gente a operar como si las estructuras sociales estuvieran ya transformadas.[3] "La política prefigurativa", añade Charlesworth, "nos pide [...] que dejemos de lado nuestra creencia en la inevitabilidad de las estructuras existentes y emprendamos la experiencia de poner en práctica ideas atrevidas".[4]

La reescritura de sentencias no es la única modalidad de política prefigurativa de tipo jurídico que existe, pero es una de

---

1 Charlesworth, Hilary, "Prefiguring Judgment Feminist Judgment in International Law", en Hodson, Loveday y Lavers, Troy (eds.), *Feminist Judgments in International Law,* Oxford, Hart Publishing, 2019, p. 479 (trad. propia).

2 *Idem*.

3 *Ibidem*, p. 480.

4 *Idem*.

las que ha llamado más la atención del pensamiento feminista e igualitario en los años recientes. El libro que tenemos en nuestras manos constituye el primer ejercicio que se emprende en esa línea en México. Sus páginas recogen el trabajo de litigantes, juzgadoras, profesoras, investigadoras, integrantes de organizaciones de la sociedad civil, funcionarias públicas —por citar solo algunas de las tareas y responsabilidades que han desempeñado las autoras— que elaboraron sus contribuciones en medio de las inmensas dificultades derivadas de la pandemia de COVID-19.[5] Conozco bien la trayectoria profesional de muchas de ellas y es difícil invocar con el énfasis apropiado la admiración que me genera. Son personas responsables de avances pioneros en los ámbitos en los que han trabajado, al impulso de una preparación y un compromiso por encima de la media —el tipo de sobrepreparación que las integrantes de muchos grupos minorizados deben todavía demostrar en el siglo xxi para llegar a ciertos lugares—.

Los casos que se reescriben y comentan en el libro abordan temas cruciales en la vida de las personas que el pensamiento jurídico tradicional ha enmarcado en el derecho civil, familiar, penal, laboral o administrativo —y algunos que resisten estos encuadres, como la interrupción del embarazo o la violencia—. Se seleccionan ejercicios de jurisdicción problemáticos, se comenta por qué lo son, sobre la base de valiosos análisis teóricos y/o de información contextual de apoyo, y se propone una alternativa, construida en el estilo y con los materiales disponibles en el momento de la elaboración de la sentencia originaria.

Esta combinación de aportaciones hará de este libro una herramienta útil para muchos públicos. De entrada, las sentencias que se abordan son un rico recurso para detectar los sesgos de género (y de otro tipo) en el derecho y entender, con ejemplos reales en mente, qué diferencia hay entre abordar la resolución de casos con perspectiva de género —o más ampliamente, con perspectiva igualitaria— y sin ella. Por otro lado, muchos de los comentarios constituyen una ventana a conocimientos teóricos sobre igualdad, feminismo y constitucionalismo democrático,

[5] Utilizo en este escrito el femenino inclusivo.

que guiarán a las lectoras principiantes y enriquecerán la perspectiva de las más experimentadas.

Hay algo profundamente motivador en la idea de trascender los límites del pensar, evaluar, criticar y opinar —actividades por lo demás imprescindibles, generadoras de bienes sociales y políticos esenciales, a las que las juristas dedicamos mucho tiempo—, y poner manos a la obra. Y en hacerlo de manera colectiva, con unidad de propósito y un horizonte común. Las autoras y coordinadoras del libro son especialistas en actuar eficazmente con las palabras, las ideas y los argumentos. Son personas que —parafraseando lo que dijo en un seminario reciente una de las autoras, Karla Quintana, hoy titular de la Comisión Nacional de Búsqueda— están profundamente comprometidas con la idea de avanzar todo lo posible "con lo que hay", por muchas limitaciones que ello tenga. En esta ocasión, toman el paso de modelar, de conferir plasticidad a la diferencia que marca reconstruir y aplicar el derecho de ciertos modos o de otros.

Pero más allá de la utilidad inmediata de este ejercicio pionero en México, esta obra es testimonio de varios rasgos que singularizan la coyuntura histórica en la que nos encontramos. Quisiera destacarlos brevemente.

I. Nuevo y viejo derecho mexicano

En América Latina el debate académico en torno a si el derecho es un instrumento de transformación social o de relegitimación del *statu quo* —o incluso de opresión y obstaculización activa del cambio— ha sido rico e intenso. El mismo intercambio de datos y pareceres que se produce en su contexto se replica en el debate específico sobre la judicialización. Los argumentos asociados a la "dificultad contramayoritaria" del poder judicial, tan centrales en la tradición estadounidense, no tienen apenas tracción en nuestros países, a la vista de las obvias deficiencias de la política mayoritaria. Pero existe un debate más matizado (con una dimensión contextual muy fuerte, pues cualquier apreciación en su contexto depende de elementos como las vías procesales disponibles en cada país para reivindicar el respeto a los derechos, el grado de ar-

ticulación de los actores de la sociedad civil o el tipo de judicatura que prevalece, por mencionar solo algunos) acerca de si el litigio beneficia fundamentalmente a las clases medias o medias-altas o si tiene la capacidad de generar impactos que, con el tiempo, abonan a la reorientación sistémica de las dinámicas sociales —al menos en parte, como le he escuchado decir a Ruth Rubio Marín: pedir más sería tener expectativas irrealistas sobre lo que puede alcanzarse mediante el litigio—.

Sin necesidad de caer en triunfalismos, es difícil no destacar que el derecho en México es más importante que nunca antes, y que los insumos jurídicos disponibles para denunciar injusticias han cambiado claramente a mejor en las pasadas dos décadas. Tras un proceso muy gradual que ha incluido la suscripción masiva de los instrumentos internacionales de derechos (quizá al impulso de una dinámica política oportunista basada en el deseo de los representantes de comprar legitimidad a corto plazo mostrando adhesión a ciertos objetivos) y que culmina de algún modo en la reforma de derechos humanos de 2011, en México tenemos un derecho de los derechos extraordinariamente poderoso. Basta leer los distintos párrafos del artículo 1 de la Constitución para apreciarlo en su justa dimensión.

Las novedades, sin embargo, se han superpuesto a lo anterior, sin reemplazarlo formalmente. El hecho de que la democratización y la progresiva constitucionalización mexicana no hayan incluido la adopción de una nueva Constitución, y el hecho de que emprender operaciones de armonización normativa no dé réditos políticos, hace que en estos momentos convivan formalmente muchas "capas" distintas de normatividad. Estas capas no tienen la misma fuerza normativa: algunas deben ser dejadas de lado, por ser incompatibles con normas de importancia funcional o jerárquica mayor. Pero ante el incumplimiento de los deberes armonizadores de los poderes legislativos, esta labor de depuración y decantado casuístico reposa fundamentalmente sobre los hombros del poder judicial.

El libro nos permite observar directamente algunas de estas capas y dimensionar el reto de identificar y aplicar correctamente el derecho existente. Identifica casos que se resuelven de forma incompatible con el "nuevo derecho" mexicano que ocupa

nuestra conciencia jurídica, bajo los parámetros del "viejo derecho" que, en una parte, y aunque no debería ser así, sigue estando formalmente disponible en los libros de la ley y en la inercia de las prácticas jurídicas heredadas. El libro nos hace conscientes de que las herramientas constitucionales que tenemos ahora lo permiten casi todo, siempre y cuando dimensionemos apropiadamente el papel que han de jugar en la reinterpretación, aplicación o eventual depuración del derecho preexistente.

II. El mapa de las injusticias de género

Otro aspecto de la obra que llama poderosamente la atención es que las sentencias reescritas se ocupan sin excepción de casos muy graves, con un impacto central en la vida de las personas involucradas.

Negación de la guardia y custodia sobre la base de asunciones inconstitucionales y estereotipadas acerca de la dupla buena/mala madre; empresas cuyas ofertas laborales excluyen expresamente la postulación de personas con discapacidad; cancelación de alimentos y pérdida de vivienda para mujeres que aportaron trabajo gratuito por años a un arreglo familiar marcado por la violencia física y económica; determinación de la paternidad ante diferencias fácticas radicales entre las partes enfrentadas sin una supervisión y evaluación sólida de la prueba por parte de las juzgadoras; peticiones de concesión retroactiva de alimentos y pensión compensatoria en caso de abandono vitalicio de responsabilidades parentales; acusaciones de corrupción de menores para personas con hijas cuando inician una relación afectiva con una persona del mismo sexo; homicidios en legítima defensa; condenas por homicidio con base en estereotipos de género; homicidios motivados por el género; violaciones por personas conocidas y cultura de la violación; falta de reconocimiento al trabajo del hogar; falta de acceso a la interrupción legal del embarazo en hipótesis que hace décadas que son legales, como el del embarazo causado por una violación; exigencia de narrativa pormenorizada para poder judicializar casos de violencia en el ámbito familiar con desconocimiento de las consecuencias empíricas de la violencia de género; órdenes de protección en casos de

violencia de género... Estos son algunos de los temas tremendos que recorren las páginas de las sentencias comentadas y reescritas por las autoras.

Por las sentencias reescritas o comentadas desfilan personas que acuden a la justicia con problemas que amenazan su vida física, su sustento vital, su integridad física y psíquica, su derecho a no ser torturadas y a no ver su vida definitivamente truncada por años inacabables de cárcel (en muchos casos, siendo inocentes), sus hijas, su salud, su dignidad económica, su autonomía y su capacidad de avanzar en los planes de vida más básicos. Aunque no conozco ningún estudio cuantitativo que identifique los temas que judicializan las mujeres y otras minorías de género en México ni su peso relativo en las cifras globales de judicialización, parece claro que estamos ante la punta de un iceberg, ya que existen muchas inequidades de género que no acceden al sistema judicial.[6] Los recursos dedicados a la administración de justicia se destinan al conocimiento de casos que, por su gravedad y a pesar de las enormes barreras y dificultades que enfrentan las personas, inevitablemente se judicializan. La consciencia de lo altas que son estas barreras de acceso a la justicia permite dimensionar intuitivamente lo mucho que queda más allá.

La misma impresión queda cuando revisamos las sentencias de referencia —por sus avances— de la Corte en materias sensibles al género, protagonizadas casi siempre por cuestiones muy serias.[7] Es revelador compararlas con las que protagonizan los casos canadienses de referencia en derecho antidiscriminatorio de género: denuncias de inequidades de género en las condicio-

[6] Un ejercicio de este tipo es intentado, para el caso de Colombia, por Isabel C. Jaramillo y Mateo Vélez en "Gender and sexuality in the 1991 Colombian Constitution", borrador no publicado integrado al proyecto "Woman, gender and constitutionalism in Latin America", coordinado por Paola Bergallo, Francisca Pou, Ruth Rubio Marín y Verónica Undurraga.

[7] Véanse, por ejemplo, los casos comentados en Ibarra, Ana María y Treviño, Sofía, "La constitucionalización del derecho de familia en México", en Espejo Yaksik, Nicolás e Ibarra Olguín, Ana María (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia,* México, SCJN, 2018 y en Giménez, Francisca Pou, "20 años de jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en la Suprema Corte", en Ibarra Olguín, Ana María (ed.), *Discriminación. Piezas para armar*, México, SCJN, 2019.

nes de ascenso dentro del cuerpo de bomberos debido al uso de pruebas con impacto disparejo por género (Meiorin);[8] denuncias de discriminación indirecta a mujeres jóvenes en el sistema de ayudas sociales (Gosselin);[9] denuncias de que los gastos de cuidado de menores no sean deducibles del impuesto sobre la renta pagado por una mujer profesional (Symes);[10] denuncias de inequidad en la asignación de pensiones correspondientes a trabajos a tiempo parcial (Fraser).[11] El mapa de la judicialización mexicana arroja un crudo panorama en cuyo contexto el abordaje de cuestiones estructuralmente importantes, pero menos lacerantes, más de matiz, parece destinado a tener que esperar.

III. El poder de la acción común en torno a consensos

Finalmente, este libro da motivos de optimismo en torno a la posibilidad de impulsar iniciativas de transformación apoyadas por un espectro amplio de personas interesadas en desmontar estructuras y normas que son opresivas más allá de toda duda razonable, con independencia de si esas personas están o no de acuerdo en la totalidad de los temas de la agenda progresista. Es más: seguro que no lo están, y ello no debería ser un problema. ¿A quién se le puede ocurrir proyectar sobre el feminismo un estándar de exigencia que jamás ha satisfecho el debate social, intelectual y académico (masculino) tradicional, esto es, que sus participantes estén fundamentalmente de acuerdo respecto de las cuestiones relevantes? ¿Por qué el descuerdo desacredita al feminismo mientras que se considera un signo de sofisticación y enriquecimiento en el contexto de debates protagonizados por los actores sociales y jurídicos tradicionales (masculinos)?

---

8 Suprema Corte de Canadá, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, 1999, 3 S.C.R. 3.

9 Suprema Corte de Canadá, *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002, 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84.

10 Suprema Corte de Canadá, *Symes v. Canada*, 1993, 4 S.C.R. 695.

11 Suprema Corte de Canadá, *Fraser v. Canada (Attorney General)*, 2020, SCC 28.

Subrayada la importancia de darse cuenta de ello y de cómo el omnipresente "doble estándar" deslegitima en automático el debate sobre ciertos temas, también es cierto que parte de los desacuerdos feministas de la última hora parecen ser más sobre sujetos e identidades que sobre temas. Tan importante como las opiniones de fondo parece ser quién habla, desde qué posición (feminismo radical, cultural, poscolonial, liberal, de la gobernanza, interseccional, etc.) y quién tiene entonces derecho a decir u obligación de callar. Los bastiones del poder patriarcal quedan intocados mientras un número preocupante de grupos dedican su energía no a desmontarlo, sino a señalar con todo detalle por qué las otras están equivocadas —un rasgo no ajeno al debate intelectual (masculino) tradicional que inexplicablemente se replica—.

Es hora de articular el pensamiento y la acción feminista e igualitaria por tema, no por postura de grupos o "identidades", acabando con una dinámica cuasirreligiosa donde parece más importante mostrar adhesión a un credo que pensar y actuar para el cambio. En este contexto, una interesante acción de política prefigurativa sería, de hecho, convocar a debates en los que sea imposible conocer las afiliaciones grupales de las participantes. No las identidades sociales, económicas o culturales —esas necesitamos conocerlas para que el debate sea inclusivo y epistemológicamente rico, y se desenvuelva en estructuras menos sesgadas a favor de unas voces sobre otras—, sino las intrafeministas.

En realidad, eso es lo que hicieron las coordinadoras de este libro al buscar personas dispuestas a participar en un juego de análisis y reconstrucción progresista del derecho sin preguntar por sus adscripciones o posturas respecto de los temas más divisivos (reproducción subrogada, trabajo sexual...). Esperemos que ello inspire muchas otras iniciativas en el mismo sentido, y no solo en el ámbito judicial, sino también en el del poder legislativo, el extenso estado administrativo, los organismos autónomos y la presidencia y los altos mandos del poder ejecutivo, que son los primeros obligados a corregir injusticias y construir acción pública virtuosa. Por no hablar del sector privado, vinculado por la eficacia horizontal de los derechos.

En todos estos ámbitos hay patrones problemáticos identificados y en todos resultaría iluminador desplegar ejercicios prefigurativos. Modelar qué debe hacer una legisladora cuando presenta una iniciativa en un ámbito donde hay necesidad urgente de armonización y depuración normativa; modelar qué deben hacer el poder ejecutivo y la administración para prevenir o corregir discriminaciones por impacto disparejo en condiciones de trabajo y salarios; modelar qué debe hacer un hospital público o privado para atender apropiadamente a las personas con graves afectaciones de salud sexual y reproductiva. En estos y otros espacios hay demasiado por hacer como para que la natural y siempre saludable persistencia de desacuerdos bloquee iniciativas de acción conjunta para el cambio.

Francisca Pou Giménez

Introducción

El derecho de acceso a la justicia es un derecho instrumental que permite exigir el reconocimiento, promoción y garantía de los derechos humanos. Se trata de una prerrogativa fundamental en un Estado de derecho, toda vez que a través de esta se exige a las autoridades y a los particulares su apego al principio de legalidad y el respeto de los marcos legales que regulan sus relaciones. Así entendida, el acceso a la justicia es una herramienta para equilibrar las condiciones de acceso a los derechos, bienes y oportunidades en una comunidad. Exigir ante la autoridad jurisdiccional el cumplimiento de lo que es debido es la acción más evidente de lo que implica un Estado regido por leyes.

México se organiza bajo una Constitución democrática que se erige como la norma fuente del ordenamiento jurídico. En ella se reconoce que la base de la organización del Estado, del quehacer público y de las relaciones entre particulares es la dignidad humana, de la cual parte el reconocimiento de todos los derechos humanos. La razón para dividir el poder es el control de este para evitar la violación de los derechos. Los derechos y libertades frenan a la autoridad en su quehacer cotidiano y allí es donde se hinca la necesidad no solo de instaurar, sino de afianzar un Estado de derecho.

Acceder a la justicia es, pues, un derecho indisoluble en un Estado de derecho. Aquel Estado donde no puede acudirse ante la jurisdicción para exigir el cumplimiento de la ley y de la justicia difícilmente puede llevar ese apellido. Hoy día se ha entendido que no basta con el reconocimiento del principio de legalidad como el fundamento del Estado de derecho, sino que este debe construirse, además, atendiendo a los principios democrático y liberal, lo que conlleva, necesariamente, que se tenga como base el reconocimiento de los derechos humanos desde la perspectiva de la universalidad. Así, un Estado de derecho no es solamente un

Estado de leyes, sino uno cuyas leyes estén enmarcadas dentro de los límites de los derechos humanos y el principio democrático.

En este sentido, desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se establece que un Estado tendrá una Constitución (democrática) si tiene reconocidos los derechos humanos y funciona bajo el principio de la división de poderes, lo cual implica precisamente el fundamento de la organización del orden legal. El respeto a la ley y a la justicia se erigen como principios fundamentales del Estado de derecho; por ello, el derecho de acceso a la justicia garantiza el cumplimiento de sus principios, pues permite señalar y rectificar cuando se da una acción u omisión que violenta esos principios fundamentales.

Así, en un Estado democrático de derecho, el acceso a la justicia es incontrovertible y, por tanto, se requiere garantizar la igualdad en el reconocimiento y ejercicio del mismo. Entonces, acceder a la justicia sin discriminación es esencial para garantizar no solo el Estado de derecho, sino la plena efectividad de los derechos humanos, que descansan sobre la existencia del acceso a la justicia.

Entendiendo que los sistemas históricos de opresión, como el racismo, el sexismo y la misoginia, se encuentran arraigados en las normas, no solo jurídicas, sino sociales, culturales, políticas, económicas, etc., resulta indispensable el uso de metodologías que permitan eliminar los prejuicios y estereotipos que permean la impartición de justicia y que posibiliten garantizar la eficacia en el acceso a la justicia.

En el orden social y económico que impera en el mundo, ser mujer continúa siendo un motivo para no gozar de manera plena de los derechos humanos, particularmente: del derecho a la educación, al trabajo, a la salud, a la vida, a la integridad personal, a la no discriminación y, principalmente, del derecho a vivir libres de violencia, solo por mencionar algunos.

Las circunstancias de vida de las mujeres siguen siendo menos benéficas que las de los hombres, ya que seguimos viviendo en planos de desigualdad, discriminación, violencia y opresión. Ese contexto en el cual vivimos debe ser visible y tomado en cuenta en las disputas judiciales en las que las mujeres seamos

parte; es decir, deben ser vistas, analizadas y juzgadas, y ello con perspectiva de género.

Las sentencias son la voz de las y los juzgadores, por ello, la impartición de justicia con perspectiva de género requiere abandonar la visión tradicional y androcéntrica de la justicia. También pide que quienes juzgan "se quiten" sus prejuicios de género y se erijan como agentes de transformación social; que sus decisiones sean una aportación para erradicar el sistema patriarcal y de desigualdad en el que vivimos las mujeres y otras personas que pertenecen a grupos en desventaja. Así, el uso de la metodología de la perspectiva de género resulta no solo relevante, sino además ineludible, para garantizar un acceso a la justicia eficaz y libre de prejuicios. Alcanzar la justicia social pasa por eliminar las manifestaciones de la opresión y la labor de las personas juzgadoras, en este sentido, resulta crucial.

En las disputas judiciales en las que participa una mujer u otra persona que enfrenta discriminación por motivos de género, edad, discapacidad, religión, condición de migrante, su autoadscripción como indígena o afrodescendiente, o cualquier otro motivo, quienes juzgan deben utilizar la perspectiva de género para *"ver"* que las mujeres y los hombres no gozan de los derechos humanos en pie de igualdad; por tanto, es necesario que en el campo judicial se igualen sus condiciones, y eso es posible mediante el uso de la perspectiva de género.

No solamente los marcos normativos sustantivos y procesales están construidos a partir de visiones basadas en roles de género, sino que las prácticas e inercias cotidianas en la impartición de justicia llevan a la reiteración de prejuicios, estereotipos, prácticas violentas y estigmas que influyen en la valoración y determinación de los asuntos sometidos a la jurisdicción. La perspectiva de género se erige como una herramienta que permite visibilizar esas dinámicas de opresión que reproducen la discriminación y las violencias en la impartición de justicia. Históricamente, siempre se nos ha presentado a la justicia como aquella que, para ser imparcial, debe no mirar a las partes. La imagen de la justicia ciega ha sido la alegoría de una justicia justa, recta, honesta, equitativa, objetiva. Pero la realidad es que para serlo no se requiere dejar de mirar a las personas y sus contextos, sus circunstancias.

Así, la invitación de la perspectiva de género incentiva a que las personas juzgadoras miren a las partes, sus contextos, sus realidades; cómo les cruzan los sistemas de opresión y privilegio; cómo las normas tienen impactos directos o diferenciados en las personas; cómo una resolución podría, desde un cierto enfoque, ser legal, pero injusta y contraria al principio de igualdad. El uso de la perspectiva de género no propone infringir el principio de legalidad, al contrario, invita a observar los hechos desde una mirada incluyente y comprensiva de la desigualdad entendida como subordinación; a analizar las normas entendiendo que en ellas se han arraigado los sistemas de opresión reproduciendo estereotipos y prejuicios; a resolver siendo justas y previendo los impactos que en la realidad inequitativa pudieran tener sus resoluciones.

En suma, la perspectiva de género es una palanca que busca afianzar la universalidad del derecho de acceso a la justicia. Ser mujer, al igual que ser una persona indígena, afro, con discapacidad, o de la diversidad sexual o de género, no puede ser una razón para que el derecho de acceso a la justicia se vea limitado o carezca de efectividad.

Es así que el principal objetivo de este libro es demostrar que la resolución de un caso puede ser elaborada con perspectiva de género y, al mismo tiempo, estar correctamente fundada, motivada, argumentada y ser legalmente viable. El ejercicio se centra en mostrar que es posible una resolución apegada a derecho que, además, atienda a la desigualdad y busque, en el contexto de los hechos planteados, una resolución que la desmantele y haga justicia.

En ese sentido, este texto es diferente a otros y forma parte de una serie de "proyectos y libros hermanos"[1] iniciados por la Corte de Mujeres de Canadá (*Women's Court of Canada*) emprendidos por un grupo de mujeres en 2008 con la propuesta de *revisitar* sentencias de la Corte Suprema de ese país. Las primeras seis sentencias reescritas fueron publicadas en ese mismo año en el *Canadian Journal of Women and the Law*. El objetivo de dicho

[1] En este sitio pueden consultarse todos: *https://fjpindia.wixsite.com/fjpi/sister-projects*

proyecto era señalar "*cómo se vería la igualdad si fuera el principio prioritario en las resoluciones judiciales*". Este proyecto fue más tarde replicado por mujeres tanto de la academia como litigantes y activistas en Reino Unido, Estados Unidos, Australia, Irlanda, Nueva Zelanda, y más recientemente, en la India. Los proyectos resultaron en libros como el que ahora tienes en tus manos; pero también en talleres y seminarios que buscan evidenciar la relevancia de poner al centro la igualdad y que la resolución de conflictos sea una búsqueda genuina por la justicia; una que tenga en el centro a las personas en toda su dignidad.

La novedad de este proyecto mexicano es que se trata del primer proyecto de reescritura de sentencias con perspectiva de género en América Latina, en la que predomina la tradición legal continental. En efecto, los proyectos antes referidos son todos de países donde la tradición legal es anglosajona y la construcción de precedentes judiciales opera bajo lógicas diferentes. Aun cuando la pureza de ambos sistemas se desvanece con el tiempo y el sistema mexicano busca reforzar cada vez más el valor del precedente, nuestro sistema legal sigue la tradición del derecho codificado. De ahí el valor agregado de este proyecto: resolver los asuntos con la normativa vigente al momento de su resolución original, para mostrar que el apego a la ley puede hacerse bajo la lente de la perspectiva de género.

Evidentemente, la obra propone un ejercicio peculiar porque se basa en 14 resoluciones que fueron analizadas por una dupla de expertas: una de ellas reescribió con perspectiva de género la sentencia original, mientras que la otra elaboró un comentario sobre la sentencia. Así, cada tema se aborda tanto desde la perspectiva de la juzgadora, mediante la reescritura, como de la teoría, mediante el análisis de la sentencia original y/o la reescrita. La propuesta es no solo tener el resultado, es decir, la resolución con perspectiva de género, sino los fundamentos teóricos para llegar a esta.

La obra incluye sentencias de primera instancia, de apelación, de amparo, una contradicción de tesis y una orden de protección. Las materias son variadas: penal, familiar, civil y laboral. Con esta diversidad de instancias y de materias, el texto demuestra que, si la metodología de la perspectiva de género es correctamente

entendida y aplicada, puede ser usada en todas las instancias y en todas las materias. Este punto también demuestra —lamentablemente— que la falta de la integración de la perspectiva género en el quehacer jurisdiccional en nuestro país no se limita al fuero local, sino que abarca todas las instancias y diversas materias del derecho. Es por ello que la capacitación del personal jurisdiccional sigue siendo una cuestión prioritaria para lograr impartir justicia "de forma más justa".

Ahora bien, tanto la reescritura como el comentario analizan el contexto del caso; las normas que generan desigualdad estructural y discriminación indirecta; se hacen la pregunta por las mujeres y aplican las fuentes del derecho nacional e internacional con perspectiva de género. Asimismo, la reescritura de la sentencia y el comentario enfatizan el estudio de estereotipos de género, la homofobia, la edad, la raza o la clase, la discriminación o la violencia en contra de las mujeres, y realizan el análisis de interseccionalidad cuando es pertinente.

Es muy importante resaltar que las sentencias fueron reescritas con la misma ley aplicable (normas, jurisprudencia nacional e internacional, protocolos y doctrina) vigente en el momento en que se emitió la sentencia original. La reescritura de la sentencia también se limitó de acuerdo con el tipo de recurso interpuesto, los hechos del caso, la litis planteada, los argumentos y la prueba; es decir, el asunto fue tomado en su originalidad: no se inventaron o añadieron hechos o pruebas o argumentos, sino que fue resuelto tal y como se presentó el caso, y como si la autora fuese la juzgadora original. Lo que cambió fue "el cómo" resolver el asunto, con las herramientas jurídicas existentes al momento de la resolución.

Es importante señalar que tampoco se cambiaron los datos de localización de las resoluciones. La intención es que estas sean plenamente identificables para que tú, que lees este libro, puedas consultarlas. Lo que sí cambió de las resoluciones originales fue el nombre de todas las partes en el proceso: *todos los nombres son ficticios.*

Asimismo, las resoluciones reescritas están elaboradas en un lenguaje fácil de entender, ya que se procuró no reproducir los mismos vicios que aparecen en las sentencias en México, como

la falta de claridad, particularmente debido al uso de tecnicismos jurídicos que, en muchas ocasiones, no son entendibles para quien recibe la resolución.

Por su parte, el comentario a la sentencia es de corte académico y crítico. Su principal objetivo es evidenciar los problemas y los obstáculos que presentó el caso en concreto y las deficiencias de la sentencia, además de proporcionar elementos sobre qué debió haber hecho la o el juzgador para juzgar el caso con perspectiva de género.

El doble análisis de la sentencia pretende mostrar cómo la aplicación de la perspectiva de género al momento de la decisión, junto con las normas jurídicas, la jurisprudencia nacional e internacional, entre otras herramientas, hacían posible una solución que respetara e hiciera efectivos los derechos humanos de las mujeres.

Los temas que aborda la obra son: guardia y custodia; pensión alimenticia retroactiva a menores; compensación a mujeres divorciadas que se dedicaron a las tareas del hogar; filiación; discriminación en contra de las mujeres que viven con discapacidad; discriminación en contra de las mujeres lesbianas; mujeres sentenciadas por perpetrar delitos bajo contextos de violencia; interrupción legal del embarazo (derecho sexuales y reproductivos); derechos de las trabajadoras del hogar y violencia en contra de las mujeres.

En materia familiar, las sentencias versan sobre conflictos familiares en los que a una madre se le quita la guardia de su hijo por no cumplir con los cánones de "las buenas madres", en una sentencia fundada en estereotipos de género. Asimismo, incluye una sentencia sobre la discriminación en el ámbito laboral en contra de una mujer con discapacidad; un juicio familiar sobre la cancelación de alimentos a una mujer que toda su vida dependió de su marido y a quien, al momento del divorcio, se le niega la pensión. Igualmente se presenta el asunto de un juicio ordinario familiar sobre el reconocimiento de paternidad. En este caso, la actora —alegadamente— se embarazó mediante una inseminación artificial hecha en casa, sin el consentimiento del padre biológico del niño, y luego le demanda del reconocimiento de paternidad.

El último asunto de la rama familiar es una sentencia de amparo directo sobre un divorcio necesario que demandó un marido que abandonó a su familia para ir a trabajar a Estados Unidos, y nunca les mandó ayuda económica ni a su esposa ni a les hijes. La esposa le demanda alimentos de manera retroactiva para les hijes y una pensión compensatoria para ella, quien, al verse abandonada por él, se vio en la necesidad de sacar adelante a sus hijes sola, bajo circunstancias precarias que generaron un detrimento en su salud.

En materia penal, se presenta un asunto sobre discriminación en contra de una madre lesbiana, que es denunciada por su exmarido por "pervertir" a su hija. Asimismo, se presenta el caso de una mujer que asesina a su esposo con motivo de la violencia que este generaba en contra de ella. En este asunto se analizan las causas de exclusión del delito, particularmente la legítima defensa, como una posible opción para juzgar con perspectiva de género a mujeres perpetradoras de homicidio en contextos de violencia en los que ellas son víctimas.

En la parte penal también se incluye la sentencia de un amparo directo en el que la quejosa es una mujer acusada de haber perpetrado el homicidio de su pareja sexual junto con dos hombres que también eran sus parejas sexuales. Se le consideró como coautora material, pero la quejosa ni siquiera estuvo presente en el momento y lugar del homicidio de su pareja sexual. Este es un caso en el que a la mujer se le juzga y encarcela con base en estereotipos de género: el juez la castiga por tener tres parejas sexuales al mismo tiempo, dos de ellos hermanos.

En el bloque de la materia penal también se encuentra un acuerdo emitido por un tribunal colegiado de circuito derivado de una sentencia de amparo directo. En efecto, en la secuela procesal del caso, a la quejosa se le otorgó el amparo para que la autoridad responsable juzgara el homicidio de su hija con perspectiva de género, por estar motivado en razones de género. En la nueva sentencia de amparo se citan las tesis emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre perspectiva de género, pero dicha metodología en realidad no se aplica. A pesar de ello, el acuerdo de cumplimiento estima que sí se cumplió con lo solicitado, es decir, consideró que sí se satisfacían los estándares para juzgar con perspectiva de género.

La última sentencia del bloque penal es una apelación sobre una chica que fue violada cuando se encontraba en estado de ebriedad. A pesar de ello, el juez considera que, al no ser demostrable la cantidad de alcohol en la sangre, ella consintió la relación sexual, y por eso no configura el delito violación equiparada. El punto central de la discusión es el consentimiento de la relación sexual en contextos en los que la mujer no puede darlo.

En materia laboral únicamente fue incluida la sentencia de una trabajadora del hogar que es despedida de manera injustificada. Esta sentencia muestra las relaciones de poder entre la empleadora y la trabajadora, así como el régimen de explotación en el que laboran la mayor parte de las trabajadoras del hogar en México.

El libro también incluye una sentencia de amparo indirecto en materia de interrupción legal del embarazo que estudia el caso de una niña que es violada y embarazada, pero el Ministerio Público le niega la autorización para realizarse el aborto legal.

En materia de violencia familiar, el libro incluye una contradicción de tesis resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que se exige que las víctimas de violencia familiar narren de manera detallada la violencia que enfrentan para que proceda su denuncia. Este criterio denota la falta de conocimiento sobre cómo funciona la dinámica de la violencia que se da en el ámbito familiar.

La última resolución es una orden de protección para una mujer que también enfrentó violencia familiar. La determinación original y la reescrita son las mismas: ambas otorgan la orden de protección, pero la orden de protección reescrita narra los hechos con enfoque de género, analiza el fenómeno de la violencia familiar, e incluye mecanismos de seguimiento a la orden de protección, los cuales son de implementación casi nula en nuestro país.

Queremos mencionar que este proyecto ha sido producto de un genuino interés y convicción de poco más de 40 mujeres que contribuyen a construir un país más justo e igualitario, para tener en México un texto que demuestre que es posible impartir justicia con perspectiva de género con las herramientas legales vigentes. Ellas: juzgadoras, académicas, activistas, litigantes, funciona-

rias; todas las mujeres que aportaron a este proyecto y las que finalmente lograron contribuir mediante la escritura, fueron y seguirán siendo piezas fundamentales de que hoy podamos tener este libro en nuestras manos. Las ocupaciones cotidianas, tanto profesionales como personales y familiares, impidieron que algunas de ellas lograran contribuir con un texto al proyecto, pero no quisiéramos dejar de reconocerlas en estas líneas. Gracias.

Finalmente, esta obra pretende convertirse en una herramienta no solo para las personas juzgadoras, sino para el alumnado de las carreras de Derecho, litigantes, docentes y, en general, para el foro jurídico. *La impartición de justicia debe quitarse la venda de los ojos y mirar a las partes*; debe atender los contextos de desigualdad y subordinación, las situaciones de desventaja y vulnerabilidad, la precariedad y la violencia. La interpretación de la ley no puede pasar por alto que la creación y aplicación de las leyes continúa —desafortunadamente— reproduciendo roles de género, prejuicios y estereotipos asociados a cómo debería ser una mujer. Impartir justicia requiere de su identificación, visibilización y eliminación. De otra manera no es justicia, sino administración de leyes.

Geraldina González de la Vega Hernández
Isabel Montoya Ramos
Ciudad de México, junio de 2022

SECCIÓN I
SENTENCIAS EN MATERIA CIVIL Y FAMILIAR

Resumen
de la resolución original

Datos	Sentencia de la controversia del orden familiar 1147/2009. Sentencia del fuero local del Distrito Federal (hoy Ciudad de México).
Hechos	Esta sentencia fue dictada por el juez cuadragésimo segundo de lo familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal el 6 de diciembre de 2010. Los hechos esenciales del caso son que el padre del niño demandó a la madre lo siguiente: *i)* la guarda y custodia del niño; *ii)* el pago de pensión alimenticia suficiente para satisfacer las necesidades del niño; *iii)* la cesación de la violencia cometida en el ámbito familiar, y *iv)* el pago de las costas del juicio.
Determinación	Las resoluciones más relevantes del juez son las siguientes: decidió quitarle la guarda y custodia a la madre para dársela al padre y la condenó al pago de la pensión alimenticia; estableció el régimen de convivencias entre el niño y la madre y ordenó terapias psicológicas para los tres miembros de la familia.

Controversia del orden familiar 1147/2009. Caso de la "mala madre" (determinación de guarda y custodia)

Laura García Velasco

México, Distrito Federal, a 6 de diciembre de 2010.

VISTOS para resolver en definitiva los autos relativos al juicio con controversia del orden familiar promovido por el señor César Bosa, por su propio derecho y en nombre y representación de su menor hijo, Jaime Bosa Allen, en contra de la señora Karla Allen.[1]

I. R E S U L T A N D O

1. Mediante escrito presentado ante la Oficialía de Partes Común en Materia Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el día 4 de agosto de 2009, y recibido en este Juzgado Cuadragésimo Segundo de lo Familiar del Distrito Federal el día 5 del mismo mes y año, el señor César Bosa, por su propio derecho y en nombre y representación de su menor hijo, Jaime Bosa Allen, demandó en la vía controversia del orden familiar, de la señora Karla Allen, las siguientes prestaciones:

A. El pago de una pensión alimenticia bastante y suficiente para satisfacer las necesidades de nuestro menor hijo de nombre Jaime Bosa Allen

B. El aseguramiento de dicha pensión en términos del artículo 317 del Código Civil.

C. La guarda y custodia del menor Jaime Bosa Allen a favor del suscrito.

D. La cesación de la violencia familiar que se ha dado en el seno familiar.

E. El pago de los gastos y costas que se originen con motivo del presente juicio.

2. Previo desahogo de prevención se ordenó, entre otros aspectos procesales, notificar y emplazar a juicio a la señora Karla Allen, para que dentro del término procesal concedido

[1] Los nombres de las partes en conflicto han sido modificados para los propósitos del presente trabajo académico.

para tal efecto diera contestación a la demanda instaurada en su contra y, en su caso, manifestara lo que a su derecho conviniera, señalándose día y hora para que tuviera verificativo la audiencia de desahogo de pruebas.

3. La señora Karla Allen contestó la demanda, negando al actor la procedencia de las prestaciones reclamadas, oponiendo las excepciones y defensas que estimó conducente a sus intereses. Asimismo, en dicho escrito *reconvino* del señor César Bosa las siguientes prestaciones:

A. El acatamiento de la resolución que dicte su Señoría en la cual se establezca en mi favor la guarda y custodia provisional y, en su momento, definitiva de mi menor hijo de nombre Jaime Bosa Allen.

B. El pago de una pensión alimenticia provisional y, en su momento, definitiva a favor de la suscrita y de mi hijo, a razón del 50% (cincuenta por ciento) de las percepciones ordinarias y extraordinarias que percibe el señor César Bosa en la institución en que labora, en el puesto de Tesorero.

C. La liquidación de la sociedad conyugal que constituimos los contrayentes con fecha 15 de octubre de 2004.

D. El pago de la cantidad de 185 000 (ciento ochenta y cinco mil euros, moneda en curso legal en la Unión Europea), para liquidar el adeudo contraído con la institución bancaria Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, tal y como se desprende de las capitulaciones matrimoniales.

E. El acatamiento de la resolución que dicte su Señoría, en la cual se establezca que César Bosa ha perdido su derecho a la parte correspondiente y los bienes de la sociedad conyugal, al haber malversado, ocultado, dispuesto y administrado los bienes de la sociedad conyugal con dolo, culpa y negligencia.

F. El pago de los daños y perjuicios ocasionados por César Bosa al haber malversado, ocultado, dispuesto y administrado los bienes de la sociedad conyugal con dolo, culpa y negligencia.

G. La pérdida de la patria potestad que ejerce César Bosa sobre mi menor hijo Jaime Bosa Allen.

H. El pago de gastos y costas que origine el presente juicio.

Para ello se fundó en los hechos narrados, preceptos de derecho y pruebas que estimó pertinentes a sus intereses procesales.

4. Por auto de 2 de septiembre de 2009, mismo que se encuentra firme al no haber sido recurrido por ninguna de las partes, se tuvo a la demandada dando contestación

a la demanda instaurada en su contra; se admitió a trámite la reconvención planteada, únicamente respecto de las prestaciones reclamadas en los incisos A), B), D) y H), y no así el resto, en virtud de que las mismas tienen una tramitación distinta prevista en la legislación adjetiva civil para el Distrito Federal, aunado a que no se trata de los supuestos normativos que regulan las controversias del orden familiar; se ordenó notificar y emplazar al enjuiciado reconvenido para que diera contestación a la demanda reconvencional promovida. Asimismo, se admitieron las pruebas ofrecidas por la demandada principal y actora reconvencionista.

5. Seguidos los trámites de ley, se celebró la continuación de la audiencia de desahogo de pruebas, las partes alegaron lo que a su derecho convino, y se ordenó pasar los autos a la vista de la suscrita juzgadora para dictar la resolución correspondiente.

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

6. Competencia. Este juzgado es competente para conocer y resolver tanto de la controversia principal como de la reconvencional, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1, 2, 52, fracción II, de La Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 156, fracción XIII, y 160 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

7. Legitimación. La legitimación y personalidad de las partes, así como, del menor Jaime Bosa Allen, representado por sus progenitores en términos de lo establecido por los artículos 425 y 427 del Código Civil para el Distrito Federal y 45 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, quedaron debidamente acreditadas en autos con el acta de inscripción del estado civil de los mexicanos adquirido en el extranjero que obra a foja 37 y el acta de nacimiento del menor arriba citado, documentales a las que, al tratarse de instrumentos públicos, se les concede valor probatorio pleno, de conformidad con lo establecido por los artículos 327, fracción IV, y 403 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

8. Estudio de fondo (demanda principal). Para estar en aptitud de analizar detalladamente las pretensiones sustentadas por ambas partes, tanto en lo principal como en la reconvención, por cuestión de método se procede a estudiar primero la demanda principal, en concreto la pretensión contenida en el inciso C (guarda y custodia), pues, la misma tiene impacto sobre las especificadas en los incisos A y B, en razón de que su resultado altera o modifica la legitimación en la causa para, en su caso, resolver en términos de la legislación civil aplicable, las prestaciones que de forma recíproca se han reclamado en este proceso las partes, consistentes en el derecho a pensión alimenticia definitiva, así como su aseguramiento a favor de su menor hijo.

9. Ahora bien, la determinación de la guarda y custodia de un menor de edad exige de las y los jueces considerar, ante todo, el interés superior del niño, niña o adolescente, ya que, en el orden interno, conforme al artículo 4 de la Constitución Federal y la Ley de los Derechos del Niño y de la Niña en el Distrito Federal,[2] constituye el principio rector en las acciones y decisiones de las autoridades de la entidad, incluida la función judicial.

10. En el orden internacional, México ha ratificado la Convención de los Derechos del Niño,[3] que obliga a los Estados parte, en cualquier medida que tomen las autoridades estatales, inclusive los tribunales, a atender de forma primordial el interés superior del niño (art. 3, párr. 1).[4] Asimismo, del análisis de este instrumento internacional se advierte que el interés superior del niño y la niña es un principio rector en todas las acciones estatales que incidan en los derechos de las y los menores de edad.

11. Cabe precisar que la obligación de proteger a los niños, niñas y adolescentes se estableció desde antes de la citada Convención, en diversos instrumentos internacionales, como en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 23 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10), así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al señalar que todo niño debe recibir "las medidas de protección que su condición de menor requieren" (art. 19).

---

2 Artículo 4.- Son principios rectores en la observancia, interpretación y aplicación de esta Ley, los siguientes:
I. El Interés Superior de *las* niñas y niños. Este principio implica dar prioridad al bienestar de las niñas y niños ante cualquier otro interés que vaya en su perjuicio.
[…].
Artículo 5.- De manera enunciativa, mas no limitativa, conforme a la presente Ley, las niñas y niños en el Distrito Federal tienen los siguientes derechos:
B) A la identidad, Certeza Jurídica y Familia:
[…]
IV. A vivir y crecer en el seno de una familia, conocer a sus progenitores y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos, aún en el caso de estar separados, salvo si ello es contrario al interés superior de la niña y niño;
[…].

3 Se ratificó el 21 de septiembre de 1990 y fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991.

4 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial será el interés superior del niño.

12. El Comité de los Derechos del Niño, como organismo encargado de la interpretación de la Convención, ha enfatizado que

> […] Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente.[5]

13. Por su parte, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha referido a este este principio en el sentido de que "En términos de los artículos 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño […]; y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, *los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño*, en todas las medidas que tomen concernientes a estos".[6]

14. La misma Sala ha sostenido que el interés superior del niño, "Implica entre otras cosas tomar en cuenta aspectos relativos a garantizar y proteger su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos, como criterios rectores para la elaboración de normas y aplicación en todos los órdenes relativos a la vida del niño, de conformidad con lo establecido en el texto constitucional y la Convención sobre [los] Derechos del Niño".[7]

---

5 Observación General núm. 5, 2003, párr. 12.

6 Véase la tesis de rubro y texto: Interés superior del niño. Su concepto. En términos de los artículos 4o., párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991; y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con los menores, deben atender primordialmente al interés superior del niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado mexicano el 16 de diciembre de 1998) de la siguiente manera: "'la expresión interés superior del niño' implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño". Décima Época, tesis de jurisprudencia 1a./J. 25/2012 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, lib. XV, t. I, diciembre de 2012, p. 334. Registro digital: 159897.

7 Véase la tesis de rubro: Derechos derivados de la patria potestad (Código Civil del Estado de México). Novena Época, tesis aislada 1a. CXI/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVIII, diciembre de 2008, p. 236. Registro digital: 168337.

15. La legislación civil del Distrito Federal[8] establece una preferencia legal para que la madre tenga la guarda y custodia de los menores de 12 años, a excepción de los supuestos que la propia norma prevé: *i)* en casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora, o bien, *ii)* cuando exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos.

16. No pasa inadvertido que, en el caso, derivado de la salida del señor César Bosa del domicilio conyugal, precisamente es la madre del menor quien actualmente tiene la guarda y custodia; sin embargo, de acuerdo con los criterios del Máximo Tribunal, para determinar si un menor de edad debe quedar bajo la guardia y custodia del padre o de la madre, la herramienta que permitirá dar respuesta a tal interrogante es la aplicación de los principios a la igualdad (reconocido en los artículos 1 y 4, párrafo primero, de la Constitución Federal) y el principio rector del interés superior del menor (reconocido en el propio artículo 4).

17. En efecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 745/2009,[9] estableció que la Constitución Federal no sujeta la decisión de separar a un menor de edad de su padre o madre a la presunción de que la permanencia con esta última tendrá en el menor el efecto de un pleno crecimiento y desarrollo integral; así, el juez o jueza cuenta con la prerrogativa de valorar las circunstancias particulares para garantizar el respeto a sus derechos. Para tal examen, siempre deberá considerar que hombres y mujeres son iguales ante la ley, y, en específico respecto del cuidado y protección de sus hijos, ambos tienen la obligación de velar por el interés superior del menor.[10]

---

8 Artículo 282. Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; asimismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:
B. Una vez contestada la solicitud:
[…]
II. - Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio.
En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.
Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos […]. (cursivas añadidas).

9 Amparo directo en revisión 745/2009, resuelto por la Primera Sala de la SCJN, en sesión de 17 de junio de 2009.

10 *Idem*.

18. Por tanto, para esta juzgadora, la presunción de la ley de que es la madre a quien se le debe otorgar preferentemente la guarda y custodia de sus hijos e hijas se basa en estereotipos de género[11] que, en casos como el presente, preconciben a las mujeres como las que, por *su naturaleza*, esto es, por el solo hecho de *ser* mujeres, son más aptas para realizar las tareas de cuidado de los menores.

Es a las mujeres a quienes *naturalmente* se les ha exigido estar presentes en el hogar –con independencia de que a la par realicen un trabajo externo o desempeñen una profesión– para ocuparse de todas las tareas de cuidados y bienestar de sus hijos e hijas, porque ese rol les ha sido asignado *tradicionalmente* a partir de un reparto de funciones entre hombres y mujeres únicamente en mérito de su sexo, y que, en general, visualiza a estas últimas en roles de amas de casa y madres. De ahí la presunción legal que la legislación civil del Distrito Federal contiene.

19. No obstante dicha medida legislativa, lo que esta juzgadora deberá proteger es que la decisión de quien deba tener la guardia y custodia del menor César Bosa Allen atienda en todo momento al interés superior del niño, para garantizar su pleno crecimiento y desarrollo integral, y esta decisión debe respetar en todo momento el principio de igualdad entre los ascendientes.

20. En la demanda principal, el actor sostiene los siguientes hechos como base de su pretensión de guarda y custodia:

> Mi hijo nació en diciembre de 2006 y cuando quise bautizarlo ella se negó dado que no cree en Dios. Dice que es para ignorantes creer en eso, y a la fecha el niño no está bautizado. En una ocasión traté de bautizarlo a escondidas y hubo una discusión en la que me corrió del departamento.
>
> El sábado 11 de julio de 2009 estábamos en el domicilio conyugal platicando sobre el divorcio y posteriormente me metí a bañar con mi hijo, por lo que, sin consentimiento mío, tomó mi celular y se puso a revisar todo lo que tenía ahí. Encontró el mensaje de una amiga y empezó a decirme que la estaba engañando, me insultó, enfrente del niño diciéndome: "cabrón, hijo de puta". Inclusive se me fue a golpes dándome puñetazos en el pecho y en la cara corriéndome de la casa y avisándoles a mis papás. Les dijo que yo la engañaba. Mis

[11] Para entender este concepto, es ilustrativo lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que, por *estereotipo de género* se entiende la preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, los cuales reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades, por lo que la creación y el uso de estereotipos de género se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer. Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 401.

padres bajaron con el vigilante y vieron cómo Karla Allen estaba tirada en el pasillo afuera del departamento, insultándome y a mi familiar también. Inclusive, a mí me jaloneo diciéndole que yo era un mal nacido que era de lo peor, que la engañaba, que si ese era el Dios en el que creíamos era un Dios de mierda.

De la misma manera, temo por la inseguridad de mi hijo ya que con el carácter que tiene, es capaz de todo con tal de molestarme, por lo que pido desde este momento se me otorgue la guarda y custodia de mi menor hijo. Él ha presenciado actos de violencia que su señora madre ha ejercido hacia mi persona, inclusive al niño le grita de cualquier cosa, sobre todo si no le hace caso, por lo que mi hijo está traumado con tanto grito y de la forma como lo trata.

Asimismo, hago del conocimiento de su Señoría que el comportamiento y maltrato hacia nuestro menor hijo también se ha reflejado en su escuela. Durante las tres últimas semanas Karla Allen se ha dedicado a salir en repetidas ocasiones llegando al domicilio hasta altas horas de la madrugada dejando a mi hijo Jaime Bosa Allen al cuidado de la empleada doméstica. El niño está muy descuidado, tanto en su aseo personal como en su alimentación inclusive llega a la guardería sin bañarse, con la misma ropa del día anterior, oliendo muy mal, más delgado y con desatención evidente pues las maestras de la guardería me han comentado que mi hijo se ve mal tanto en su aseo personal como en su semblante ya que lo notan muy triste.

Asimismo, me manifestaron que en algunas ocasiones la señora Karla Allen ha llevado enfermo al niño a la guardería y una vez que él tenía mucha fiebre se le habló a la mamá para que fuera por él, a lo que les dijo que no tenía tiempo, que lo metieran a la alberca para que se le bajara la temperatura. También me informaron que, con relación a la comida de mi hijo, durante todo un año su mamá se empeñó en mandarles la misma papilla. Las maestras de la guardería le comentaron, en repetidas ocasiones, que esa papilla no era una alimentación completa para el desarrollo del niño, sin embargo, dichas recomendaciones fueron ignoradas y durante un año el niño comió esa papilla a base de plátano, yogurt y galletas "Marías". Con lo que se demuestra el descuido que tiene hacia mi menor hijo, ya que cualquier madre, si tiene enfermo a un hijo, no le importa dejar lo que estuviere haciendo, para llevarlo al médico, y se preocupa porque tenga una buena alimentación, lo que ella no ha hecho.

21. Las pruebas que el actor exhibió para demostrar su pretensión acerca de que la custodia y guarda de su hijo menor de edad deben otorgársele son las siguientes:

Documental privada. Consistente en la constancia expedida por la directora general del colegio al que asistía anteriormente el menor Jaime Bosa Allen, en la cual se señalan una serie de hechos:

a) falta de higiene y limpieza en la persona y vestimenta del infante, pues el menor llega a la guardería con ropa sucia y sin bañarlo, con olor desagradable;

b) desatención alimentaria, ya que los alimentos enviados por la progenitora a la guardería para el consumo diario del menor, en forma constante, son productos de consumo carentes de nutriente alguno;

c) desinterés en la salud del niño en razón de que cuando a la madre se le hizo saber que el niño presentaba temperatura, no acudió al colegio para atender su salud;

d) falta de preocupación en el desarrollo emocional del niño, ya que no lo lleva a actividades recreativas como natación. Tampoco lo lleva a otras actividades para que él mejore su desarrollo académico, motriz e intelectual, pues no permite que su hijo acuda a terapia de lenguaje y no cumple con las distintas manualidades y no lleva el material de trabajo solicitado por las maestras para las actividades académicas. Existe un incumplimiento total a las obligaciones de crianza del menor, al permitir que él presencie actos de violencia que afectan su desarrollo psicológico, por ejemplo, hablar mal de su progenitor frente a los padres de familia de la guardería;

e) estos eventos sucedieron en las últimas semanas, posterior a que las partes se encontraran separadas y

f) La parte demandada objetó estos hechos en su contestación a la demanda.

Documental privada. Ofrecida como superviniente. Consistente en la copia simple de la constancia expedida por la directora general del colegio, que contiene un informe detallado y dirigido a la señora Karla Allen, en el que se describe el motivo por el cual el colegio cerró sus instalaciones algunos días después del mes de agosto de 2009, según el calendario escolar. Tal información se le hizo saber en la primera junta de padres de familia llevada a cabo al inicio del ciclo escolar 2008-2009.

Documental privada. Expedida también por la directora del colegio, quien, en un informe detallado dirigido al señor César Bosa, le hacía notar el comportamiento negativo asumido por la señora Karla Allen en septiembre de 2009. En efecto, la señora Karla Allen se presentó al colegio y solicitó a la coordinadora una carta con papel membretado y sello oficial de la escuela en el que se describiera que el señor César Bosa, desde el 1 de julio de 2009, no iba a visitar a su hijo; que él había ido a pagar los libros sin la autorización de ella y que se anotara que un día había sido golpeada por el señor César Bosa. Dichas situaciones no ocurrieron, tal como lo indicó la persona que expidió la documental.

Documental privada. Que consistió en la constancia médica de fecha 16 de noviembre de 2009 expedida por la pediatra de cabecera del niño Jaime Bosa Allen, y en la que se señala que, al ser examinado por su pediatra, se determinó que presenta un peso clínico menor al de su edad.

La testimonial de los señores Bruno Bosa y Mariana Cymmerman (padres del señor César Bosa, demandante principal en la presente controversia), quienes en audiencia, el primero de ellos dio contestación a la sexta pregunta formulada por su oferente de la manera siguiente: "SEXTA.- Que el testigo sabe y le consta el trato que le da la demandada a su

menor hijo Jaime Bosar Allen; que lo maltrataba psicológicamente, ya que lo ponía viendo a hacia la pared para que supuestamente pensara lo que había hecho; le gritaba que su papá no lo quería; no lo "pelaba". También había cosas inadecuadas en otras cuestiones como del cuidado del niño. Aparentemente la atención era buena, pero ella siempre buscaba que yo bañara al niño o lo cambiara".

Al contestar la segunda pregunta con relación con la sexta pregunta directa formulada por la contraparte, manifestó "Que el testigo sabe del maltrato psicológico, ya que la señora Karla Allen siempre está gritando y que el niño se tapa los oídos para no oír. La manera en la que ella habla es siempre mediante gritos; cuando hay un problema incluso lo hace más fuerte". El testigo concluyó que la señora Karla Allen siempre le grita a su hijo Jaime Bosa Allen.

22. Como se advierte, el actor principal sostiene la pretensión de obtener la guarda y custodia de su menor hijo, principalmente con argumentos que pretenden demostrar que la señora Karla Allen no ha sido una "buena madre" con motivo de la falta de atención en su cuidado –desaseo–; mala alimentación –dieta incorrecta y bajo peso para su edad–; vida personal –ha salido por las noches dejando al menor al cuidado de su empleada doméstica–; carácter –explosivo y violento–; violencia hacia el actor, e inclusive por aspectos religiosos como negarse al bautizo del menor, al no profesar la religión católica.

23. El demandante pretendió probar tales conductas mediante documentales privadas (escritos expedidos por el colegio en el que estaba inscrito el menor y una constancia médica) y testimoniales. No obstante, el análisis del acervo probatorio en su conjunto,[12] no lleva a esta juzgadora a concluir en el sentido que el actor lo sostiene.

24. Esto porque, en primer lugar, las documentales del colegio son de índole privado, por lo que, si bien dan cuenta de lo que ahí narra quien las emitió –directora general del instituto educativo–, no permiten afirmar la veracidad de los hechos, y mucho menos concluir que la situación del menor sea necesaria y forzosamente resultado de la falta de cuidados de la madre.

25. La crítica del centro educativo acerca de la dieta del menor, la afirmación de si cursa o no alguna actividad recreativa y cuál (como la natación, para la cual, según el colegio, la madre negó el permiso), y la necesidad de terapias de lenguaje, son decisiones que, más allá de lo que afirma el colegio, corresponden a los padres o tutores, por lo que, en

[12] Sirve de apoyo, lo resuelto por la Primera Sala en el amparo directo en revisión 1187/2010, en sesión de 1 de septiembre de 2010, por unanimidad de cinco votos, que interpretó que, conforme al principio del interés superior del niño, en los procedimientos que directa o indirectamente trascienden los derechos de los menores, el juez debe decidir atendiendo al mayor beneficio del menor, por lo que debe valorar todos los elementos probatorios que tenga a su alcance.

principio, tratándose del otorgamiento de la guarda y custodia, no los hace menos aptos para su cuidado.

26. No pasa inadvertida la constancia de la pediatra del menor, en la que da cuenta de su bajo peso "para su edad". Sin embargo, este aspecto tampoco demuestra que sea reprochable necesariamente a la madre, ya que, en primer lugar, el peso de un menor se debe a muchos factores, no solamente a la alimentación; y si bien requiere de atención para darle solución, no puede aceptarse que solo sea atribuible a la madre lo concerniente al estado físico y de salud del niño y, por ende, que solo a ella pueda reprochársele responsabilidad al respecto.

27. Inclusive, es un hecho que, en muchas ocasiones, la separación del padre y madre genera en los hijos e hijas múltiples efectos, tanto a nivel emocional como físico. Por ende, el peso del menor Jaime Bosa Allen podría tener relación con la situación que está viviendo a raíz de la separación de sus padres, o bien, debido a aspectos genéticos, por lo que el hecho de que la pediatra afirme que el peso del menor es más bajo de lo que clínicamente corresponde no se traduce, por ejemplo, en una mala salud o estado físico. Menos que lo hayan generado omisiones de la madre.

28. Al efecto, no pasa inadvertido que los estudios psicológicos practicados al menor por orden de esta juzgadora dan cuenta de que el niño presenta retrasos de aprendizaje y dificultad en la articulación y pronunciamiento de palabras, con importantes rasgos de ansiedad y estrés que se manifiestan en su comportamiento en general, además de que se le determinó como un niño temeroso y desconfiado, lo cual le impide establecer vínculos empáticos y amistosos.

29. Sin embargo, de esta circunstancia no puede responsabilizarse exclusivamente a la madre, ya que es corresponsabilidad de los padres proveer de cuidados a sus descendientes para su bienestar integral, máxime si se considera que, a la fecha en que inició este juicio, la separación entre los cónyuges tenía poco tiempo, pudiendo el padre haberlo advertido y ocuparse también de la situación física y emocional que presente su menor hijo. La condición física y emocional del menor no puede ser atribuible únicamente a la madre, ni por el colegio o su doctora pediatra, y muchos menos por parte del padre, ya que, evidentemente, ello se basa en prejuicios de género, por cuanto se asume *socialmente* que es la madre la que tiene el deber de procurar cuidados y su bienestar, y que, por ende, es la responsable directa si tiene bajo peso, problemas de lenguaje, ansiedad o estrés.

30. En cuanto a la prueba testimonial ofrecida por el señor César Bosa, si bien esta da cuenta de diversos hechos en los que –a decir de los testigos– la señora Karla Allen maltrató psicológicamente al menor, a través de castigos y derivado de que le "grita", es importante tener presente que los testigos en cuestión son familiares cercanos del actor, por

lo que, si bien es natural que quienes están en aptitud de rendir testimonio en casos del orden familiar serán en general aquellas personas que tengan cercanía con el menor y con sus padres –como familiares, amistades o empleados–, tal probanza debe necesariamente examinarse en conjunto con otras pruebas que permitan concluir de manera *objetiva* la existencia de maltrato.

31. Esto no se demostró, si bien esta juzgadora tiene a la vista el dictamen psicológico rendido por el maestro Lucio Cárdenas Rodríguez, quien fue designado por la Unidad Jurídica de la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional Autónoma de México para practicar los estudios psicológicos ordenados en el juicio a la señora Karla Allen, en cuyas conclusiones se le señala como una persona manipuladora, que no establece relaciones o afectos profundos o duraderos, que difícilmente proporciona afecto, cariño o amor para lograr sus objetivos, que carece de valores tradicionales o familiares, calificándola como *emocionalmente* explosiva, inestable y extrovertida, lo cual caracteriza con una personalidad impulsiva. Además, el dictamen da cuenta de que, en la relación con su menor hijo Jaime Bosa Allen, la examinada es una persona que no parece mostrar gran interés en el desarrollo y bienestar de su hijo, al cual suele desatender, por considerarlo una molestia o un obstáculo. Asimismo, no muestra particular preocupación por su niño, aunque trata de aparentar lo contrario.

32. Para esta juzgadora resulta claro que del examen integral de las referidas probanzas ofrecidas por el actor principal, y de los estudios psicológicos practicados a la señora Karla Allen, inclusive al menor de edad, nos encontramos ante un caso en el que se está reprochando a la madre no cumplir con sus deberes de cuidado, en su mayoría derivado de prejuicios de género, tales como el papel de la mujer como madre de acuerdo con las tradiciones, costumbres y cultura mexicanas (ella es extranjera); la expresión de cariño, amor o afecto y de atenciones, juzgada desde un modelo que, de no seguirlo la mujer, se traducirá para los demás, casi seguramente, en falta de atención, de interés e inclusive de afecto o amor por su menor hijo.

33. Además, no debe pasarse por alto que tanto el señor César Bosa como la señora Karla Allen, en la demanda y reconvención, se reprocharon mutuamente actos de violencia familiar, que inclusive fue objeto de una denuncia por parte de la señora Karla Allen en contra del señor César Bosa ante un juez cívico (en 2008).

34. En consecuencia, no puede soslayarse en este fallo que la situación vivida en el hogar ha presentado múltiples diferencias ideológicas, culturales, económicas, y diversos eventos que, sin duda, han afectado a su menor hijo, pero que, para efecto de determinar lo mejor posible para su bienestar en cuanto a su guarda y custodia a cargo de la madre o del padre, exigen de esta juzgadora examinar toda la problemática familiar a la luz del principio de igualdad, en específico, con perspectiva de género.

35. Esto no significa que *de facto* se privilegie a la mujer, sino que, al analizar los hechos, quien juzga debe identificar aquellos estereotipos de género que constituyen una forma de discriminación de las mujeres, y que se debe eliminar.

36. Ciertamente, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer reconocen la igualdad de la mujer ante la ley y el deber de toda autoridad de evitar el trato discriminatorio por motivos de género.

37. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer[13] es el primer instrumento internacional creado para combatir directamente la discriminación estructural que viven las mujeres en todas las esferas de la vida. Para ello, este instrumento claramente define que debe entenderse como discriminación contra la mujer: "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil en cualquier otra esfera".[14] Así, se incorpora la llamada "perspectiva de género",[15] que toda autoridad jurisdiccional está obligada a utilizar como herramienta para identificar y eliminar prácticas discriminatorias.

38. Al caso, es relevante considerar que este instrumento internacional advierte cómo la cultura, la tradición, la religión, las costumbres y prácticas consuetudinarias o de cualquier otra índole han restringido los derechos de las mujeres. Por tanto, los Estados parte se han obligado a implementar medidas que eliminen estereotipos y prácticas que nacen de la concepción del papel que corresponde desempeñar a hombres y mujeres, no desde un plano de igualdad sustantiva, sino desde la supuesta inferioridad de las mujeres respecto de los hombres, y de atributos o funciones asignadas socialmente de acuerdo con su género.

39. Por ejemplo, es a la mujer, en razón de su sexo, a quien se le han encargado tareas del hogar y de cuidados de los hijos, a costa de su desarrollo profesional o laboral, y se le juzga negativamente si lleva a cabo actividades sociales, mientras que al hombre se le considera como proveedor del hogar, por lo que tiene mayor oportunidad y acceso para

---

13 Adoptada el 18 de diciembre de 1979, mediante la resolución 34/180 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

14 Artículo 1.

15 Guzmán S., Laura y Campillo, Fabiola, *Marco de referencia y estrategia para la integración de la perspectiva de género*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2001, p. 8, *http://www.iidh.ed.cd/comunidades/derechosmujer*

trabajar fuera de casa, e inclusive para realizar actividades sociales, académicas, deportivas y de entretenimiento en mayor grado que la mujer.

40. Por otra parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Belém do Pará)[16] es el documento regional especializado en la protección de los derechos humanos de las mujeres a partir del cual los Estados parte se obligan a proteger los derechos de las mujeres y eliminar la discriminación por razón de género. Este instrumento obliga a garantizar un trato igualitario entre el hombre y la mujer. Obligación que también corresponde cumplir a las autoridades judiciales, mediante la emisión de sentencias que coadyuven a transformar la dinámica social, que incluye a la familia, y a eliminar prácticas discriminatorias.

41. Destaca la Recomendación 25, de 2004, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), por cuanto puntualiza que una de las tres obligaciones generales centrales de los Estados parte para eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer es erradicar los estereotipos de género y lograr la igualdad sustantiva.

42. Por tanto, como adelantamos, es obligatorio que esta sentencia se emita a la luz de los principios de igualdad (sustantiva o de hecho) entre el hombre y la mujer y de no discriminación por razón de género, reconocidos en los artículos 1 y 4 de la Constitución Federal, así como en diversos instrumentos internacionales, a saber, en los artículos 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos;[17] 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;[18] 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, So-

16 Adoptada el 9 de junio de 1994 en la ciudad de Belém do Pará, en Brasil, por la Organización de los Estados Americanos.

17 Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.
Artículo 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.
Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

18 Artículo 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

ciales y Culturales;[19] II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,[20] y 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[21]

43. Por consiguiente, si partimos de que la regla general es que tanto la madre como el padre son aptos para el cuidado de sus hijos e hijas, procurando siempre su bienestar integral, entonces, para determinar ante su separación quién deberá tener la guarda y custodia de aquellos, lo que debe verificarse, a la luz del principio de igualdad, es cuál es la situación más favorable para alcanzar tal fin, pues solo así se atenderá al principio del interés superior de los menores.

44. En ese sentido, conforme a todo lo relacionado, esta juzgadora llega a la conclusión de que la pretensión del actor de que le sea otorgada la guarda y custodia de su menor hijo se basa en estereotipos de género que miden la aptitud de la señora Karla Allen a partir de una preconcepción de que las madres deben dedicarse al cuidado de los hijos y que, para ello, deberán permanecer en el hogar, sin que les sea permitido priorizar su vida profesional y como si los hombres no fueran corresponsables del crecimiento y desarrollo de los infantes. Asimismo, se sustenta en estereotipos basados en rasgos del carácter que en las mujeres adquieren una connotación negativa: "emocional", "agresiva", "manipuladora", "explosiva".

45. Tal pretensión no puede admitirse, porque son precisamente este tipo de estereotipos los que han generado desigualdad y desventajas en las mujeres en decisiones sobre la guarda y custodia, la patria potestad y el divorcio.

Artículo 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

19 Artículo 2.2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

20 Artículo II. Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna".

21 Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

46. En el caso, no puede descalificarse la *aptitud* de la señora Karla Allen para cuidar de su hijo Jaime Bosa Allen a causa de que desarrolle una profesión o lleve a cabo actividades sociales y para ello ocupe una red de apoyo de cuidados, ni tampoco en aspectos de índole religioso como bautizar o no al menor, que, en todo caso, debe ser acordado por *ambos* progenitores sin afectar su papel como madre. Tampoco por características de su personalidad que, también bajo una mirada estereotipada, consideran a la mujer como "manipuladora", "emocional", "explosiva" e "impulsiva" cuando no se conduce bajo los moldes de conducta aceptables en las mujeres.

47. Tales reproches del actor nacen en realidad de patrones culturales, tradiciones y costumbres que impiden una igualdad sustantiva entre hombres y mujeres en el ámbito familiar, lo cual no es admisible conforme a la Constitución Federal y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y particularmente conforme a los derechos de las mujeres.

48. Lo anterior es más notable si atendemos a que, en el caso, el padre (actor en el juicio principal) desempeña un trabajo o profesión fuera del hogar que exige que realice viajes ocasionales y se ausente por más tiempo de casa, sin que se le reproche que durante sus ausencias encargue el cuidado de su hijo a terceros (ya sea familiares o empleados).

49. Incluso, de los estudios psicológicos practicados al demandado reconvenido se deriva que él es un sujeto que posee un adecuado control de impulsos, que no reacciona ni impulsiva ni agresivamente ante la problemática, tratando de hacer frente a las situaciones relacionadas *de una manera ordenada, sistemática y racional*. Esto permite corroborar claramente cómo se atribuyen a hombres y mujeres diversas características de su personalidad sobre la base de estereotipos y roles de género, que catalogan al hombre como un sujeto que tiene sus emociones bajo control y, por tanto, proyectan el mensaje que el señor César Bosa no es una persona generadora de violencia familiar, siendo que hay muchas formas de violencia en ese ámbito que son silenciosas (p. ej., la psicológica o la económica).

50. De esta manera, esta juzgadora no advierte que exista un riesgo real para el menor hijo del señor César Bosa bajo la guardia y custodia de su madre, que, en todo caso, es lo que llevaría a modificarla para que recayera ahora en el padre.

51. Por consiguiente, al no probar su pretensión en cuanto a la guarda y custodia definitiva del menor Jaime Bosa Allen, tampoco se actualizan las contenidas en los incisos A y B, al ser presupuesto necesario que el actor tenga la guarda y custodia de su hijo para exigir de la demandada la pensión alimenticia y su aseguramiento a favor del menor.

[…]

Por lo expuesto y fundado, se

R E S U E L V E

P R I M E R O. - Han sido procedentes las vías elegidas por las partes, en donde, en la demanda principal, el señor César Bosa, actor principal, *no* acreditó sus pretensiones y la señora Karla Allen, demandada principal, justificó sus excepciones y defensas.

S E G U N D O. - Se decreta la guarda y custodia definitiva del menor Jaime Bosa Allen a cargo de la señora Karla Allen, por las razones expuestas en este fallo.

T E R C E R O. - Se condena al señor César Bosa al pago de una pensión alimenticia a favor de su menor hijo Jaime Bosa Allen, la cual deberá proporcionar en la forma, términos y apercibimientos precisados en esta sentencia.

C U A R T O. - Se establece un régimen de convivencias para que el menor hijo de las partes conviva con su señor padre en la forma y términos señalados en esta sentencia.

Q U I N T O. - Se requiere a las partes para que den cumplimiento a todos y cada uno de los deberes que implica el ejercicio de la patria potestad, así como a las obligaciones de crianza que exige la legislación civil

S E X T O. - En su oportunidad, gírese el oficio de descuento para cubrir la pensión alimenticia.

SÉPTIMO. - Se ordena a las partes a asistir y tomar terapias psicológicas en la forma, términos y apercibimientos especificados en la parte final de este fallo, por las razones señaladas en dicha parte considerativa.

OCTAVO. - No se hace especial condena en costas.

Notifíquese personalmente.

Lo resolvió y firma la Jueza Cuadragésima Segunda de lo Familiar del Distrito Federal ante la C. Secretaria de Acuerdos, con quien actúa y da fe. Doy fe.

Comentario
a la sentencia de la controversia del orden familiar 1147/2009. Caso de la "mala madre" (determinación de guarda y custodia)

*Pauline Capdevielle**

Esta controversia constituye el primer acto de un caso que adquirió proyección nacional —e incluso internacional— y que sigue, a la fecha, pendiente de una resolución definitiva a casi una década de su examen por parte del juez de primera instancia. El pleito no saltó a la fama por su singularidad; después de todo, se trataba de una desafortunada —pero no menos clásica— disputa por la guardia y custodia de un infante, con la particularidad, nada excepcional en nuestros días, de que se tratara de una pareja "mixta", siendo la madre de nacionalidad española y el padre mexicano. Más bien, lo destacable fue la argumentación utilizada por el juez para quitar la custodia a la madre, que valió a su autor ganarse el premio "El Garrote" que otorga la organización internacional Women's Link Worldwide a la sentencia más sexista.[1] Pero sería injusto, y sobre todo erróneo analíticamente, exhibir a nuestro juzgador como una mala persona, sexista y misógina; en otras palabras, no podemos cargar toda la responsabilidad de este desastre judicial a una falla humana, cuando bien es el resultado de un proceso histórico y estructural, sostenido con base en mandatos de género profundamente enraizados en el imaginario colectivo.

* Agradezco el apoyo de Fernanda Pichardo para la recopilación del material bibliográfico y el arduo trabajo de transcripción de la sentencia.

1 Women's Link Worldwide, "Premios género y justicia al descubierto", *https://www.womenslinkworldwide.org/premios*

Los hechos relevantes del caso son los siguientes: en 2010, el señor César Bosa demandó a su exesposa, la señora Karla Allen, la guardia y custodia de su hijo en común, el niño Jaime Bosa Allen,[2] una pensión alimenticia para satisfacer las necesidades del menor, así como la cesación de la violencia que —alegaba— se daba en el seno familiar. El caso llegó al juez número 42 de lo familiar del Tribunal Superior de Justicia del entonces Distrito Federal. El juez dio la razón al padre, con base en diferentes testimonios y elementos de prueba que buscaban demostrar el descuido y el desinterés de la madre respecto al bienestar y educación de su hijo, así como hacer énfasis en su temperamento colérico e insensible, incompatible con la crianza y el cuidado de un niño pequeño. Asimismo, el juzgador determinó quitar la guardia y custodia a la madre, al considerar que no cumplía con su "rol tradicional de madre", ordenándole asistir a terapias psicológicas tendentes a fortalecer sus sentimientos de cariño y amor, y a aceptar los roles tradicionales de género de la sociedad mexicana.

I. Género y derecho

Se puede definir el género como "la simbolización de la diferencia anatómica, mediante la cual se instituyen códigos y prescripciones culturales para mujeres y hombres".[3] De acuerdo con Marta Lamas,

> [...] al tomar como puntos de referencia la autonomía de hombres y mujeres, con sus funciones reproductivas evidentemente distintas, cada cultura establece un conjunto de prácticas, ideas, discursos y representaciones sociales que atribuyen características específicas a mujeres y a hombres. Esta construcción simbólica, que en las ciencias sociales se denomina género, reglamenta y condiciona la conducta objetiva-subjetiva de las personas. Mediante el

[2] Los nombres de todas las partes en conflicto fueron modificados para los propósitos del presente trabajo académico.

[3] Lamas, Marta, "Dimensiones de la diferencia", en Cruz Parcero, Juan y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Género, cultura y sociedad*, México, Fontamara-SCJN, 2012, p. 2.

> proceso de constitución del género, la sociedad fabrica las ideas de lo que deben ser los hombres y las mujeres, de lo que se supone "propio de cada sexo".[4]

Así entendido, el género se presenta como una construcción histórica que marca todas nuestras instituciones sociales y culturales, entre ellas los ordenamientos jurídicos. Al respecto, los estudios de género, es decir, los trabajos dedicados a problematizar los significados y las consecuencias de pertenecer a uno u otro sexo, nos han enseñado que el derecho tiene un impacto diferenciado entre los varones y las mujeres. Lo anterior es así debido a la propia construcción androcéntrica del mismo —un derecho construido por y para los hombres—, pero también, como veremos a continuación, debido a sus condiciones estructurales de aplicación, en muchos casos dominadas por concepciones estereotipadas en torno a los papeles que han de cumplir las personas en razón de su sexo o género.

El feminismo de la igualdad, y en particular el de estirpe liberal, ha permitido, en muchos lados, consolidar una legislación formalmente igualitaria entre hombres y mujeres. Han desaparecido, en gran medida, las diferencias de estatus jurídicos entre ambos, por ejemplo, en materia de derechos políticos o en el derecho de familia. Sin embargo, y sin negar que ello constituya un avance significativo, lo cierto es que esta *igualdad formal* no ha eliminado los obstáculos de índole material o sistemática que surgen en la práctica y que siguen colocando a las mujeres en una posición de desventaja respecto a los varones. El feminismo radical, surgido en los años setenta, ha abierto el camino para cuestionar las ficciones de la igualdad formal y de la neutralidad y para repensar las categorías clásicas del derecho y de la teoría política a partir de los conceptos de patriarcado y género y, posteriormente, con base en un examen interseccional de las situaciones concretas.

Es así como el feminismo, o mejor dicho, los feminismos, se encuentran siempre entre la teoría y la práctica, y especialmente cuando de derecho se trata. La categoría género resulta funda-

[4] Lamas, Marta, "La perspectiva de género", *http://www.obela.org/system/files/La%20perspectiva%20de%20género%20-%20Marta%20Lamas.pdf*

mental para cuestionar el derecho y, en particular, su pretendida objetividad, neutralidad o racionalidad, esto es, la idea de un conjunto de normas que estuviese aséptico de elementos extrajurídicos, tales como la religión, la moral dominante, las tradiciones, etc.[5] Desde este enfoque, diversas corrientes feministas han hecho hincapié en la idea de un derecho androcéntrico, que responde a las necesidades de los varones y, de esta manera, carga, produce y reproduce una cultura patriarcal que reenvía constantemente a las mujeres a su condición de desigualdad y exclusión en relación con su contraparte masculina. Es lo que Tamar Picht llama "el género del derecho", esto es, la idea de un derecho sexuado, que se construye por y para los hombres. Ello no significa que este derecho no tome en cuenta a las mujeres, sino que lo hace a través de la posición dominante de los hombres.[6]

La idea de un derecho que norma la conducta y el papel de las mujeres a partir de la mirada masculina encuentra un fuerte eco en la sentencia examinada, en particular en la presunción legal en materia de guardia y custodia, misma que constituye el punto de inicio del razonamiento jurídico del fallo examinado. De acuerdo con dicha *iuris tantum*, "los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre; esta presunción se basa en la presunción legal de que la madre es la más capacitada para cuidar a los menores [...]".[7] Esta disposición es sintomática de un derecho sexuado que no es insensible a la "causa femenina" —incluso, podría aparecer una medida de protección a la mujer—, pero que termina reproduciendo los mandatos de género, en este caso, la asignación de la mujer al espacio doméstico y a la crianza de los infantes, y la exclusión de los hombres de dicho ámbito.

En 2014, la Suprema Corte de Justicia de la Nación examinó esta presunción legal y consideró que era constitucional siempre

---

5 Garbay Mancheno, Susy, "El rol del derecho en la construcción de identidades de género: replanteando el análisis de género desde los aportes de la teoría crítica", *Foro. Revista de Derecho,* Quito, núm. 29, 2018, p. 5, *https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/607/565*

6 Pitch, Tamar, "Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, p. 440.

7 SCJN, Controversia de orden familiar, expediente 1147/2009, resuelta el 6 de diciembre de 2010.

que fuese interpretada conforme al interés superior de los menores y al principio de igualdad.[8] Se argumentó que este tipo de normas no han de interpretarse como un estereotipo de acuerdo con el cual la mujer es necesariamente la persona más preparada para esta tarea, sino que se apoya en la idea de que "en los primeros meses y años de vida, las previsiones de la naturaleza conllevan una identificación total del hijo con la madre". Sin embargo, en noviembre de 2019, la Corte modificó su criterio, y declaró inconstitucional la disposición de la Ciudad de México que otorgaba a las madres una presunción favorable para ejercer la guardia y custodia de los menores de 12 años. La primera Sala consideró que dicha previsión era incompatible con el artículo 1 de la Constitución, que prohíbe la discriminación basada en el sexo de las personas y que reafirmaba estereotipos de género tradicionales, que profundizan "el rol de la mujer-madre e impide erradicar la concepción de la feminidad tradicional".[9]

La propuesta feminista en materia jurídica no es, entonces, colocar a las mujeres en un espacio históricamente masculino, sino desvelar el sesgo androcéntrico del derecho y avanzar hacia una reconceptualización del mismo desde una perspectiva de género, tomando en cuenta sus condiciones sistémicas de creación, pero también de aplicación. Asimismo, no basta con que las normas sean incluyentes y hayan sido diseñadas pensando en las necesidades de las mujeres. También resulta indispensable una reflexión en cuanto a las condiciones de aplicación e interpretación, como lo muestra con claridad la sentencia en examen.

II. Justicia con perspectiva de género

El trabajo de des- y re- construcción del derecho desde lo teórico es letra muerta al estrellarse en las prácticas patriarcales que en muchos casos persisten en nuestras sociedades. El primer requisito para que las mujeres puedan acceder a la justicia es el derecho

[8] SCJN, amparo en revisión 310/2013 de 4 de diciembre de 2013. Décima Época, tesis aislada 1ª. XXXI/2014 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 3, febrero de 2014, p. 656, registro digital: 2005454.

[9] SCJN, amparo en revisión 331/2019, votado en la sesión de 21 de noviembre de 2019.

a un juicio justo (debido proceso), el cual se encuentra plasmado en la Constitución nacional y en diferentes tratados de derechos humanos a nivel internacional y regional, y que hoy en día constituye un *ius cogens*. En primer lugar, este derecho implica que todas las personas tengan acceso a una serie de requisitos y garantías, que les permita acceder ante el juzgador en condiciones de igualdad, y les asegure un trato competente e independiente. Sin embargo, como hemos visto, el principio de igualdad —aplicado sin otro criterio que el de la uniformidad— puede resultar contraproducente y contribuir a cavar las desigualdades ya existentes. Es por esta razón que deben aplicarse otras garantías especiales que protegen a las personas y grupos que se encuentran en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico y los operadores de justicia, en este caso, las mujeres.[10]

La justicia con perspectiva de género es una metodología creada para responder precisamente a esta problemática, la de un derecho intrínsecamente sexuado que además se perpetúa mediante una serie de prácticas. En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación elaboró en 2015 un *Protocolo para juzgar con perspectiva de género* (el Protocolo) que constituye una guía para todas y todos los impartidores de justicia, y cuyo objetivo es tomar en cuenta el género para hacer efectivo el derecho a la igualdad. Se trata, por lo tanto, de una herramienta novedosa, que no había sido publicada en el momento en que se dictó la sentencia que estamos examinando, pero que *a posteriori* nos ofrece un valioso marco de análisis y nos convence del carácter fundamental de la perspectiva de género para evitar en un futuro la adopción de sentencias similares.

De acuerdo con el documento, "La aplicación de la perspectiva de género en el ejercicio argumentativo de quienes imparten justicia es una forma de garantizar el derecho a la igualdad y de hacer que se manifieste como un principio fundamental en la búsqueda de soluciones justas".[11] Permite detectar las relaciones

[10] Véase Facio, Alda, "Con los lentes de género se ve otra justicia", *El otro Derecho*, Colombia, núm. 28, julio de 2002, ILSA, pp. 85 y ss., *https://www.te.gob.mx/genero/media/pdf/562cc59475f0864.pdf*

[11] SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, SCJN, 2013, p. 76.

asimétricas de poder y situaciones estructurales de desigualdad mediante la aplicación de una serie de preguntas (pregunta para la mujer) que permite hacer hincapié en el contexto del caso, las circunstancias particulares y su impacto sobre la mujer para llegar a la solución más justa posible. En particular, el juzgador debe identificar si existen situaciones de poder que, por cuestiones de género, den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia, cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad, en varias ocasiones, de abordar la temática del género, en particular, mediante el concepto de estereotipos. La sentencia *Campo Algodonero vs. México*[12] es emblemática en la materia y, dicho sea de paso, fue clave para la elaboración del *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*,[13] el cual fue creado para atender las problemáticas detectadas y las medidas de reparación ordenadas en dicho caso y en las sentencias *Inés Fernández Ortega*[14] y *Valentina Rosendo Cantú*.[15] En *Campo Algodonero*, el juez interamericano señaló que "la creación y el uso de estereotipos de género constituye una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer".[16]

En consecuencia, el tribunal determinó que el Estado mexicano violó el deber de no discriminación en materia de acceso a la justicia, al cuestionar la credibilidad de víctimas en función de los estereotipos de género impuestas a estas por las autoridades.

---

12 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205.

13 SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género..., cit.,* p. 7.

14 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215.

15 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216.

16 Corte IDH. Caso *González y otras ("Campo Algodonero) vs. México..., cit*., párr. 208.

Otro precedente imprescindible en la materia es el caso *Atala Riffo vs. Chile,* de 2012,[17] en el cual la Corte Interamericana determinó que exigir a una madre que renuncie a un aspecto esencial de su identidad (en este caso su orientación sexual) se traduce en la utilización de una concepción tradicional y estereotipada de las mujeres como madres, la cual no es compatible con los derechos a la igualdad y no discriminación plasmados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La llegada de un caso de guardia y custodia al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la utilización del derecho a la igualdad y a la no discriminación se relaciona estrechamente con lo que algunos autores han sistematizado como la "constitucionalización del derecho de familia", proceso que se caracteriza por un cuestionamiento de los fundamentos dogmáticos que justificaron la regulación de la vida familiar a partir de una concepción orgánica de la familia y un reconocimiento desigual de los derechos individuales de sus miembros.[18] En este nuevo paradigma, el derecho de familia se muestra cada vez más receptivo al derecho internacional y regional de los derechos humanos, lo cual, a su vez, es cada vez más sensible a las problemáticas de género. Desde este punto de vista, se vuelve cada vez más importante examinar los casos del derecho familiar desde una perspectiva de derechos humanos y hacer énfasis en cómo la utilización de estereotipos constituye una violación a los mismos.

III. Estereotipos y sexismos

Ahora bien, de acuerdo con el Protocolo, uno de los pasos fundamentales para seguir una metodología de justicia con perspectiva de género es la determinación de los hechos o la interpretación de la prueba, ya que este proceso puede ser contaminado por una valoración estereotipada del comportamiento de las personas

17 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239.

18 Espejo Yaksic, Nicolás, "La constitucionalización del derecho familiar", en Espejo Yaksic, Nicolás e Ibarra Olguín, Ana María (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia*, México, SCJN-Centro de Estudios Constitucionales, 2019, p. 4.

involucradas. En particular, dicho método nos invita a preguntarnos si el comportamiento que se espera de las personas involucradas en el caso obedece a estereotipos o a una de las manifestaciones de sexismo.[19] Estas preguntas resultan fundamentales, pues, como expone Kathleen Mahoney, en el derecho de familia existen prejuicios de género tanto en sus presupuestos subyacentes como en la impartición de la justicia, mismos que afectan la división de la propiedad, el pago de alimentos, la manutención de los hijos y el otorgamiento de la custodia: "[...] los jueces están influenciados por estereotipos que ponen en desventaja a las mujeres que, saliéndose de lo tradicional, trabajan por fuera del hogar, lo mismo que a hombres que se dedican principalmente al cuidado del hogar".[20]

La asignación de estereotipos constituye un proceso cognitivo de simplificación de la realidad que produce generalizaciones o preconcepciones concernientes a los atributos, características o roles de las personas que pertenecen a un grupo social particular, teniendo como consecuencia que se dejen de lado las habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales de cada miembro.[21] Se habla de estereotipos de género al referir a la construcción social y cultural de hombres y mujeres, en razón de sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales.[22] Los estereotipos sirven para determinar los papeles asignados a cada género, y desconocerlos nos expone a sanciones —sociales, pero incluso, como en nuestro caso, jurídicas—. De esta manera, son *prescriptivos,*[23] es decir, ordenan y disciplinan a las personas en función de su sexo y género. Si bien los estereotipos impactan tanto a los hombres como a las mujeres, lo cierto es que afectan en

19 SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género..., cit*., p. 90.

20 Mahoney, Kathleen, "Enfoques canadienses en los estrados judiciales", en Cook, Rebecca (ed.), *Derechos humanos de la mujer. Perspectivas nacionales e internacionales*, Bogotá, Profamilia, 1997, pp. 455 y 456.

21 Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales,* trad. de Andrea Parra, Profamilia, 2010, University of Pennsylvania Press, 2019, p. 1, *https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/estereotipos-de-genero.pdf*

22 *Ibidem*, p. 23.

23 *Ibidem*, p. 26.

mayor medida a las segundas, al haber sido utilizados históricamente para legitimar su subordinación legal y social.

En muchos casos, como en el de Karla Allen, dichos estereotipos son invisibilizados, escondidos, bajo pretextos más nobles, como el interés superior del menor y su derecho a recibir cuidados, cariño y a vivir una vida familiar "normal". En nuestra sentencia, el juez justifica la decisión de quitar la guardia y custodia a la madre, al considerar que el padre —quien actúa de conformidad con los mandatos de la masculinidad— le podrá

> [...] proporcionar mejores condiciones de vida al menor [...] para que de forma paulatina se vaya incorporando a una serie de roles de conducta que le ayuden a superar sus retrasos en el desarrollo psicológico y de socialización [...] y que así se inmiscuya en los roles tradicionales familiares [...]. También, los estereotipos de género buscan legitimarse con la valoración de la madre de familia como el núcleo de la vida familiar, además de ser normalizados e incluso exaltados como usos y costumbres locales.

Asimismo, el juez nota que "de acuerdo a la costumbre y cultura imperante en nuestra sociedad, la integración de las relaciones familiares descansa en la madre, a quien en términos generales se le considera como apta para hacerse cargo de la guardia y custodia de los menores".[24]

Los estereotipos, al ser prescriptivos, implican cargas diferenciadas para ambos géneros. Es decir, una misma actuación no será valorada de la misma manera de haber sido protagonizada por la madre o por el padre. Por ejemplo, en la sentencia, el hecho de que la madre pida apoyo a los abuelos paternos es valorado de forma negativa ("ella siempre buscaba que su presentante fuera quien bañara al niño o lo cambiara"); mientras que el juez destaca de forma positiva que el padre, al obtener la guardia y custodia de su hijo, será apoyado por sus familiares ("el mismo con la ayuda de sus familiares es quien [ilegible] y velará por las necesidades de su hijo menor [...]"). También llama la atención la transcripción en la sentencia que relata que la señora Karla Allen, tras recibir una llamada de la escuela que la avisaba que

[24] SCJN, controversia de orden familiar, expediente 1147/2009..., *cit*.

su hijo presentaba temperatura, no haya acudido de inmediato a la escuela: "ya que cualquier madre —dice el padre—, si tiene enfermo a un hijo, no le importa dejar lo que estuviere haciendo, para llevarlo al médico".[25]

De acuerdo con los estereotipos de género vigentes, una madre tiene el derecho trabajar, pero su prioridad debe ser siempre sus hijos, el cuidado de la familia y las labores domésticas. Asimismo, a pesar de haber entrado masivamente en el mercado laboral en las últimas décadas y, de esta manera, contribuir al sostenimiento económico de la familia, las responsabilidades domésticas siguen pesando sobre las mujeres, algo que se conoce coloquialmente como "doble jornada". El juez no pregunta por las circunstancias particulares de la actividad laboral de la señora Karla Allen, sino que incluso apunta con reprobación el hecho que haya acudido a un curso en los Estados Unidos, a pesar de que la demandada mencionaba viajar con frecuencia para poder seguir pendiente del bienestar de su hijo.

Desde esta perspectiva, la actividad laboral de las mujeres es siempre valorada como accesoria a su rol de esposa y madre, algo que se agudiza por recibir las mujeres una remuneración inferior a la de los hombres. Al contrario, el padre es valorado desde su papel de proveedor: el juez hace hincapié en que reside en "una colonia de nivel social económico alto", que "cuenta con todos y cada uno de los servicios domésticos [...] y además se trata de un bien con una superficie de ciento ochenta metros cuadrados, con pisos y acabados de primera calidad".[26] El progenitor es un buen padre porque es exitoso económicamente.

Otra valoración estereotipada y sexista del juez es la transcripción, en la sentencia, de lo que se consideraría un comportamiento inadecuado de la señora Karla Allen: "Durante las últimas semanas la señora Karla Allen se ha dedicado a salir en repetidas ocasiones llegando al domicilio a altas horas de la madrugada, dejando al menor Jaime Bosa Allen al ciudadano de la señora María Luisa L.". Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que: "El rol social asignado a la mujer como esposa

[25] *Idem.*

[26] *Idem.*

y madre de los hijos legítimos ha inspirado un estricto código de comportamiento, marital y social que incide en su libertad sexual, en contraste con la del hombre. La virginidad y la sexualidad han tenido tradicionalmente diferente valor y significación sexual según el sexo, dando lugar a diversa sanción social y moral de los comportamientos del hombre y de la mujer en perjuicio de la libre autonomía de la segunda".[27] El estilo de vida de Karla Allen, a pesar de ser una mujer adulta y soltera, es valorado de forma negativa por el juez: el mandato de género impone a las madres de familia pudor y recato en sus relaciones interpersonales, especialmente de noche.

En la sentencia examinada aparece con fuerza otro estereotipo: el de la mujer manipuladora y peligrosa. Llama la atención, al respecto, la coexistencia de tópicos tan contrastados respecto a las mujeres: una primera versión se relaciona con la mujer, madre amorosa, de infinita paciencia, intuitiva y compasiva; pero de forma contradictoria, también encontramos a lo largo de la historia el prejuicio de la mujer hábil y mentirosa, que maneja a los hombres a su antojo. Glick y Fiske explican esta contradicción desde la psicología social con el concepto de "sexismo ambivalente", es decir, la convivencia, en la sociedad e incluso en un mismo sujeto, de actitudes positivas y negativas hacia las mujeres. Por un lado, un "sexismo benévolo" con actitudes protectoras y reverencia hacia las mujeres, especialmente en papel de madre, y su idealización como objetos románticos. Un ejemplo de este tipo de sexismo, que considera a las mujeres de forma estereotipada y limitada a ciertos roles, pero que tiene un tono afectivo y positivo, es precisamente la presunción legal de que las madres son las más aptas para cuidar a los niños chiquitos. Por el otro, un "sexismo hostil" que se manifiesta en actitudes prejuiciosas y en un tono negativo, en particular, mediante una "heterosexualidad hostil" que percibe a la mujer como un adversario peligroso que utiliza su atractivo físico para manipular al hombre.[28]

---

27 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-23023/94, *cit*. en SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género...*, *cit*., p. 113.

28 Expósito, Francisca; Moya, Miguel C. y Glick, Peter, "Sexismo ambivalente: medición y correlatos", *Revista de Psicología Social*, 1998, vol. 2, núm. 13, 1998, p. 161.

Esta segunda cara del sexismo aparece con nitidez en la sentencia, cuando el juez desecha los alegatos de violencia, y considera que se trata de una "actitud que permite inferir la conducta manipuladora de la demandada [...] así como la falta de honestidad lo que genera poca credibilidad de la demandada principal quien pretende en su defensa desacreditar la imagen del progenitor [...]". El estereotipo de la mujer engañosa vuelve a aparecer en los estudios psicológicos que fueron realizados a la señora Karla Allen, y en los cuales el psicólogo anota que

> [...] la evaluada es una persona manipuladora, que no establece relaciones o afectos profundos o duraderos donde difícilmente proporciona afecto, cariño o amor [...] calificándola como emocionalmente explosiva inestable y extrovertida lo cual caracteriza con una personalidad impulsiva [...] una persona que no parece mostrar un gran interés en el desarrollo y bienestar de su hijo al cual [ilegible]) desatender por considerar una molestia o un obstáculo y no muestra particular preocupación por su niño aunque trata de aparentar lo contrario.

Aquí aparece también otro lugar común ampliamente difundido: mientras lo varonil está conectado con la razón, lo femenino está conectado con la emoción. Desde un sexismo benevolente, la mujer es intuitiva, empática, compasiva, resiliente; sin embargo, al no someterse a estos mandatos, su conexión con lo emotivo se vuelve patológico: aparece la mujer histérica, explosiva, "extrovertida", que necesita, como veremos a continuación, ser *rehabilitada* para volver a caber en los roles de género que le corresponden: la mujer amorosa, abnegada, discreta y recatada. En cambio, el padre es descrito por el experto como "un sujeto que posee un adecuado control de impulsos que no reacciona impulsivamente ni agresivamente ante la problemática tratando de hacer frente a las situaciones relacionadas de una manera ordenada, sistemática y racional". Aparecen de nuevo con nitidez las dicotomías tradicionales hombre/razón/control *vs.* mujer/emoción/desbordamiento.

Es así como conviven sexismo benévolo y sexismo hostil, como un juego de espejo que permite a los varones conciliar dominación y necesidad hacia las mujeres, mediante la clasificación de las mujeres entre buenas y malas. Mientras el sexismo benevolente recompensa a las mujeres que se sujetan a los roles tra-

dicionales de género (otorgándoles la guardia y custodia de los hijos), el sexismo hostil castiga a las insumisas (quitándosela). De esta manera, el sexismo ambivalente se presenta como un sistema de castigos-recompensas que busca mantener un "[*statu*] *quo* tradicional de género".[29]

IV. Mujer, extranjera y atea

Marcela Lagarde señala que la perspectiva de género contiene recursos que permiten desentrañar las idiosincrasias nacionales y mitos culturales relacionados con la identidad de género, que no hacen más que normalizar las asimetrías de poder entre hombres y mujeres.[30] En este sentido, la referencia del juez y del psicólogo a los valores tradicionales de la familia mexicana no es anodina y remite a la tradicional asignación de las mujeres mexicanas a la domesticidad. Pero no se podría terminar de entender si no hacemos énfasis en la nacionalidad española de la demandada, característica que aparece en filigrana a lo largo de la sentencia, y que parece generar en la persona del juzgador cierto sentimiento de hostilidad y revanchismo hacia la mujer española que no se somete a las costumbres mexicanas.

Lo anterior se vincula estrechamente con la asociación de lo extranjero con lo ateo, algo que se enraíza profundamente en la cultura nacional. Al respecto, llama la atención la transcripción, al inicio de la sentencia, de una discusión privada entre los esposos, donde se hace referencia a las convicciones fundamentales de la madre. Dice el esposo:

> Mi hijo nació en diciembre de 2006 y cuando quise bautizarlo ella se negó dado que ella no cree en Dios y dice que es para ignorantes creer en eso, y a la fecha el niño no está bautizado. En una ocasión traté de bautizarlo a escondidas y fue una discusión en esa ocasión me corrió del departamento. El sábado 11 de junio de 2009 [...]

[29] Glick, Peter y Fiske, Susan T., "Ambivalent Sexisim Revisited", *Psychology of Women Quartely*, vol. 35, núm. 3, 2011, p. 532.

[30] Lagarde, Marcela, "La perspectiva de género", *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia,* Madrid, Horas y Horas, 1996.

> estuvimos platicando sobre el divorcio y posteriormente me metí a bañar con mi hijo, por lo que, sin consentimiento mío, tomó mi celular y se puso a revisar todo lo que tenía ahí, habiendo encontrado un mensaje de una amiga y empezó a decirme que la estaba engañando [...] insultándome así como a mi familia [...] que si ese era el Dios en que creíamos era un Dios de mierda.[31]

Lo que se señala aquí con dedo acusador es el ateísmo, y peor aún, la blasfemia en la que incurre la señora Karla Allen, algo incompatible con un México que se ve a sí mismo como profundamente religioso y devoto. Más allá del hecho de que el país es cada vez más diverso, lo que resulta importante es que se ostenta constitucionalmente como laico, es decir, como un Estado separado de la religión o de una concepción moral particular. En un Estado de este tipo, los servidores públicos deben someterse a una *ética laica*, misma que les prohíbe tajantemente hacer valer sus convicciones propias por encima de la legalidad o, como en este caso, resolver una controversia con base en sus propias creencias y posturas morales. La blasfemia, por chocante u ofensiva que pueda resultar para los creyentes, se encuentra protegida por la libertad de expresión, así como por la libertad de pensamiento y de conciencia, y la decisión de bautizar o no un infante es una decisión de la pareja que se encuentra amparada por el derecho a la privacidad y autonomía familiar, mismo que prohíbe cualquier injerencia del Estado o de otros grupos en estas materias.

Nos enfrentamos aquí a una situación de discriminación múltiple o acumulativa, término que ha sido conceptualizado bajo el rubro de "interseccionalidad" y que hace hincapié en la premisa de que las personas viven múltiples identidades que se derivan de las relaciones sociales, la historia y la operación de las estructuras de poder. El análisis interseccional busca revelar las identidades, exponer los diferentes tipos de discriminación y desventajas que se dan con la combinación de identidades.[32]

---

31 SCJN, controversia de orden familiar, expediente 1147/2009..., *cit*.

32 AWID, "Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica", *Derechos de las mujeres y cambio económico*, núm. 9, agosto de 2004, p. 2.

Asimismo, resulta útil para hacer énfasis en la idea de que las personas no experimentan la discriminación *in abstracto,* sino en un contexto social, cultural, político y económico determinado. En este sentido, "las personas, en general, son discriminadas no por quienes son, sino por lo que se piensa que son o representan; es decir, en virtud de la asignación de estereotipos sociales o culturales negativos".[33] La señora Karla Allen es víctima de discriminación debido a su sexo, convicciones fundamentales, estatus de extranjera y, finalmente, por no ser una madre tradicional. Son violados sus derechos a la igualdad y no discriminación, derecho al debido proceso, derecho a la libertad de conciencia y de religión, a la privacidad y a la autonomía familiar y, de manera general, su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

V. Epílogo: el castigo

El retiro de la custodia por parte del juez aparece cuanto más violento ante la existencia de una presunción favorable para la madre. Es decir, no es simplemente que el juez haya decidido racionalmente que el padre estuviese en mejores condiciones para asegurar el bienestar de su hijo, sino que con base en argumentos profundamente sexistas y estereotipados haya buscado disciplinar y castigar a la progenitora por ser una "mala madre", por no someterse a la posición y a los roles que supuestamente le corresponden.

Uno de los resolutivos ordena a las partes asistir y tomar terapias psicológicas "tendientes a mejorar su actitud uno con otro". El juez considera acertada la terapia "para que la señora Karla Allen fortalezca sentimientos de afecto, cariño y amor hacia sus semejantes y sobre todo hacia su hijo y en mayor medida pueda aceptar los roles tradicionales que debe imperar en toda familia como son solidaridad, comprensión, unión, aceptación de tradiciones mexicanas donde se ve involucrado su menor hijo por ser parte de una familia mexicana para que [ilegible] maneje y controle sus conductas explosivas y de enojo [...], que cuestione y confronte sus roles y esquemas tradicionales de género así como

[33] SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género...*, *cit*., p. 41.

el fin de que recupere su estabilidad emocional y así sea asertiva en la formación integral de su menor hijo [...]".[34]

Para el padre, el señor César Bosa, el juez recomienda "que se le incorpore a un espacio de psicoterapia de la mejor calidad posible, que le permita en un primer momento, tomar una posición activa con relación a su vida emocional. Así como para mejorar sus expectativas de [ilegible] que de por sí son adecuadas las haga de frente de la mejor manera según las exigencias de su medio; y para que a través de un espacio de atención psicológica, trabaje su autoconcepto y opinión de sí mismo lo que le permita ir sentando las bases de un futuro alentador para él y su hijo". Se cierra el círculo: volvemos a encontrar en el desenlace de la sentencia los mandatos tradicionales de género que hemos rastreado a lo largo de la sentencia: para la madre, una terapia para curar una personalidad que se considera patológica por negarse a someterse a los roles de géneros y ayudarla a ser una "buena madre"; para el padre, la reparación de una masculinidad dañada, que le permita volver a una posición de dominación y control. El *statu quo* del género sigue siendo mantenido.

Fuentes de consulta

Libros y artículos

AWID, "Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica", *Derechos de las mujeres y cambio económico*, núm. 9, agosto de 2004, *https://www.awid.org/es/publicaciones/interseccionalidad-una-herramienta-para-la-justicia-de-genero-y-la-justicia-economica*

Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, trad. de Andrea Parra, Profamilia, 2010, University of Pennsylvania Press, 2019, *https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/estereotipos-de-genero.pdf*

[34] SCJN, controversia de orden familiar, expediente 1147/2009..., *cit*.

Espejo Yaksic, Nicolás, "La constitucionalización del derecho familiar", en Espejo Yaksic, Nicolás e Ibarra Olguín, Ana María (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia*, México, SCJN-Centro de Estudios Constitucionales, 2019.

Expósito, Francisca; Moya, Miguel C. y Glick, Peter, "Sexismo ambivalente: medición y correlatos", *Revista de Psicología Social*, 1998, vol. 2, núm. 13.

Facio, Alda, "Con los lentes de género se ve otra justicia", *El otro Derecho*, Colombia, núm. 28, julio de 2002, ILSA. *https://www.te.gob.mx/genero/media/pdf/562cc59475f0864.pdf*

Garbay Mancheno, Susy, "El rol del derecho en la construcción de identidades de género: replantando el análisis de género desde los aportes de la teoría crítica", *Foro. Revista de Derecho*, Quito, núm. 29, 2018, *https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/607/565*

Glick, Peter y Fiske, Susan T., "Ambivalent Sexsim Revisited", *Psychology of Women Quartely*, vol. 35, núm. 3, 2011.

Lagarde, Marcela, "La perspectiva de género", *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia,* Madrid, Horas y Horas, 1996.

Lamas, Marta, "Dimensiones de la diferencia", en Cruz Parcero, Juan y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Género, cultura y sociedad*, México, Fontamara-SCJN, 2012.

Lamas, Marta, "La perspectiva de género", *http://www.obela.org/system/files/La%20perspectiva%20de%20género%20-%20Marta%20Lamas.pdf*

Mahoney, Kathleen, "Enfoques canadienses en los estrados judiciales", en Cook, Rebecca (ed.), *Derechos humanos de la mujer. Perspectivas nacionales e internacionales*, Bogotá, PROFAMILIA, 1997.

Pitch, Tamar, "Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010.

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

Sentencias

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-23023/94.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 2015.

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216.

SCJN, amparo en revisión 310/2013, 4 de diciembre de 2013. 2005454. 1ª. XXXI/2014 (10ª.). Primera Sala. Décima Época. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 3, febrero de 2014, p. 656.

SCJN, amparo en revisión 331/2019, sesión de 21 de noviembre de 2019.

SCJN, controversia de orden familiar, expediente 1147/2009, resuelta el 6 de diciembre de 2010.

Resumen
de la resolución original

Datos Sentencia del juicio ordinario civil 1040/09. Sentencia del fuero local del Distrito Federal (hoy Ciudad de México).

Hechos Esta sentencia fue dictada por la jueza del Juzgado Quinto de lo Civil en el Distrito Federal. En julio de 2007, una universidad privada publicó en su bolsa de trabajo una oferta laboral a nombre de una empresa hotelera. Entre los requisitos de la vacante no se contemplaba la contratación de personas con discapacidad. Por ello, la demandante emprendió una demanda por la vía ordinaria civil en contra de la empresa hotelera, en la que, principalmente, demandó la indemnización a que se refiere el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, vigente al momento de los hechos, por motivo del daño moral que afirma le fue causado, a causa de la discriminación de la que fue objeto, porque ella tiene discapacidad.

Determinación La jueza determinó declarar improcedente la acción y absolver a la empresa demandada por el daño moral ocasionado por discriminación originada por motivos de discapacidad. Además, ordenó a la víctima que pagara a la empresa los gastos y costas originados en el juicio. Lo anterior fue así porque la jueza consideró que a la víctima le correspondía demostrar que "reunía todas las características necesarias que requería el puesto de pasante anunciado por la demandada y que no obstante ello fue rechazada injustificadamente por la discapacidad que dijo padecer".

Sentencia
al juicio ordinario civil 1040/09 sobre la interseccionalidad entre el género y la discapacidad

Alejandra Donají Núñez
Mariana Díaz Figueroa

En México, Distrito Federal a 07 de abril de 2011.

VISTOS para resolver el juicio ordinario civil 1040/09.

I. HECHOS

1. En julio de 2007, una universidad privada publicó en el sitio web de su bolsa de trabajo una oferta laboral a nombre de una empresa hotelera, que estableció, entre los requisitos, que la vacante no contemplaba la contratación de personas con discapacidad.

2. En virtud de lo anterior, y por estimar que con dicha oferta de trabajo se le discriminó, en julio de 2009, Paola García[1] demandó en la vía ordinaria civil de la empresa hotelera la indemnización a que se refiere el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, debido al daño moral que –afirma– le fue causado por la discriminación de la que fue objeto, por motivos de discapacidad.

3. Paralelamente, Paola García inició una queja ante el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, al estimar que había sido víctima de un acto discriminatorio. Tal procedimiento culminó el 8 de noviembre de 2017 con la celebración de un convenio, en el que la empresa hotelera se obligaba a que su personal, tanto de recursos humanos como del departamento jurídico, tomara un curso de sensibilización respecto a la no discriminación (impartido por el mismo Consejo) y también recibió el *curriculum vitae* de la demandante, comprometiéndose a considerarla en el futuro para ocupar una vacante.

II. COMPETENCIA

4. Este Juzgado es competente para conocer del juicio ordinario civil, en términos de los artículos 82, 86, 87 y 91 del Código de Procedimientos Civiles, en relación con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

[1] El nombre de la promovente fue modificado para los propósitos del presente trabajo académico.

III. OPORTUNIDAD Y LEGITIMACIÓN

5. En julio de 2007 la universidad privada publicó una oferta laboral a nombre de una empresa hotelera, que excluía la participación de personas con discapacidad. En este sentido, si la demanda del juicio ordinario civil se presentó en julio de 2009, es posible concluir que se realizó dentro del plazo que contempla el artículo 1934 del Código Civil para el Distrito Federal.

6. Por otro lado, el recurso ordinario civil se hace valer por parte legitimada, ya que la actora acude por su propio derecho alegando que, al haber sido víctima de un acto discriminatorio, le corresponde la reparación del daño moral.

IV. PROCEDENCIA

7. Antes de analizar el fondo debe precisarse que, contrario a lo alegado por la parte demandada, el presente asunto resulta procedente, independientemente de que Paola García y la empresa hotelera hayan llegado a un convenio en el que la demandada se comprometió a considerar a Paola García para una vacante futura dentro de la empresa y a impartir un curso para capacitar a su personal en el tema de discapacidad, pues ello únicamente implica que la inconforme se dio por satisfecha en cuanto a las pretensiones formuladas en su queja.

8. Además, en ningún momento lo anterior puede considerarse como un agotamiento de su derecho de acceso a la justicia, contemplado tanto en el artículo 17 de la Constitución Federal como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues tal prerrogativa implica la posibilidad de acceder a un tribunal independiente e imparcial, con el fin de que, a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre una pretensión. Sirve de sustento a lo anterior la tesis jurisprudencial 1a./J. 42/2007, de rubro: "Garantía a la tutela jurisdiccional prevista en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sus alcances".

9. Tales aspectos no se actualizan con lo resuelto en la queja, pues esta fue emitida por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, organismo que no tiene carácter jurisdiccional y que no cuenta con atribuciones para pronunciarse respecto a la existencia o no de un daño moral y mucho menos determinar, en su caso, la sanción respectiva, cuestiones que son precisamente las que se pretenden resolver en este juicio ordinario civil.

V. DETERMINACIÓN DE LA NORMATIVA APLICABLE

10. Es importante considerar que en el caso concreto se alegan posibles violaciones a derechos humanos, y en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución Federal, en relación con el numeral 4 de la Ley sobre la Celebración de Tratados, los tratados que estén de acuerdo con la Constitución, celebrados y que se celebren por el presi-

dente de la República, con aprobación del Senado, serán ley suprema de toda la Unión. Por tal razón, para resolver el asunto que nos ocupa se acudirá tanto a las fuentes nacionales como internacionales ratificadas por México en la materia, sirviendo de sustento a lo anterior la tesis P. LXXVII/99, "Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal", emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

VI. ESTUDIO DE FONDO

11. En el caso concreto, la litis estriba en determinar si la demandante fue víctima de discriminación laboral por motivos de discapacidad por parte de la cadena hotelera y si, en su caso, se actualiza el daño moral reclamado.

12. Debe precisarse que la noción de igualdad deriva directamente de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad de la persona. Debido a su importancia, el derecho a la no discriminación ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva 18/03, como un principio de *ius cogens*, al tratarse de una norma de derecho imperativo que integra el orden público internacional.

13. La opinión consultiva –solicitada por México– establece que el término "distinción" corresponde a lo "admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo"; por su parte, el término "discriminación" corresponde a "toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos". Por ende, se tiene que es importante verificar en los casos concretos si todos los actos de distinción traen consigo discriminación.

14. La última reforma al artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 4 de diciembre de 2006, consistió en homologar el concepto de discapacidad a la normativa internacional suscrita en la materia. Así, el artículo ahora establece, en su párrafo tercero, que está prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

15. Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)[2] es el instrumento internacional específico en materia de discapacidad y establece la obligación de considerar la misma con base en un modelo social.

16. A efecto de contextualizar lo que implica el modelo social de la discapacidad, es adecuado señalar que Agustina Palacios lo reflexiona como aquel que "considera que las

[2] Ratificada por el Estado mexicano el 17 de enero de 2008.

causas que originan la discapacidad son sociales [y, por tanto,] las soluciones no deben apuntarse individualmente a la persona afectada, sino más bien que deben encontrarse dirigidas hacia la sociedad".[3]

17. A la luz de lo anterior, la CDPD prevé en su preámbulo, inciso e), que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

18. Además, en su artículo 2, la CDPD establece que la discriminación por motivos de discapacidad es cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o efecto de obstaculizar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones. Esto en todos los ámbitos: político, económico, social, cultural, civil o, como el que ahora nos ocupa, laboral. Además, incluye todas las formas de discriminación, entre ellas ladenegación de ajustes razonables.

19. En relación con lo anterior, en el artículo 5 del mismo instrumento internacional se establece que está prohibida la discriminación por motivos de discapacidad y que se debe garantizar a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

20. De una interpretación sistemática de los artículos 2 y 5 de la CDPD se desprende que, para que un acto genere discriminación por motivos de discapacidad, deben actualizarse tres elementos: *a)* un trato diferenciado, de exclusión o de restricción, *b)* motivado por motivos de discapacidad, y *c)* que dicho acto tenga por objeto obstaculizar, menoscabar o dejar sin efecto el reconocimiento o ejercicio de los derechos humanos o la igualdad real de oportunidades.

21. Específicamente respecto al ámbito laboral, el artículo 27 de la CDPD establece las obligaciones específicas contraídas por los Estados parte a efecto de garantizar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad; entre las que se encuentra la obligación de prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas al ámbito laboral, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el mismo, la promoción profesional y la necesidad de brindar condiciones de trabajo seguras y saludables.

22. Al ser la demandante una mujer con discapacidad, conviene resaltar que la CDPD, en su artículo 6, reconoce que las niñas y mujeres con discapacidad están sujetas a múltiples

[3] Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, CERMI, 2008, p. 102, *http://www.upla.cl/inclusion/wp-content/uploads/2014/10/El-modelo-social-de-mercado.pdf*

formas de discriminación. En relación con esto, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés)[4] establece en su artículo 11, fracción I, incisos a), b) y c), que el derecho al trabajo es un derecho inalienable de todo ser humano, que las mujeres tienen derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a ser evaluadas bajo los mismos criterios de selección, a elegir libremente su profesión o empleo, al ascenso, a la estabilidad en el mismo y a todas las prestaciones que derivan del mismo.

23. Por su parte, la Ley General de las Personas con Discapacidad[5] prevé, en su artículo 9, que "Las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo y la capacitación, en términos de igualdad de oportunidades y equidad", y que, para tales efectos, las autoridades competentes deben establecer, entre otras, medidas que incluyen el promover el establecimiento de políticas en materia de trabajo encaminadas a la integración laboral de las personas con discapacidad. Señala que, en ningún caso, la discapacidad será motivo de discriminación para el otorgamiento de un empleo.

24. Además, a nivel local, la Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal[6] prohíbe que la discriminación se ejerza contra cualquier persona en el Distrito Federal, en términos del artículo 1 constitucional y los tratados internacionales, e incluye, en su artículo 14, fracción XXXII, entre las prácticas discriminatorias, el limitar las oportunidades de empleo por razón de discapacidad o por ser adulto mayor, siempre y cuando esta condición no sea determinante para el buen desempeño de la vacante.

25. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, la demandante hizo referencia a su condición de salud, al manifestar ser una mujer diagnosticada con parálisis cerebral infantil que afecta sus facultades motrices. En este sentido, presentó como prueba los certificados médicos correspondientes.

26. Además, argumentó que, en virtud de su discapacidad, se le discriminó en la participación del proceso de selección, ya que la empresa ofrecía el puesto de pasante, pero señalaba que no se contemplaba a las personas con algún tipo de discapacidad.

27. Con base en lo anterior, y a la luz de la CDPD, la cual obliga a aproximarse a la discapacidad desde un modelo social y a dejar atrás el modelo médico,[7] se tiene que las pruebas ofrecidas por la ahora demandante (certificados médicos) no pueden considerarse

---

4 Ratificada por el Estado mexicano el 23 de marzo de 1981.

5 Última reforma publicada el 1 de agosto de 2008.

6 Publicada en la *Gaceta Oficial* el 19 de julio de 2006.

7 Para Agustina Palacios, en el modelo médico "el énfasis se sitúa en la persona y su 'deficiencia', caracterizada como una anomalía patológica […] criterio exclusivamente científico-médico". Palacios, Agustina, *op. cit.,* p. 81.

como prueba de discapacidad, sino, en su caso, únicamente como prueba de su esfera íntima en relación con su condición de salud.

28. Lo anterior atendiendo al enfoque social de la discapacidad –mismo que corresponde a las obligaciones internacionales adquiridas– y a lo previsto en el artículo 1 constitucional, que considera que la discapacidad solo puede entenderse en la esfera social, y ya no de manera individual en términos del diagnóstico.

29. Al respecto, cabe enfatizar que la CDPD no establece requisito o prueba alguno para acreditar la discapacidad; por el contrario, tal como se establece en su preámbulo, la misma surge de la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad ejerzan plenamente y sin discriminación, en igualdad de condiciones con las demás, todos los derechos humanos. Por tanto, a efecto de dejar atrás el enfoque médico que observa la discapacidad en la esfera íntima de la persona (con base en el diagnóstico médico, lo patológico), no se podrían valorar las pruebas aportadas correspondientes a la esfera individual de la demandante como pruebas que den cuenta de una situación de orden social, como lo es la discapacidad. En consecuencia, se tiene que las mismas solo corresponden a lo previamente señalado.

30. A partir de la ratificación de la Convención citada, el Estado mexicano se encuentra obligado a dejar de lado otros modelos de la discapacidad, como lo es el médico o el rehabilitador, y a implementar un modelo social de la discapacidad, el cual implica reducir y eliminar las barreras a las que se enfrentan las personas con discapacidad a efecto de que su participación se desarrolle en igualdad de condiciones que los demás.

31. Así, la exigencia de certificados médicos como prueba de la discapacidad constituiría una barrera injustificada para el acceso a la justicia y, por ende, una discriminación por motivos de discapacidad en sí misma.

32. No obstante, el hecho de que la demandante manifestara que es una persona con discapacidad constituye un hecho propio, con base en el artículo 325 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal,[8] que permite considerar que en el caso concreto la demandante es una persona con discapacidad.

33. Además, de las manifestaciones de la demandante se desprende que se identifica como mujer. Entonces, se advierte que manifiesta pertenecer a grupos que cuentan con una historia de desventaja estructural y que, en virtud de los criterios específicamente mencionados como motivos prohibidos de discriminación contemplados en el artículo 1 constitucional, existe la obligación de proteger sus derechos y libertades, esto a través

[8] Artículo 325.- Se tendrá por confeso el articulante respecto a los hechos propios que afirmare en las posiciones.

de medidas proigualdad, que difícilmente podrían instrumentarse sin recurrir al uso de criterios de identificación de colectivos tradicionalmente discriminados.

34. Luego, resulta imprescindible analizar las circunstancias específicas en el caso concreto a efecto de determinar si existió o no discriminación, y si la misma violó su derecho al trabajo.

35. Lo anterior, en un primer momento, obliga a considerar la intersección de los dos criterios, a efecto de contextualizar la situación de vulnerabilidad que enfrenta la demandante en virtud de las barreras del entorno, sociales y actitudinales que en el caso concreto manifiesta que interfieren con el ejercicio de su derecho de acceso al empleo en igualdad de circunstancias y, en un segundo momento, a la luz de tal contexto, determinar si la demandante fue víctima de discriminación laboral por motivos de discapacidad por parte de la cadena hotelera.

36. En este sentido, resulta importante señalar que las mujeres con discapacidad se enfrentan a múltiples formas de discriminación, tanto por ser mujeres como por su condición de discapacidad; además, se ven sujetas a efectos desproporcionados y diferencias en el acceso a sus derechos, así como a una falta de igualdad de oportunidades y de participación.

37. A efecto de contextualizar la desigualdad relacionada con la intersección y sus efectos, es importante esbozar de manera general la situación de las mujeres con discapacidad en relación con el acceso al empleo en el país. Ello permitirá conocer el contexto al que se enfrenta la demandante, en el cual –refiere– se le discriminó por motivos de discapacidad.

38. Al respecto, en el 2010, en el país, la participación económica[9] de las mujeres era del 33.3%, y la de su contraparte masculina de 73.4%.[10] Asimismo, las tasas de empleo de las personas con discapacidad usualmente son ligeramente superiores a la mitad de la tasa de empleo que sus pares sin discapacidad y, por su parte, la tasa de empleo

---

[9] La tasa de participación económica es un indicador que mide el grado de participación de la población en el mercado de trabajo. Se calcula el cociente entre la población económicamente activa (definida como las personas que trabajan o buscan trabajo) de 15 años y más y la población total de 15 años y más, multiplicado por 100; además, la interpretación estadística de la misma de manera ejemplificativa es que si es un valor de 60 significa que un 60% de la población adulta (de 15 y más años de edad) está inserta en la actividad económica, ya sea trabajando o buscando trabajo, *https://celade.cepal.org/redatam/PRYESP/SISPPI/Webhelp/tasa_de_participaci_n_econ_mica.htm*

[10] Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), "Censo de población y vivienda 2010: tabulados del cuestionario básico", elaborados el 8 de febrero de 2011, tasas específicas de participación económica por entidad federativa y grupos quinquenales de edad según sexo, *http://www3.inegi.org.mx/sistemas/TabuladosBasicos/Default.aspx?c=27302*

de mujeres con discapacidad es menor (menos de la mitad) que la de los varones con discapacidad.[11]

39. Es decir, las mujeres con discapacidad tienen acceso desigual al ejercicio de su derecho al empleo. Por ejemplo, si la tasa de empleo de las personas sin discapacidad es de 75%, entonces, como un aproximado, la tasa de empleo de las personas con discapacidad oscilará alrededor del 40% y la de las mujeres con discapacidad será menor al 20%. Además, las personas con discapacidad en edad de trabajar se enfrentan a desventajas significativas en el mercado laboral y tienen peores oportunidades de empleo.[12]

40. Lo anterior permite afirmar que si bien el género afecta de manera desproporcionada en el acceso a la participación económica –en perjuicio de las mujeres, en virtud de los roles tradicionales que se les asignan y de las prácticas de discriminación estructurales e institucionalizadas–, lo cierto es que la intersección de género y discapacidad aumenta la disparidad en casi 50% en el acceso a la participación económica en relación con el derecho al trabajo.

41. Si se considera la remuneración, se tiene que la brecha por motivos de género aumenta, dado que afectan otros factores como la segregación ocupacional y la discriminación salarial. Al respecto, a manera de ejemplo, las mujeres tienden a ganar hasta 14% menos que los hombres, una vez que se ha controlado el efecto de las demás variables sobre el ingreso,[13] situación que se puede suponer que aumenta con la intersección de discapacidad.

42. Con base en lo anterior, se tiene que, en un primer momento, existe desigualdad en el acceso a la participación económica por el hecho de ser mujer, y que además se intersecta con el hecho de estar en situación de discapacidad, lo que afecta desproporcionadamente las posibilidades de tener un trabajo remunerado en igualdad de condiciones, solo por el hecho de ser mujer con discapacidad.

43. A la luz de lo anterior, en el acceso al empleo de las mujeres con discapacidad, es claro que no nos encontramos en un escenario de conductas individuales y desvinculadas que se presentan de manera aislada, sino que los escenarios citados se sustentan en prácticas específicas basadas en estereotipos y prejuicios que han sido legitimadas e institucionalizadas y que conllevan a la desigualdad. A su vez, estas prácticas generan barreras del entorno, sociales y actitudinales que repercuten de manera diferenciada y desproporcio-

11 Organización Mundial de la Salud, Informe mundial sobre la discapacidad, resumen, 2011, p. 12, *http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/summary_es.pdf*

12 *Idem*.

13 Instituto Nacional de las Mujeres, "Desigualdad de género en el trabajo", septiembre 2008, p. 9, *http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100923.pdf*

nada en el ejercicio del derecho al trabajo en igualdad de condiciones para las mujeres con discapacidad, en virtud de la intersección de género y discapacidad.

44. Por consiguiente, es factible considerar que entre las barreras del entorno, sociales y actitudinales a las que se enfrenta la demandante, en materia laboral, se encuentran prácticas que se consolidan y legitiman a través de medidas institucionales que tienen como resultado la diferencia de la participación referida.

45. A efecto de identificar si la demandante fue víctima de discriminación laboral por motivos de discapacidad por parte de la cadena hotelera, resulta procedente analizar si la distinción realizada en la oferta de empleo de la empresa hotelera fue objetiva, razonable y proporcional.

46. Dicho análisis se efectuará con relación al caso concreto, pero a la luz de la serie de prácticas específicas y de las barreras del entorno, sociales y actitudinales que repercuten de manera diferenciada y desproporcionada en el ejercicio del derecho al empleo en igualdad de circunstancias para las mujeres con discapacidad en el país.

47. La oferta laboral publicada por la empresa hotelera en la bolsa de trabajo de la universidad estableció de manera expresa entre sus requisitos que la vacante no contemplaba la contratación de personas con discapacidad. Cabe señalar que la empresa hotelera, aun como particular, se encuentra obligada a no discriminar. Resulta aplicable, en lo conducente, la tesis aislada 1a. CIV/2010 de la Novena Época, "Principio de igualdad. Interpretación constitucional para determinar si en un caso procede aplicar escrutinio intenso por estar involucradas categorías sospechosas"; asimismo, el criterio sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia de rubro: "Igualdad. Límites a este principio", publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XX, página 99, octubre de 2004, registro 180345.

48. En este sentido, la obligación de no discriminación rige no solo a las autoridades, sino también a los particulares, pues lo contrario sería tanto como subordinar la supremacía constitucional a los deseos o actos de los particulares. Por lo anterior, estos últimos tienen el deber de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución y, en este sentido, están obligados a respetar los derechos de no discriminación y de igualdad real de oportunidades. Lo anterior implica que la prohibición de no discriminar puede traducirse en una limitación válida a la autonomía de la voluntad de las partes para contratar cuando esté en juego la dignidad de la persona o, en el caso que nos ocupa, el derecho al trabajo digno.

49. No obstante, a través de la vacante, la empresa hotelera materializó una prohibición expresa hacia las personas con discapacidad, impidiéndoles participar en la convocatoria. En este sentido, el distingo realizado por la empresa hotelera fue predefinido hacia un

sector de población específico sin que se realizara justificación o legitimación alguna de la distinción.

50. Tal diferenciación sustentada en motivos de discapacidad no puede ser ni razonable ni objetiva. Por el contrario, se trata de una exclusión injustificada y arbitraria dirigida a todo un colectivo históricamente discriminado, únicamente por el hecho de encontrarse en situación de discapacidad.

51. En este sentido, toda vez que se advierte que la exclusión se dirigió a todo un colectivo, entonces se tiene que su efecto no puede limitarse a la esfera de la universidad.

52. Si bien la convocatoria de oferta de empleo en la que se excluyó a las personas con discapacidad se publicó en la bolsa de trabajo de la universidad, por lo que los y las alumnas con discapacidad de la misma universidad fueron las personas principalmente excluidas, lo cierto es que, además, entre los efectos de la acción que carece de razonabilidad se tienen daños inmateriales hacia todo el colectivo.

53. Así, la acción de exclusión tuvo un impacto negativo en la integración y la cohesión social en el ámbito universitario, pero también hacia un colectivo históricamente discriminado, ya que tal exclusión injustificada, entre otras consecuencias, desincentiva la participación de personas con discapacidad en entornos educativos, en virtud de ver coartado su desarrollo profesional y afectar su acceso a la educación; además, conlleva una afectación al derecho a elegir libremente su profesión y limita su participación en otros procesos de selección, por verse excluidos al establecer condiciones de selección discriminatorias y excluyentes.

54. Por tanto, el efecto de la exclusión emitida en la convocatoria anula y menoscaba los derechos, libertades y la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad; es decir, el detrimento de derechos afecta a todo el colectivo independientemente de si se presentaron más casos específicos, en virtud de que se estigmatiza a las personas con discapacidad como incapaces de participar en procesos similares, al señalar a la discapacidad como una distinción arbitraria en el ejercicio de derechos, lo que entre la población con discapacidad transmite el mensaje de que ejercicios de exclusión y marginación resultan procedentes.

55. El difundir y promocionar que las personas con discapacidad no pueden participar en diversos trabajos les estereotipa y les reduce a roles específicos, lo cual usualmente se vincula con la idea errónea de que son objetos de cuidado y no sujetos de derechos; lo que reafirma el estigma y la discriminación estructural de la que son objeto.

56. En este sentido, es claro que la distinción arbitraria de la convocatoria emitida por la empresa hotelera se sustenta en prejuicios y estereotipos que, entretejidos en el contexto social, jurídico, económico, social, y en virtud de las barreras sociales, físicas y actitudinales

que existen, tienen como efecto la marginación de un grupo social específico mediante formas de discriminación compuestas y simultáneas.

57. Además, la acción no objetiva e injustificable realizada por la empresa hotelera traslada la carga de la reducción de barreras a las personas con discapacidad, dado que fomenta que sean estas quienes busquen mecanismos de inclusión; cuando, por el contrario, la eliminación de las mismas corresponde a obligaciones estatales y a los particulares, e incluye la eliminación de las barreras que enfrentan las personas con discapacidad al obtener un empleo o al asumir su papel en sociedad.

58. El hecho de excluir a las personas con discapacidad (a partir de la propia convocatoria) resulta contrario a lo previsto en el artículo 1 constitucional en relación con el diverso artículo 27, fracción I, inciso a) de la CDPD.

59. Respecto al caso concreto de la demandante, la distinción injustificada, ni razonable ni objetiva, realizada en la convocatoria por parte de la empresa hotelera constituye discriminación por motivos de discapacidad, y conlleva un perjuicio diferenciado y particular en su esfera personal como mujer con discapacidad.

60. Resulta aplicable, en lo conducente, la tesis 2ª. LXXXII/2008, de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Principio general de igualdad. Su contenido y alcance", por cuanto se refiere a que, frente a situaciones que requieren, por su naturaleza, un trato diferenciado ante las condiciones particulares, es necesario que este se sustente en la razonabilidad de la medida como criterio básico.

61. La oferta de trabajo tuvo como resultado un trato discriminatorio entre situaciones análogas, al permitir que otros estudiantes de la misma universidad participen en la convocatoria –incluso de la misma carrera o formación académica–, e impidió el acceso de la ahora demandante al proceso de selección, únicamente por su situación de discapacidad. Ello independientemente de las características necesarias que, en su caso y posterior al proceso referido, se requieran para la idoneidad en el puesto.

62. Además, de la convocatoria se advierte que la restricción no tuvo por efecto asegurar que el proceso para participar en la misma se sustentara en condiciones de diseño universal, o que incluyera entre sus principios la inclusión o la garantía de accesibilidad; por el contrario, los efectos fueron limitar la participación de la ahora demandante únicamente en virtud de su discapacidad.

63. Así, la empresa hotelera brindó un trato diverso ante quien no se encontraba en igualdad –en el caso concreto, la demandante–, sin tener como finalidad el respeto de la dignidad ni la construcción de un trato en igualdad. Esto toda vez que no se advierte que la distinción realizada tuviera por objeto proporcionar mecanismos que permitieran garantizar la igualdad de condiciones, sino que, por el contrario, se tiene que la exclusión ex-

presa de personas con discapacidad en la convocatoria fomentaba la individualización de la afectación –en el caso concreto, contra la demandante–, por lo que el daño es mayor.

64. En términos del contexto establecido previamente, en el país el derecho al trabajo se ejerce de manera diferenciada, encontrándose las mujeres con discapacidad en una situación de gran desigualdad, marcada por roles de género y jerarquías sustentadas en prejuicios y estereotipos que se institucionalizan.

65. En virtud de los artículos 1 y 123 constitucionales, y en relación con lo previsto en el artículo 27, inciso I, apartado a), de la CDPD, la CEDAW, y el artículo 9 de la Ley General de las Personas con Discapacidad, es obligación del Estado generar garantías para que las personas con discapacidad tengan oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado, así como que cuenten con entornos laborales abiertos, inclusivos y accesibles. Además, debe prohibir la discriminación por motivos de discapacidad y de género con respecto a las condiciones de selección, contratación y empleo.

66. En relación con lo previsto en el artículo 5 constitucional respecto a la libertad de trabajo, consistente en que no se podrá impedir a ninguna persona que se dedique a profesión, industria, comercio o trabajo que desee, siempre que sea lícito, se tiene la obligación, por parte de particulares y del Estado, de implementar medidas a efecto de que las personas se dediquen al trabajo libremente elegido.

67. Por lo anterior, el Estado y la empresa hotelera se encuentran obligados a tomar en consideración la desigualdad y discriminación estructurales a las que se enfrentan las mujeres con discapacidad respecto a los procesos de empleo que se llevan a cabo y, por ello, a llevar a cabo todas las medidas proigualdad correspondientes.

68. Ello –a la luz del contexto referido previamente de las prácticas específicas basadas en estereotipos y prejuicios que generan barreras del entorno, sociales y actitudinales– repercute de manera diferenciada y desproporcionada en el ejercicio del derecho al trabajo en igualdad de circunstancias, en virtud de la intersección de las categorías referidas.

69. Así, las prácticas que se llevaron a cabo en contra de la demandante –mujer con discapacidad– consistieron actos discriminatorios contrarios al artículo 1 de la Constitución Federal, en los que se vulneró su derecho a la igualdad y no discriminación, así como su derecho al trabajo, al excluirla de manera expresa únicamente por el hecho de ser una mujer con discapacidad.

70. En este sentido, la empresa hotelera no solo realizó un distingo carente de razonabilidad, sino que el mismo se materializó en la negativa hacia la demandante de participar en la oferta de empleo señalada. Además, la restricción en la convocatoria conlleva de manera implícita la ausencia de condiciones y la omisión de la empresa hotelera de llevar a cabo medidas proigualdad, como la garantía de accesibilidad.

71. La ausencia de medidas proigualdad, como lo es la garantía de accesibilidad, conduce a la imposibilidad de la elección libre para grupos sociales que se encuentran sujetos a desigualdades históricas. Las mujeres con discapacidad tienen derecho a las mismas oportunidades de empleo, a ser seleccionadas bajo los mismos criterios y a elegir libremente su profesión y empleo, para lo que se requiere como elemento primordial e indispensable, garantizar –por parte del Estado y los particulares– la accesibilidad, tanto en los procesos y en las cuestiones sociales como en los aspectos físicos.

72. De esta manera, la empresa hotelera estaba obligada a prever y garantizar accesibilidad, así como a brindar los apoyos necesarios para permitir la participación de manera plena y efectiva en el proceso de selección en igualdad de condiciones; situación que no aconteció. Tan es así que, contrario a las obligaciones referidas, la empresa materializó una exclusión expresa en contra de las personas con discapacidad, misma que tiene un efecto desproporcionado en la esfera de la demandante, por ser mujer con discapacidad.

73. La restricción en la convocatoria genera una afectación especial y grave en la esfera de derechos de la demandante, porque se vincula y sustenta en la intersección de las categorías de género y discapacidad; además, deviene en una afectación tanto a su aspiración profesional como a su desarrollo profesional, su dignidad y su calidad de vida. Por este motivo, se advierte que la práctica discriminatoria de la empresa hotelera lesionó sus sentimientos, así como la consideración que de ella tienen los demás.

74. La distinción por motivos de discapacidad realizada por la empresa no fue razonable. Adicionalmente, de las manifestaciones de la ahora demandada se tiene que insistió en la misma y estableció una carga injustificada a la demandante a efecto de que probara que, en su caso, cuenta con las características necesarias para el puesto, sin asumir la obligación de llevar a cabo medidas proigualdad, ni brindar elementos de accesibilidad, ni su posibilidad.

75. Al respecto, se tiene que la oferta laboral negó a la demandante la posibilidad de participar en el proceso de selección con base en criterios injustificados que no se relacionan con finalidad lícita alguna. Debido a ello, no le asiste la razón a la empresa hotelera, dado que la exclusión expresa en la participación en la oferta laboral tuvo como efecto que la propia empresa no pudiera siquiera valorar a la ahora demandante en cuanto a su idoneidad para ocupar el puesto, conforme a las características requeridas para ello.

76. Debe destacarse que el acto discriminatorio se configuró desde el momento en que la empresa realizó la distinción expresa no objetiva ni razonable en su oferta de empleo, y es por esta razón que resulta irrelevante que la demandante no se haya presentado a solicitar el empleo, pues debe tenerse en cuenta que la propia convocatoria se lo impedía desde un inicio. Considerar lo contrario, es decir, que debió haberse presentado a solicitarlo para tener por acreditada la afectación a su esfera jurídica, traería como resultado

una mayor vulneración a sus derechos humanos, al generarle una revictimización, ya que desde el principio se le informó, con la publicación de la vacante, que por motivos de discapacidad no podría participar en el proceso de selección.

77. En atención a estas consideraciones, al acreditarse una afectación a los derechos a la igualdad y no discriminación de la demandante, así como a su libertad de empleo, dado que la restricción materializada por la empresa hotelera repercutió en afectaciones elevadas a sus derechos, se tiene que la convocatoria analizada sí constituye un acto discriminatorio y una violación directa a la Constitución.

78. Por consiguiente, procede decretar la reparación integral del daño en términos del artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al encontrarnos ante la existencia de una violación a un derecho protegido por la propia Convención, como lo es el derecho a la no discriminación, en relación con el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

79. Atendiendo a la naturaleza del juicio que nos ocupa, lo procedente es ordenar la indemnización del daño moral, en términos del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, para la determinación de la cantidad líquida que la empresa deberá pagar a la demandante. Debido a la falta de elementos necesarios en el expediente, se ordena abrir un incidente de liquidación, en el cual deberá tomarse en cuenta lo siguiente:

A. La magnitud y gravedad del daño, que deben ser consideradas como altas, pues nos encontramos frente a una discriminación de carácter estructural e institucionalizada y, por tal razón, la cantidad que se determine deberá ser ejemplificativa para disuadir tanto al perpetrador de la discriminación como al resto de las empresas de repetir actitudes discriminatorias en el futuro.

B. Las afectaciones inmateriales –o incluso patrimoniales– que derivaron del hecho discriminatorio, teniendo en cuenta que la demandante sufrió una afectación personal debido a dicho acto, que trascendió en la negativa para tener la oportunidad y aspiración de desarrollarse profesionalmente.

C. La pertenencia a algún grupo vulnerable, ya que la demandante es una mujer con discapacidad y la intersección de ambos aspectos hace necesario que se analice el contexto para que la cantidad determinada pueda ayudarla a disminuir de alguna manera la brecha de desigualdad que enfrenta.

D. La capacidad económica de la empresa demandada.

80. Por otro lado, al ser insuficiente el establecimiento de un monto económico para resarcir las violaciones de este tipo, resulta procedente dictar medidas reparatorias de carácter disuasorio, por lo que se ordena la publicación de esta sentencia a cargo de la

empresa demandada en los dos periódicos de mayor circulación del país. También se ordena dar vista al Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación para verificar que las autoridades de la empresa cumplan dicha medida, con miras a que tenga un efecto real en sus políticas de contratación.

VII. DECISIÓN

81. Es procedente y fundado el juicio promovido por Paola García, al haber existido un acto discriminatorio en su contra por parte de la empresa hotelera, lo que conllevó una violación a su derecho al trabajo. Se condena a la empresa demandada en los términos precisados en esta ejecutoria. De igual forma, se ordena abrir el incidente de liquidación respectivo. Dese vista de esta sentencia al Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, para los efectos precisados en la misma.

Por todo lo expuesto y fundado, se resuelve:

PRIMERO. Es procedente y fundada la acción intentada por la quejosa**.**

SEGUNDO. Se condena a la empresa demandada en los términos precisados en esta ejecutoria y se ordena abrir el incidente de liquidación respectivo. Asimismo, dese vista de esta sentencia al Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, para los efectos precisados en la misma.

Comentario
a la sentencia del juicio ordinario civil 1040/09 sobre la interseccionalidad entre el género y la discapacidad

Mariana Díaz Figueroa

I. Introducción

Como punto de partida, es indispensable reconocer que las mujeres con discapacidad se han enfrentado históricamente a situaciones de desventaja estructural que les impiden ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, por lo que debe entenderse que son sujetas de discriminación estructural. Como menciona Roberto Saba, lo anterior implica "la existencia de una opresión histórica reflejada en diversas prácticas sociales, muchas veces reproducidas por las instituciones que generan una exclusión sistemática",[1] que se ve agravada debido a la interacción inseparable del género y la discapacidad y que, aunado a otros factores como la edad, la raza, la situación socioeconómica, la preferencia sexual o la identidad de género, entre otros, definen de manera particular su situación de desventaja social.

En este sentido, el término "interseccionalidad" puede verse como una contribución del feminismo negro, que busca "reconocer la complejidad de los procesos formales e informales que generan las desigualdades sociales. Este enfoque revela que las desigualdades son producidas y complejizadas por las interaccio-

[1] Saba, Roberto "(Des)igualdad estructural", en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2017, p. 11.

nes entre los sistemas de subordinación de género, orientación sexual, etnia, religión, origen nacional",[2] entre otros.

No escapa a lo anterior el hecho de que, tal como lo afirma Melania Moscoso, "el feminismo ha contribuido a difundir un estereotipo de mujer en el que no [...] pueden reconocerse las mujeres con discapacidad, y tampoco plantea antagónicamente las subordinaciones que las aquejan".[3]

Por ello, no es posible considerar a las mujeres como un grupo homogéneo, pues si bien todas enfrentamos las problemáticas derivadas de vivir en un sistema patriarcal, la manera en la que las enfrentamos y la intensidad con la que las vivimos variarán dependiendo de las circunstancias concretas de cada una. En este sentido, tampoco puede considerarse la existencia de un solo tipo de mujer con discapacidad, pues todas son diferentes y se enfrentan a diversas barreras.

Al respecto, la discapacidad puede ser entendida a la luz del inciso e) del preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,[4] bajo el enfoque de derechos humanos y del modelo social al que obliga la referida Convención, como un concepto en constante evolución y que resulta de la interacción de las situaciones individuales de las personas (relativas, por ejemplo, a la movilidad, la comunicación, el aprendizaje, entre otras) con las barreras del entorno (ya sean físicas, sociales o actitudinales), siendo estas últimas las que la limitan o restringen el ejercicio de derechos.

Específicamente en el artículo 6 de la Convención se aborda el tema como respuesta a la falta de reconocimiento de los derechos de las mujeres y las niñas con discapacidad,[5] haciendo

---

2 La Barbera, María Caterina, "Interseccionalidad, un 'concepto viajero': orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea", *Interdisciplina,* vol. 4, núm. 8, enero-abril de 2016, p. 106.

3 Moscoso, Melania, "Menos que mujeres: los discursos normativos del cuerpo a través del feminismo y la discapacidad", en Arpal Poblador, Jesús y Mendiola Gonzalo, Ignacio (eds.), *Estudios sobre cuerpo, tecnología* y *cultura*, País Vasco, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 2007, pp. 185-195.

4 Ratificada por el Estado mexicano en 2008.

5 Véase Observación general 3 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, "Sobre las mujeres y las niñas con discapacidad", 2016,

visible que son sujetas de discriminación múltiple, compuesta por dos o más motivos de discriminación, lo que conduce a una discriminación compleja o agravada. En este sentido, el Estado se encuentra obligado a realizar todas las acciones que sean necesarias para garantizar su igualdad sustantiva.

La naturaleza transversal del artículo 6 implica su vinculación con el resto del contenido sustantivo de la Convención y, en específico para efectos del caso concreto, con el artículo 27, que contempla el derecho al trabajo, en el que se incluyen, entre otras cosas, contar con un empleo libremente elegido o aceptado en un mercado y entorno abierto, inclusivo y accesible. Por ende, el Estado estará obligado a prohibir la discriminación por motivos de discapacidad respecto a todas las cuestiones relativas al empleo, incluidas las condiciones de selección y contratación, la continuidad en el empleo, la promoción profesional, y a asegurar condiciones de trabajo justas en cuanto a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor.

Sin embargo, el contexto al que se enfrentan las mujeres con discapacidad en el ámbito laboral se encuentra lejos de alcanzar los ideales de la Convención, pues, de acuerdo con el Departamento de Información Pública de la ONU y datos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), del total de las personas en edad de trabajar, 386 millones son personas con discapacidad. Sin embargo, en algunos países, hasta un 80% de estas se encuentran desempleadas.[6] Como menciona la OIT, las personas con discapacidad "con frecuencia están relegadas a trabajos de bajo nivel y pocos ingresos, con escasa seguridad social y legal, o están segregadas del mercado primario del trabajo"; asimismo, afirma que "entre las personas con discapacidad, los hombres tienen el doble de probabilidad que las mujeres de tener trabajo".[7] Al respecto, los índices de participación en el mercado laboral son notablemente inferiores a los de las personas sin discapacidad y

---

http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsnbHatvuFkZ%2Bt93Y3D%2Baa2oLCHc5Ye5y0yX37Gpo%2FkmBZl1QeKTg7cNEuS%2FzKc3xGM7PD4P8YrjsNLHbSyyH3%2BpDNGpobvX%2B6Zw74L1Z2GWT

6 Departamento de Información Pública de la ONU, 2006.

7 OIT, "Datos sobre discapacidad en el mundo del trabajo", 2007.

tal falta de participación "supone un gran derroche de potencial que conlleva una pérdida del PIB de entre 3% y 7%".[8]

En México, de acuerdo con datos de la Encuesta Nacional de la Dinámica Demográfica (ENADID, 2018),[9] es posible advertir que del total de la población con discapacidad reflejada en la encuesta, 54.2% son mujeres.

La referida encuesta también muestra una gran diferencia en la tasa de participación económica. Entre quienes no tienen discapacidad, la participación es del 65.4%, mientras en la población con discapacidad llega al 38.5%.

Asimismo, la diferencia es más notoria por sexo, pues "entre los hombres la diferencia alcanza 31 puntos porcentuales y en las mujeres, la diferencia en la tasa de participación económica es de 21 puntos porcentuales".[10] Lo anterior demuestra que, en general, las mujeres con discapacidad tienen menor acceso al trabajo, debido a que se ven obligadas a enfrentar también las desigualdades derivadas del género.

Además, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW, por sus siglas en inglés), en su recomendación emitida al Estado mexicano, consideró conveniente adoptar una estrategia integral para superar la cultura del machismo, los estereotipos y las formas de discriminación interseccional contra las mujeres. En este contexto, manifestó su preocupación por el acceso limitado de las mujeres con discapacidad al mercado laboral y recomendó adoptar medidas temporales para generar mayores oportunidades de empleo.[11]

---

8 OIT, "The of Exclusion: The Economic Consequences of Excluding People With Disabilities from The World of Work", Documento de trabajo núm. 43, Sector del Empleo, 2009.

9 Véase Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), "Encuesta Nacional de la Dinámica Demográfica", *https://www.inegi.org.mx/programas/enadid/2018/default.html#Documentacion*.

10 INEGI, "Estadísticas a propósito del día internacional de las personas con discapacidad (3 de diciembre)", 2 de diciembre de 2019, p. 9.

11 Comité CEDAW, Observaciones finales del informe periódico rendido por el Estado mexicano, 2018.

II. Análisis de la sentencia en estudio

Hechos: una estudiante de Derecho y mujer con discapacidad demandó, en la vía ordinaria civil, de una empresa privada, la reparación del daño moral, al considerar que fue víctima de un acto discriminatorio por motivos de discapacidad, ya que la empresa ofertó una vacante para ocupar un puesto de pasante en Derecho en la que se excluía textualmente la participación de las personas con discapacidad en el proceso de selección.

Antecedentes: una universidad publicó en su bolsa de trabajo una oferta laboral a nombre de una empresa, la cual establecía, entre los requisitos, que la vacante no contemplaba la contratación de personas con discapacidad.

Al considerar que la oferta de trabajo era discriminatoria, una estudiante de Derecho presentó una queja ante el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, de la que derivó un convenio en el que la empresa demandada se comprometió a recibir su *curriculum vitae* para que fuera tomado en cuenta para puestos futuros y a que su personal tomara un curso sobre discapacidad y no discriminación. Posteriormente, la quejosa interpuso el juicio ordinario civil que es materia de estudio.

Determinación en el juicio ordinario civil: en términos generales, la jueza decidió declarar improcedente la acción y absolver a la empresa demandada de la condena por el daño moral del que fue acusada con motivo de una discriminación originada por razones de discapacidad, debido a que consideró que la víctima no logró acreditar que, pese a reunir todas las características necesarias para ocupar el puesto, fue rechazada injustificadamente por razón de la discapacidad.

Con la finalidad de realizar un análisis a profundidad de la sentencia, para determinar los aspectos que debieron haberse tomado en cuenta al realizar el estudio del caso concreto y hacer visibles las imprecisiones en que incurrió la jueza, el estudio se realizará tomando en cuenta los siguientes aspectos: análisis de la interseccionalidad del género y la discapacidad; derecho de acceso a la justicia; configuración del acto discriminatorio; eficacia horizontal de los derechos humanos, y efectos deseados en la sentencia.

2.1. Análisis de la interseccionalidad entre género y la discapacidad

De la lectura integral de la sentencia es posible advertir que la jueza pasa por alto que se encuentra ante un caso que involucra a una mujer con discapacidad y que, por tal razón, su análisis debe contener tanto una perspectiva de género como de discapacidad que refleje adecuadamente el modelo social al que obliga la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual, al haber sido ratificada en 2008 por el Estado mexicano, ya era de observancia obligatoria para la juzgadora en el momento en que se emitió la sentencia (7 de abril de 2011), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución Federal, y en relación con el numeral 4 de la Ley sobre la Celebración de Tratados.

Lo anterior con independencia de que aún no se hubiera publicado la reforma constitucional en materia de derechos humanos (junio de 2011), pues la finalidad de la referida reforma no fue hacer "exigible" la observancia de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales, toda vez que dicha obligación ya se encontraba expresamente prevista en el artículo 133 de la Constitución. Lo que en realidad se buscó con la reforma fue, entre otras cosas, fortalecer el compromiso del Estado mexicano respecto a la observancia, respeto y promoción de los derechos humanos, así como facilitar su justiciabilidad.[12]

Sin embargo, contrario a lo anterior, en la sentencia no se hace un análisis del contexto en el que se presentó la violación de derechos humanos y se aborda el tema a partir del enfoque médico[13] del que intenta apartarse la Convención sobre los Dere-

[12] Derechos humanos. Los tratados internacionales vinculados con estos son de observancia obligatoria para todas las autoridades del país, previamente a la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011. Tesis aislada 1a. CXCVI/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. XXI, t. I, junio de 2013, p. 602. Registro digital: 2003847.

[13] Véase Puig de la Bellacasa, Ramón, "Concepciones, paradigmas y evolución de las mentalidades sobre la discapacidad", AA. VV., *Discapacidad e información*, Madrid, Real Patronato de Prevención y Atención a Personas con Minusvalía, 1990, pp. 63-96.

chos de las Personas con Discapacidad. Dicho enfoque entiende a la discapacidad como sinónimo de enfermedad y la considera como una cuestión perteneciente a la esfera individual de la persona, aspecto que se refleja reiteradamente en la sentencia y se manifiesta en afirmaciones como: "[...] Que no fue aceptada en el puesto especialmente por la parálisis cerebral infantil que aduce padecer [...]".[14]

A manera ejemplificativa de lo que se reitera a lo largo de la sentencia,[15] en la referida frase es posible ver reflejado el enfoque médico, ya que se toma el diagnóstico de la parte actora (parálisis cerebral infantil) como sinónimo de discapacidad, cuando esto debería ser el resultado de la manera en la cual esa situación particular interactúa con las barreras del entorno, tanto físicas como actitudinales. En el caso concreto son estas últimas las que limitan su derecho al trabajo, debido a los prejuicios y estereotipos que se tienen respecto de las personas con discapacidad.

Por otro lado, en ningún momento se toman en cuenta los aspectos de género presentes en el caso, omitiendo el análisis de interseccionalidad respectivo, en el que se debieron hacer latentes las barreras del entorno y las asimetrías de poder derivadas tanto de las cuestiones de género como de la discapacidad para estudiar la manera en que las mismas restringieron su derecho al trabajo.

Es más, a lo largo de la sentencia no es posible encontrar una sola referencia específica que reconozca a la quejosa como mujer con discapacidad, demostrando con ello la invisibilización a la que se enfrenta este sector de la población, pues, en general, cuando se está frente a una situación con discapacidad pareciera que esta "elimina" todos los demás aspectos (como el género, la raza, la situación socioeconómica, la edad, etc.) que deben tomarse en cuenta para determinar los ejercicios de poder y las situaciones de desigualdad social que se presentan en un caso como el que se analiza.

---

14 Foja 9 de la sentencia original.

15 En la que también existen afirmaciones respecto a que la discapacidad "se sufre" o "se padece", pues con ello se conceptualiza la discapacidad como "un castigo" y no como parte de la diversidad humana.

2.2. Derecho de acceso a la justicia

En la sentencia se determina que

> [...] no es factible que la accionante fundamente la presente acción en los mismos hechos que hizo valer ante el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, toda vez que atento al convenio referido se generaron situaciones nuevas de derecho con las que estuvo conforme [...] quedó acreditado que las partes llegaron a un acuerdo en el que la demandada se obligaba a tomar un curso de no discriminación, así también recibió el curriculum vitae de la actora para considerarla como pasante de derecho o como vacante en la empresa demandada, con lo que la accionante estuvo conforme, luego entonces las circunstancias de derecho cambiaron [...].[16]

El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)[17] contempla el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial con la finalidad de que sea debidamente resulta la problemática planteada.

Por tal razón, contrario a lo pretendido por la parte demandada y a lo considerado en la sentencia, la existencia de un convenio no puede ser un factor para considerar que las circunstancias del acto discriminatorio cambiaron, y mucho menos para que no existiera pronunciamiento en el fondo del asunto. El convenio celebrado atendía exclusivamente al reclamo de un acto discriminatorio ante una instancia administrativa, teniendo como finalidad que se tomaran las medidas pertinentes para evitar que dicha situación se repitiera en casos futuros, sin que ello hubiese resuelto la existencia o no del acto discriminatorio y, en su caso, la actualización del daño moral y sus posibles consecuencias, temas que fueron planteados en la demanda del juicio ordinario civil.

16 Foja 9 de la sentencia original.

17 Ratificada por el Estado mexicano el 3 de febrero de 1981.

2.3. Configuración del acto discriminatorio

En la sentencia se afirma que

> [...] para acreditar el daño moral aludido en su escrito de demanda debió demostrar fehacientemente que no obstante que reunía las aptitudes o calificaciones necesaria para desempeñar el puesto de pasante en derecho y que guardaba relación de igualdad con el conjunto de personas con las aptitudes necesarias para el desempeño del puesto de pasante en derecho anunciado en internet por la demandada, se le rechazó o excluyó con base en criterios ajenos a dichas aptitudes o calificaciones, o bien que no fue aceptada en el puesto por la parálisis cerebral infantil que aduce padece [...].[18]

Del texto transcrito es posible deducir que la jueza estableció que la carga de la prueba correspondía a la demandante para demostrar que la razón por la que no fue contratada obedeció a un motivo de discapacidad; conclusión que resulta totalmente carente tanto de un enfoque de derechos humanos como de una perspectiva de discapacidad, por las siguientes razones: debe tenerse en cuenta que el acto impugnado consistió en una oferta laboral publicada por una empresa privada en la bolsa de trabajo de una universidad, en la que se promovía el puesto de pasante en Derecho y se establecía que "la vacante no contemplaba personas con discapacidad", por lo que el primer paso sería determinar si tal distinción puede considerarse un acto discriminatorio y, con posterioridad, definir a quién le corresponde la carga de la prueba.

Como se ha definido, tanto a nivel nacional[19] como internacional,[20] la discriminación se refiere a cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos prohibidos (o categorías

---

18 Foja 9 de la sentencia original.

19 Véase Principio de igualdad y no discriminación. Algunos elementos que integran el parámetro general. Tesis de jurisprudencia P./J. 9/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 34, t. I, septiembre de 2016, p. 112. Registro digital: 2012594.

20 Véase Corte IDH. OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión consultiva de 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18 (solicitada por los Estados Unidos Mexicanos).

sospechosas), como sucede con la discapacidad,[21] que anulan o afectan la igualdad de oportunidades y el ejercicio de derechos.

Tomando en cuenta lo anterior, es posible afirmar que la convocatoria dirigida a estudiantes de Derecho realiza una distinción basada en motivos de discapacidad, al mencionar que el puesto no contemplaba la contratación de personas con discapacidad, es decir, de ningún estudiante de Derecho que perteneciera al grupo de población referido.

Por otro lado, no se advierte que tal distinción sea objetiva ni razonable, pues, al haberse publicado en la bolsa de trabajo de la universidad, se concluye que tenía como finalidad valorar las aptitudes de los estudiantes en Derecho de esa institución y verificar si cumplían el perfil del puesto para ser contratados, por lo que el criterio de discapacidad no guarda relación alguna con el objetivo de contratar a alguien con conocimientos jurídicos.

Lo anterior es así porque la posibilidad de participar en el proceso de selección le fue negada a la quejosa desde un inicio debido a un motivo de discapacidad, tomando tal aspecto como un criterio diferenciador para negar un derecho; cuestión que no tiene razonabilidad alguna si se tiene en cuenta que la demandante era estudiante de la carrera de Derecho (al igual que el resto de sus compañeros y compañeras). Por tanto, lo que se debió valorar fue si contaba con los conocimientos jurídicos para desempeñar el puesto y no el tema de la discapacidad. Por consiguiente, contrario a lo afirmado por la jueza, el acto discriminatorio no sucedió en el momento de la contratación, sino durante el proceso de selección, en el que no se le permitió participar.

Además, es de precisarse que el acto discriminatorio se perfeccionó al momento de hacer pública la convocatoria, pues esta es discriminatoria en sí misma, resultando irrelevante si la demandante se presentó físicamente o no a solicitar el puesto, dado que desde un inicio esta posibilidad le fue negada. Argumentar lo contrario, es decir, que para ver vulnerada su esfera jurídica era necesario que acudiera físicamente a la empresa, supondría un acto revictimizante.

[21] Contemplado tanto en el art. 1 de la Constitución Federal como en el art. 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En cuanto a la carga de la prueba, contrario a lo afirmado por la jueza en su sentencia, no correspondía a la víctima demostrar fehacientemente que no había sido discriminada, sino que era la empresa demandada la que debía demostrar que la distinción hecha en su oferta de trabajo era objetiva y razonable.

Esto es así en razón de que, si bien es cierto que en términos generales "el que afirma está obligado a probar", también lo es que en casos de discriminación la carga de la prueba debe trasladarse a aquella persona que aparentemente está tratando a otra de forma diferenciada, atendiendo a la naturaleza del acto sospechoso, con la finalidad de proteger a aquellos sujetos o grupos que históricamente han sido víctimas de actos discriminatorios, tal como lo reconoce la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T- 371/15.[22]

Por último, cabe destacar que las empresas no están obligadas a contratar a todas las personas con discapacidad que les soliciten un trabajo, pero sí deben darles la oportunidad de participar en el proceso de selección en igualdad de condiciones con los demás aspirantes y, en todo caso, realizar los ajustes razonables necesarios para que tengan la posibilidad de demostrar si cuentan o no con los conocimientos requeridos para el puesto, debiendo ser este último aspecto el determinante para su contratación y no lo relativo a su discapacidad.

2.4. Eficacia horizontal de los derechos humanos

A pesar de que la calidad de ente privado no fue un tema analizado en la sentencia de origen, resulta importante mencionar que, de conformidad con los criterios que ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), los particulares (en este caso la empresa demandada) también pueden violar derechos humanos, como claramente sucede en situaciones de discriminación.[23] Por tal razón, la eficacia horizontal de los derechos hu-

[22] Corte Constitucional colombiana, sentencia T371/15, *http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-371-15.htm*

[23] Véase Derechos fundamentales de igualdad y de no discriminación. Gozan de eficacia en las relaciones entre particulares. Tesis aislada

manos (dimensión subjetiva)[24] resulta esencial, al representar un límite del actuar arbitrario de los particulares.

Asimismo, en la Observación general núm. 3 del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad se afirma que "los Estados partes deben asegurarse de que los derechos de las mujeres con discapacidad no sean vulnerados por terceros. Por lo tanto, deben tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de sexo y/o discapacidad".[25]

Tal obligación debe reforzarse en las relaciones de trabajo, donde, debido a su naturaleza, existe asimetría de poder entre empresario y trabajador, la cual se incrementa cuando se trata de una trabajadora, generando que la situación de vulnerabilidad aumente.

2.5. Efectos deseados en la sentencia

Una vez comprobada la existencia del acto discriminatorio, la sentencia debió condenar a la empresa por daño moral y fijar las bases para garantizar la reparación integral del daño, en términos del artículo 1 constitucional, en relación con el diverso 63.1 de la CADH, en virtud de que, además de la indemnización económica generada por el daño moral, deben determinarse medidas reparatorias[26] que tengan un efecto disuasorio en quien efectuó el acto

1a. XX/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. XVI, t. I, enero de 2013, p. 627. Registro digital 2002504.

24 Véase Derechos fundamentales. Su vigencia en las relaciones entre particulares. Tesis de jurisprudencia 1a./J. 15/2012, (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima Época, lib. XIII, t. II, octubre de 2012, p. 798. Registro digital: 159936.

25 ONU, Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general 3, 2016, párr. 26.

26 Véase Quintana Osuna, Karla I., "La obligación de reparar violaciones de derechos humanos: el papel del amparo mexicano", AA. VV., *¿Cómo ha entendido la Suprema Corte de Justicia de la Nación los derechos en la historia y hoy en día? Estudios del desarrollo interpretativo de los derechos,* México, SCJN, 2016, *http://www.academia.edu/30840208/La_obligaci%C3%B3n_de_reparar_violaciones_de_derechos_humanos_el_papel_del_amparo_mexicano*

discriminatorio, para que en un futuro se abstenga de realizar ese tipo de conductas. La justificación de tales medidas consiste no solo en las implicaciones respecto a la persona concreta, sino también sociales, que produce la discriminación y, por tanto, en la necesidad de erradicar tales actos.[27]

Lo anterior cobra sentido si se tiene en cuenta que, en el caso concreto, la convocatoria, de manera indirecta, mandó el mensaje al resto de la comunidad universitaria de que las personas con discapacidad no pueden o no deber ser contratadas, generando con ello mayor estigmatización y desincentivando su participación.

En este sentido, en el marco de un proceso por daño moral, y en particular sobre discriminación, debe darse una reinterpretación al concepto de restitución que refiere la Ley de Amparo en materia de discriminación, debiendo trascender a la indemnización (aspecto económico), para tener un efecto catalizador en la sociedad, con otras medidas restitutorias tendentes a impedir que los actos discriminatorios se repitan en un futuro.

Para ello, debe considerarse que en el caso concreto la víctima del acto discriminatorio fue una mujer con discapacidad y, como lo ha establecido el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, las mujeres y las niñas con discapacidad sufren de discriminación múltiple. En ese sentido, la igualdad transformativa es necesaria para superar la discriminación que se encuentra profundamente entretejida en las estructuras jurídicas, políticas, económicas y culturales de la sociedad;[28] aspecto que debe tomarse en cuenta al momento de determinar la forma de reparar la violación.

En los asuntos laborales, tales medidas de reparación pueden consistir en la exigencia de una disculpa pública por parte de la empresa o la publicación de la sentencia que determina la inconstitucionalidad de la convocatoria discriminatoria, tanto en la

---

27 Véase amparo directo en revisión (ADR) 992/2014, 12 de noviembre de 2014.

28 ONU, Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, 22 de mayo de 2015.

bolsa de trabajo en la que fue publicada la oferta discriminatoria como en otros medios de información pública, como podrían ser las páginas de internet de la empresa demandada o del centro educativo.[29] De igual forma, puede determinarse la obligación de capacitar al personal de la empresa demandada en temas de no discriminación y del modelo social de la discapacidad, además de ordenar el establecimiento de mecanismos que permitan verificar que los procedimientos de contratación, promoción, etc., no tengan sesgos discriminatorios.

Todo lo anterior de forma paralela a la determinación de la cantidad a pagar por el daño moral, que preferentemente debe ser razonable, tomando en cuenta la capacidad económica de la demandada, lo que también tendría como finalidad desincentivar nuevos actos discriminatorios.

Fuentes de consulta

Comité CEDAW, Observaciones finales del informe periódico rendido por el Estado mexicano, 2018.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general 3, "Sobre las mujeres y las niñas con discapacidad", 2016, *http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsnbHatvuFkZ%2Bt93Y3D%2Baa2oLCHc5Ye5y0yX37Gpo%2FkmBZl1QeKTg7cNEuS%2FzKc3xGM7PD4P8YrjsNLHbSyyH3%2BpDNGpobvX%2B6Zw74L1Z2GWT*

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T371/15, *http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-371-15.htm*

Corte IDH. OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión consultiva de 17 de sep-

[29] Véase Discriminación en el ámbito laboral. El juzgador podrá imponer medidas reparatorias de carácter disuasorio para prevenir futuras actuaciones contrarias al principio de igualdad de trato. Tesis aislada 1a. IV/2015, (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 14, t. I, enero de 2015, p. 756. Registro digital: 2008259.

tiembre de 2003. Serie A, núm. 18 (solicitada por los Estados Unidos Mexicanos), *http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1*

Derechos fundamentales de igualdad y de no discriminación. Gozan de eficacia en las relaciones entre particulares. Tesis aislada 1a. XX/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. XVI, t. I, enero de 2013, p. 627. Registro digital: 2002504.

Derechos fundamentales. Su vigencia en las relaciones entre particulares. Tesis de jurisprudencia 1a./J. 15/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. XIII, t. 2, octubre de 2012, p. 798. Registro digital: 159936.

Derechos humanos. Los tratados internacionales vinculados con estos son de observancia obligatoria para todas las autoridades del país, previamente a la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011. Tesis aislada 1a. CXCVI/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. XXI, t. I, junio de 2013, p. 602. Registro digital: 2003847.

Discriminación en el ámbito laboral. El juzgador podrá imponer medidas reparatorias de carácter disuasorio para prevenir futuras actuaciones contrarias al principio de igualdad de trato. Tesis aislada 1a. IV/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 14, t. I, enero de 2015, p. 756. Registro digital: 2008259.

INEGI, "Encuesta Nacional de la Dinámica Demográfica", *https://www.inegi.org.mx/programas/enadid/2018/default.html#Documentacion*

INEGI, "Estadísticas a propósito del día internacional de las personas con discapacidad (3 de diciembre)", 2 de diciembre de 2019.

La Barbera, María Caterina, "Interseccionalidad, un 'concepto viajero': orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea", *Interdisciplina,* vol. 4, núm. 8, enero-abril de 2016.

Moscoso, Melania, "Menos que mujeres: los discursos normativos del cuerpo a través del feminismo y la discapacidad", en Arpal Poblador, Jesús y Mendiola Gonzalo, Ignacio (eds.), *Estudios sobre cuerpo, tecnología* y *cultura*, País Vasco, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 2007.

OIT, "Datos sobre discapacidad en el mundo del trabajo", 2007.

OIT, "The of Exclusion: The Economic Consequences of Excluding People With Disabilities from The World of Work", Documento de trabajo núm. 43, Sector del Empleo, 2009.

Principio de igualdad y no discriminación. Algunos elementos que integran el parámetro general. Tesis de jurisprudencia P./J. 9/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 34, t. I, septiembre de 2016, p. 112. Registro digital: 2012594.

Puig de la Bellacasa, Ramón, "*Concepciones, paradigmas y evolución de las mentalidades sobre la discapacidad*", AA. VV., *Discapacidad e información*, Madrid, Real Patronato de Prevención y Atención a Personas con Minusvalía, 1990.

Quintana Osuna, Karla I., "La obligación de reparar violaciones de derechos humanos: el papel del amparo mexicano", AA. VV., *¿Cómo ha entendido la Suprema Corte de Justicia de la Nación los derechos en la historia y hoy en día? Estudios del desarrollo interpretativo de los derechos,* México, SCJN, 2016, *http://www.academia.edu/30840208/La_obligaci%C3%B3n_de_reparar_violaciones_de_derechos_humanos_el_papel_del_amparo_mexicano*

Saba, Roberto, "(Des)igualdad estructural", en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2017.

SCJN, ADR 1387/2012, 22 de enero de 2014.

SCJN, ADR 3283/2015, 16 de agosto de 2017.

SCJN, ADR 992/2014, 12 de noviembre de 2014.

Resumen
de la resolución original

Datos Sentencia del Juicio Escrito Familiar de Cancelación de Pensión Alimenticia núm. 769/2012. Sentencia del fuero local del estado de Hidalgo.

Hechos Esta sentencia fue emitida en Pachuca de Soto, Hidalgo, el 19 de marzo de 2014, por el juez tercero familiar. Las partes en conflicto estuvieron casadas durante más de 20 años, durante los cuales la demandante asumió las labores del hogar y el cuidado de sus dos hijos, en mucha mayor medida que su entonces cónyuge. Por ello, a nivel profesional, solamente confeccionó estampados durante 14 años.

Por su parte, el demandante solicitó la cancelación de la pensión alimenticia provisional que había sido ordenada en favor de la demandada en el juicio de divorcio unilateral. El demandante, igualmente, solicitó la devolución de todas y cada una de las pensiones alimenticias que había percibido y siguiera percibiendo la demandada hasta la total conclusión del juicio; la desocupación y entrega de la casa habitación que sirvió como domicilio conyugal, con todo el menaje que esta contiene, y el pago de gastos y costas.

Por su parte, la demandada solicitó el pago de una pensión definitiva y una indemnización a título de reparación de daños y perjuicios y reparación por daño moral, por la violencia psicológica, patrimonial y económica de la que fue objeto durante el matrimonio.

Determinación El juez ordenó la cancelación de la pensión alimenticia a favor de la demandante y la desocupación de la casa habitación que sirvió de domicilio conyugal, para que la demandada la entregue al demandante.

Sentencia
769/2012 originada en un juicio familiar sobre la cancelación de alimentos

Luz Helena Orozco y Villa

I. BREVE SECUELA PROCESAL Y SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA ORIGINAL

1. El señor Javier Sánchez demandó de la señora Alicia Ramírez[1] la cancelación de la pensión alimenticia provisional, a la que había sido condenado previamente en un juicio de divorcio unilateral, la devolución de las pensiones alimenticias otorgadas, y la desocupación y entrega de la casa habitación que sirvió como domicilio conyugal. Como hechos, señaló medularmente que la señora Alicia Ramírez –con la que estuvo casado más de 20 años y procreó dos hijos (ahora mayores de edad)– ya no se encontraba en el supuesto normativo para la procedencia de alimentos.

2. La señora Alicia Ramírez se allanó a la desocupación del inmueble, pero negó la procedencia de la cancelación de la pensión, aduciendo que, como excónyuge, estaba incapacitada para obtener lo necesario para subsistir y carecía de bienes, toda vez que durante la duración del vínculo matrimonial se había dedicado al cuidado del hogar y de los hijos, sin contar con la posibilidad de estudiar una carrera ni desarrollar una vida profesional. De ahí que reconviniera del actor el pago de una pensión alimenticia definitiva y una indemnización por daños y perjuicios generados por la violencia familiar de la que refirió ser objeto.

3. El juez de primera instancia condenó a la señora Alicia Ramírez a la cancelación de la pensión alimenticia, así como a la desocupación y entrega de la casa habitación, y absolvió al señor Javier Sánchez de las prestaciones reconvenidas. Para ello, apoyó su razonamiento esencialmente en dos construcciones argumentativas. Por un lado, el juzgador estimó que la señora Alicia Ramírez no acreditó encontrarse incapacitada ni física ni mentalmente para obtener lo necesario para subsistir, ni tampoco carecer de bienes inmuebles, como lo exige el artículo 476 ter del Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo. Por el contrario, del escrito de contestación a la demanda el juez obtuvo la confesión expresa de la actora reconvencional y demandada en lo principal

[1] Los nombres de las partes en conflicto fueron modificados para los propósitos de este trabajo académico.

de haber trabajado varios años en un negocio propio ["Cabe señalar que durante 14 años yo trabajé en un negocio propio, pues para tener más dinero del que me daba el actor me puse a confeccionar estampados para ropa"], lo que generó en el juzgador la presunción humana de que la señora Alicia Ramírez tiene capacidad para allegarse los medios para su subsistencia, además de considerar que esta última no había asumido su carga de probar la carencia de bienes, por cuanto la prueba idónea para demostrarlo era el certificado de no inscripción de bienes inmuebles a su nombre, la que fue declarada desierta.

4. Por otro lado, en cuanto a la acción de daños y perjuicios vinculados con la violencia intrafamiliar, el juez concluyó que, aun en el caso de que la señora Alicia Ramírez hubiera sufrido daños y perjuicios durante el matrimonio, los mismos quedaron saldados con la compensación por trabajo doméstico a la que fue condenado el actor principal en el diverso juicio de divorcio, en términos del artículo 476 bis del Código de Procedimientos Familiares. Lo anterior lo dedujo el juzgador a partir de la copia certificada de una actuación que obra en el expediente, en la que se tuvo por presentado al actor principal, dando cumplimiento a un punto resolutivo de la sentencia interlocutoria, ofreciendo mediante billete de depósito cierta cantidad por concepto de compensación por trabajo doméstico.

II. CONSIDERANDO

5. Competencia. La suscrita resulta competente para conocer y resolver el presente juicio, de conformidad con lo establecido por los artículos 26, 27, 28 y 29 del Código de Procedimientos Familiares en vigor y por sometimiento expreso de las partes.

6. Vía. En términos del artículo 246 del Código de Procedimientos Familiares, debe decretarse procedente la vía escrita familiar en la cual se sustanció el presente juicio.

7. De acuerdo con lo que establecen los artículos 128, 129 y 130 del Código de Procedimientos Familiares vigente para el Estado de Hidalgo, quien resuelve está obligada a analizar y valorar todas las pruebas desahogadas por las partes a efectos de conocer a quién le asiste la razón, debiendo la persona que afirma probar su acción, así como aquella que niega cuando al hacerlo desconoce la presunción legal que tiene a su favor su colitigante. Debiéndose tener presente, además, que de conformidad con los artículos 226 y 227 del mismo ordenamiento, esta juzgadora contó con amplias facultades para investigar la verdad e intervenir de oficio en el procedimiento cuando se estimaron afectados los intereses de la familia.

8. En ese orden de ideas, el señor Javier Sánchez demandó de la señora Alicia Ramírez las siguientes prestaciones:

A. La cancelación de la pensión alimenticia provisional ordenada en el expediente número 8.[2]

[2] El número de expediente de la pensión alimenticia fue cambiado para los propósitos de este trabajo académico.

B. La devolución de todas y cada una de las pensiones alimenticias que ha percibido y siga percibiendo hasta la total conclusión del juicio.

C. La desocupación y entrega de la casa habitación que sirvió como domicilio conyugal, con todo el menaje que esta contiene.

D. El pago de gastos y costas

9. A su vez, la señora Alicia Ramírez, al dar contestación a la demanda, reconvino el cumplimiento de las siguientes pretensiones:

A. El pago de una pensión definitiva.

B. Una indemnización a título de reparación de daños y perjuicios y reparación por daño moral por la violencia psicológica, patrimonial y económica de la que fue objeto durante el matrimonio con el señor Javier Sánchez, que deberá ser cuantificada en ejecución de sentencia.

10. Por razones de método y atendiendo a que en este juicio el actor en lo principal deduce la acción de cancelación de la pensión alimenticia provisional ordenada dentro del expediente 8, relativo al procedimiento especial familiar de divorcio unilateral solicitado por el señor Javier Sánchez a la señora Alicia Ramírez, mientras que la demandada intenta la acción de pensión alimenticia definitiva, me avocaré en primer lugar al estudio de la segunda, dado el impacto que pudiera tener sobre la acción principal.

11. Acción reconvencional de pensión alimenticia.[3] La doctrina y la Suprema Corte de Justicia de la Nación han sido coincidentes en definir al derecho de alimentos como la facultad jurídica que tiene una persona denominada "acreedor alimentista" para exigir a otra, "deudor alimentario", lo necesario para vivir. La legislación civil y familiar en nuestro país reconocen una serie de relaciones familiares de las que puede surgir este derecho, entre las que destacan: las relaciones paternofiliales, el parentesco, el matrimonio, el concubinato y la sociedad de convivencia. En el caso del matrimonio y concubinato, este derecho y su correlativa obligación se derivan del deber de contribuir al sostenimiento de la familia, lo que implica que, en condiciones normales, la pareja guarda una obligación recíproca de proporcionarse todos los medios y recursos necesarios para cubrir necesidades de la vida en común y establecer las bases para la consecución de los fines de cada vínculo.

[3] El desarrollo de este apartado recupera las consideraciones del amparo directo en revisión 1340/2015, que resolvió en definitiva el asunto y fue fallado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 7 de octubre de 2015, por unanimidad de cinco votos, señores ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien se reservó el derecho de formular voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz (ponente), Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y el presidente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa.

12. Ahora bien, no debe perderse de vista que la obligación alimentaria es asumida por los cónyuges con motivo justamente del vínculo matrimonial, por lo que es válido decir que dicha obligación desaparece cuando el vínculo queda disuelto, lo que es lógico, porque la relación jurídica que le dio origen ya no existe. No obstante, existen casos específicos previstos en la ley en los que, a pesar de la terminación de ese vínculo, la obligación subsiste. Debe enfatizarse, entonces, que el consecuente contenido obligacional goza de una naturaleza distinta al que se deriva del matrimonio, estando asociada su subsistencia a la posible situación de dependencia o desventaja sufrida por uno de los miembros de la entonces pareja al momento de la disolución del matrimonio.

13. En la legislación familiar del estado de Hidalgo está prevista la subsistencia de la obligación alimentaria en los artículos 124 de la Ley para la Familia vigente y en el diverso 474 ter del Código de Procedimientos Familiares, que establecen:

> **Artículo 124**. Los cónyuges tienen obligación de darse alimentos. En caso de divorcio, se estará a lo dispuesto en el capítulo correspondiente.
>
> **Artículo 474 Ter**. En los casos de divorcio, el Juez podrá decretar el pago de alimentos a favor del cónyuge que esté incapacitado para obtener lo necesario para su subsistencia y carezca de bienes inmuebles. Esta obligación cesará cuando el acreedor incapacitado:
>
> **I.** Contraiga nuevas nupcias;
>
> **II.** Se una en concubinato o mantenga una relación de pareja;
>
> **III.** Recupere la capacidad;
>
> **IV.** Sobrevenga el nacimiento de un hijo de persona distinta al deudor.

14. De la transcripción se desprende que el legislador hidalguense estableció la obligación alimentaria entre excónyuges en favor de aquel que esté incapacitado para obtener lo necesario para su subsistencia y carezca de bienes inmuebles. A su vez, la cesación de dicha obligación se actualiza en el supuesto de que el acreedor contraiga nuevas nupcias; se una en concubinato o mantenga una relación de pareja; recupere la capacidad para allegarse alimentos por sí solo, o sobrevenga el nacimiento de un hijo de persona distinta al deudor.

15. En el caso que nos ocupa, acreditado el divorcio con la copia certificada de la sentencia dictada en el expediente 8, resultan aplicables los artículos transcritos, los cuales deben ser leídos a la luz de lo dispuesto en la Constitución Federal y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, como lo mandata el artículo 1 constitucional y, particularmente, en consonancia con el derecho a la igualdad.[4] Esta

[4] Reconocido en el artículo 1, párrafos primero y quinto, de la Constitución Federal, así como en los artículos 2, apartado B; 4, primer párrafo; 31, fracción IV, y 123, apartado A, fracción VII, constitucionales,

interpretación de la ley aplicable conforme a nuestro parámetro normativo exige una mayor explicación.

16. Como ya lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación de manera reiterada, la igualdad jurídica es un derecho humano expresado a través de un principio adjetivo, el cual invariablemente se predica de algo y consiste en que toda persona debe recibir el mismo trato y gozar de los mismos derechos en igualdad de condiciones que otra u otras personas, siempre y cuando se encuentren en una situación similar que sea jurídicamente relevante. Este derecho se expresa normativamente a través de distintas modalidades o facetas, siendo la más ejemplificativa la prohibición de discriminar.[5]

17. Sin embargo, la igualdad como derecho goza de mayor amplitud, pues tiene también la vertiente sustantiva o de hecho. Esta última radica en alcanzar una paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de los derechos humanos de todas las personas, lo que conlleva que, en algunos casos, sea necesario remover o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impidan a los integrantes de ciertos grupos sociales en condiciones de vulnerabilidad gozar y ejercer tales derechos.[6]

18. En este sentido, los jueces pueden y deben adoptar ciertas medidas tendentes a alcanzar la igualdad *de facto* de un grupo social o de sus integrantes que sufran o hayan

---

por medio de sus diversas manifestaciones de carácter específico, como la igualdad de oportunidades de los indígenas, la igualdad entre el hombre y la mujer, la equidad tributaria o la igualdad en la percepción de salarios. A nivel convencional, ha sido reconocido en una multiplicidad de instrumentos internacionales, entre los que destacan los artículos 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

5 Derecho humano a la igualdad jurídica. Diferencias entre sus modalidades conceptuales. Décima Época, Tesis 1a. XLIV/2014 (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, lib. 3, t. I, febrero de 2014, p. 645. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el principio de no discriminación radica en que ninguna persona podrá ser excluida del goce de un derecho humano ni deberá de ser tratada de manera distinta a otra que presente similares características o condiciones jurídicamente relevantes; especialmente cuando tal diferenciación tenga como motivos el origen étnico, nacional o social, el género, la edad, las discapacidades, las preferencias sexuales, el estado civil, la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, la posición económica o "cualquier otra [diferenciación] que atente contra la dignidad humana y que tenga por objeto menoscabar los derechos y libertades de las personas" (artículo 1, último párrafo, constitucional).

6 Derecho humano a la igualdad jurídica. Reconocimiento de su dimensión sustantiva o de hecho en el ordenamiento jurídico mexicano, Décima Época, Tesis 1a. XLI/2014 (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, lib. 3, t. I, febrero de 2014, p. 647.

sufrido una discriminación estructural o sistémica, pues lo harían en cumplimiento de la Constitución Federal. Una de las herramientas analíticas más útiles para identificar esta desigualdad material consiste en adoptar una *perspectiva de género*. Este método permite verificar la existencia de condiciones de vulnerabilidad que impiden impartir justicia de manera completa e igualitaria. La perspectiva de género ha sido utilizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por ejemplo, para cuestionar la neutralidad del derecho aplicable,[7] evaluar el impacto diferenciado de cierta medida legislativa,[8] y ordenar las pruebas necesarias para aclarar una situación de violencia y discriminación por razón de género.[9] Los elementos que involucran esta metodología han quedado plasmados en la tesis de jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género.[10]

19. Es justamente esta perspectiva la que permite visibilizar la asimetría que suele surgir entre los cónyuges ante una determinada distribución de funciones al interior del hogar, a partir de la cual uno emprende su desarrollo profesional en el mercado laboral remunerado y el otro asume preponderantemente –cuando no exclusivamente– las cargas de las tareas domésticas y de cuidado de dependientes. Dicho reparto de responsabilidades sostenido en el tiempo genera el debilitamiento de los vínculos del cónyuge que se dedica al hogar con el mercado laboral (oportunidades de empleo perdidas, pocas horas de trabajo remunerado, trabajos exclusivamente en el sector no estructurado de la economía y sueldos más bajos), el acceso más limitado a prestaciones de seguridad social

7 Véase, por ejemplo, el amparo directo en revisión 2655/2013, en el que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuestionó la aplicación de las normas sustantivas por las cuales se decreta el divorcio y se condena a la pérdida de la patria potestad en el estado de Guanajuato por "abandono del hogar conyugal" y "abandono de los deberes derivados del ejercicio de la patria potestad", en un caso de presunta violencia intrafamiliar.

8 Véase, por ejemplo, el amparo directo 19/2014, en el que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación concluyó que el artículo 21 de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal genera una discriminación indirecta en razón de orientación sexual cuando establece la subsistencia de la obligación alimentaria una vez disuelta la sociedad de convivencia por la mitad del tiempo que aquel previsto para las relaciones conyugales o concubinarias, lo que tiene un impacto diferenciado en parejas conformadas por personas del mismo sexo.

9 Véase, por ejemplo, el amparo en revisión 554/2013, en el que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoció de un caso sobre la muerte violenta de una mujer y –advirtiendo negligencias, omisiones y obstrucciones en la investigación de los hechos– concedió el amparo a la quejosa (madre de la occisa) para que, de manera inmediata, se realizaran todas las diligencias necesarias para investigar con perspectiva de género lo sucedido.

10 Décima Época, Tesis de jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 29, t. II, abril de 2016, p. 836. Registro digital: 2011430.

y la disponibilidad de menor tiempo para la educación y la formación. El resultado, que llega a su nivel máximo con un eventual divorcio, es una significativa brecha económica en la pareja, que, en última instancia, puede colocar al cónyuge que asumió las tareas domésticas y de cuidado en una desventaja tal que incida en su capacidad para hacerse de los medios suficientes para sufragar sus necesidades y, consecuentemente, le impida el acceso a un nivel de vida adecuado.

20. El poder judicial no puede ni debe cerrar los ojos ante esta realidad social. Antes bien, debe señalarse que tomar en consideración la eventual disparidad económica generada por la repartición de responsabilidades al interior del núcleo familiar no es una cuestión de mera voluntad, sino un mandato derivado del derecho a la igualdad y no discriminación.

21. En efecto, a partir de nuestro parámetro de constitucionalidad delimitado por el artículo 1 de la Constitución Federal, es posible identificar la obligación del Estado mexicano de garantizar la igualdad entre cónyuges, no únicamente respecto de los derechos y responsabilidades durante el matrimonio, sino también una vez disuelto el mismo. Este imperativo está explícitamente contenido en los artículos 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

> **Artículo 17. Protección a la Familia**
>
> La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
>
> Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
>
> El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
>
> Los Estados Partes (sic) deben tomar medidas apropiadas para asegurar la *igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo.* En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. (cursivas añadidas)
>
> La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.
>
> **Artículo 23**
>
> La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
>
> Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

> El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. Los Estados Partes (sic) en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar *la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo.* En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos. (cursivas añadidas)

22. Además de reconocer el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general, las disposiciones citadas proclaman la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges, no solo durante el matrimonio, sino también en los arreglos relativos a la separación legal y la disolución del vínculo matrimonial.

23. En este sentido, está prohibido todo trato discriminatorio en lo que respecta a los motivos y los procedimientos de separación o de divorcio, incluidos los gastos de manutención y la pensión alimenticia. Así lo apuntó el Comité de Derechos Humanos en la Observación general núm. 19, al definir los alcances del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.[11]

24. De esta suerte, derivado de la normativa internacional, el derecho humano a la igualdad y no discriminación trae aparejado el deber del Estado de velar por que el divorcio no constituya un factor de empobrecimiento ni un obstáculo para el ejercicio de los derechos humanos, específicamente el derecho fundamental a un nivel de vida adecuado en relación con la obtención de los alimentos. Ello resulta de particular importancia al analizar el artículo 476 ter del Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo, cuando establece la subsistencia de la obligación alimentaria entre excónyuges.

25. Esta juzgadora estima que, *leído en su literalidad, el artículo impugnado es violatorio de los derechos a la igualdad y no discriminación y a gozar de un nivel de vida adecuado o digno. Ello porque, de interpretarse dicho precepto como limitando la procedencia de una pensión alimenticia únicamente a la hipótesis consistente en que el acreedor se encuentre incapacitado física o mentalmente para obtener lo necesario para subsistir y carezca de*

[11] Observación general núm. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, artículo 23 - La familia, en el 39º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN1/Rev7 en 171 (1990). El Comité manifestó lo siguiente: "[…] 8. Durante el matrimonio, los esposos deben tener iguales derechos y responsabilidades en la familia. Esta igualdad se aplica también a todas las cuestiones derivadas del vínculo matrimonial, como la elección de residencia, la gestión de los asuntos del hogar, la educación de los hijos y la administración de los haberes. Esta igualdad es también aplicable a los arreglos relativos a la separación legal o la disolución del matrimonio. 9. Así, debe prohibirse todo trato discriminatorio en lo que respecta a los motivos y los procedimientos de separación o de divorcio, la custodia de los hijos, los gastos de manutención o pensión alimentaria, el derecho de visita, y la pérdida y la recuperación de la patria potestad, teniendo en cuenta el interés primordial de los hijos a este respecto […].

bienes, se invisibiliza la eventual vulnerabilidad generada durante el matrimonio a partir de determinada división del trabajo, que igualmente puede constituir una causa objetiva, real y legítima de necesidad alimentaria.

26. Ahora bien, la utilización de la perspectiva de género como herramienta de análisis no es exclusiva para aquellos casos en los que las *mujeres* alegan una vulneración al derecho a la igualdad. Si bien resulta indiscutible que históricamente han sido las mujeres las que más han sufrido la discriminación y exclusión derivadas de la construcción cultural de la diferencia sexual –como reconoció el propio Constituyente en la reforma del artículo 4 de la Constitución Federal, publicada el 31 de diciembre de 1974, en la que se incorporó explícitamente la igualdad entre hombres y mujeres–, lo definitivo es que los estereotipos y perjuicios de género que provocan situaciones de desventaja al momento de juzgar afectan tanto a hombres como a mujeres. De ahí que, en principio, la perspectiva de género en la impartición de justicia constituya un método que debe ser aplicado en todos los casos, independientemente del "género" de las personas involucradas, para detectar y eliminar las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por su pertenencia al grupo "hombres" o al grupo "mujeres".

27. No obstante, sería un error para esta juzgadora pasar por alto que la invisibilización del trabajo doméstico genera un tipo específico de discriminación. Efectivamente, la discriminación puede generarse no solo por tratar a personas iguales de forma distinta, o por ofrecer igual tratamiento a personas que están en situaciones diferentes; sino que también puede ocurrir de manera indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutrales ubican a un grupo social específico en clara desventaja frente al resto. En este sentido, si bien el artículo 476 ter del Código de Procedimientos Familiares está formulado en términos neutrales y no establece una diferenciación en la subsistencia alimentaria en razón de sexo, existen datos estadísticos que demuestran que son las mujeres quienes preponderantemente asumen las cargas domésticas y de cuidado sin remuneración alguna y, por tanto, son el grupo social que en definitiva vería mermada en mayor medida que los hombres su capacidad para el logro de la autonomía económica y que, ante una eventual separación, podrían encontrar mayores dificultades para reinsertarse en el mercado laboral remunerado.

28. En efecto, de conformidad con los resultados obtenidos de la Encuesta Nacional sobre Uso del Tiempo elaborada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, realizada en el 2009, son las mujeres quienes realizan mayoritariamente el trabajo no remunerado de los hogares. Así, en promedio, ellas dedican semanalmente 20 horas más a las actividades domésticas que ellos y 12 más al cuidado y apoyo para los miembros del hogar.[12] Por

[12] Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Presentación de la Encuesta Nacional sobre Uso del Tiempo 2009 (ENUT 2009)*, México, INEGI, 2 de julio de 2010.

ello, cualquier regulación que reconozca o invisibilice el trabajo doméstico tendrá mucho mayor impacto en la población femenina. Ello lleva a concluir que el artículo 476 ter del Código de Procedimientos Familiares genera una *discriminación indirecta* en razón de sexo, pues a pesar de su formulación neutral, afecta de manera desproporcionadamente negativa a las mujeres cuando limita la subsistencia de la obligación alimentaria a supuestos tan estrictos que no contemplen la desventaja económica derivada de la distribución inicua de las funciones en el núcleo familiar.

29. Al respecto, debe destacarse que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha denunciado precisamente la necesidad de poner de manifiesto la función económica del trabajo doméstico realizado por la población femenina a nivel mundial.[13] Asimismo, en las conclusiones convenidas en el 53º periodo de sesiones de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (2009)[14] se reconocieron expresamente las consecuencias de la desigualdad en el reparto de las responsabilidades en el núcleo familiar y la necesidad de valorar el trabajo de cuidado de personas no remunerado como un imperativo para mejorar la condición jurídica y social de las mujeres. Lo anterior demuestra que en el seno del Sistema Universal de Derechos Humanos se ha resaltado la dimensión claramente diferenciada en razón de sexo del trabajo en los hogares, pugnando tanto por su valoración como por su reducción y redistribución en un marco de corresponsabilidad social, con un rol central del Estado.

30. A partir de lo expuesto, esta juzgadora advierte que es posible salvar la vulneración a los derechos a la igualdad y al acceso a un nivel de vida adecuado a los que se ha hecho referencia haciendo una interpretación conforme de la legislación aplicable. Esto es a fin de no reproducir la desigualdad material que puede surgir a partir de la distribución de las funciones en el núcleo familiar, el artículo 476 ter del Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo debe interpretarse conforme al artículo 1 y 4 de la Constitución Federal, de forma tal que en la porción normativa que hace referencia a que

---

13 Específicamente, véase la Recomendación general núm. 17 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, sobre medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer y su reconocimiento en el producto nacional bruto, emitida en el décimo periodo de sesiones (1991).

14 La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer es el principal órgano intergubernamental mundial dedicado exclusivamente a la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer. Durante su periodo anual de sesiones, de dos semanas de duración, los representantes de los Estados miembros de las Naciones Unidas, las organizaciones de la sociedad civil y las entidades de las Naciones Unidas se reúnen en la sede de las Naciones Unidas para debatir sobre los progresos logrados y decidir futuras acciones. Las conclusiones y recomendaciones de cada periodo de sesiones se envían al Consejo Económico y Social, órgano del que depende jerárquicamente la Comisión, para su seguimiento.

el cónyuge solicitante del pago de alimentos "esté incapacitado para obtener lo necesario para su subsistencia", se entienda incluido el supuesto del cónyuge que, por haber asumido en mayor medida que el otro las cargas domésticas y de cuidado, se encuentre en una desventaja económica tal que incida en sus posibilidades de hacerse de los medios suficientes para sufragar sus necesidades y, consecuentemente, le impida el acceso a un nivel de vida adecuado. Lo anterior toda vez que, como ya se explicó, *la eventual vulnerabilidad generada durante el matrimonio a partir de determinada división del trabajo constituye una causa objetiva, real y legítima de necesidad alimentaria* que debe ser aliviada en la medida de lo posible por quien se benefició directamente de dicha distribución de funciones en el núcleo familiar.

31. Lo anterior en el entendido de que, evidentemente, debe atenderse a las circunstancias de cada caso concreto para determinar el monto y la modalidad de la obligación alimentaria entre excónyuges, tales como el ingreso del deudor y las necesidades del acreedor; el nivel de vida de la pareja, los acuerdos a los que hubieran llegado cuando conformaban una pareja; la edad y el estado de salud de ambos; su calificación profesional, su experiencia laboral y su posibilidad de acceso a un empleo; la duración del matrimonio; la dedicación pasada y futura a la familia, y, en general, cualquier otra circunstancia que se considere relevante.

32. En este complejo análisis resulta de enorme importancia el concepto de *interseccionalidad,* desarrollado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer.[15] De conformidad con este término, la discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que la afectan, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad y la orientación sexual, entre otros. El enfoque interseccional implica considerar que las experiencias de victimización frecuentemente forman parte de una cadena de actos discriminatorios, en donde uno sigue a continuación de otro, de manera que la totalidad es mayor que la suma de sus partes.[16]

33. En esta tesitura, el caso específico obliga a esta juzgadora a tomar en cuenta esta condición multifactorial para determinar la procedencia de la subsistencia de la obligación alimentaria entre el señor Javier Sánchez y la señora Alicia Ramírez, como son el acuerdo doméstico al que se ajustaron durante su matrimonio, en el que esta última asumió las

---

15 Específicamente, véase la Recomendación general núm. 28 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, relativa a las obligaciones básicas de los Estados partes de conformidad con el artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

16 SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, SCJN, 2013, p. 41.

labores del hogar y el cuidado de los hijos en mucha mayor medida que su entonces cónyuge, así como su edad avanzada y su estado de salud, *sin que pueda concluirse que por el hecho de haberse dedicado a confeccionar estampados durante 14 años no tendría entonces dificultades para allegarse de recursos,* pues a pesar de haber percibido ingreso durante cierto periodo, resulta incuestionable que no tuvo la misma proyección profesional que su marido ni acceso a prestaciones de seguridad social, así como tampoco tuvo oportunidad de dedicar más tiempo a su educación y formación. Lejos de ello, la existencia de una "doble jornada" en las personas genera en ocasiones un desgaste físico, emocional y psíquico; de ahí que no puede erigirse como argumento determinante para concluir la procedencia o improcedencia de los alimentos.

34. Por lo que hace a la acreditación de la carencia de bienes de la señora, esta juzgadora considera que, al implicar un hecho negativo, correspondía al señor Javier Sánchez demostrar que su contraparte sí cuenta con bienes inmuebles y que los mismos son suficientes para satisfacer sus necesidades, lo cual no hizo el actor reconvenido. De ahí que a pesar de haberse declarado desierta la prueba consistente en el certificado de no inscripción de bienes inmuebles ofrecida por la señora Alicia Ramírez, tal circunstancia por sí sola no logra desvirtuar esta conclusión. Por el contrario, de la prueba confesional y testimoniales que se desahogaron durante el procedimiento, esta jueza desprende que, tanto por su dedicación preponderante a las labores del hogar como por su edad avanzada y estado de salud, la señora Alicia Ramírez efectivamente se encuentra en un estado de necesidad, sin que el señor Javier Sánchez ofreciera medio de convicción alguno que apunte en otra dirección.

35. Ante la preponderancia de la evidencia, a juicio de la que resuelve, se colman los requisitos establecidos en el artículo 476 ter del Código de Procedimientos Familiares, leído de conformidad con la Constitución Federal, para que subsista la obligación alimentaria del señor Javier Sánchez para con la señora Alicia Ramírez, siendo improcedente entonces la acción principal de cancelación de la pensión alimenticia provisional ordenada en el expediente número 8.

36. Devolución de las pensiones alimenticias percibidas hasta la conclusión del juicio. Sobre la prestación consistente en la devolución de cantidades entregadas a la señora Alicia Ramírez por pensión alimenticia, esta juzgadora considera que la misma es improcedente, al involucrar cantidades consumidas de manera irreparable y haber sido otorgadas por medio de una resolución judicial, por tanto, no han sido cobradas indebidamente.

37. Desocupación y entrega de la casa habitación que sirvió como domicilio conyugal. La señora Alicia Ramírez, al dar contestación a la demanda, se allanó a esta prestación, por lo que, en atención a lo dispuesto por el artículo 236 del Código de Pro-

cedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo, existe sometimiento de la demandada a la prestación reclamada y es procedente condenarla a la desocupación y entrega de la casa habitación que sirvió como domicilio conyugal.

38. Indemnización por daño moral por la violencia psicológica, patrimonial y económica.[17] De conformidad con la doctrina, cuando se demanda la reparación del daño patrimonial o moral que ha resentido una persona, deben demostrarse los elementos de la responsabilidad civil. Estos son: la existencia de un hecho ilícito, un daño, y el nexo causal entre ese hecho y el daño.

1. Hecho ilícito

39. Según lo establece el Código Civil para el Estado de Hidalgo, un hecho ilícito es aquel contrario a las disposiciones de orden público y a las buenas costumbres.[18] Por tanto, la conducta del responsable será ilícita cuando contravenga alguna obligación legal a su cargo. Esta obligación puede derivar directamente de un deber establecido a nivel constitucional o convencional. Por otra parte, la conducta también será ilícita cuando el responsable sea negligente. La negligencia presupone un deber de cuidado incumplido, es decir, que el quejoso deja de realizar aquellos actos de cuidado a los que se encuentra obligado, causándose así un daño.

40. En el presente caso, la primera cuestión que debe definirse es si los actos de violencia familiar pueden constituir un *hecho ilícito* generador de responsabilidad civil. Esta juzgadora estima que la respuesta es positiva, de conformidad con los siguientes razonamientos.

41. El derecho a vivir en un entorno familiar libre de violencia es un derecho humano que deriva de la protección que merecen los derechos a la vida, a la salud, a la dignidad de las personas, a la igualdad y al establecimiento de condiciones para el desarrollo personal, reconocidos en los artículos 1, 4 y 29 de la Constitución general. Adicionalmente, diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos establecen el derecho a vivir en un entorno libre de violencia, protegiendo especialmente a las mujeres y a la familia. Lo anterior no porque la violencia sea únicamente resentida por la población femenina,

---

17 El desarrollo de este apartado recupera las consideraciones del amparo directo en revisión 5490/2016, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nacion el 7 de marzo de 2018, por cinco votos de los señores ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (ponente), José Ramón Cossío Díaz, quien se reservó el derecho de formular voto aclaratorio, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y la presidenta, Norma Lucía Piña Hernández, quien votó con el sentido, pero con salvedad en las consideraciones. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.

18 Artículo 1894 del Código Civil para el Estado de Hidalgo. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

pues, evidentemente, tanto hombres como mujeres sufren de violencia. No obstante, la historia ha mostrado que existe un tipo específico de abuso que afecta de forma desproporcionada a las mujeres: la violencia basada en el género. De ahí la necesidad de crear un régimen específico de protección que reconozca el vínculo entre violencia y discriminación. En este sentido, destacan la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará"; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1979), y la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

42. Es en este marco normativo en el que estado de Hidalgo publicó la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el Estado de Hidalgo, en 2007, y, posteriormente, la Ley para la Atención y Sanción de la Violencia Familiar para el Estado de Hidalgo, en 2010, con miras a establecer principios y criterios que, desde la perspectiva de género, orienten las políticas públicas para reconocer, promover, proteger y garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia; así como para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, estableciendo la coordinación necesaria entre las autoridades. En ese sentido, se definió a la violencia familiar como "toda acción u omisión, dirigida a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional, sexual, patrimonial o económicamente a las mujeres, dentro o fuera del domicilio familiar, por quienes tengan parentesco consanguíneo, tengan o hayan tenido por afinidad o civil, matrimonio, concubinato o mantengan o hayan mantenido una relación de hecho y que tiene por efecto causar daño" (art. 6 de la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el Estado de Hidalgo).

43. Atendiendo a lo anterior, esta juzgadora considera que *los actos u omisiones que comportan una conducta dañosa en la esfera física, emocional o psíquica de algún miembro de la familia constituyen un hecho ilícito, pues su realización transgrede normas de orden público, establecidas incluso a nivel constitucional e internacional.*

2. Daño

44. Tratándose de violencia familiar, el daño moral se actualiza por la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido o continúe padeciendo el afectado a consecuencia de los actos u omisiones llevadas a cabo por el generador de violencia. Por otro lado, el daño patrimonial se genera por todos aquellos costos económicos que tuvo que asumir el afectado, derivados del actuar o negligencia del agresor.

3. Nexo causal

45. En los casos de violencia intrafamiliar debe mostrarse que los daños psicológicos que resintió o resentirá la víctima, y los costos económicos que asumió o asumirá en el futuro,

derivan precisamente de la violencia que realizó el agresor. Es decir, debe probarse que las afectaciones patrimoniales y extrapatrimoniales son consecuencia del hecho ilícito que se demanda.

46. A la luz de los elementos anteriores, es necesario analizar si se acreditaron los extremos de la responsabilidad civil en el caso concreto, a saber: un hecho ilícito, un daño y un nexo causal entre hecho y daño. En esta lógica, la que resuelve considera que *la falta de normatividad específica sobre reparación civil en razón de violencia familiar no es obstáculo para examinar la procedencia de una indemnización económica a favor de la víctima. Asimismo, tampoco es relevante que en diverso expediente se hubiera dictado sentencia interlocutoria sobre la procedencia de la compensación por trabajo doméstico, ya que aquella involucra una prestación radicalmente distinta a la formulada en el presente juicio.* En efecto, mientras que la primera implica una indemnización específica por el costo de oportunidad de haber asumido las cargas domésticas y de crianza durante el matrimonio, la segunda busca reparar el daño causado por conductas u omisiones de agresividad de algún miembro de la familia respecto de otro, que generaron afectaciones físicas, emocionales y/o psíquicas. Por ende, deben entenderse como acciones totalmente independientes, siendo que la procedencia de una no limita o afecta en forma alguna la procedencia de la otra.

47. De acuerdo con lo expuesto, se estima que en el caso se acreditó el hecho ilícito generador de responsabilidad. En efecto, en el expediente existen suficientes elementos de prueba e indicios para acreditar la violencia intrafamiliar. Durante la secuela procesal se presentaron los siguientes medios de convicción: la pericial en psicología practicada a la señora Alicia Ramírez; la confesión de la señora Alicia Ramírez y los testimonios disponibles, todos coincidentes en señalar la actualización de una conducta dañosa en la esfera emocional o psíquica de la señora Alicia Ramírez, actos que, a la luz de los lineamientos expuestos, constituyen un hecho ilícito, pues su realización transgrede normas de orden público, establecidas incluso a nivel constitucional e internacional.

48. Ahora bien, como ya se explicó, además de una conducta ilícita, también es necesario *verificar que ocurrió un daño*, el cual debe de ser cierto desde un aspecto cuantitativo y cualitativo, aun cuando no pueda determinarse su cuantía con exactitud. Es importante establecer que los actos de *violencia familiar* pueden generar efectos verdaderamente devastadores en la salud física, psicológica y emocional de las víctimas, como: depresión, ansiedad, angustia, confusión, comportamiento disociativo, ideas o intentos de suicidio, incomunicación, aislamiento, bajas laborales, consumo de psicofármacos, abuso del consumo de alcohol o drogas.

49. En el caso, se estableció que la señora Alicia Ramírez presentaba una afectación psicológica por violencia intrafamiliar y, a su vez, un diagnóstico de depresión leve. Asimismo,

se puntualizó que esas afectaciones fueron causadas por la violencia psicológica y emocional que generó el señor Javier Sánchez. En este orden de ideas, se puede afirmar que el *daño sí ocurrió y que este es atribuible a la conducta del señor Javier Sánchez.*

50. En consecuencia, la entidad del daño resentido deberá ser cuantificado en fase de ejecución de la presente resolución, la cual se hará efectiva en vía incidental, tomando en cuenta, como lo ha determinado la Suprema Corte de Justicia de la Nación: *i)* el tipo de derecho o interés lesionado; *ii)* el nivel de gravedad del daño; *iii)* los gastos devengados o por devengar derivados del daño moral; *iv)* el grado de responsabilidad del responsable, y *v)* la capacidad económica de este último. Esta reserva atiende, por un lado, a la premura de contar con una decisión firme sobre el resto de las prestaciones reclamadas en el juicio y, por otro, a que la cuantificación referida excede una simple operación aritmética, al involucrar una valoración compleja sobre los elementos apuntados.

51. Condena en costas. Toda vez que no se actualiza ninguna de las hipótesis previstas por el artículo 105 del Código de Procedimientos Familiares, no se hace especial condena en costas en la presente instancia.

52. Por lo antes expuesto y con fundamento en los artículos 1, 2, 7, 118, 119, 226, y 227 de la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo; así como en los artículos 105, 128, 135, 167, 200, 212, 2014, 2015, 451, 460 y 476 ter, todos del Código de Procedimientos Familiares, y con base en los criterios jurisprudenciales transcritos en la parte considerativa de esta sentencia, se

R E S U E L V E

PRIMERO. La suscrita juzgadora ha sido y es competente para conocer y resolver el presente juicio.

SEGUNDO. Es procedente la vía escrita familiar intentada.

TERCERO. El actor, en lo principal, probó parcialmente los hechos constitutivos de su acción, mientras que la demandada demostró sus excepciones y defensas.

CUARTO. La parte actora reconvencional probó los hechos constitutivos de su acción y el demandado reconvencional no probó sus excepciones y defensas.

QUINTO. Por las razones vertidas en la parte considerativa de la presente resolución, se absuelve a la señora Alicia Ramírez de la cancelación de la pensión alimenticia provisional ordenada en el expediente número 8.

SEXTO. Por las razones vertidas en la parte considerativa de la presente resolución, se absuelve a la señora Alicia Ramírez de la devolución de las pensiones alimenticias percibidas hasta la fecha de la presente resolución.

SÉPTIMO. Se condena a la señora Alicia Ramírez a la desocupación y entrega de la casa habitación que sirvió como domicilio conyugal.

OCTAVO. Se condena al señor Javier Sánchez al pago de una pensión alimenticia definitiva a favor de la señora Alicia Ramírez, equivalente a $_____.

NOVENO. Se condena al señor Javier Sánchez al pago de daños y perjuicios que reclama la señora Alicia Ramírez, por los razonamientos vertidos en el considerando VII de la presente resolución, cuyo monto deberá ser cuantificado en fase de ejecución y se hará efectivo en vía incidental.

DÉCIMO. Por las razones vertidas en la parte considerativa de la presente resolución, no se hace especial condena en costas en la presente instancia.

ONCEAVO. Notifíquese y cúmplase.

Comentario
a la sentencia 769/2012 originada en un juicio familiar sobre cancelación de alimentos

Alma Luz Beltrán y Puga

La literatura jurídica feminista coincide en señalar que la regulación civil e implementación del régimen de los alimentos afecta principalmente a las mujeres, especialmente después del divorcio.[1] Las razones de esta premisa son varias y tienen que ver con factores relacionados con la arquitectura, interpretación y aplicación de las normas familiares, así como con otras situaciones de desventaja económica que afectan a las mujeres en la esfera laboral y patrimonial. En relación con las diferencias económicas que generan desigualdades en el mercado laboral para las mujeres y las impactan en la separación de sus parejas se encuentran: la discriminación salarial, por la cual las mujeres ganan menos que los hombres en las tareas socialmente "productivas" y remuneradas; la carga desproporcionada del trabajo doméstico y de cuidado realizado por las mujeres sin remuneración alguna; los costos de oportunidades profesionales perdidas por la realización de este trabajo, y la falta de acceso a recursos financieros y titularidad de la propiedad.

Por otra parte, las normas familiares del régimen de alimentos en América Latina se han construido, generalmente, bajo los

[1] Véase Jaramillo, Isabel Cristina y Anzola, Sergio (comps.), *La batalla por los alimentos. El papel del derecho civil en la construcción del género y la desigualdad,* Bogotá, Universidad de Los Andes, 2018; Huaita, Marcela, "Desigualdades de género en las consecuencias económico-financieras del divorcio", en Facio, Alda y Fries, Lorena (comps.), *Género y derecho*, Santiago de Chile, LOM Ediciones-La Morada, 1999, pp. 487-539; Williams, Joan, "Married Women and Property", *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, núm. 1, 1994, pp. 383-408; Carbone, June, "A feminist perspective on divorce", *The Future of Children, Children and Divorce*, vol. 4, núm. 1, 1994, pp. 183-209.

principios jurídicos de la *necesidad* y la *culpabilidad,* para determinar a quién se le adjudica la cuota alimenticia en situaciones de divorcio.[2] Estos principios suelen aplicarse de forma "neutral" por los jueces de familia, obviando las diferencias económicas por razones de género que pesan más para las mujeres (dependientes de sus parejas) en el divorcio, reforzando así la discriminación en el otorgamiento o no de pensiones alimentarias.

En este ensayo analizaré la sentencia que recayó al expediente 769/2012, dictada por el Juzgado de lo Familiar del Distrito Judicial de Pachuca de Soto del estado de Hidalgo, fallada el 19 de marzo de 2014. En dicha sentencia se canceló la pensión alimenticia que recibía una mujer de su exmarido, a pesar de la situación de violencia psicológica y económica que experimentó durante el matrimonio.[3]

En el análisis de la sentencia consideraré los debates jurídicos académicos en la literatura sobre el régimen de alimentos, desde una perspectiva feminista. Asimismo, describiré las fallas de la sentencia del juez de distrito de Pachuca al determinar los hechos relevantes del caso, la valoración de las pruebas, así como las justificaciones teóricas que subyacen a la argumentación que dio lugar a su decisión. Por último, me enfocaré en responder la pregunta: ¿qué hechos, pruebas y argumentos en el caso debió haber tomado en consideración la autoridad para juzgar con perspectiva de género?

I. El régimen de alimentos en casos de divorcio en la legislación de Hidalgo

Los alimentos reflejan un deber de asistencia económica entre los cónyuges durante el matrimonio. El artículo 118 de la Ley para la Familia del estado define los alimentos como "todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, y en su caso, los gastos de embrazo y parto". En caso de personas menores de edad, esto incluye también los gastos de educa-

[2] Véase Huaita, Marcela, *op. cit*.

[3] Véase expediente 769/2012, sentencia dictada por el juez familiar del distrito judicial de Pachuca de Soto, Hidalgo, 19 de marzo de 2014.

ción. La legislación familiar del estado de Hidalgo establece la obligación de los cónyuges de darse alimentos y, en casos de divorcio, el juez puede decretar la prestación alimentaria "a favor del cónyuge que esté incapacitado para obtener lo necesario para su subsistencia y carezca de bienes inmuebles", conforme a lo establecido en el artículo 476 ter del Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo.

De acuerdo con dicho artículo, esta obligación se extingue cuando "el acreedor incapacitado" contraiga un nuevo matrimonio; tenga un nuevo concubinato o relación de pareja; recupere la capacidad económica; tenga un hijo con una persona distinta a la deudora, o "se demuestre fehacientemente que el excónyuge acreedor alimentario cuenta con un empleo mediante el cual perciba una remuneración bastante para satisfacer sus necesidades alimenticias".

Así, la legislación del estado de Hidalgo sigue principalmente un criterio de *necesidad* económica para adjudicar la prestación alimentaria en casos de divorcio. Este criterio de necesidad atiende a la situación de precariedad económica por la que pasa alguno de los cónyuges después del divorcio, sin importar la causa del divorcio o quién haya dado origen a la demanda. Por otra parte, en casos de divorcio, el Código de Procedimientos Familiares prevé una compensación económica para el cónyuge que: *a)* se haya dedicado preponderantemente a las tareas del hogar y a la crianza de los hijos durante el matrimonio o *b)* no tenga algún bien inmueble o, teniéndolo, se encuentre gravado por alguna institución paraestatal de vivienda, adquirido durante la vigencia del matrimonio.[4] Por tanto, las normas familiares de Hidalgo también reconocen el trabajo doméstico y las labores de cuidado realizadas por uno de los cónyuges durante el matrimonio, en beneficio del otro y del núcleo familiar; siendo los alimentos y la compensación económica, por estas razones, dos prestaciones económicas que atienden a lógicas jurídicas y situaciones diferentes en casos de divorcio.

Otras cuestiones importantes a considerar en las leyes familiares de Hidalgo es que regulan dos tipos de divorcio: el unilateral y el bilateral, por lo que no existen actualmente causales de

[4] Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo, art. 476 bis.

divorcio previstas en las normas. Asimismo, la Ley de Familia establece la custodia preferente para la madre de los hijos menores de 12 años, cuando no exista causa o impedimento que ponga en riesgo su desarrollo integral.[5]

II. Los hechos del caso

Al analizar la acción de reconvención alimentaria en un caso de divorcio unilateral entre el señor Javier Sánchez y la señora Alicia Ramírez,[6] el juez familiar de primera instancia del estado de Hidalgo decidió cancelar la pensión alimenticia que la señora Alicia Ramírez recibía por parte del señor Javier Sánchez, mandar la desocupación y entrega de la casa habitación y negar el reintegro de los alimentos previamente recibidos por la señora. En consecuencia, el señor Javier Sánchez quedó absuelto de dar cualquier prestación alimentaria futura.

Los argumentos del juez se fundamentaron en que la señora Alicia Ramírez no acreditó durante el juicio estar incapacitada física o mentalmente para obtener lo necesario para subsistir ni tampoco carecer de bienes inmuebles, como lo exige el artículo 476 ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo. Asimismo, la señora se allanó a la pretensión del señor de desocupar la casa habitación.

De la confesión de la señora Alicia Ramírez en el sentido de contar con un negocio propio y realizar trabajos para confeccionar estampados para ropa durante 14 años, el juzgador desprendió la capacidad de la señora de obtener suficientes medios de subsistencia por su cuenta. Asimismo, consideró que no había probado su falta de bienes, por cuanto la prueba idónea para demostrarlo era el certificado de no inscripción de bienes inmuebles a su nombre, la cual fue declarada desierta.

El matrimonio de Javier Sánchez y la señora Alicia Ramírez duró más de 20 años, del cual nacieron dos hijos (ahora mayores

5 Ley para la Familia del Estado de Hidalgo, art. 109.

6 Los nombres de las partes en conflicto fueron modificados para los propósitos de este trabajo académico.

de edad). La señora alegó que después del divorcio estaba incapacitada para obtener lo necesario para subsistir y carecía de bienes, puesto que durante el matrimonio se había dedicado a las tareas del hogar y al cuidado de los hijos, lo que la imposibilitó para estudiar una carrera profesional. Por ende, reconvino del señor Javier Sánchez el pago de una pensión alimenticia definitiva y una indemnización por daños y perjuicios generados por la violencia psicológica, económica y familiar que experimentó durante el matrimonio. Por otro lado, en cuanto a la acción de daños y perjuicios vinculados con la violencia intrafamiliar, el juez concluyó que "aun en el caso de que la señora hubiera sufrido daños y perjuicios durante el matrimonio", los mismos quedaron saldados con la compensación por trabajo doméstico adjudicada al señor Javier Sánchez en el juicio de divorcio, con fundamento en el artículo 476 bis del Código de Procedimientos Familiares.

III. Presunciones y valoración de las pruebas del juez

El divorcio tiene consecuencias de empobrecimiento económico para las mujeres que han sido dependientes de sus exmaridos. De acuerdo con los estudios jurídicos empíricos al respecto, las mujeres son las que mayoritariamente acuden ante a la justicia "a solicitar el cobro coactivo de cuotas de alimentos atrasadas o a solicitar la fijación o el reajuste del monto de estas".[7] El incumplimiento o cancelación del pago de las cuotas alimentarias genera que las mujeres separadas, que antes estaban en una situación de dependencia económica, tengan que afrontar el trabajo doméstico o de cuidado de los hijos que antes realizaban sin ayuda del otro cónyuge o del Estado.

Lo anterior tiene una serie de consecuencias desfavorables para las mujeres, además del empobrecimiento: dificulta su entrada en el mercado laboral, su acceso a educación profesional, las arroja a trabajos informales, las recluye al ámbito doméstico y puede situarlas en una situación desventajosa de negociación respecto de sus exparejas con relación a las visitas y custodia de los

[7] Véase Jaramillo, Isabel Cristina y Anzola, Sergio (comps.), *op. cit.*, p. 12.

hijos.[8] Por estas razones, los jueces cuando están frente a casos de otorgamiento, suspensión o cancelación de pensiones alimentarias deben ser cuidadosos en la valoración de los hechos y las pruebas aportadas en el caso. Como anotan Jaramillo y Anzola, "el bienestar de las mujeres está cruzado de manera importante con el régimen civil de alimentos".[9]

En el caso del señor Javier Sánchez y la señora Alicia Ramírez, el juez de primera instancia de lo familiar, siguiendo el *criterio de necesidad* para adjudicar los alimentos establecido en la legislación familiar, consideró que la señora Alicia Ramírez *no estaba incapacitada* para obtener lo necesario, debido a una presunción legal que desprendió de la confesión de la señora en el escrito de contestación de la demanda, señalando: "que durante 14 años yo trabajé en un negocio propio, pues, para tener más dinero del que me daba el actor, me puse a confeccionar estampados para ropa".[10] Tras ello, el juez consideró que esto no le impedía incorporarse al mercado laboral, ni había demostrado tener algún impedimento físico o mental que la incapacitara para desempeñar un trabajo y, además, había omitido acreditar que carecía de bienes, puesto que la prueba idónea para demostrarlo era el certificado de no inscripción de bienes inmuebles a su nombre, la que fue declarada desierta.[11]

En cuanto al demás material probatorio admitido, que consistió en la prueba confesional del señor Javier Sánchez, el juez concluyó que "fue el demandado reconvencional quien le apoyó económicamente para su establecimiento"; respecto de los testimonios de terceras personas consideró que "carecen de eficacia para demostrar que se encuentra capacitada para obtener lo necesario", aunque coincidieran en señalar que la señora Alicia Ramírez actualmente no trabaja, pues no se desprende de los mismos que ella tenga una incapacidad física o mental para trabajar.[12] Asimismo, consideró que dichos testimonios no eran la

8 *Idem*.

9 *Idem*.

10 Véase expediente 769/2012, *cit*., p. 9.

11 *Idem*.

12 *Ibidem*, p. 11.

prueba idónea para demostrar que la señora Alicia Ramírez carecía de bienes. Por tanto, el juez llegó a la conclusión de que la señora Alicia Ramírez no reúne los requisitos establecidos en el artículo 476 ter del Código de Procedimientos Familiares, por lo que decidió cancelar la pensión alimenticia que venía recibiendo del señor Javier Sánchez.

Por otra parte, negó la pretensión de Javier Sánchez de que le devuelvan los pagos erogados por concepto de pensiones alimenticias anteriores, aplicando la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que establece que no procede dicha devolución, aun cuando en el juicio no se haya demostrado la necesidad de recibirlas, pues las cantidades entregadas se entienden consumidas de manera irreparable.[13] Además, la SCJN reafirma que los alimentos son una figura de orden público e interés social.

Sobre la indemnización por los daños y perjuicios en virtud de la violencia psicológica y económica que la señora Alicia Ramírez refirió haber vivido durante su matrimonio, el juez valoró como única prueba de este alegato el billete de depósito por concepto de compensación por trabajo doméstico que recibió del señor Javier Sánchez, conforme a lo dispuesto en el artículo 476 bis del Código de Procedimientos Familiares. El juez argumentó que "aun en el caso de que la señora haya sufrido daños y perjuicios, los mismos han quedado resarcidos mediante el pago de la compensación realizada", por lo que absolvió al señor Javier Sánchez del pago de los mismos.

IV. Alimentos, violencia doméstica y económica

El criterio de necesidad establecido en el artículo 476 ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo para

[13] Alimentos provisionales. No procede la devolución de las cantidades descontadas al deudor, aun cuando el acreedor no demostró en el juicio la necesidad de recibirlas. Tesis de jurisprudencia 1a./J. 42/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, septiembre de 2011, p. 33. Registro digital: 161140.

adjudicar la pensión alimenticia pudo haber sido valorado e interpretado de forma más amplia, de acuerdo con los hechos y alegatos del caso. En primer lugar, la incapacidad a la que se refiere la norma no es solo la física o mental. La incapacidad para subsistir económicamente pasa por otros factores del caso concreto que debieron haber sido valorados por el juez. En principio, la señora Alicia Ramírez tuvo un negocio propio que puede ser considerado informal: confeccionando estampados de ropa. No se aprecia de sus declaraciones, ni de las de los testigos, que tuviera un local o inmueble como producto de ese negocio. En este sentido, no se puede desprender que por el solo hecho de haber trabajado por cuenta propia contara con los medios económicos para forjar un patrimonio que, a corto y largo plazo, le produjera los medios adecuados para su subsistencia. Por otra parte, de su propia confesión se aprecia una situación de dependencia económica del exmarido, razón por la cual le habían concedido la pensión alimentaria provisional y, en esta acción reconvencional, estaba solicitando la definitiva. El juez tampoco realizó una valoración adecuada de las pruebas para entender y comparar la situación económica de ambos durante el matrimonio y después del divorcio. Existen vacíos tanto en su valoración probatoria como en los argumentos que aporta para cancelar definitivamente la pensión alimenticia.

El juez asocia la incapacidad de la señora Alicia Ramírez como un sinónimo de "estar imposibilitada física o mentalmente para trabajar", siendo una interpretación restrictiva de la norma, puesto que la incapacidad puede ser económica: debido a las oportunidades perdidas por haber realizado el trabajo doméstico y de cuidado durante 20 años, lo que la hizo acreedora a la compensación económica. En este sentido, el juez no tomó en consideración situaciones de desigualdad laboral estructural entre hombres y mujeres que afectan a estas cuando se dedican a las tareas domésticas, para emprender y continuar una carrera profesional. De igual manera, los estereotipos de género, aunados a las brechas económicas, promueven que las mujeres estén sujetas a *dobles jornadas* de trabajo, realizando trabajo "productivo" y "reproductivo", siendo el segundo completamente invisibilizado y sin remuneración económica durante el tiempo que se realiza.

En cuanto al alegato de violencia física y económica de la señora Alicia Sánchez, el juez no lo analiza. Ni siquiera hace un esfuerzo por valorar las pruebas al respecto: la confesión de Alicia Ramírez y las declaraciones de los testigos. Simplemente desacredita el alegato de la señora Alicia considerando que, en caso de haber sufrido dicha violencia, se encuentra ya indemnizada por la compensación económica que recibió por haberse dedicado a las tareas domésticas. El juez confunde esta indemnización con lo que alega la señora: una indemnización civil por los daños y perjuicios ocasionados por causa de la violencia. En todo caso, ¿por qué no valorar conjuntamente el estado de necesidad económica de la señora Alicia Ramírez con la situación de violencia física y económica? El juez debió, por lo menos, haber indagado mejor sobre este cargo.

V. Argumentos para juzgar con perspectiva de género

La inclusión de la perspectiva de género en la adjudicación judicial implica, en primer lugar, interpretar y aplicar el principio de igualdad y no discriminación contenido en el artículo 1 de la Constitución mexicana y en los tratados internacionales de derechos humanos.[14] Este principio obliga a los jueces a analizar la situación de desigualdad en la que se encuentran las mujeres respecto de los hombres, así como los impactos diferenciados que las normas jurídicas generan, y buscar soluciones en el derecho para remediar esas situaciones asimétricas de poder.[15] En otras palabras, esto implica hacerse la pregunta de *quién* se encuentra en una condición de desigualdad jurídica, económica y social, y qué elementos del caso apuntan o denotan esos factores. En la metodología feminista, la teoría jurídica ha propuesto, al examinar un caso, "hacerse la pregunta por la mujer".[16] Esta pregunta por la

[14] SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de g*énero, México, SCJN, 2015, pp. 74 y ss.

[15] *Idem.*

[16] Barlett, Katherine, "Métodos jurídicos feministas", en Fernández, Marisol y Morales, Félix (coords.), *Métodos feministas en el derecho,* Lima, Palestra, 2011, pp. 19-116.

mujer indaga sobre la exclusión. De forma más amplia, es también una pregunta sobre la importancia social del género.[17]

En el caso concreto, existen preguntas importantes que hacerse en relación con las mujeres y los alimentos. ¿Qué implica que una mujer haya interpuesto una acción solicitando alimentos después de un divorcio? ¿Está en la misma situación de igualdad económica y social que el exmarido? ¿Cómo afecta el régimen civil de alimentos a las mujeres que han tenido situaciones de dependencia económica durante el matrimonio? ¿Cuál es la relación que existe entre la violencia económica y los alimentos?

5.1. Igualdad y no discriminación por razones de género

Con fundamento en el artículo 1 de la Constitución mexicana, así como en diversos tratados internacionales que establecen las obligaciones del Estado para adoptar medidas tendentes a eliminar la discriminación contra las mujeres tanto en el ámbito público como en el privado, entre ellos la Convención para Eliminar todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW, por sus siglas en inglés), el juez de primera instancia pudo haber analizado el caso y las normas familiares aplicables desde otra perspectiva. En este sentido, tomando en cuenta que la Constitución contiene una prohibición clara de discriminación por razones de género, y considerando el artículo 16.1 de la CEDAW, que conmina a los Estados a asegurar "los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución", debió analizar los requisitos para otorgar o cancelar la pensión alimenticia a Alicia Ramírez con base en un examen más amplio del estado de necesidad de la señora y la relación que este tiene con la incapacidad para obtener los medios de subsistencia establecida en el artículo 476 ter del Código Familiar de Hidalgo, así como con la falta de bienes inmuebles.

Leído a la luz del principio de igualdad y no discriminación por razones de género, este precepto debió haberse vinculado

[17] *Idem*.

con un examen de los costos profesionales que tuvo la señora Alicia Ramírez al haberse dedicado al trabajo doméstico y al cuidado de los hijos durante 20 años, realizando un trabajo informal adicional a estas labores durante 14 años. Ambas cuestiones resultan trascendentales en la valoración de las pruebas aportadas para determinar si el señor Javier Sánchez debe o no continuar pagando la pensión alimenticia. De la narrativa de los hechos resulta evidente que la señora Alicia Ramírez se encuentra en una posición económica asimétrica desfavorable respecto del señor Javier Sánchez, en primer lugar porque su entrada al campo laboral se vio afectada por la realización del trabajo doméstico durante un largo periodo de tiempo, trabajo que fue invisibilizado y sin remuneración alguna.

Los datos estadísticos de la última Encuesta Nacional sobre Uso del Tiempo del año 2009 confirman que las mujeres son quienes realizan mayoritariamente el trabajo no remunerado de los hogares, dedicando más de 20 horas a la semana a las actividades domésticas que los hombres y 12 más en tareas de cuidado y apoyo para los integrantes del hogar.[18] Por ello, el análisis del régimen de alimentos establecido en el Código Familiar de Hidalgo debió cruzarse con los costos económicos que experimentan las mujeres en su vida profesional al dedicarse a las tareas del hogar y la "incapacidad económica" que eso trae aparejada.

Todo lo anterior aporta a otra lectura de la norma aplicable al caso concreto (el art. 476 ter del Código de Procedimientos Familiares), siendo claro que en este asunto se "genera una *discriminación indirecta* en razón de sexo, pues a pesar de su formulación neutral, afecta de manera desproporcionadamente negativa a las mujeres cuando limita la subsistencia de la obligación alimentaria a supuestos tan estrictos que no contemplen la desventaja económica derivada de la distribución inicua de las funciones en el núcleo familiar".[19] Detectar cómo las normas familiares, redactadas aparentemente en términos neutrales, conllevan una discriminación implícita y desproporcionada cuando se aplican

[18] Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), *Presentación de la Encuesta Nacional sobre Uso del Tiempo 2009*, México, 2 de julio de 2010.

[19] Véase la sentencia reescrita por la autora Luz Helena Orozco y Villa sobre este caso.

en su literalidad a las mujeres, entendiendo que la neutralidad es solo un velo de la desigualdad, es juzgar con perspectiva de género, como se realiza en el ejercicio de la reescritura de esta sentencia por la jueza Luz Helena Orozco y Villa.

Al reconocer esta discriminación indirecta establecida en la norma y reflejada en el caso concreto, el juzgador pudo haber examinado las pruebas de manera más integral para determinar que la señora Alicia Ramírez no tenía la capacidad ni física, ni mental, ni económica, al no tener una fuente fija de ingresos ni un trabajo que le aporte suficientes medios para su subsistencia, considerando también que había declarado carecer de bienes inmuebles, cuestión que se había confirmado con las testimoniales. De igual manera, la carga de la prueba —al ser este un hecho negativo— corresponde al señor Javier Sánchez. Así, él debió probar que, efectivamente, la señora Alicia Ramírez no tiene bienes inmuebles. Es decir, el juez no valoró adecuadamente la carga de la prueba en este caso.

5.2 Violencia física y económica

Como anota Helena Alviar, la violencia económica "incluye las acciones que controlan o limitan el acceso a bienes por parte de las mujeres tanto en el hogar como en el mercado, las ocasionadas por la desigualdad económica, así como las acciones dentro del hogar encaminadas a limitar el dinero, esconder los recursos o controlar el ingreso monetario de las mujeres".[20] Este tipo de violencia ha sido poco estudiada y analizada, pues es "más difícil de probar y, como consecuencia, de argumentar", siendo los daños que produce reducidos en muchas ocasiones a la solicitud de alimentos.[21] Quizá por estas dificultades, el juez no estudia ni analiza el alegato de la violencia física y económica presentado por la señora Alicia Ramírez.

[20] Alviar, Helena, "Violencia económica contra la mujer y deber de alimentos en Colombia: visiones teóricas en conflicto", en Jaramillo, Isabel Cristina y Anzola, Sergio (comps.), *op. cit.*, p. 103.

[21] *Idem*.

Sin embargo, juzgar con perspectiva de género significa también atender todos los alegatos de la señora Alicia Ramírez, analizándolos de manera integral, conforme al marco normativo aplicable y teniendo en cuenta los derechos humanos de las mujeres.

El derecho a vivir libre de violencia es un derecho humano establecido en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como "Convención de Belém do Pará" y tiene relación principalmente con el derecho a la igualdad y no discriminación.[22] Los organismos internacionales han reiterado que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación y los órganos de justicia estatales tienen un deber reforzado de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar situaciones de violencia.[23] Asimismo, en el estado de Hidalgo existe un marco normativo para promover, proteger y garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.[24]

El artículo 6 de la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el Estado de Hidalgo define la violencia familiar como:

> [...] toda acción u omisión, dirigida a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional, sexual, patrimonial o económicamente a las mujeres, dentro o fuera del domicilio familiar, por quienes tengan parentesco consanguíneo, tengan o hayan te-

---

22 El art. 1 de la Convención de Belém do Pará define la violencia de género como: "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado". El art. 6 establece que el derecho a una vida libre de violencia incluye: "a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación".

23 Véase CIDH, *Informe sobre acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 2011; CIDH, *Acceso a la información, violencia contra las mujeres y la administración de justicia en las Américas,* OEA/Ser.L/V/II.154, Doc.19, 2015.

24 Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el Estado de Hidalgo, 2007, y Ley para la atención y sanción de la violencia familiar para el Estado de Hidalgo, 2010.

> nido por afinidad o civil, matrimonio, concubinato o mantengan o hayan mantenido una relación de hecho y que tiene por efecto causar daño.

Con base en este marco normativo, el juez pudo haber alegado un daño moral y otro patrimonial causados por la violencia física y económica que la señora Alicia Ramírez manifestó haber experimentado durante los años que estuvo casada. Como se considera en la reescritura de la sentencia por la autora Luz Helena Orozco y Villa: "los actos u omisiones que comportan una conducta dañosa en la esfera física, emocional o psíquica de algún miembro de la familia constituyen un hecho ilícito, pues su realización transgrede normas de orden público, establecidas incluso a nivel constitucional e internacional".[25] Los hechos ilícitos en la esfera civil dan lugar a la imputación de una responsabilidad civil y a la consecuente reparación por la generación del daño del causante.

En este sentido, el juez no realiza una adecuada valoración de las pruebas respecto de la producción de este hecho ilícito, la responsabilidad y los daños morales y patrimoniales ocasionados por la violencia física y económica. Simplemente considera que la violencia, en caso de haber existido, se vio saldada con la "compensación económica por trabajo doméstico" pagada a la señora Alicia Ramírez. Por tanto, el juez de primera instancia *confunde gravemente* la naturaleza y lógica jurídica de dicha compensación económica con la reparación civil por daños morales y patrimoniales en casos de violencia doméstica, que incluye los daños físicos y económicos.

La valoración de las pruebas con perspectiva de género habría implicado analizar los hechos narrados por la señora Alicia Ramírez respecto de la violencia física y psicológica sufrida, así como los costos ocasionados por la violencia económica, entendida también como la limitación de las mujeres en el acceso a bienes, tanto en el hogar como en el mercado, ocasionados por la desigualdad económica y por situaciones de violencia física y psicológica. Es claro que el sufrimiento psicológico y las disparidades salariales en el mercado tienen un efecto negativo des-

[25] Sentencia de la autora Luz Helena Orozco y Villa.

proporcionado en la obtención de recursos económicos y en las posibilidades de las mujeres de lograr independencia y autonomía financiera cuando están sometidas a relaciones abusivas por parte de sus parejas. Cuestión que el juzgador pasó de largo.

Por consiguiente, la valoración de los hechos y las pruebas aportadas en el caso por ambas partes, aplicando la perspectiva de género, habrían llevado al juez de primera instancia del estado de Hidalgo a:

a) reconocer situaciones de desventaja estructural para las mujeres en el mercado laboral cuando se dedican a labores domésticas durante el matrimonio, lo cual impacta en su situación patrimonial y capacidad económica después del divorcio;

b) analizar los hechos conforme al marco normativo constitucional e internacional aplicable en materia de igualdad y no discriminación en la esfera familiar, tomando en cuenta que los alimentos tienen una fuerte relación en la construcción del género y la desigualdad social, afectando la cancelación de pensiones alimenticias, principalmente a las mujeres económicamente dependientes de sus maridos, y

c) examinar el alegato de la violencia física y económica como un cargo significativo relacionado con su estado de necesidad económica, evaluando los daños morales y patrimoniales generados en la esfera civil por causa de la violencia.

El reconocimiento y análisis de estos hechos y pruebas conlleva una argumentación totalmente distinta del fallo, poniendo en el centro la situación de la persona desaventajada, en este caso la señora Alicia Ramírez, e intentando reparar, desde el derecho familiar y civil, las desigualdad jurídica y material en la que se encontraba. Con base en estas razones, el juez de primera instancia habría arribado a conclusiones completamente distintas a las de sus puntos resolutivos, fallando a favor de la señora Alicia Ramírez en la continuación del pago de la pensión alimentaria por su excónyuge hasta que su estado de necesidad pudiera ser resuelto. Además, reconociendo la violencia física y económica, hubiera tenido que establecer algún tipo de reparación civil, como una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, valorando los costos económicos de las oportunidades profesio-

nales perdidas por Alicia Ramírez durante su matrimonio a causa de dicha violencia y su dedicación a las tareas domésticas y de cuidado.

Fuentes de consulta

Alviar, Helena, "Violencia económica contra la mujer y deber de alimentos en Colombia: visiones teóricas en conflicto", en Jaramillo, Isabel Cristina y Anzola, Sergio (comps.), *La batalla por los alimentos. El papel del derecho civil en la construcción del género y la desigualdad,* Bogotá, Universidad de Los Andes, 2018.

Barlett, Katherine, "Métodos jurídicos feministas", en Fernández, Marisol y Morales, Félix (coords.), *Métodos feministas en el derecho*, Lima, Palestra, 2011.

Carbone, June, "A feminist perspective on divorce", *The Future of Children, Children and Divorce*, vol. 4, núm. 1, 1994.

CIDH, *Acceso a la información, violencia contra las mujeres y la administración de justicia en las Américas,* OEA/Ser.L/V/II.154, Doc. 19, 2015.

CIDH, *Informe sobre Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 2011.

Huaita, Marcela, "Desigualdades de género en las consecuencias económico-financieras del divorcio", en Facio, Alda y Fries, Lorena (comps.), *Género y derecho*, Santiago de Chile, LOM Ediciones-La Morada, 1999.

INEGI, *Presentación de la Encuesta Nacional sobre Uso del Tiempo 2009*, México, 2 de julio de 2010.

Jaramillo, Isabel Cristina y Anzola, Sergio (comps.), *La batalla por los alimentos. El papel del derecho civil en la construcción del género y la desigualdad,* Bogotá, Universidad de Los Andes, 2018.

SCJN, Alimentos provisionales. No procede la devolución de las cantidades descontadas al deudor, aun cuan-

DO EL ACREEDOR NO DEMOSTRÓ EN EL JUICIO LA NECESIDAD DE RECIBIRLAS. Novena Época, Tesis de jurisprudencia 1a./J. 42/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIV, septiembre de 2011, p. 33. Registro digital: 161140.

SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de g*énero, México, SCJN, 2015.

Williams, Joan, "Married Women and Property", *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, núm. 1, 1994.

Resumen
de la resolución original

Datos Sentencia del juicio oral ordinario familiar F/2014, dictada por el juez de partido civil especializado en materia familiar de Celaya, el 29 de octubre de 2015, en Celaya, Guanajuato. Sentencia del fuero local de Guanajuato.

Hechos La demandante y el demandado sostuvieron una relación sentimental y sexual extramarital, pues él estaba casado. Ella se embarazó y señaló que el padre del niño era el demandado, por lo cual inició el juicio familiar para el reconocimiento de paternidad y la solicitud de la pensión alimenticia favor del menor. También demandó el pago de gastos y costas del juicio.

Determinación La demandante sostuvo que se embarazó mediante una inseminación artificial que realizó en su propia casa con el semen del demandado. Mediante el peritaje respectivo, se estableció que el niño sí es del demandado. Por tanto, el juez concluyó el vínculo filial entre el demandado (padre) y el niño, por lo cual reconoció su necesidad de alimentos. Así, condenó al demandado a proporcionarle una pensión alimenticia al niño por el monto de 20% de las percepciones que recibe por su trabajo y exoneró a ambas partes del pago de gastos y costas del juicio.

Sentencia del juicio oral ordinario familiar F/2014 sobre la declaración de reconocimiento de paternidad y otras prestaciones

María de Jesús Medina Arellano
Mildred del Rocío Carrillo Cartas

Sentencia. En la ciudad de Celaya, Guanajuato, el día 29 de octubre del año 2015.

V I S T O S para emitir sentencia a efecto de resolver el juicio ordinario familiar número F/2014, sobre la declaración judicial de reconocimiento de paternidad y otras prestaciones, promovido por Amelí Garzón,[1] en contra de Leopoldo Fuchs; por lo que, visto el contenido de la demanda, la contestación a la misma, así como de las audiencias preliminar y de juicio, las pruebas ofrecidas y desahogadas, cuanto más consta en autos; y,

I. R E S U L T A N D O

1. Por escrito presentado en la Oficialía de Partes Común Civil de este Partido Judicial, que se turnó a este Juzgado de Oralidad Familiar, se tuvo a la señora Amelí Garzón demandando en la vía oral ordinaria al señor Leopoldo Fuchs, sobre el reconocimiento de paternidad y otras prestaciones. La demanda se admitió y una vez que el demandado fue debidamente emplazado, por auto del 26 de agosto del 2014, se consideró que el demandado había dado contestación a la demanda, en la cual opuso excepciones y defensas, por lo que se señaló día y hora para la audiencia preliminar para el día 9 de septiembre del 2014, desahogándose en todas su etapas, señalándose las 9:00 horas del 2 de octubre del mismo año para la audiencia de juicio, la cual fue suspendida a efecto de recabar íntegramente el cumulo probatorio. Una vez que se reanudó la audiencia, y fueron recibidas las pruebas ofrecidas y admitidas a las partes, la audiencia de juicio se desahogó en sus etapas pendientes y se citó a las partes a oír la sentencia correspondiente, la que enseguida se procede a emitir.

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

2. Este Tribunal resultó competente para conocer y resolver del presente juicio, por estar en presencia de una acción de reconocimiento de paternidad y al tener su residencia

[1] Todos los nombres de las partes fueron modificados para los propósitos de este trabajo.

en este Partido Judicial el presunto hijo cuya paternidad se controvierte. Aunado a que ambas partes se sometieron tácitamente a la competencia y jurisdicción de éste Juzgado, lo anterior con fundamento en lo dispuesto por los artículos 16, 24, 29 y 31 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado, así como en los artículos 1º, 2º (párrafos primero y segundo) y 39 de la Constitución Política del Estado de Guanajuato, en relación a lo establecido en los artículos 1º, 2º, 4º, 7º y 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Guanajuato.

3. La vía constituye un presupuesto procesal de orden público, es decir, se trata de una condición necesaria para que la relación jurídica procesal quede legalmente conformada; de manera que su estudio puede efectuarse incluso en forma oficiosa por el órgano jurisdiccional, aun cuando no se oponga como excepción. Por lo que en este caso tenemos que la vía oral ordinaria por la que se encausó el procedimiento resultó ser la correcta, pues se ejercita una acción derivada del Código Civil de nuestra entidad, la cual tiene un trámite procesal especial contemplado en el artículo 822 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el estado.

4. Ahora bien, en el caso que nos ocupa se observarán los lineamientos establecidos en el artículo 357 de la ley adjetiva civil, es decir, se entrará al estudio del fondo del asunto, sin que exista en esta sentencia un estudio previo de excepciones de índole procesal, en virtud de que en la especie no se interpusieron excepciones procesales, aunado a que se depuró el procedimiento en la etapa respectiva de la audiencia preliminar.

5. De esta manera, tenemos que comparece la parte actora Amelí Garzón, a demandar de Leopoldo Fuchs, el cumplimiento de las siguientes prestaciones:

A. El reconocimiento de la paternidad por parte del demandado, a quien le atribuye el ser el padre del menor Mikel Garzón, de edad legal

B. El pago de gastos y costas que el presente juicio origina.

6. La parte actora basó su reclamo en los hechos que relató en su escrito inicial de demanda, de los que se desprende que, en lo medular, señala que llegó a la ciudad de Celaya, Guanajuato, a laborar en el mes de octubre del 2008, como perito de la Procuraduría del Estado, en donde el demandado también laboraba y se desempeñaba como técnico. Por lo que a partir de esa fecha comenzaron a salir con los compañeros de trabajo, en plan de amigos, luego las salidas se hicieron más frecuentes hasta el 2009, pero a partir de este año, comenzaron a salir con menos compañeros, los cuales todos iban al domicilio de la demandante para ver los partidos de fútbol, por lo que la comunicación con el demandado era más constante, ya que hablaban mucho por teléfono. Para el año 2010, su comunicación por teléfono aumentó y eran íntimos amigos y, cuando festejó su cumpleaños el 18 de mayo en el 2010, él fue el último en retirarse de su domicilio y antes de irse la besó.

7. Agrega que, al día siguiente, ella habló con él y le dijo que sólo fueran amigos por lo que aun así seguían saliendo. El 30 de mayo de 2010, fue la primera vez que estuvieron juntos, en la intimidad, es decir, tuvieron relaciones sexuales. Después de eso se veían al salir del trabajo o cuando él tenía diligencias pasaba a la casa, para disfrutar en la intimidad, es decir al llevar una vida sexualmente activa, como pareja.

8. En julio del 2010, cuando terminó la fiesta de la institución le dijo que no sabía qué hacer, ya que tenía un conflicto emocional por lo que sentía por ella y lo que sentía por su esposa, ya que él se encuentra casado, que incluso le daban ganas de llorar; que le dijera que hacía. Ella respondió que quien debía decidir era él, luego (en la intimidad, ya estando en la relación sexual) le dijo que quería tener un hijo con ella, que, si a ella le gustaría, y ella respondió que sí, porque ella para ese entonces estaba enamorada de él, porque lo creyó una persona con buenos sentimientos. Continuaron así hasta abril de 2011, incluso tuvieron intimidad en esas fechas, ya que él era su única pareja sexual.

9. Aduce que, hasta finales de junio de 2011, se enteró que estaba embarazada. En un principio no quería decirle a Leopoldo por la reacción que pudiera tener, ya que como lo refiere él está casado, pero con eso y todo le dijo que estaba embarazada y él respondió que cómo era posible si habían sido cuidadosos; que eso no podía ser; que si estaba segura. Ella le dijo que ningún método era 100% seguro y que ya había sucedido, pero su expresión facial la decepcionó, además que, durante el embarazo, él se portaba muy indiferente con ella, pero aun así sostenían la relación sentimental y sexual, incluso a pesar de que tuvo complicaciones en el embarazo.

10. La señora Amelí Garzón señaló que el 23 de enero del 2012, salió de licencia y tuvo a su hijo el 7 de febrero de 2012. El bebé estuvo hospitalizado 7 días, pero el demandado nunca preguntó por él a pesar de que le avisó por mensaje, por lo que optó por registrarlo el 21 de febrero del 2012. Para tal efecto, agrega el acta de nacimiento de su hijo menor de edad, con la que refiere demostrar que está registrado solamente por la accionante, ya que el padre no quiso reconocerlo. Fue hasta que el bebé tenía un mes de nacido, que Leopoldo Fuchs preguntó por él. A pesar de la situación, continuaron con la relación íntima, por lo que regresó de su licencia y él seguía visitándolos los días que le tocaba trabajar. Hasta que llegó una noche y le dijo que le habían hablado a Amanda (su esposa) y que le habían dicho todo, que lo apoyara y hablara con ella negando todo, a lo que ella contestó que lo iba a apoyar, así como él la había apoyado a ella, es decir nada, y que si le preguntaban, ella diría la verdad.

11. Indica la actora que más o menos en octubre de 2012, su hijo Mikel Garzón se enfermó y estuvo delicado de salud y que Leopoldo tampoco le preguntó por él. Sólo a través de una amiga de ella y que cuando coincidieron en el trabajo, ella le dijo que cómo era posible que le importara más hasta un animal no humano que su hijo; que si lo que le

pasara al bebé y a ella le valía madre. Él solo respondió "estas aquí; el niño está bien". Su hijo se llegó a enfermar en varias ocasiones y al demandado no le interesaba ni estar al pendiente ni apoyarle, solo sabe que éste preguntaba a sus amistades, por lo que optó por no decirle nada a él de su bebé, hasta a principio de abril del 2013, día en el que Leopoldo Fuchs y su esposa se presentaron a su domicilio. Ese día, la demandante le hizo ver a él y a su esposa que su hijo menor de edad era de la demandante y el demandado, incluso les dijo que se realizara la prueba de Ácido Desoxirribonucleico (ADN), a la cual se negó, por lo que decidió a partir de esa fecha no tener ningún contacto con él.

12. Expone la actora que, en el laboratorio, el demandado tenía unos testigos para la determinación de semen, los cuales le pertenecían, pero ella tenía acceso a dichas muestras, por lo que las utilizó para mandar hacer la prueba de ADN y así demostrarle que él era el padre de su hijo. La prueba la mandó a elaborar a finales de abril del 2013, y le entregaron los resultados el día 14 de mayo del mismo año. La prueba salió positiva en un 99.92 % de probabilidad, misma que envió al demandado a su correo electrónico y aporta como prueba a su demanda. Asimismo, Amelí Garzón señala que al demandado lo cambiaron de lugar de trabajo en septiembre del 2013, y unos días antes de irse, habló con ella y dijo que no quería partir estando enojado con ella, por lo que quedaron en buenos términos. No obstante, ella empezó a recibir anónimos y llamadas amenazantes por lo que decidió en definitiva perder toda comunicación con él, pero al ver que siguen los problemas y por el bienestar de su hijo es por lo que decidió demandar el reconocimiento de paternidad al demandado, Leopoldo Fuchs, para que este registre legalmente a su hijo por ser el padre biológico, tomando en cuenta el interés superior de la niñez y que se trata de un derecho natural de su hijo de ser reconocido por su padre y tener el apellido paterno. Además, para que no afecte el desarrollo integral del niño y para evitar que se violen los derechos de su hijo menor de edad legal, ya que el demandado ha evadido tal responsabilidad para con su hijo, a sabiendas de que es de él.

13. El demandado dio contestación en tiempo y forma a la demanda instaurada en su contra. Respecto a que la actora llegó a laborar en octubre del 2008 como perito de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Guanajuato, ni lo afirma ni lo niega por no ser un hecho propio. En cuanto a las convivencias que existían entre los compañeros de trabajo en las que participaban tanto la accionante como el demandado, éste lo afirma por ser cierto; así mismo, afirma que la relación sexual y sentimental a que alude su contraria aconteció. Sobre lo argumentado por su contraria, con relación a que, en julio del 2010, "supuestamente" le manifestó a ésta que tenía un conflicto emocional por lo que sentía por ella y su esposa, lo niega por ser falso. Igualmente, niega que en la intimidad al momento de sostener la relación sexual el día de mérito, le haya dicho que quería tener un hijo con dicha persona. También afirmó la manifestación vertida por la accionante, con relación a que la última vez que tuvieron relaciones sexuales vía vaginal fue en los primeros días de abril del 2011.

14. El demandado agrega que partiendo de la anterior premisa y toda vez que, al realizar un simple conteo de los nueve meses, que es conocido como el termino normal de gestación de un humano y el producto de dicha relación, entonces debería haber nacido entre los meses de diciembre del 2011 y enero del 2012, por lo que, si el hijo de la accionante nació en día 7 de febrero del 2012, no es dable considerar que el mismo haya sido creado por el demandado y su contraria. Ello derivado de la última relación sexual que sostuvieron lo cual refiere que es una confesión expresa.

15. El demandado señala que en todas y cada una de las relaciones sexuales mediante penetración vaginal que sostuvieron los aquí contendientes, incluyendo la última vez, siempre utilizaron preservativo y hace notar que la actora y el demandado en todas y cada una de las ocasiones que sostuvieron relaciones sexuales, lo fue en el domicilio de ella. Este hecho lo afirmó la propia demandante en su escrito de demanda inicial, consecuentemente los preservativos –condones–, que se utilizaban eran desechados en el domicilio en cita, hecho que tomará relevancia en el párrafo ulterior.

16. En relación con el hijo del cual se le reclama la filiación y paternidad, aduce que el 24 de mayo del 2011, la demandante le practicó al demandado sexo oral sin utilización de preservativo, produciéndose su eyaculación en la boca de la actora. Con ello, Amelí Garzón obtuvo una muestra del semen del demandado, por lo que refiere que la actora pudo haberlo utilizado para realizarse una auto inseminación. Este hecho es dable considerarlo, en virtud de que la actora, al igual que el demandado, tienen la Licenciatura en Químico Farmacéutico Biólogo, y por ende, cuenta con los conocimientos necesarios para llevar a cabo la inseminación de mérito.

17. Por lo anterior, el demandado señala que en tal supuesto se violó su voluntad y consentimiento para que su semen fuera utilizado por la actora, resultando consecuentemente improcedente la acción principal que se plantea en su contra. Este hecho se conoció mediante diversos correos electrónicos enviados por la propia actora desde su cuenta de correo electrónico a la del demandado, así como por mensajes de texto vía celular dirigidos por la propia demandante desde su número al número del demandado, mismos que fueron agregados como prueba de su parte.

18. La parte demandada también niega que haya sido la única pareja sexual que la actora haya tenido, ya que tiene conocimiento que en el tiempo que sostenía relaciones sexuales con él, también lo hacía con diversos compañeros de trabajo. Por esta razón manifiesta la oposición a las pretensiones que le son reclamadas por Amelí Garzón. Del mismo modo, niega cualquier otro hecho al que no haya dado respuesta en este apartado, así como los hechos narrados la actora en su demanda, que no le son propios a él.

19. El señor Leopoldo Fuchs no afirma ni niega por no ser propio, el hecho de que la accionante haya aseverado que adquirió del laboratorio (en el cual laboraban) que perte-

nece a la Procuraduría General de Justicia del Estado, muestras biológicas para determinación de semen, las cuales le pertenecían a él y que supuestamente fueron utilizados para realizar la prueba de ADN, para demostrar que él es padre del niño Mikel Garzón. No obstante, el demandado, pone de relieve la posible comisión de una conducta tipificada como delictiva, ya que la demandante extrajo dichas muestras biológicas que menciona en forma ilegal, sin consentimiento y debida autorización del demandado y de la propia Procuraduría General de Justicia, violando con ello, sus derechos humanos a la privacidad e intimidad consagrados en la Constitución General.

20. Una vez que se han reseñado las cuestiones objeto del debate expuestas por las partes, en la fase postulatoria, sobre sus pretensiones, así como las excepciones y defensas, es el momento de ocuparnos de la cuestión debatida. En ese tenor, es oportuno indicar que en el presente caso la actora Amelí Garzón ejercita la acción de reconocimiento de paternidad, por lo que, conforme a la naturaleza de la pretensión, resulta atendible el contenido del artículo 416 del Código Civil del Estado de Guanajuato, el cual establece que:

> "La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario, porque así lo presume la ley o por la sentencia que declare la paternidad".

21. De igual forma es atendible el artículo 416-A del referido ordenamiento sustantivo civil, el cual dispone lo siguiente:

> "La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiere cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negará a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre".

22. Del contenido de los anteriores preceptos legales se desprende que la filiación extramatrimonial deriva del reconocimiento voluntario que realice el presunto padre cumpliendo con los requisitos que la propia ley exige o bien que se realice mediante sentencia derivada de la acción de la reclamación de estado, interpuesta por el propio hijo o su representante legal. De ahí que el vínculo jurídico que se establece entre los progenitores y el hijo es el que conforma la filiación que constituye la forma de parentesco que impone deberes específicos como la obligación de dar alimentos, el derecho al nombre, la identidad biológica[2] y a la patria potestad.

[2] Art. 22. Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, para un análisis doctrinal respecto el derecho a conocer la identidad biológica de la niñez y la adolescencia, véase: González

23. Asentado lo anterior, debemos considerar en un primer aspecto, el que la parte actora aportó diversos medios probatorios con el objetivo de cumplir con la carga que establece el artículo 84 de la ley adjetiva civil de la entidad de Guanajuato, por lo que en primer término aporto la *documental* consistente en el acta de nacimiento del niño Mikel Garzón, con número 00123, con fecha de registro 21 de febrero de 2012, asentada en el libro 2 de nacimientos, expedida por el Oficial del Registro Civil número 01 de la Ciudad de Guanajuato, Guanajuato.

24. Documental pública a la que se le concede valor probatorio pleno por satisfacer los requisitos de los artículos 132 y 207 de la ley adjetiva civil vigente en el estado, con la cual se acredita el nacimiento de Mikel Garzón. Con dicha documental, también se desprende que solamente se asentó el nombre de la madre, sin que en su contenido se observe que se haya asentado el nombre correspondiente en el rubro del padre. Por lo que tal documental es eficaz para acreditar la legitimación *ad procesum* que asiste a la demandante para instar en nombre y representación de su hijo menor de edad legal por virtud de la patria potestad que ejerce sobre dicho menor de edad, como así lo previene el artículo 479 del Código Procesal Civil del Estado.

25. Ahora bien, la actora atribuye la paternidad al demandado y a efecto de evidenciar que efectivamente existe un vínculo filial entre él con el menor de edad, la demandante ofreció la *prueba pericial en materia de genética,* conocida como prueba de ADN, a cargo de Rodrigo Marez, médico cirujano, el cual una vez que aceptó y protestó el cargo, emitió su dictamen y rindió oportunamente sus conclusiones, en las que determinó en lo que nos interesa lo siguiente:

> INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS. Los resultados obtenidos para cada marcador genético están integrados siempre por dos alelos (números), uno heredado por la madre y el otro por el padre, estas combinaciones son *únicas* e irrepetibles; por lo que, si en algún marcador genético, el supuesto hijo no cuenta con alguno de los alelos presentes en el probable padre biológico, entonces se excluye como tal, en caso contrario, cuando el supuesto hijo comparte en todos los marcadores un alelo con el probable padre, la paternidad se establece.
>
> ANÁLISIS DE RESULTADOS. En cada uno de los marcadores genéticos utilizados para determinar la relación de parentesco el demandado *sí comparte información genética en todos los marcadores genéticos con el menor de nombre Mikel Garzón.*

26. Tal dictamen fue debidamente ratificado ante esta presencia judicial y el perito expuso oralmente sus conclusiones en la audiencia de juicio como así lo mandata el artículo

---

Contró, Mónica, "Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* nueva serie, año XLIV, núm. 130, enero-abril 2011, pp. 107-133. Disponible en línea en: *https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28417.pdf.*

810 del Código Procesal Civil del estado, por lo que en observancia al principio de contradicción este juzgado concedió la oportunidad procesal a las partes para cuestionar al perito sobre el contenido del dictamen emitido.

27. En ese sentido, la defensa de la parte demandada procedió a hacerle preguntas al perito cuestionándolo sobre el procedimiento que se llevó a cabo para realizar el estudio encomendado y la forma en que se trasladaron las muestras. El perito manifestó que las muestras las recibió de la encargada del laboratorio, cuyo nombre es Beatriz, sin recordar los apellidos. Una vez que se ingresan las muestras nadie tiene acceso a ellas. Beatriz da ingreso y proporciona un número de registro de entrada al laboratorio resaltando que *las muestras jamás son abiertas por nadie*, y este proceso es para que quede registrado y se dé el espacio para llevar a cabo el estudio encomendado al perito.

28. De igual forma, la defensa de la parte demandada cuestionó la firma original plasmada en el dictamen rendido por dicho perito ubicada en las fojas 89, 90, 91, 92 y 93. Al respecto, el perito manifestó que desconoce de quién sean esas firmas ya que son diversas personas que se hacen responsable del laboratorio. La firma en comento es la de la persona que en el momento de realizar el estudio era responsable del laboratorio. Dicha firma se plasma al momento que liberan el análisis del secuenciador genético.

29. De forma reiterativa, el perito manifiesta que nadie tiene acceso a las muestras que se toman; las mismas se depositan en una bolsa de seguridad. No existió fedatario para el momento de abrir la bolsa de seguridad de las pruebas/muestras resguardadas.

30. Finalmente, también se le preguntó al perito si tiene los conocimientos para determinar el tiempo que dura el semen vivo fuera del varón, a lo cual respondió que pueden durar vivos hasta 24 horas si no están bajo condiciones extremas de frío o calor.

31. Concluido el interrogatorio por la parte demandada, se realizó el interrogatorio por parte de la demandante. Se le preguntó al perito, quién realizó la prueba de ADN, a lo cual contestó que él mismo. Añadió que el laboratorio en el que trabajó para realizar el estudio cuenta con la totalidad de registro/licencia sanitaria en cuanto a la norma de salubridad relevante.

32. La representante de la parte actora también preguntó sobre la inseminación casera. El perito manifestó que la inseminación casera es la forma rústica de llevarlo a cabo y en una clínica especializada se llevan procedimientos desde el tipo de sangre y una serie de protocolos sobre los avances científicos. En una clínica de fertilidad, la probabilidad de tener un resultado positivo aumenta; el porcentaje más bajo es cuando se realiza de forma casera.[3]

[3] La auto inseminación casera, es una práctica cada vez más común a nivel global, a grado tal que clínicas privadas envían kits (paquetes) con material biológico (gametos masculinos-semen) a la puerta de la

33. A lo que la jueza pregunta al perito en el sentido de que si alguien sostiene una relación y hay una eyaculación oral es factible que se lleve una auto inseminación y a que el esperma no se dañe con la saliva. Al respecto, el perito contestó que *sí es factible una auto inseminación ya que el esperma no se daña con la saliva*, ya que conserva la temperatura. En condiciones no médicas, el esperma tiene una sobre vida, lo cual da tiempo suficiente para que una persona, de una manera rustica, pueda usar una jeringa, sonda o pipeta, para aplicarla en el fondo vaginal.

34. De esta manera, conforme al contenido del dictamen sobre los términos de su desahogo y los cuestionamientos de que fue objeto el perito en relación a las conclusiones que expuso en el dictamen encomendado y conforme al análisis de su contenido que se realiza por este tribunal, es necesario indicar que la prueba pericial es una opinión de personas versadas en una ciencia, arte u oficio con el objeto de ilustrar a la juzgadora sobre un hecho cuya existencia no puede ser demostrada ni apreciada sino por medio de los conocimientos científicos o técnicos. En este caso, se realizó por un experto en la materia, quien cuenta con los conocimientos técnicos idóneos para emitirlo, además de que explicó de manera pormenorizada los elementos y consideraciones en las que se apoyó para concluir en los términos en que lo hizo.

35. Entonces, el dictamen es un elemento ilustrativo sobre una materia, técnica o arte que requiere conocimientos científicos especializados para que quien juzga pueda válidamente apreciar de una mejor manera las circunstancias sobre las que versó el dictamen. En el presente caso, se cumple por la metodología que llevó a cabo y los elementos en que se sustentó; aunado a que el dictamen es una simple opinión de un experto sobre la materia en contienda. En el caso que nos ocupa, versó sobre la materia en genética, luego entonces se torna imprescindible la revisión del fundamento, metodología, resultados y la conclusión del profesional para que la juzgadora tenga una presunción legal con suficiente fuerza legal teniendo como sustento éste medio probatorio.

36. En la especie, se encuentra científicamente sustentado el dictamen pues se trata de una extracción y aislamiento del Ácido Desoxirribonucleico, al que nos hemos referido por su abreviación "ADN", siguiendo de la selección y amplificación en cadena de la polimerasa, regiones llamadas marcadores genéticos, micro satélites o STRS; regiones variables de un individuo a otro y que se heredan, utilizados para la identificación genética y de filiación, ante el seguimiento de la metodología para la obtención de resultado acorde

---

casa, dichos paquetes pueden ser adquiridos a través de portales de internet, al respecto véase: Mendoza Cárdenas, Héctor Augusto y Medina Arellano, María de Jesús, "Inseminación artificial casera: Un caso nada ortodoxo para el Derecho Mexicano", en Alegre Marcelo *et. al.* (coords.), *Libres e Iguales: Estudios sobre Autonomía, Género y Religión,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2019, pp. 241-254. Disponible en: *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5543/11.pdf*.

con las muestras biológicas de sangre del menor de edad y presunto padre. Asimismo, en este caso se desprende de las documentales anexadas al dictamen que el especialista en genética molecular cuenta con un perfil profesional requerido para rendir un dictamen de esa naturaleza y que las partes reconozcan su prestigio profesional, imparcialidad y honestidad con la que se conducirá durante el desarrollo de la prueba, lo cual se actualiza en la especie porque las partes no refutan la experiencia y capacidad u honorabilidad del perito que se evidencia con los diversos cursos de capacitación en la materia y el tiempo de experiencia.

37. No pasa inadvertido para este Tribunal que la parte demandada cuestionó la continuidad en la cadena de custodia respecto de las muestras de semen, sin embargo, este tribunal estima que en la especie no existe una circunstancia objetiva que permita restar eficacia al dictamen en cuestión. En efecto, el perito que llevó a cabo la prueba genética de ADN expuso cada uno de los momentos en que detentó la custodia y si bien entregó el paquete a la persona encargada del laboratorio, lo trascendente es que en este caso el perito se cercioró de que el paquete que contenía las muestras no fuese abierto o presentara alguna alteración en su embalaje. Si bien hizo alusión a una persona del sexo femenino que le apoyo en el proceso de tramitación en el laboratorio para la examinación científica de las muestras, lo esencial es que no existen indicios de que se haya manipulado y vulnerando la custodia de estas. El hecho de que al perito le auxilien en el uso de los aparatos utilizado para la examinación química de las muestras no se traduce a un quebrantamiento a la cadena de custodia. Por lo tanto, no es factible atender a las afirmaciones de la parte demandada, acerca de la vulneración de la cadena de custodia, por no existir probanzas que evidencien la vulneración de la cadena de custodia.

38. A las anteriores consideraciones, son atendibles las siguientes tesis que esta juzgadora comparte y que indican lo siguiente:

> PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE GENÉTICA HUMANA. EN SU DESAHOGO DEBEN OBSERVARSE LAS ETAPAS DE LA CADENA DE CUSTODIA A FIN DE GARANTIZAR LA CONFIABILIDAD DEL EXAMEN Y DEL DICTAMEN. La cadena de custodia es un procedimiento de control que se emplea a fin de garantizar que no habrá un vicio de los elementos de prueba, como puede ser la alteración, daños, reemplazos, contaminación o destrucción del material probatorio. Esta cadena se lleva a cabo en etapas, empezando con la extracción o recolección de la prueba, preservación y embalaje, transporte, traspaso, en su caso, a laboratorios para su análisis y, custodia y entrega de los análisis o material probatorio. Dichas etapas deben observarse en el desahogo de la prueba pericial en materia de genética humana; de ahí que la muestra genética debe recolectarse ante la presencia de un funcionario judicial, quien deberá certificar el debido embalaje y entregarlo a los peritos autorizados quienes, continuando con el debido resguardo, deben custodiar la muestra que les fue otorgada; sin embargo, al ser instituciones privadas quienes por lo general realizan el análisis de laboratorio de dicho material genético,

la cadena de custodia se garantiza al ser el perito quien presente las muestras y recolecte el resultado del análisis a fin de emitir su dictamen, por lo que cualquier indicio de que hubo una alteración en la debida cadena de custodia, implicaría restarle valor probatorio al dictamen respectivo y otorgarlo al que cumplió ininterrumpidamente con la custodia cabal de las muestras, porque así genera confiabilidad respecto a que el examen sí se pronunció sobre las muestras de quienes debe determinarse su filiación.[4]

PERICIAL EN GENÉTICA MOLECULAR DEL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN). ES UNA PRUEBA DE CARÁCTER MULTIDISCIPLINARIO CUYO DESAHOGO PUEDE REQUERIR LA INTERVENCIÓN DE MÁS DE UN ESPECIALISTA. La doctrina en materia procesal civil reconoce la indelegabilidad del cargo de perito, sin embargo, acepta que esa característica no constituye un impedimento para que el perito requiera la colaboración de especialistas para la realización de operaciones preparatorias o complementarias, tendientes a aportar mayores elementos de juicio a efecto de producir el dictamen encomendado, aunque para que esto suceda deban cuidarse ciertas formalidades en la forma de desahogo de una prueba multidisciplinaria. En tal virtud, con independencia de que el especialista en genética molecular cuente con el perfil profesional requerido para rendir un dictamen pericial de esa naturaleza y que las partes reconozcan su prestigio profesional, imparcialidad y honestidad con la que se conducirá durante el desarrollo de la prueba, lo cierto es que, si dicho perito requiere la intervención de uno o varios expertos en otras áreas de la ciencia (biólogos moleculares, químicos o laboratoristas), para la toma de muestras de ADN, análisis de las mismas o bien, para la interpretación de los resultados, las partes tienen derecho a conocer los nombres de los profesionistas que estarán a cargo del desahogo de la prueba, pues sólo de esta forma se tendrá la certeza de quiénes intervinieron en la cadena de custodia de las muestras y en qué grado participaron en el desarrollo de la prueba; por tanto, únicamente cuando el médico en genética molecular cuente con los conocimientos e instrumentos necesarios para desahogar la prueba en sus distintas etapas de manera individual sin la intervención de otro perito, bastará que este especialista acepte y proteste el cargo, de lo contrario todos los involucrados en el desarrollo de la prueba se encontrarán obligados a cumplir con esa formalidad".[5]

39. Con base a todo ello se estima procedente que a la prueba pericial que se analiza se le conceda valor probatorio pleno por satisfacer los requisitos del artículo 216 del Código Procesal Civil vigente, y con la cual se acredita fehacientemente que el señor Leopoldo Fuchs *es el padre biológico del niño Mikel Garzón*. El peritaje señaló como resultado de probabilidad de paternidad 99.9999%; es decir que el demandado sí presenta relación biológica de paternidad con el menor de edad, aunado a que la prueba pericial en materia de genética es la prueba idónea para demostrarla, previo análisis de las muestras

[4] Novena Época, tesis aislada II.3o.C.75, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXXI, marzo de 2010, p. 3032. Registro digital: 164956.

[5] Novena Época, tesis aislada I.3o.C.644 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVI,octubre de 2007, p. 3250. Registro digital: 171102.

de sangre correspondientes, con el propósito de esclarecer jurídicamente el problema planteado, lo que aconteció en la especie.

40. Sirve sustento legal en la tesis que a la letra establece:

> PERICIAL EN GENÉTICA. ES LA PRUEBA IDÓNEA PARA DEMOSTRAR CIENTÍFICA Y BIOLÓGICAMENTE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN. Cuando se reclame el reconocimiento de la paternidad de un menor, así como sus consecuencias inherentes, la pericial en materia de genética es la prueba idónea para demostrarla, previo análisis de las muestras de sangre correspondientes, con el propósito de esclarecer jurídicamente el problema planteado, máxime si fue previa y debidamente admitida. Consecuentemente, si la madre no compareció con el menor al desahogo de dicha probanza, el Juzgadora debió ordenar el correcto desahogo del medio probatorio ofrecido, dictándose las medidas de apremio pertinentes para hacer cumplir sus determinaciones, y al no haber actuado así, su comportamiento constituye una violación al procedimiento que dejó en estado de indefensión al oferente de la prueba, pues una vez desahogada debidamente permitirá al Juez decidir justamente, al contar con los elementos esenciales y convincentes indispensables para dirimir la litis planteada, ya que la pericial es la prueba científica y biológicamente idónea para tener o no por cierta y corroborada la filiación, esto es, la paternidad.[6]

41. Se observa que la parte actora también ofreció la confesional por posiciones a cargo del demandado, que manifestó ser casado, de 39 años, originario de Irapuato, perito Químico, con domicilio en Irapuato. Al ser cuestionado por la actora, dijo que la conoce desde octubre de 2008; que *sí tuvo una relación sexual durante el tiempo que duraron siendo compañeros de trabajo y de la cual agrega que hubo un pago* y que no es cierto que la demandante y él tuvieron una relación sexual duradera durante tres años. Agrega que la demandante sí le informo que estaba embarazada, pero que nunca le dijo que era de él, por lo tanto, no sabe que el hijo es producto de la relación que tuvo con ella.

42. Indica que a pesar de que, si *tuvo una relación sexual con la actora*, no fue por dos años y que no tuvieron diversos tiempos de intimidad sexual contenidos entre él y ella; que las relaciones sexuales siempre fueron consentidas con la actora, aunque agrega que siempre hubo un incentivo. En las relaciones sexuales que sostuvo con la actora, *siempre se usó condón y nunca se rompió ni nada, y que sabe que aun utilizando el condón no hay una certeza de que sea 100% seguro.*

43. Añadió que no es cierto que en diversas ocasiones el demandado le haya propuesto a la actora tener un hijo con ella; que no es cierto que en diversas ocasiones la demandante se entrevistó con él para informarle respecto de su hijo. Lo que sí reconoce como es cierto

[6] Novena Época, tesis: II.2o.C.99 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo VIII, julio de 1998, p. 381. Registro digital: 195964.

es que él acudió con su esposa al domicilio de la actora para hablar con ella respecto del menor Mikel Garzón; que su esposa quiso hablar con Amelí Garzón. El demandado desconoce el hecho relativo a la supuesta petición que él le hizo a la demandante sobre negar que Mikel es su hijo, lo cual aconteció el día en que acudió con su esposa a la casa de la actora.

44. Del contenido de la prueba que antecede, se desprende una confesión judicial expresa que reviste valor probatorio pleno en términos de los artículos 204 y 205 del Código Procesal Civil del estado, ya que el demandado es una persona capacitada para obligarse, lo cual realizó con pleno conocimiento y sin coacción ni violencia, y de hecho propio como lo es la circunstancia de haber sostenido una relación sexual con la actora por el tiempo que señala.

45. Si bien expone que dicha relación sexual fue consensada previo incentivo, esto último no se acredita en razón de que no existen elementos probatorios que permitan considerar que propiamente otorgaba un incentivo por cada relación sexual que afirmó haber sostenido con la actora. En consecuencia, se está en presencia de una confesión calificada divisible que permite conferir valor al hecho de que el demandado acepta haber tenido encuentros sexuales con la actora, aunque si bien indica que utilizaba condón, lo cierto es que con su experiencia reconoce que dicho método anticonceptivo, no es completamente seguro.

46. Por lo que debe tomarse en consideración lo que perjudica al absolvente en cuanto a que sí tuvo relaciones sexuales durante un tiempo más o menos prolongado con la actora. De un enlace lógico, natural y legal del cúmulo probatorio antes reseñado, se sostiene por parte de esta juzgadora que se encuentra plenamente comprobado que el demandado sostuvo relaciones de carácter sexual consensuadas con la parte actora y que de ello derivo en la procreación y nacimiento del menor de edad Mikel. Asimismo, conforme a la prueba pericial en materia de genética ADN analizada y valorada, se obtiene como resultado que el niño es el hijo biológico-genético del demandado, hecho que deviene plenamente probado dada la contundencia de la prueba pericial genética que permite establecer que en el presente caso se demuestra la existencia del lazo consanguíneo que actualiza la filiación del demandado con el menor de edad.

47. Resulta necesario atender a los argumentos de defensa vertidos por el señor Leopoldo Fuchs en cuanto a que aduce que en las relaciones sexuales que sostuvo con la señora Amelí Garzón, siempre utilizó condón pero que ese tipo de relaciones no solo fueron vaginales, sino que también fueron vía oral. Es decir, que llevó a cabo la introducción del pene, no solo en la vagina de la actora, sino que además sostuvo una relación oral y que eyaculó en la boca de la demandante. Por lo que sostiene que en este caso no se le pidió su consentimiento para disponer por parte de la actora del semen para manipularlo y llevar a cabo un proceso de auto inseminación.

48. A efecto de acreditar lo anterior, la parte demandada ofreció como pruebas la confesional por posiciones de la parte actora, quien afirmo tener 33 años, soltera, perito químico, originaria de Guanajuato, Guanajuato, reside en esta ciudad de Celaya. La parte actora indicó que en las relaciones sexuales que tuvo con el demandado, ella le exigía el uso de condón y que sí se percataba de que él usaba condón. Siempre sostenía relaciones sexuales con el demandado era en la casa de ella.

49. De igual forma refiere que ella veía que el demandado desechaba en el bote de basura, el preservativo que utilizaban al tener relaciones sexuales. En todas las ocasiones, el demandado *enjuagaba el condón a manera de que no quedara ningún residuo y después de eso lo desechaba*. Igualmente, señaló que no sostuvo relaciones vía vaginal en abril de 2011 y que *sí tiene conocimientos para realizar una inseminación, esta titulada de Químico Farmacobiólogo*. La demandante señaló que *no decidió procrear a su hijo sin el consentimiento del demandado.*

50. La demandante indicó que es cierto que el 24 de mayo de 2011 sostuvieron relaciones sexuales y que no fue únicamente sexo oral; *que es cierto que en esa ocasión recibió el semen del demandado en su boca y que siempre se aseaba delante de él cuando recibía el semen en su boca*, pero agrega que no recibió el semen para inseminarse. Indicó que si envió correos electrónicos al demandado desde el inicio de su relación; que sí recibió reclamos del demandado por una supuesta infidelidad, refiere que sí es propietaria de la cuenta de correo electrónico amelígarzón@live.com.mx; que es propietaria del número de teléfono 12345678 refiriendo que ella nunca presto su teléfono a persona alguna. El 25 de julio 2013 a las 14:25 horas, sí envió desde su teléfono un mensaje de texto al teléfono del demandado. Mediante incorporación por lectura de las impresiones que obran en autos de dichos mensajes, estos señalaron lo siguiente:

> "sabes que ahí te va la verdad me dijiste una vez que me aproveche de ti; pues es cierto y cuando quiera lo compruebo porque el día que me reclamaste que según tú había estado con quintanilla tuvimos sexo tú y yo (te acuerdas), y eyaculaste en mi boca (hasta te forcé o no) pues adivina qué, use tu semen para inseminarme jajajaja yo si soy inteligente cabronsísima y bonita, logré lo que quería y ni cuenta te diste jajajaja mi hijo es tuyo y que que se des (sic)."

51. La actora *refiere que sí envío* esos mensajes, pero que lo hizo por una serie de provocaciones previas por parte del demandado, ya que él le había llamado para ofenderla con palabras altisonantes y refiriéndose a ella como una persona no seria; como una mujer de la vida galante, insultándola y también a su hijo y a su familia. La demandante refiere que el 5 de abril de 2013 a las 14:50 le envió al demandado, el siguiente texto mediante correo electrónico:

> "Dices tener testigos de que estuve con alguien más aparte de ti?????? Por favor no me hagas reír si lo hubiera hecho ni te hubieras enterado ya me imagino quienes son pero en fin piensa lo que quieras no voy a desgastarme en explicarte otra vez la misma historia. Nada más te dijo que si eres el padre de Mikel *porque la muestra de semen que me dejaste el 24 de mayo del 2011, día en que me reclamaste sin razón haber sido infiel, la utilice para la inseminación, procedimiento realizado ese mismo día justo después de que saliste de mi casa*; y confieso que alguna vez quise más compromiso de tu parte pero hace mucho que las cosas cambiaron así que ni te emociones, en mi vida regreso con un poco hombre como tu (sic) Y como te mencione hace poco no voy a tirar mi dinero solo por demostrártelo científicamente, ese recurso económico lo voy a gastar con mi hijo. Ahora sí, a partir de este momento te dejo en paz, ojala (sic) nunca te arrepientas. Ya logré lo que quería; dime que se siente????"

52. Aunque después, al desahogar esta prueba, la demandada refutó dicho correo electrónico y de manera contradictoria a su primer señalamiento contestó que ella no envió ese mensaje y que tuvo que hacer cambio de correo, porque le falsificaron su correo y su cuenta de Facebook. Entonces, refiere posteriormente en el desahogo de dicha probanza que no es cierto que, en fecha de 5 de abril de 2013, utilizaba la cuenta amelígarzón@live.com.mx. Sin embargo, al inicio señaló que su cuenta de correo era amelígarzón@live.com.mx, y no señaló que haya sido víctima de falsificación en algún momento, tampoco ofreció algún tipo de indicio o comunicación alguna que apoyará dicho error en la afirmación previa, y establecer la usurpación de sus cuentas de correo y redes sociales, y así por lo tanto aclarar la parte actora de que no se está contradiciendo respecto de su afirmación previa y así respaldar la posterior negación de la existencia de la comunicación vía correo electrónico.

53. Lo anterior es considerado como una confesión, que reviste *valor probatorio pleno* en términos de los artículos 204 y 205 del código procesal civil, para establecer que la actora reconoce haber sostenido relaciones sexuales por vía vaginal y por vía oral, además de que observaba cuando el demandado se quitaba el preservativo luego de terminar el acto sexual, lo enjuagaba y desechaba. También acepta que el demandado eyaculó en su boca, aunque agrega que ella siempre se aseaba luego de esa circunstancia, además de que acepta haber enviado un correo electrónico en el que reconoce haber llevado a cabo un proceso de auto inseminación. Lo anterior, se encuentra corroborado con las propias impresiones de los correos electrónicos exhibidos como prueba documental por el demandado y reconocidos por la actora, ya que reconoció haber enviado el mensaje de texto vía telefónica y ser propietaria de la cuenta amelígarzón@live.com.mx. Acerca del texto de correo electrónico, indicó que su cuenta fue invadida o *hackeada*, es decir, usurpada por alguien ajeno a la parte actora, sin embargo, no incorporó ningún indicio o comunicación para acreditar tal dicho, que resultaría pertinente como prueba indirecta idónea; por lo que en esencia esta confesión calificada es divisible y sólo se atiende a lo que le perjudica en cuanto a reconocer haber llevado a cabo un proceso de manipulación de fluido seminal (espermatozoides) del demandado.

54. Sin embargo, a pesar de que fue probado lo que invoca la parte demandada en cuanto a que manipuló el semen del demandado para llevar a cabo un proceso de auto inseminación, es necesario hacer las siguientes precisiones que inciden en el sentido de la presente sentencia.

55. Al efecto, es sabido que los avances científicos recientes en materias biológica y genética sobre la manipulación genética a nivel germinal, es decir, de los gametos, tanto femeninos (óvulos) como masculinos (espermatozoides), han generado discusiones en el campo de la ética. Esto tiene incidencia en el área jurídica de la materia familiar, particularmente cuando se genera una fecundación o reproducción unilateral o asistida.[7] Al respecto, nuestro sistema legal en Guanajuato no prevé las consecuencias legales sobre situaciones en las que una mujer realiza un proceso de auto inseminación, lo que actualizaría un vacío legal.

56. Por ello es esencial puntualizar que para que la reproducción humana se genere, es necesaria la producción del semen adecuado, por parte del varón y la existencia de condiciones propicias que hagan factible la fertilización y fecundación, tal y como lo indico el perito en genética en el presente juicio al responder a los cuestionamientos de las partes. Igualmente, se requiere la existencia de un óvulo maduro producido por la mujer y el espermatozoide del hombre tenga suficiente calidad, tanto que les permita encontrarse y así el espermatozoide fecundar al óvulo, es decir, fecundarlo y así implantarse en el útero materno.

57. En ese contexto, tenemos que en el caso que se analiza se atribuye a la parte actora el que haya realizado una conducta u acción dolosa (es decir, sin conocimiento, ni consentimiento del demandado) que le permitió extraer el semen (espermatozoides) depositado por el demandado en la boca de la parte actora, y así después extraerlo, manipularlo y probablemente llevar a cabo la auto inseminación. Imputación de hecho que en este caso se encuentra probado, ello por virtud de la confesión calificada divisible que se desprende de lo declarado por la actora, quien reconoce que efectivamente sostuvo una relación sexual tanto vaginal como oral con el demandado y que es cierto que él eyaculó en la boca de ella.

58. ambién reconoce haber mandado el mensaje de texto en el cual le comunica que efectivamente luego de tener la relación sexual oral y que además fue forzada en tanto a llevarlo a él a eyacular en la boca de ella, y es de ahí que utilizó el semen del deman-

---

7 Véase: Medina Arellano, María de Jesús y Mendoza Cárdenas, Héctor Augusto, *Tecnologías de Reproducción Humana: Enseñanza Transversal en Bioética y Bioderecho,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2019, disponible en: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6013-8-tecnologias-de-reproduccion-humana-ensenanza-transversal-en-bioetica-y-bioderecho-cuadernillos-digitales-de-casos.

dado para inseminarse sin conocimiento y consentimiento de él aunque luego trata de desvirtuar dicha afirmación agregando circunstancias con las que pretende restringir su alcance al referir que ella envió ese mensaje de texto provocada por los insultos que había recibido por parte del demandado. En este caso estamos en presencia de una confesión calificada divisible en la que solo se atenderá lo que le perjudica a la absolvente ya que no demostró con ningún otro medio de convicción dicha contradicción, puesto que esta afirmación en contrario la agrega con posterioridad para restringir el alcance de su confesión, además sin mostrar algún elemento o comunicación que den soporte al error o contradicción de su primera afirmación.

59. A lo anterior, esta juzgadora estima aplicable la siguiente tesis aislada, que dispone:

> CONFESION CALIFICADA. CUANDO ES DIVISIBLE. Por confesión calificada indivisible debe entenderse aquella en que se acepta el hecho que perjudica al que la hace; pero se agregan otros hechos o circunstancias que lo modifican o le quitan trascendencia, de tal manera que éstas no pueden desvincularse del hecho primeramente aceptado, sin variar su esencia. Es divisible, en cambio, la confesión calificada, si lo agregado consiste en hechos o circunstancias que puedan subsistir independientemente de aquello que en un principio se admitió, verbigracia, porque se refieren a diferentes momentos, como sería la confesada celebración de un contrato y su modificación ulterior, sujeta a prueba."[8]

60. De esta manera el hecho demostrado de que la actora llevó a cabo una auto inseminación conforma una situación excepcional no prevista en la ley, esto es, es sabido que la cópula o coito es la forma ordinaria de reproducción natural humana, misma que las partes sostuvieron por un tiempo y pudo generarse la concepción aun con el uso del condón. Sin embargo, *no existe certeza científica* de que, en virtud del proceso de auto inseminación –que el perito en genética llamo "rustico"–, efectivamente la actora hubiese quedado embarazada y que el producto de la procreación sea del demandado.

61. Esto es, válidamente se puede afirmar que el niño pudo haber sido procreado por la relación sexual vaginal o por el método de auto inseminación derivado de la eyaculación vía oral que realizó el demandado en la boca de la parte actora. Así, en el presente caso, no se acreditó científicamente a través de cuál de esos procesos se produjo la procreación, pues lo cierto es que la actora y el demandado coinciden en que sostuvieron una relación sexual en mayo del 2011, e incluso aducen que no solo eran vaginales, sino también orales.

62. Por tanto, aun y cuando efectivamente se encuentra probado que la actora manipuló el semen que el demandado depositó en su boca y luego procedió a auto inseminarse,

[8] Octava Época, tesis aislada, Semanario Judicial de la Federación, tomo VI, segunda parte-1, julio-diciembre de 1990, p. 11.1. Registro digital: 224428.

como así lo indicó en su mensaje de texto reconocido expresamente por la parte actora, se estima que ello de ninguna manera permite sostenerse de forma lógica, certera e irrefutable el que a través de ese método la actora efectivamente hubiere sido fecundada. Tanto la actora como el demandado también sostuvieron relaciones sexuales vía vaginal y, en esta última hipótesis fáctica existe un mínimo riesgo de que la actora, como así lo reconoce el demandado en la prueba confesional a su cargo cuando indica que, con su propia experiencia como químico, no existe una probabilidad del 100% de efectividad del método de protección anticonceptivo, mediante la utilización del preservativo, por lo que es factible deducir que existe una probabilidad aunque mínima de que la parte actora pudo ser fertilizada mediante la cópula o coito, entre ella y el demandado.

63. En esa tesitura, se afirma por esta juzgadora, que es un hecho plenamente probado que Mikel Garzón es hijo biológico/genético del demandado, por lo que la forma o método de concepción utilizado no puede ser considerado una causa eficiente que excluya el hecho probado e innegable de la paternidad genética. En efecto, lo transcendente es que aún y cuando el demandado ha referido como defensa la circunstancia de que *no otorgó su consentimiento* para que la actora dispusiera y llevara a cabo la manipulación de su semen, y del cual sí reconoce haber depositado en la boca de la actora cuando sostuvo una relación sexual oral, se estima por esta juzgadora que ello resulta insuficiente para desvirtuar el hecho plenamente demostrado del vínculo genético del demandado con el niño. Y en este sentido, se protege el derecho del niño a conocer su origen biológico e identidad genética. Aunque aquí vale la pena reconocer que el interés superior de la niñez debe de ser garantizado y prevalece por encima de los indicios y pruebas de la parte demandada, que, aunque son confirmados por la parte actora, no son refutados más allá de duda razonable al existir tanto una relación sexual coital, como la manipulación de esperma. En este sentido, los elementos probatorios que se tienen no son suficientes para invocar la voluntad procreacional por encima del interés superior de la niñez, mismos que se analizan en los siguientes párrafos.

64. Lo anterior resulta de esa manera porque la circunstancia de que haya existido una relación sexual vaginal y oral consensada y, que, además, la actora hubiese realizado la disposición del fluido seminal para llevar a cabo un proceso de auto inseminación, probablemente "rustico" o "casero", como así indico el perito, no puede estimarse como un argumento eficaz e irrefutable que permita considerar procedente una pretensión de desconocimiento de la paternidad que se le atribuye al demandado.

65. Lo anterior se afirma así en atención a que el Código Civil de la entidad, en sus artículos 383 a 385, establece claramente cuáles son las hipótesis en que puede ser desconocida la paternidad, sin que en este caso los hechos que nos ocupan integren tal circunstancia o hipótesis legal que permita establecer que la acción de paternidad que se le imputa debe resultar improcedente porque su contraparte no le pidió autorización

legal para disponer de su fluido seminal (es decir, gametos o espermatozoides). Aunque la extracción dolosa y manipulación de gametos (ya sea semen u óvulos), no estén contemplados en dicho Código para refutar la paternidad o maternidad, debemos de señalar que se trata de una laguna legal que no obedece a las posibilidades técnicas y científicas que existen en la actualidad en materia de reproducción humana, desde tecnologías de alta y baja complejidad, es decir, ya sea por medio de la auto inseminación "rustica" casera hasta la edición genética de los gametos (óvulos y espermatozoides).

66. El caso que nos ocupa es un caso atípico, es decir, no debería causar extrañeza que aún una supuesta hipótesis como la que plantea la parte demandada no se encuentra contemplada en la normativa vigente. En este sentido la legislación civil vigente en el Estado de Guanajuato debería reconocer que existen diversas formas de constituir vínculos filiales, genéticos o no, a la luz de los avances de la reproducción humana e ingeniería genética, y garantizar que siempre se encuentre un consentimiento informado válido respecto de cualquiera de los métodos y opciones que de manera voluntaria elijan las personas para procrear. En este sentido, la parte actora tiene derecho a procrear mediante las actuales técnicas de reproducción humana, y lo idóneo sería, que cualquier persona que haga uso de estas tecnologías, lo haga con el consentimiento de la persona de donde provengan los gametos, ya sea femenino o masculino (óvulo y espermatozoide). Con relación a este punto, es relevante revisar la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación a la reproducción humana asistida en el caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica (2013), así como la línea jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia Mexicana, la cual establece que:

> DERECHO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. FORMA PARTE DEL DERECHO A DECIDIR DE MANERA LIBRE, RESPONSABLE E INFORMADA, SOBRE EL NÚMERO Y EL ESPACIAMIENTO DE SUS HIJOS, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4°. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Tanto hombres como mujeres tienen el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento de sus hijos; este derecho está protegido por el Estado mexicano y encuentra sustento en el artículo 4°. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 16 consagra el derecho que tienen todos los hombres y mujeres de fundar una familia, señalando que *ésta* es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. De acuerdo con lo anterior, la decisión de tener hijos a través del empleo de las técnicas de reproducción asistida, pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar de una pareja, y la forma en cómo se construye esa decisión, es parte de la autonomía de la voluntad de una persona.[9]

[9] Décima Época, tesis aislada 1a. LXXVI/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 55, tomo II, junio de 2018, tomo II, p. 957. Registro digital: 2017232.

67. De lo anterior, podemos deducir que este juzgado tiene la obligación de oficio de analizar sí el demandado manifestó su voluntad de procrear un descendiente con la parte actora, a efecto de determinar el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en materia de procreación. Por ese motivo, es importante analizar, verificar y determinar sí efectivamente el demandado expresó su consentimiento de manera tácita o expresa en cuanto a la manipulación de sus espermatozoides para que fueran utilizados para que la parte actora se auto inseminara (de ser cierto este método por el cual la actora procreó a Mikel), y así desestimar que existe un dolo en la obtención del semen (espermatozoides) del demandado, y de esta manera verificar que se actualiza la voluntad procreacional de ambas partes tal y como lo señala el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en esta materia, que a la letra señala:

> VOLUNTAD PROCREACIONAL. FORMA EN LA QUE DEBE ACREDITARSE CUANDO LA LEGISLACIÓN RESPECTIVA NO REGULA LA FORMA EN LA QUE DEBA OTORGARSE (CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL APLICABLE EN LA CIUDAD DE MÉXICO). Para que se produzca el efecto de la filiación del varón con el niño o la niña que nació bajo un procedimiento de inseminación artificial heteróloga, es necesario que el varón manifieste su voluntad procreacional para que la mujer se someta a ese tratamiento; es decir, este aspecto volitivo debe estar acreditado, pues dicho acto no sólo tendrá implicaciones para quien la otorga, sino que impactará de manera significativa en los derechos de identidad del menor nacido bajo ese procedimiento. En este sentido, al no haber en el Código Civil para la Ciudad de México una regulación específica en cuanto a la forma en cómo debe expresarse esa voluntad y, por tanto, para otorgar el consentimiento para iniciar un proceso de inseminación artificial heteróloga, se debe acudir al precepto normativo que, de manera general, regula el consentimiento, en el caso particular, al artículo 1,803 que establece que la voluntad puede otorgarse de manera expresa o tácita. En ese punto, es importante aclarar que no se descarta la posibilidad de que ante la falta de regulación específica sobre ello, el operador jurídico pueda concluir que la prueba ideal para acreditar la voluntad procreacional, sea el documento donde conste la expresión de los cónyuges para someterse a ese tratamiento, expedido incluso previamente al sometimiento de la técnica de reproducción asistida; sin embargo, un exceso de formalidades podría producir un efecto contrario al deseado, en claro perjuicio del interés superior del menor.[10]

68. Por lo cual este juzgado nota que de autos se desprende como ya se ha mencionado, y a efecto de repeticiones innecesarias, que se deberá tener por inserto, que existe la duda razonable de que el demandado no otorgó un consentimiento informado para que sea válido, libre de todo tipo de coerción, por lo tanto existe cierto grado de presunción de que existe una acción dolosa por parte de la actora al manifestar que es verdadero el mensaje

[10] Décima Época, tesis aislada 1a. LXXX/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 55, tomo II, junio de 2018, p. 981. Registro digital: 2017286.

de texto ofrecidó como prueba por parte del demandado en donde ella manifiesta que obtuvo el liquido seminal (espermatozoide/semen) sin conocimiento de él para auto inseminarse, es decir, obteniendo de manera ilícita el tejido/célula (semen) del cuerpo del demandado y así utilizarlo con un fin distinto o no conocido al que se le hubiere querido voluntariamente otorgar.

69. Conforme a nuestra legislación sanitaria vigente, los órganos, células y tejidos son objeto de donación altruista para fines lícitos, es decir, en el caso de los gametos (óvulos y espermatozoides) estos se pueden donar para que alguien pueda reproducirse, siempre y cuando exista la voluntariedad de la persona de quien se obtiene dichas células o gametos. En el presente caso, y de las pruebas analizadas, nunca existió la intención de donar gametos y mucho menos utilizarlos para ser fusionado con un óvulo y producir un embarazo por auto inseminación "rustica" como lo refiere el perito de la parte actora. Por lo tanto, no solamente se adolece de voluntariedad en la donación, sino también existe un dolo en la forma de obtención y destino final del espermatozoide; por lo cual esta juzgadora determina que como lo aduce en su contestación de demanda, al señor Leopoldo Fuchs se le afectó su esfera jurídica, ya que no se puede soslayar el derecho del demandado a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, es decir, se vio afectado su derecho a la procreación voluntaria.

70. Ahora bien, para estar en condiciones de resolver, esta juzgadora se basará en los artículos 1°y 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en lo resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sentencia emitida en el amparo directo en revisión 2766/2015, respecto al interés superior de la niñez y el derecho a la identidad biológica/genética de los menores de edad legal.

71. En efecto, este tribunal debe atender al contenido del artículo 3°, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño que otorga al niño Mikel el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada. Al respecto, el Comité de los Derechos de la Niñez ha determinado que en el referido precepto, se enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos de la niñez y lo aplica como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto.

72. El Comité de los Derechos de la Niñez, también establece que el objetivo del concepto de interés superior de la niñez es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico de la infancia. También ha señalado que todos los derechos previstos responden al "interés superior de la niñez" y que ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior de la infancia/niñez.

73. Ahora bien, se debe atender que la voluntad procreacional es indispensable para que pueda ser ligada la persona, en este caso, el demandado, al derecho a la identidad del menor de edad, lo anterior con la interpretación de los siguientes criterios:

> VOLUNTAD PROCREACIONAL. SU FUNDAMENTO DERIVA DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE UN MENOR DE EDAD. La voluntad procreacional es uno de los factores determinantes para la constitución del vínculo filial del menor nacido bajo el tratamiento de inseminación artificial heteróloga, con el cónyuge o concubino varón, y para que éste jurídicamente quede vinculado a todas las consecuencias de derecho de una auténtica relación paterno-filial. Esta voluntad se protege bajo el amparo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y constituye el fundamento de una relación de filiación entre el hijo así concebido y el esposo o concubino de quien es su madre; lo que impedirá que éste posteriormente pueda entablar acción de impugnación de la paternidad, pues se considera que quien actúa así, contradice los parámetros de la buena fe objetiva, al comportarse en forma incoherente con sus precedentes determinaciones. Por el contrario, si el marido no brindó su consentimiento al procedimiento de inseminación realizado con material genético de un tercero donante, se estima que le asiste el derecho de impugnar la paternidad del menor que nació bajo dicho procedimiento.[11]
>
> VOLUNTAD PROCREACIONAL. CONSTITUYE UN FACTOR DETERMINANTE EN LA FILIACIÓN DE UN NIÑO O UNA NIÑA QUE NACIÓ BAJO UN PROCEDIMIENTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA. La inseminación artificial heteróloga es aplicada a una mujer que es fecundada con un material genético de un donador anónimo; por lo que en un círculo familiar, el hijo producto de una inseminación de ese tipo no tendrá biológicamente un material genético compatible con el cónyuge varón; siendo *éste* el escenario, lo que se debe acreditar es si los cónyuges otorgaron su voluntad para que la mujer fuera inducida bajo ese tratamiento, ya que en caso afirmativo, jurídicamente se tendrá una filiación con el hijo que nazca de dicha técnica de reproducción asistida y, en consecuencia, respecto del padre, surgirá un parentesco igual a aquel que normalmente se adquiere por consanguineidad; así, cuando en el ejercicio de un derecho en su dimensión de pareja, existe consentimiento de ellos para someterse *a*una inseminación artificial heteróloga, lo que se está dirigiendo es la voluntad consensuada de ambos, para ejercer su derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, ello a pesar de que entre el cónyuge varón y el menor no existan lazos genéticos; a este consentimiento del padre se le conoce como voluntad procreacional, que es el deseo de asumir a un hijo como propio aunque biológicamente no lo sea. Esta postura supera la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico o genético y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio, inclusive de aspectos que se vinculan con la

[11] Décima Época, tesis aislada 1a. LXXIX/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 55, tomo II, junio de 2018, p. 981. Registro digital: 2017287.

> identidad en sentido dinámico. Por ello, en la inseminación artificial heteróloga, la voluntad procreacional es uno de los factores determinantes para la constitución del vínculo filial del menor nacido bajo ese tratamiento con el cónyuge o concubino varón, y para que éste jurídicamente quede vinculado a todas las consecuencias de derecho de una auténtica relación paterno-filial. Así, en el caso del hijo nacido con el consentimiento de la pareja, mediante una inseminación artificial heteróloga, la existencia de una liga biológica es innecesaria para el reconocimiento legal de la relación paterno-filial, pues en este caso, la realidad biológica cede o se torna irrelevante para establecer la filiación.[12]

74. De la lectura *a contrario sensu* y del artículo 7º de la Convención sobre los Derechos del Niño, se puede establecer que el niño tiene derecho, desde que nace, a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en *la medida de lo posible* a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellas y ellos. Podemos concluir que en todos casos se debe de proteger el interés superior de la niñez, en cuanto al derecho a conocer la identidad biológica y genética, su origen y demás derechos interdependientes e indivisibles. Sin embargo, es relevante señalar que existen también pruebas e indicios de que se pudo carecer de la voluntad de la parte demandada respecto de la procreación, es decir, del otorgamiento voluntario y libre de coerción de espermatozoides por parte del demandado y así descartar alguna afectación a la voluntad procreacional de él en el caso que nos ocupa.

75. En este sentido, esta juzgadora debe de visibilizar que nos encontramos ante un caso atípico, y que desde un análisis de ejercicio igualitario de la voluntad procreacional, de ser verdadero el texto y correo electrónico en donde la parte actora señala que fue fecundada mediante auto inseminación "rustica" – lo cual es probable pero no plenamente certero- estaríamos violentando el derecho de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de las y los hijos de la parte demandada, e incluso podríamos señalar que este acto doloso por parte de la actora podría ser contrario al interés superior de la infancia, de llegar a ser cierto el hecho del cómo se obtuvo el semen y el método por el cual fue procreado, es decir, de una manera manipulada y dolosa.

76. En suma, analizadas las probanzas ofertadas por la parte actora, este tribunal determina que la señora Amelí Garzón, mediante el material probatorio aportado por su parte y ante las afirmaciones de los mensajes de textos sobre el método utilizado para procrear, es decir, auto inseminación con material biológico, es decir, espermatozoides, sin consentimiento del demandado y además de una manera dolosa, se le tiene por no acreditada la procedencia de la acción de declaración judicial sobre paternidad que reclama al ahora demandado. En tal tesitura, *se declara improcedente la acción intentada por la parte acto-*

---

[12] Décima Época, tesis aislada 1a. LXXVIII/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 55, tomo II, junio de 2018, p. 980. Registro digital: 2017285.

ra. Se dejan a salvo los derechos del niño Mikel Garzón conforme al interés superior de la niñez en relación a conocer su origen biológico e identidad genética.

77. En relación a la acción que reclama la actora relativa al pago de una pensión alimenticia a favor de su hijo menor de edad legal, ha lugar, dado que este tribunal debe garantizar el interés superior de la niñez, y en este sentido se tendrá que acordar dicha pensión de manera provisional, voluntaria y proporcional a las obligaciones existentes del demandado y tomando siempre en consideración la violencia y el dolo por el cual se encuentra genéticamente relacionado con el niño Mikel Garzón, tal y como se encuentra acreditado en esta *litis*.

78. Considerándose que ambas partes con su actitud provocaron el presente juicio; sin embargo, ambos procedieron con ecuanimidad, sin alterar las cuestiones y no provocaron dilación o entorpecimiento injustificados; por lo que, justo y legal es que con fundamento en el artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles, se exonera a ambas partes del pago de costas generadas con motivo de esta instancia, debiendo cada parte cubrir los gastos que erogaron con motivo del presente juicio.

79. Por lo anteriormente expuesto y fundado, en los artículos 16, 24, 224, 225, 227, 357, 358 y 361 del código procesal civil vigente en el estado y los artículos 357, 365, 416, 416-A, 418, 425 y 444 del código sustantivo civil vigente, se emiten los siguientes:

III. R E S O L U T I V O S

PRIMERO. Este Tribunal resultó competente para conocer y resolver del presente juicio.

SEGUNDO. La vía oral ordinaria por la que se encausó el procedimiento fue la correcta.

TERCERO. La parte actora probó parcialmente su acción. La parte demandada formuló contestación de su parte y probó sus defensas en cuanto a los vicios de la voluntad/consentimiento para el uso de su material genético, en el caso particular gametos, es decir, células reproductivas como lo son los espermatozoides.

CUARTO. Se declara improcedente la acción de reconocimiento de paternidad del demandado a favor del niño, por los vicios en el consentimiento respecto de la obtención y uso doloso del semen/esperma del demandado y así auto inseminarse la parte actora, contrario a la voluntad procreacional e intención de la parte demanda descrita en los hechos, desarrollo de la litis y respaldada por los medios de prueba desahogadas en el proceso. Se deja a salvo el derecho del niño a conocer su origen biológico y genético, en este sentido no se puede determinar una obligación alimentaría, y dado que este tribunal debe garantizar el interés superior de la niñez, se pronuncia por un acuerdo voluntario del demandado hacía el niño Mikel Garzón como solución alterna a favor de la protección de la infancia, es decir, será voluntad del demandado el de acordar un apoyo de cualquier

índole y proporcional a las obligaciones existentes del demandado y tomando siempre en consideración la violencia y el dolo por el cual se encuentra genéticamente relacionado con el niño Mikel Garzón, tal y como se encuentra acreditado en esta litis.

QUINTO. Se absuelve a ambas partes del pago de las costas generadas con motivo de esta instancia, debiendo cada parte cubrir los gastos que erogaron con motivo del presente juicio.

Dese de baja en el libro de gobierno de este juzgado, y aviso de ello a la superioridad por medio de la estadística mensual, y en su oportunidad, archívese el expediente como asunto totalmente concluido.

En términos del artículo 800 del Código procesal Civil del Estado, notifíquese personalmente a las partes, así como al agente del ministerio público adscrito al juzgado.

Así lo sentenciaron y firman las Licenciadas María de Jesús Medina Arellano y Mildred del Rocío Cartas Carrillo, Juezas de Partido Civil Especializado en Materia Familiar de este Partido Judicial, que actúan en forma legal con la Secretaria de Juzgado, que da fe.

Comentario
a la sentencia del juicio oral ordinario familiar F/2014 sobre la declaración de reconocimiento de paternidad y otras prestaciones

Lourdes Motta Murguía

I. Introducción

Cuando fui invitada a participar como comentarista de una sentencia en este libro, y se me señaló que el tema de esta se vinculaba con la reproducción asistida, no me imaginé a qué me iba a enfrentar.

Lo cierto es que cuando he conversado sobre reproducción asistida con integrantes del Poder Judicial de la Federación, las discusiones se han concentrado en la complejidad de las técnicas que se utilizan; en la ausencia de una legislación en México que regule la práctica de las mismas en establecimientos de salud; en cómo complica ese vacío jurídico la adopción de resoluciones en la materia, y en la manera en la cual se puede recurrir al marco jurídico nacional e internacional de derechos humanos y a elementos de la ciencia médica para llegar a sentencias que sean adecuadas desde ambas perspectivas.

Además, participé en muchos de los esfuerzos que puso en marcha el hoy ministro en retiro, José Ramón Cossío Díaz, para acercar a les juzgadores conocimiento científico —particularmente en el área de la salud—, con el propósito de que se generaran sentencias en las cuales se valoraran adecuadamente los elementos médicos, a la par que los eminentemente jurídicos.

Si alguna vez hubiera tenido dudas —que nunca las tuve— sobre la necesidad de generar un encuentro entre la ciencia y el derecho, la sentencia que me asignaron para comentar las habría disipado por completo.

Por otra parte, desde que se empezaron a implementar los juicios orales en el país, una de mis mayores críticas hacia les abogades litigantes era la falta de preparación adecuada para conducirse en las audiencias. Me explico: la mayoría únicamente expresaba de manera verbal los mismos argumentos que hubieran expuesto en un escrito, lo cual va en contra del objetivo mismo de los juicios orales, es decir, permitir una presentación ágil de los argumentos y alegatos para generar un debate que, en la medida de lo posible, permita a las autoridades jurisdiccionales obtener de este los elementos necesarios para resolver, de manera más expedita, los asuntos que son sometidos a su decisión.

Hasta ahora nunca me había enfrentado a una sentencia de la cual se desprendiera que les litigantes y las partes en un juicio oral hubieran expuesto de una manera tan "coloquial" sus posturas y en la que se pudiera observar que, a pesar de que la sentencia favorece a la demandante, esta resumiera las posturas mencionadas por las partes de una manera particularmente misógina.

Dicho lo anterior, mi comentario sobre la sentencia se centrará en dos puntos:

1) el primero, el absoluto desconocimiento de cuestiones básicas de biología de la reproducción de las partes involucradas y del perito, a pesar de que todes elles se asumen como expertes y el tribunal les considera como tales, y
2) el segundo, la forma en la cual la sentencia resume los planteamientos de las partes desde una perspectiva eminentemente misógina.

II. Expertes que no lo son

En el caso resuelto por la sentencia en comento, tanto la demandante como el demandado son químicos fármaco-biólogues de profesión y, al momento del juicio, ambos laboraban en la Procuraduría General de Justicia del Estado de Guanajuato como perites. A partir de esos hechos, las partes se consideran entre sí como "expertas" en la materia del juicio y el tribunal las reconoció así.

La demandante exigía del demandado el reconocimiento de la paternidad de su menor hije y el cumplimiento de las obligaciones legales que se vinculan con la filiación, específicamente el pago de alimentos.

Ambas partes aceptaron haber sostenido "relaciones sexuales y sentimentales (sic) extramaritales" (*i. e.,* el demandado estaba casado mientras sostenía relaciones con la demandada) durante varios años. Asimismo, las partes coinciden en que sus prácticas sexuales incluyeron, además del coito por vía vaginal, la denominada "sexo oral", y que siempre que sostuvieron relaciones sexuales por vía vaginal, el demandado utilizó el condón como método de contracepción, a pesar de que ambas sabían que no se trataba de un método 100% efectivo.

De manera particular, las partes coinciden, en un primer momento, en que, previo a la confirmación del embarazo de la demandante, sostuvieron relaciones sexuales vía vaginal hasta principios del mes de abril de 2011.

Posteriormente, el demandado señala que, considerando que la última relación sexual por vía vaginal que sostuvo con la demandante fue a principios del mes de abril de 2011 y que "al realizar un simple tanteo de los nueve, que es el término normal de gestación de un humano [...] el producto de dicha relación debería haber nacido entre los meses de diciembre del año 2011 y enero del año 2012 [y] el hijo (sic) de la accionante nació en 7 de febrero de 2012".

Respecto a lo señalado en el párrafo previo, es importante mencionar que ahí se observa el primer elemento que hace evidente que, si bien las partes pueden ser "expertas" en su materia, no lo son necesariamente en biología de la reproducción. Esto considerando el lenguaje con el que se expresan, pues aunque de manera general se dice que el embarazo dura nueve meses, cualquier persona con conocimientos básicos de biología de la reproducción sabe —y así lo expresa— que la duración real de un embarazo normal es de 40 semanas, contadas a partir de la fecha de la última menstruación de la mujer, por lo cual se puede hacer un cálculo matemático extremadamente sencillo y no un "tanteo", como refiere el demandado.

De hecho, en el momento del juicio existían herramientas disponibles en internet que podían calcular, con una muy alta probabilidad, la fecha prevista para el parto, aun cuando únicamente se supiera el día de la relación sexual de la cual se consideraba que derivó el embarazo. Considerando esto, me di a la tarea de utilizar una de dichas calculadoras,[1] obteniendo como resultado que la fecha estimada de parto (*i. e.,* usando para los distintos cálculos los primeros días del mes de abril de 2011) habría sido a finales de diciembre de 2011 o a principios de enero de 2012. Un cálculo cercano al resultado del "tanteo" efectuado por el demandado, pero que no es suficiente para acreditarlo como experto.

Posteriormente, y según se expresa en la sentencia, ambas partes rectifican y coinciden en que, el 24 de mayo de 2011, la demandante le practicó al demandado "sexo oral", "sin utilización de preservativo, produciéndose su eyaculación en la boca de la actora, adquiriendo con ello una muestra del semen del demandado [...] por lo que la actora pudo haberlo utilizado para realizar una auto-inseminación (sic) [...]".

En relación con lo anterior, es relevante hacer referencia nuevamente al lenguaje empleado por el demandante. La palabra "semen" no es la que utilizaría la mayoría de los expertos; de serlo, habría usado el concepto de esperma o el de células germinales masculinas. Siendo este último, por cierto, el jurídicamente aplicable de acuerdo con lo establecido en el artículo 314, fracción I, de la Ley General de Salud.[2]

Sin perjuicio de lo anterior, y considerando que la demandante señaló que el 24 de mayo de 2011, además de practicarle "sexo oral" al demandado, sostuvieron un coito por vía vaginal, se realizó un cálculo considerando dicha fecha, utilizando la herramienta disponible en internet a la que hice referencia, para

---

1 Véase YourDueDate, Pregnancy Due Date Calculator, *https://www.yourduedate.com/*. Consultada por última vez el 19 de junio de 2020, pero que existía desde 2014, año en el cual se inició el juicio cuya sentencia es materia de comentario.

2 Artículo 314.- Para efectos de este título se entiende por:
I. Células germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;
I bis a XXVIII.

estimar la fecha posible de parto, dando como resultado el último día de febrero. Esto explicaría la afirmación de la demandante en el sentido de que su hije nació el 7 de febrero y "estuvo hospitalizado siete días", dado que, aunque no lo dice así en ninguna parte de la sentencia, se trataría de un producto prematuro, nacido aproximadamente 21 días antes, es decir, tres semanas antes de completar el periodo de gestación, por lo cual —muy probablemente— habría requerido de atención médica neonatal.

Respecto al dicho del demandado, en el sentido de que la demandante pudo haber utilizado el esperma que este eyaculó en su boca "para realizar una auto-inseminación (sic)", lo cual respalda en el hecho de que la demandada tiene "la licenciatura en químico, fármacéutico-biologo (sic), y por ende, cuenta con los conocimientos necesarios para llevar a cabo la inseminación de mérito", es necesario evaluarlo conjuntamente con las afirmaciones del perito que aportó la demandante y de las cuales se exponen enseguida las más relevantes para el caso.

El perito —que, por cierto, se menciona en la sentencia que es médico cirujano y se asume, aunque nunca se acredita plenamente, es experto en genética porque participó en la realización de pruebas de ADN en muestras de esperma del demandado para determinar si era o no padre del hije de la demandante— fue cuestionado acerca de temas propios de la biología de la reproducción, materia en la cual nunca se refiere que fuera también experto.

Respecto a las afirmaciones en materia de biología de la reproducción que el perito emitió como respuestas a preguntas expresas, destaca que señala que

> [...] sí es factible hacer una auto-inseminacion (sic) ya que el esperma no se daña con la saliva, ya que conserva una temperatura, porque tiene una vida un esperma en condiciones no médicas (sic), sino de una manera rustica (sic), y esto es suficiente para que una persona de una manera rustica (sic) pueda usar una jeringa, sonda o pipeta, para aplicarla en el fondo vaginal y esto es viable en horas (sic) este proceso después de ser expuesto en la saliva el espermatozoide lo (sic) que puede permanecer vivo.

Todas las afirmaciones anteriores demuestran que el perito no es un experto en materia de biología de la reproducción; por

el contrario, exponen un desconocimiento total de los conceptos más básicos en la materia, como se explicará a continuación:

A. contrario a lo señalado por el perito, el esperma sí se daña con la saliva. De hecho, esta puede disminuir la velocidad de movilidad de los espermatozoides y, con ello, su capacidad de llegar a fecundar el óvulo durante el periodo fértil de una mujer, y[3]

B. suponiendo, sin conceder, que el esperma hubiera podido sobrevivir en la boca de la demandante, a pesar de las condiciones de la saliva, esta habría tenido que colocar, inmediatamente después de la eyaculación del demandado, el líquido seminal en un contenedor idóneo y con un diluyente especial para su preservación, en virtud de que los espermatozoides únicamente pueden sobrevivir hasta en tanto ese líquido no se seque, lo cual ocurre —dependiendo de la temperatura y humedad del ambiente— en unos cuantos minutos, y no horas, como señaló el perito.

   De hecho, el esperma únicamente puede seguir siendo potencialmente fértil entre 48 y 72 horas después de la eyaculación, siempre y cuando se conserve en las condiciones ideales, es decir, las similares a la vagina de una mujer durante los días cercanos a la ovulación, que es cuando el pH vaginal está por encima de 6, siendo que el grado de acidez del ambiente ideal para un espermatozoide es de 7-7.5 y la temperatura adecuada para su preservación de entre los 37 y los 37.5 ºC.[4]

Por otra parte, en la época en la cual se supone que se llevó a cabo la que el perito denomina autoinseminación "rústica", la única forma posible de conservar el esperma era la crioconservación en nitrógeno líquido (*i. e.,* a menos de 196 ºC), lo que era imposible hacer en casa, y la muestra de esperma se hubie-

[3] American Society for Reproductive Medicine, *Hoja informativa para pacientes: optimización de la fertilidad masculina*, *www.reproductivefacts.org*

[4] Véase Parra, Sergio, "¿Cuál es la esperanza de vida de un espermatozoide después de la eyaculación?", *Xataka Ciencia,* julio de 2011, *https://www.xatakaciencia.com/biologia/cual-es-la-esperanza-de-vida-de-un-espermatozoide-despues-de-la-eyaculacion*

ra tenido que entregar a un laboratorio especializado en biología de la reproducción antes de que se cumpliera una hora después de la eyaculación y en un contendedor con las condiciones (*i. e.,* sustancias) indicadas por el propio laboratorio.[5]

Sin perjuicio de los elementos que se explicarán, lo expuesto hasta este momento permite llegar a dos conclusiones: la primera, que el perito no solo no era experto en el tema de biología de reproducción, sino que ni siquiera conocía el "estado del arte" al momento en el cual emitió sus respuestas; segundo, que difícilmente hubiera podido proceder la demandante a hacerse una autoinseminación sin el conocimiento del demandando, pues hubiera tenido que proceder de inmediato a tomar las medidas para realizarla, sin que este se hubiera percatado de las mismas, dado que hubiera tenido que hacerlo en los minutos inmediatos siguientes a la eyaculación obtenida a partir de la práctica del "sexo oral".

En relación con la posibilidad de hacer lo que en la sentencia se alude como "auto-inseminación rústica (sic)", fue hasta 2016 cuando se empezaron a comercializar en Europa kits para llevar a cabo la inseminación en casa.[6]

Dichos kits, que a la fecha no cuentan con autorización sanitaria en la gran mayoría de los países del mundo, tienen dos usos y, en ambos casos, distan de ser "rústicos", pues contienen una serie de dispositivos y sustancias especiales para poder contribuir a la conservación adecuada del esperma, así como a su "aplicación" en la cavidad uterina. Las dos finalidades para las cuales se pueden utilizar los kits referidos son: *i)* el que una mujer se realice la inseminación, usando esperma criopreservado en un laboratorio, siendo este quien provee el kit correspondiente, y *ii)* que las parejas lo utilicen para llevar a cabo, fuera de una clínica especializada, la autoinseminación con esperma del hombre de manera inmediata al momento en que este genere la muestra

---

5 Fernández, Ana *et al.*, "Fundamentos de criobiología espermática para bancos de semen", *Revista ASEBIR*, vol. 14, núm. 1, junio de 2009.

6 Véase, por ejemplo, Veja Rosa, "La inseminación en casa explicada paso a paso", 10 de febrero de 2017, *http://ovejarosa.com/la-inseminacion-casa-explicada-paso-paso/*

(misma que debe conseguirse a través de la masturbación) y la coloque en un recipiente especial. Para ambos objetivos es fundamental que la mujer se encuentre en su periodo fértil.

De la sentencia resulta también evidente que el perito, así como las partes y, en consecuencia, les juzgadores, desconocen que de los millones de espermatozoides que se depositan durante un coito vaginal (100 millones por mililitro aproximadamente), la mayoría muere debido a la acidez propia de la vagina. De hecho, la alcalinidad del esperma neutraliza este medio. Los espermatozoides que sobreviven atraviesan el conducto cervical ocluido por moco, en el que quedan atrapados muchos de estos, mientras que otros se almacenan entre los pliegues de la mucosa cervical y después se liberan lentamente desde ese lugar.

Otro dato importante a tener en cuenta es que, para poder alcanzar lo más profundo de la cavidad uterina, el esperma necesita que, durante la eyaculación, el primer chorro salga a una velocidad superior a los 50 km/h, con una energía que es equivalente a alcanzar una distancia de más de dos metros. El volumen normal de la eyaculación es de entre 1.5 y 5.5 ml.[7]

Los espermatozoides que, gracias a la velocidad y energía referidas, logran atravesar el cuello uterino continúan su ascenso a través de este, donde inician un proceso denominado científicamente "de capacitación", el cual los prepara para ser —potencialmente— capaces de fecundar el óvulo. Durante el proceso de capacitación, la cabeza del espermatozoide pierde su cubierta de proteínas y se modifica la permeabilidad de la membrana plasmática a los electrolitos de calcio y potasio.[8]

El 83% de los días del periodo fértil, como se señala más adelante, ocurren antes de la ovulación y, cuando el coito vaginal sucede en alguno de estos días, los espermatozoides tienen que esperar entre uno y cinco días en el tracto genital de la mujer hasta que acontezca la ovulación. Después de una fase que se denomina "rápida", en la cual los primeros espermatozoides llegan

7 Padubidri, VG y Daftary, Shirish N, *Shaw's Textbook of Gynaecology,* India, Elsevier, 2011.

8 López Serna, Norberto, *Biología del desarrollo. Cuaderno de trabajo*, España, McGraw-Hill Interamericana, 2012.

a la trompa de Falopio pocos minutos después del coito, se presenta una fase llamada "sostenida", en la que los espermatozoides van migrando en cohortes sucesivas desde el reservorio cervical hacia la trompa, en el curso de varios días, durante los cuales van sometiéndose al proceso de capacitación antes mencionado.[9]

La fase "sostenida" mantiene una población de espermatozoides con capacidad fecundante hasta que se produzca la ovulación. Los que llegan a la trompa no se quedan en ella ni persisten viables por mucho tiempo. De hecho, únicamente algunos de ellos pasarán, como se explicó, a la cavidad peritoneal, o bien, se van a adherir al epitelio de la trompa respectiva por algunas horas, proceso en el cual adquieren una movilidad hiperactivada, para después perder, en corto tiempo, su vitalidad. Mientras se espera que ocurra la ovulación, la población de espermatozoides que se encuentra en la trompa de Falopio está en constante renovación gracias a nuevos espermatozoides que llegarán desde el reservorio cervical. En virtud de lo anterior, para que la fecundación sea posible se requiere que la migración de nuevos espermatozoides desde el reservorio cervical hacia el sitio de fecundación persista hasta que suceda la ovulación, lo cual pude llevar hasta cinco días.[10]

Los datos anteriores contribuyen a hacer evidente que todes les involucrades desconocen que el proceso de reproducción humana es altamente ineficiente, comparado con el de otras especies. En la fecha en que tuvieron lugar los hechos que motivan la demanda ya se sabía que, en las mejores condiciones posibles, la tasa de fecundación *in vivo* (*i. e.,* derivada de un coito vaginal) en la especie humana es cercana al 50%. Es decir, si 100 mujeres tienen relaciones sexuales vaginales no protegidas en su periodo fértil, en solo 50 de ellas ocurriría la fecundación; situación que no significa, necesariamente, que se produzca un embarazo clínicamente comprobable.[11]

---

9 *Idem*.

10 Croxatto A., Horacio y Ortiz S., María Elena, "Mecanismo de acción del Levonorgestrel en la anticoncepción de emergencia", *Revista chilena de obstetricia y ginecología*, Santiago, vol. 69, núm. 2, 2004, pp. 157-162.

11 *Idem*.

A mayor abundamiento, un coito vaginal puede producir un embarazo solamente si tiene lugar en el día en que acontece la ovulación o en los cinco días que la preceden. Aun en cualquiera de esos días, la probabilidad de que resulte un embarazo reconocible clínicamente no supera el 27%. Los seis días mencionados constituyen el periodo fértil del ciclo menstrual de una mujer y su distribución asimétrica en torno al día de la ovulación se debe a dos factores:[12]

1) los espermatozoides sobrevivientes pueden conservar su viabilidad y capacidad fecundante hasta por cinco días en las criptas del cuello uterino; allí se forma el reservorio que surte continuamente a la trompa de Falopio (que es, en ese periodo, la que específicamente va a expedir el óvulo) de espermatozoides durante varios días hasta que se produce la ovulación, y
2) el óvulo necesita ser fecundado pocas horas después de la ovulación para estar en posibilidad de generar un cigoto (*i. e.*, óvulo fecundado) sano y que sea viable más allá de la implantación en la cavidad uterina y, a partir de ello, se pueda comprobar clínicamente que se ha producido el embarazo.

Con los elementos antes expuestos, y que deberían ser de conocimiento básico de expertes, se puede llegar a las afirmaciones siguientes respecto a las probabilidades reales de que la demandante se hubiera hecho una autoinseminación, como se afirma en la sentencia:

A. La demandante tendría que haber conocido, con toda precisión, su periodo fértil, lo cual, en la época de los hechos motivo de la demanda, hubiera podido calcular de manera directa si, y solo si, fuera absolutamente regular en sus menstruaciones y llevara un registro de las mismas. Llama la atención que esta situación no se haya abordado en el juicio o, en su defecto, no se haya mencionado en la sentencia.
B. Suponiendo, sin conceder, que la demandante hubiera tenido la información a la cual se refiere el punto anterior, tendría que haber calculado el tiempo necesario para

[12] *Idem*.

que se dieran los procesos espermáticos que se han mencionado y, con base en ellos, haber determinado la fecha exacta para llevar a cabo la supuesta autoinseminación, a efecto de generar las mayores probabilidades de lograr la fecundación y, posteriormente, la implantación del cigoto en la pared de la cavidad uterina. Todo ello sobre la base de saberse una mujer fértil, pues el solo hecho de ovular no garantiza que pudiera lograr un embarazo. De la sentencia no es posible determinar si la parte actora sabía esto último, ya que la única manera de constatarlo era, en su momento, habiendo logrado previamente un embarazo exitoso, situación que —al parecer— no había ocurrido.

C. De haberse llevado a cabo la autoinseminación, la demandante debería haber tenido no únicamente conocimientos básicos de biología de la reproducción, sino que además tendría que ser experta en el tema. Asimismo, tendría que contar con las sustancias y los contenedores de conservación de esperma necesarios y, por lo menos, una pipeta de largo alcance, a los que muy probablemente no habría podido tener acceso, en virtud de que únicamente estaban disponibles en clínicas de reproducción asistida de altísimo nivel de especialidad.

D. Al respecto, si bien la demandante señaló que sí tenía "conocimientos para realizar una inseminación" (que es diferente a decir que pudiera practicarse una autoinseminación), es claro que ello es falso. Posteriormente se explicarán las razones por la cuales la demandante pudo haber incurrido, con toda conciencia, en falsedad de declaraciones ante una autoridad judicial.

E. El concepto de "auto-inseminación rústica (sic)", usado por el perito, no existía ni existe en materia de reproducción humana asistida. Un proceso como el que se atribuye a la demandante es una técnica de fertilización asistida, misma que, como se señaló, no pudo realizarse en casa, sino hasta en tanto se encontraran disponibles —varios años después— los kits correspondientes; mismos que, por cierto, no se pueden comercializar en México aun en la actualidad.

De lo antes planteado se puede concluir que, en el momento en el cual ocurrieron los hechos, resulta fácticamente imposible que la demandante se hubiera realizado una autoinseminación.

Lo anterior es coincidente con la declaración de la demandante en el sentido de que el 24 de mayo de 2011 sostuvo con el demandado, además de la práctica del "sexo oral", coito vaginal. Dicha declaración contiene un hecho que explica claramente que la inseminación fue natural y no artificial, como se señala a lo largo de la sentencia, y sobre lo cual no cabría duda alguna. Además, la fecha en comento también serviría para explicar —como he mencionado— las razones por las cuales su menor hije permaneció, después del parto, en hospitalización, al tratarse de un producto prematuro.

No obstante, llaman la atención dos mensajes referidos en la sentencia, uno vía correo electrónico y otro a través de un mensaje de texto telefónico, que —supuestamente— la demandante envió al demandado, en relación con los cuales ella misma señala que el primero no lo envió y el segundo lo mandó después de una serie de provocaciones e insultos.

Por considerarse de importancia para este comentario, a continuación se transcriben textualmente los referidos mensajes (se usa la ortografía con los errores que aparecen en la sentencia; se ha añadido énfasis en la parte que se estima relevante):

Correo electrónico de 5 de abril de 2013:

> Dices tener testigos de que estuve con alguien más aparte de ti?????? Por favor no me hagas reír si lo hiera hecho ni te hubieras enterado ya me imagino quienes son pero en fin piensa lo que quiera no voy a desgastarme en explicarte otra vez la misma historia. Nada más te dijo que *si eres el padre de Mikel, porque la muestra de semen que me dejaste el día 24 veinticuatro de mayo del año 2001 dos mil once día en que me reclamaste sin razón haber sido infiel, la utilice para la inseminación, procedimiento realizado ese mismo día justo después de que saliste de mi casa*; y confieso que alguna vez quise más compromiso de tu parte pero hace mucho que las cosas cambiaron así que ni te emociones, en mi vida regreso con un poco hombre como tu. Y como te mencione hace poco no voy a tirar mi dinero solo por demostrártelo científicamente, ese recurso económico lo voy a gastar

con mi hijo. Ahora sí, a partir de este momento te dejo en paz, ojala nunca te arrepientas. *Ya logre lo que quería; dime que se siente????*

Mensaje de texto de 25 de julio de 2013:

[...] sabes que ahí te va la verdad me dijiste una vez que me aproveche de ti; pues es cierto y cuando quiera lo compruebo porque e*l día que me reclamaste que según tú había estado con quintanilla tuvimos sexo tú y yo (te acuerdas), y eyaculaste en mi boca (hasta te forcé o no) pues adivina qué, use tu semen para inseminarme* jajajaja yo si soy inteligente cabronsisima y bonita logre lo que quería y ni cuenta te diste jajajaja mi hijo es tuyo y que que se des.

Dichos mensajes fueron clasificados por les juzgadores como prueba confesional de que la demandante efectivamente reconoció "haber llevado a cabo un proceso de manipulación del fluido (sic) seminal del demandado".

Al respecto, a continuación se exponen algunas razones que, de acuerdo con la perspectiva de quien esto comenta, se estima pudieron llevar a la demandante a aceptar la supuesta confesión:

A. La demandante no se encontraba en posibilidad de refutar la experiencia, capacidad u honorabilidad del perito, en virtud de que este fue llamado por ella para presentar la prueba pericial en materia de genética humana, mediante la cual se comprobaba la relación de filiación entre el demando y su menor hije. Es así que a la pericial se le otorga pleno valor probatorio.
   Si bien la demandante hubiera podido alegar que el perito no contaba con los conocimientos necesarios en materia de biología de la reproducción, también es cierto que eso hubiera hecho necesario llamar a un segundo perito, lo cual habría retrasado la emisión de la sentencia.
B. Un tema que se menciona en la sentencia y no se aborda a profundidad, a pesar de su importancia, es la manera como se obtuvieron las muestras de esperma del demando con las cuales se hizo la prueba genética correspondiente y que obraban en poder de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Guanajuato. De lo expresado en la sentencia nunca se aclara que la disposición de las

mismas se haya realizado previa orden judicial. En ese sentido, es altamente probable que la demandante no hubiera querido que se ahondara en el tema, razón por la cual tampoco habría considerado pertinente refutar al perito.

C. La sentencia, aunque ahonda sobre la supuesta "auto-inseminación rústica (sic)", concluye que hubo una "conducta sexual" de la cual pudo haberse derivado el embarazo y que, aun en el caso de que "la concepción (sic) del menor [...] se haya realizado mediante un método de auto inseminación rustico (sic), ello no excluye el derecho fundamental del menor a su identidad y conocer quién es su padre [...]". Esto, que se traduce en la orden para que se hagan las anotaciones correspondientes en el acta de nacimiento de la o el menor, aunado al otorgamiento de alimentos, termina por favorecer los intereses de la demandante y su hije, por lo que puede ser otro elemento que la llevó a considerar no pronunciarse en contra de la supuesta, aunque imposible, autoinseminación.

Para concluir esta sección del comentario, resulta importante resaltar que, como parte de su argumentación, les juzgadores hacen referencia a la fracción II del artículo 323 de la Ley General de Salud, la cual señala que, para la donación de componentes sanguíneos y células troncales en vida, se requerirá que el consentimiento expreso conste por escrito. El tribunal hace énfasis, además, en componentes sanguíneos y celular troncales, a pesar de que ninguno de los dos conceptos es relevante para el asunto en comento y demuestra el desconocimiento de les juzgadores, tanto de biología de la reproducción como del derecho sanitario.

Como ya se había mencionado, el esperma, en el marco de la Ley General de Salud, se clasifica dentro del concepto de "células germinales", conforme a la fracción I del artículo 314 de la propia ley. En ese sentido, no es aplicable el artículo 323, sino el 318, el cual señala que, para el control sanitario de la disposición de las células germinales, se estará a lo dispuesto en la mencionada ley, en lo que resulte aplicable, y en las demás disposiciones generales que al efecto se expidan.

Al no existir entonces —como no las hay en la actualidad— disposiciones legales o regulatorias aplicables al caso de la reproducción humana asistida, se requiere a los donantes de células germinales su autorización por escrito, así como para el caso de otras células o tejidos, a pesar de que la ley contempla la autorización tácita para los casos diferentes a los descritos en el artículo 323.

Finalmente, es importante señalar que nunca se alude en la sentencia al artículo 466 de la Ley General de Salud, el cual —de manera resumida— señala que es un delito realizar una inseminación artificial a una mujer sin su consentimiento o, aun con su consentimiento, si esta fuere menor o incapaz. Dicho artículo también establece que una mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge. Del contenido del artículo en comento se puede desprender que una mujer soltera no habría necesitado más que de su propio consentimiento, si se hubiera estado efectivamente en el caso de una inseminación artificial, en la cual se contó —además— con el consentimiento tácito del donador.

III. Una sentencia misógina

Como comenté en mi nota introductoria, mi principal preocupación cuando se empezaron a implementar los juicios orales en México era la falta de preparación de les litigantes para exponer sus argumentos de una forma distinta a la cual lo harían en un escrito.

Al revisar la sentencia que se me asignó pude ver que mi preocupación no se materializaba en este juicio, pues les abogades que representaron a las partes, según se desprende de lo reseñado en la propia sentencia, plantearon sus posturas de una manera —incluso— excesivamente coloquial.

No obstante, la sentencia hizo evidente que hay otra problemática vinculada con los juicios orales que debe ser motivo de preocupación y ocupación: el hecho de que, aunque esta termina por resolverse a favor de la demandante, se redactó usando un discurso misógino.

No pretendo aquí hacer una extensa exposición de lo que es un discurso misógino. Para efectos de mi comentario, me limitaré a calificar como tal el uso de una narrativa que se utiliza para sintetizar el juicio y que atenta contra los derechos de la demandante, al tiempo que la reduce a ciertos prejuicios y estereotipos, contra los cuales hemos luchado las feministas por muchísimos años.

En ese tenor, daré algunos ejemplos de dicha narrativa para probar mi dicho de cómo la sentencia atenta contra la demandante.

En primer lugar, el relato de los hechos que argumenta la demandante se reflejan desde una perspectiva extremadamente emocional, "sembrando" la idea de que, al ser una mujer, tiene una mayor propensión a actuar guiada por sus emociones que por su racionalidad. Resalta, particularmente, que se podría tratar de una persona guiada por los celos, especialmente ante el hecho de que sostenía una relación con un hombre casado, generándose ilusiones de que este tenía conflictos internos sobre el amor que sentía por ella y lo sentimientos que tenía por su esposa, así como de que este tenía la voluntad de "tener un hijo" con ella.[13]

Posteriormente, se narran en la sentencia afirmaciones del demandado, para algunas de las cuales nunca aportó prueba alguna, pero que se estiman lo suficientemente relevantes como para ser incluidas en el relato. Entre ellas destaca que el demandado señala tener conocimiento de que la demandante miente cuando señala que él tenía "un conflicto emocional por lo que sentía por ella y su esposa" y que le propuso tener un hijo juntos; que "en el tiempo que [la demandante] sostenía relaciones sexuales con [él], también lo hacía con diversos compañeros de trabajo", y que las relaciones sexuales que sostenía con él eran consensuadas, "previo incentivo", el cual posteriormente aclara que era "un pago".

Lo descrito en el párrafo anterior —respecto a lo cual el demandado no aportó prueba alguna, como ya se señaló y se

[13] Canto, Jesús M. *et al.,* "Jealousy and sexism: A comparative study between a Spanish sample and Cuban sample", *International Journal of Social Psychology*, vol. 26, núm. 1, 2011, pp. 33-43.

reconoce en la propia sentencia, y que, por tanto, no tiene importancia jurídica alguna para la resolución— sí transmite la idea de que la demandante era mentirosa, promiscua y, como después se menciona expresamente en la propia sentencia, una "mujer de la vida galante", término con el cual les juzgadores pretenden ser "políticamente correctes", pero que es claramente entendible que usan para señalar que, conforme al dicho del demandado, la demandante se prostituía (al menos con él).

Por otra parte, se relata que la demandante nunca le dijo al demando que el hije que esperaba era suyo, llamando la atención sobre el particular dos aspectos: *i)* que el demandado después presentó como pruebas un mensaje de texto y un correo electrónico, en los cuales la parte actora le confirma que sí se trata de su hije, y *ii)* que este también acepta haber acudido con su esposa a casa de la demandante y que, estando ahí, ella les afirmó a ambos que el o la menor era hije del demandado.

En relación con el mensaje de texto y el correo electrónico, ambos transcritos en el apartado previo de este comentario, debe enfatizarse que la demandante señaló que el primero efectivamente lo envió, señalando en este que había usado el "semen (sic)" del demandado para autoinseminarse, pero que lo hizo "porque el demandado le realizo (sic) llamadas ofendiéndole, palabras altisonantes, refiriéndose a ella como una persona no sería (sic) como una mujer de la vida galante, insultando a ella, a su hijo y a su familia". Asimismo, respecto al correo electrónico, la demandante expresó que ella no lo había enviado.

Sobre lo expresado en el párrafo previo, llama poderosamente la atención que el tribunal no haya brindado valor alguno al hecho de que es totalmente comprensible que cualquier persona que ha recibido ataques contra su familia, su hije y su persona reaccione de manera impulsiva, especialmente cuando la respuesta es proporcional a la agresión y, por ende, se debe considerar como una reacción completamente normal.[14]

[14] *Cfr.* Kessler, Ronald C. *et al.,* "The prevalence and correlates of DSM-IV intermittent explosive disorder in the National Comorbidity Survey Replication", *Archives of General Psychiatry*, vol. 63, núm. 6, 2006, pp. 669-678.

En ese mismo sentido, es de destacar que no se le haya brindado a la demandante la oportunidad de demostrar que el correo electrónico, cuya autoría le atribuye el demandado, no fue enviado por ella.

Las situaciones descritas en los dos párrafos previos son de particular importancia, ya que los dos mensajes mencionados constituyen la base sobre la cual les juzgadores señalan que existe una confesión y, con ella, prueba plena en contra de la demandante, en el sentido de que usó el esperma del demandado para realizarse una autoinseminación; situación que, de haber sido evaluada por expertes en materia de biología de la reproducción, no se hubiera considerado siquiera, porque, como espero haya quedado debidamente establecido en el apartado I de este comentario, era fácticamente imposible.

Además, la sentencia señala que, si bien no es posible afirmar que la supuesta autoinseminación dio como resultado el embarazo del cual nació le hije en común de las partes, sí confirma que la demandante llevó a cabo tal procedimiento con la intención de conseguir un embarazo.

Es así que a todos los señalamientos que —aun sin pruebas— se reflejaron en la sentencia para describir a la demandante, se agregó que es una mujer que hubiera sido "capaz de todo" con tal de conseguir un embarazo.

En virtud de todo lo expuesto, se puede observar cómo la sentencia, aunque favorece a la demandante, en su narrativa la describe de una manera sexista (*i. e.*, misógina), la cual violenta sus derechos y termina por afectar su reputación.

Además, aunque el tribunal señala que para su resolución se basa en el interés superior de le niñe, también es cierto que —al haber dejado constancia de una serie de afirmaciones en contra de su madre— pudiera abrir la puerta a que, con posterioridad, se inicie un juicio por la patria potestad en el que, conforme al artículo 44 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, se use como argumento que la demandante no puede proveer a su hije de un sano desarrollo, dadas las características de su personalidad que, con y sin pruebas, han quedado plasmadas en la sentencia.

IV. Conclusiones

La sentencia que se ha comentado me ha hecho evidente la necesidad de trabajar en tres aspectos para lograr sentencias que sean más objetivas, que incorporen una perspectiva feminista y que, cuando así lo requiera el asunto, tengan una adecuada perspectiva de derechos humanos y se sustenten en la mejor y más reciente evidencia científica posible:

1. Debemos seguir trabajando para acercar la ciencia a les juzgadores, particularmente cuando, de manera directa o indirecta, se encuentren ante casos que involucran derechos sexuales y reproductivos. Ya hay un camino andado, pero es obvio que no es suficiente, pues —al menos en mi experiencia— dejamos de lado el ámbito local. Les integrantes de un tribunal tienen que ser capaces de entender los conceptos básicos de la biología de la reproducción para identificar casos en los cuales no les son descritos por las partes, o a través de peritajes, hechos biológicos ciertos. Asimismo, la capacitación podrá brindarle a les juzgadores la fortaleza necesaria para reconocer su desconocimiento y solicitar el apoyo de verdaderes expertes.
2. Tenemos que incidir en la forma en la cual se redactan las sentencias, para evitar que estas, sin importar el sentido de la resolución, continúen preservando una narrativa machista, plagada de prejuicios, estereotipos y expresiones misóginas.
3. Habremos de encontrar la forma de empoderar a las mujeres para que se nieguen a aceptar, aun en aquellas sentencias que las favorecen, argumentos contrarios a la ciencia y a sus derechos. No es suficiente ganar; las mujeres tenemos que asegurarnos de que, además de las resoluciones finales, todos los elementos que se ventilen en los juicios y se reflejen en las sentencias sean respetuosos de los derechos que se han logrado conquistar a lo largo de muchos años de lucha feminista.

Fuentes de consulta

American Society for Reproductive Medicine, *Hoja informativa para pacientes: optimización de la fertilidad masculina*, *www.reproductivefacts.org*

Canto, Jesús M. *et al.,* "Jealousy and sexism: A comparative study between a Spanish sample and Cuban sample", *International Journal of Social Psychology*, vol. 26, núm. 1, 2011, pp. 33-43.

Croxatto A., Horacio y Ortiz S., María Elena, "Mecanismo de acción del Levonorgestrel en la anticoncepción de emergencia", *Revista chilena de obstetricia y ginecología*, Santiago, vol. 69, núm. 2, 2004, pp. 157-162.

Fernández, Ana *et al.*, "Fundamentos de criobiología espermática para bancos de semen", *Revista ASEBIR*, vol. 14, núm. 1, junio de 2009.

Kessler, Ronald C. *et al.,* "The prevalence and correlates of DSM-IV intermittent explosive disorder in the National Comorbidity Survey Replication", *Archives of General Psychiatry*, vol. 63, núm. 6, 2006.

López Serna, Norberto, *Biología del desarrollo. Cuaderno de trabajo*, España, McGraw-Hill Interamericana, 2012.

Padubidri, VG y Daftary, Shirish N, *Shaw's Textbook of Gynaecology,* India, Elsevier, 2011.

Parra, Sergio, "¿Cuál es la esperanza de vida de un espermatozoide después de la eyaculación?", *Xataka Ciencia,* julio de 2011, *https://www.xatakaciencia.com/biologia/cual-es-la-esperanza-de-vida-de-un-espermatozoide-despues-de-la-eyaculacion*

Veja Rosa, "La inseminación en casa explicada paso a paso", 10 de febrero de 2017, *http://ovejarosa.com/la-inseminacion-casa-explicada-paso-paso/*

YourDueDate, Pregnancy Due Date Calculator, *https://www.yourduedate.com/*

Resumen
de la resolución original

Datos

Sentencia del amparo directo en materia civil 135/2016 (antes 602/2015) dictada por el Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Decimoctavo Circuito de Cuernavaca, Morelos. Sentencia del fuero federal.

Hechos

Las partes en conflicto se casaron hacía aproximadamente 30 años. El 16 de octubre de 2009, el señor (de 70 años de edad) demandó el divorcio necesario, en contra de la demandada (de 61 años de edad). En el juicio, el demandante indicó que en el tiempo que vivieron juntos tuvieron muchos problemas porque él bebía mucho, y se insultaban y golpeaban mutuamente, hasta que la demandada tomó la decisión de abandonarlo y él partió a Estados Unidos, sin volver a saber de ella ni de sus dos hijos durante 29 años. Por ello, él sostuvo que se actualizaba la causal de divorcio prevista en el artículo 175, fracción XIX, del Código Familiar vigente al momento de los hechos en el estado de Morelos.

La demandada reconvino al actor al contestar la demanda de divorcio y señaló que era improcedente la disolución del vínculo matrimonial, porque el actor nunca se hizo cargo de sus obligaciones inherentes al matrimonio. Por ende, ella tuvo que sufragar sola sus gastos alimentarios y los de sus dos hijos (actualmente mayores de edad), al haber sido abandonada por el actor para irse a Estados Unidos con otra mujer.

En consecuencia, reclamó del actor: una pensión alimenticia provisional y definitiva; una pensión alimenticia retroactiva por concepto de indemnización, ya que fue abandonada junto con sus dos hijos, por lo que se hizo cargo de su manutención ella sola; el pago de daño moral y psicológico ante los golpes y vejaciones propinadas por su cónyuge por el tiempo que vivieron

juntos; el pago de gastos médicos erogados por las enfermedades que padece; el pago de los gastos que realizó respecto de la educación de sus dos hijos y el pago de los gastos y costas originados por el juicio.

El 9 de diciembre de 2014, la juzgadora de primera instancia emitió su sentencia en la que determinó que la parte actora probó su acción de divorcio, por lo que decretó la disolución del vínculo conyugal. Asimismo, consideró parcialmente fundada la acción de la reconvencionista y solo condenó al pago de una pensión alimentaria definitiva a favor de ella por la cantidad de $1,913.00 pesos mensuales. También concluyó que, al haberse encargado ella sola de la manutención total de los hijos del matrimonio, no se acreditó la necesidad de los alimentos.

Inconforme con esa sentencia, el 17 de febrero de 2015, la exesposa interpuso un recurso de apelación. Por mayoría de votos se confirmó el sentido de la sentencia de primera instancia. Por ello, el 8 de septiembre de 2015, la exesposa interpuso una demanda de amparo en la que, en lo esencial, reclamó su derecho humano a la alimentación y a la salud. Indicó que, al momento del juicio de amparo, el actor no había pagado la pensión alimenticia fijada en su favor por la juzgadora de primera instancia.

Determinación Por unanimidad de votos, los magistrados integrantes del tribunal colegiado de circuito determinaron no amparar a la quejosa. Argumentaron que ambas partes en conflicto son personas mayores. Debido a ello, de conformidad con los artículos 39 y 50 del Código Civil del Estado de Morelos, la responsabilidad de dar alimentos a la quejosa corría a cargo de sus hijos, que ya tienen 40 y 42 años de edad, respectivamente. Asimismo, fue correcto el monto de pensión alimenticia fijada por la juzgadora de primera instancia.

Sentencia
al amparo directo en materia civil 135/2016 (antes 602/2015) sobre la condena para proporcionar alimentos de forma retroactiva y una pensión compensatoria a una mujer cabeza de familia

Cecilia Armengol Alonso

Cuernavaca, Morelos. Acuerdo del Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Decimoctavo Circuito, correspondiente a la sesión del día 21 de abril 2016.

VISTOS para resolver los autos del juicio de amparo directo en materia civil; y

I. RESULTANDO

1. Mediante escrito presentado el 16 de octubre de 2009, Felipe Abundes, de 70 años de edad, promovió controversia familiar sobre divorcio necesario en contra de Rosa Isela Ramos,[1] de 61 años de edad. El actor sostuvo que durante el tiempo que estuvo viviendo con ella (1973-1980) siempre tuvieron problemas por su manera de beber, insultándose y golpeándose mutuamente, hasta que la demandada tomó la decisión de abandonarlo, mientras que él decidió partir a Estados Unidos de América, sin volver a saber de ella ni de sus dos hijos desde hace 29 años, actualizándose la causal de divorcio prevista en el artículo 175, fracción XIX, del Código Familiar vigente en el estado de Morelos.

2. La parte demandada reconvino al actor al contestar la demanda de divorcio instaurada en su contra, y señaló que era improcedente la disolución del vínculo matrimonial porque el actor nunca se hizo cargo de sus obligaciones inherentes al matrimonio, teniendo que sufragar sola sus gastos alimentarios y los de sus dos hijos (actualmente mayores de edad), al haber sido abandonada por el actor para irse a Estados Unidos de América con otra mujer. Por ello, reclamó del actor principal:

A. El pago de una pensión alimenticia provisional y definitiva.

---

[1] Los nombres de las partes en conflicto fueron modificados para los propósitos del presente trabajo académico.

B. El pago de la pensión alimenticia retroactiva por concepto de indemnización, ya que desde 1993 fue abandonada junto con sus dos hijos (ahora mayores de edad). Alega que solo ella se hizo cargo de la manutención.

C. El pago del daño moral y psicológico causado por los golpes y vejaciones propinados por su cónyuge durante el tiempo que vivieron juntos.

D. El pago de los gastos médicos erogados por las enfermedades que padece.

E. El pago de los gastos que realizó respecto de la educación de sus dos hijos.

F. El pago de los gastos y costas originados con motivo del presente juicio.

3. Seguido el juicio en todas sus etapas, la juzgadora de primera instancia emitió sentencia el 9 de diciembre de 2014, en la que determinó que la parte actora probó su acción de divorcio, por cuanto quedó acreditada la causal prevista en la fracción XIX del artículo 175 del Código Familiar del Estado de Morelos,[2] por lo que decretó la disolución del vínculo conyugal.

4. Por otra parte, consideró parcialmente fundada la acción de la reconvencionista y solo condenó al actor principal al pago de una pensión alimentaria definitiva a favor de esta por la cantidad de $1,913.00 (un mil novecientos trece pesos 00/100 M.N) mensuales, y absolvió al actor de los otros reclamos, considerando improcedente la pensión de alimentos retroactiva porque la exesposa tuvo expedito el derecho de hacer valer dicha pretensión en su momento y, al no hacerlo, se actualizó la caducidad y prescribió la acción alimentaria, además de que, al haberse encargado ella sola de la manutención total de los hijos del matrimonio, no se acreditó la necesidad de los alimentos. Así, la jueza dejó a salvo los derechos de la exesposa para que exija el pago de los daños reclamados por la violencia de su excónyuge, en virtud de que dicha prestación no se encuentra contemplada en la legislación familiar del estado de Morelos, y no condenó al pago de gastos y costas, por no contemplarse dicha figura. Tampoco estableció pensión alimenticia a favor de los hijos del matrimonio, dado que estos ya eran mayores de edad.

5. Inconforme con esa sentencia, la exesposa interpuso recurso de apelación el 17 de febrero 2015, de la cual conoció una de las salas del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos.

---

[2] Precepto vigente al momento de emitir la sentencia de primera instancia (derogado, P.O. 9 de marzo de 2016).
Artículo 175.- CAUSALES DE DIVORCIO. Son causales de divorcio:
[…] XIX.- La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.

6. En la apelación, Rosa Isela Ramos señaló que la sentencia de primera instancia era injusta, debido a lo siguiente:

A. La juzgadora hizo una indebida aplicación de la ley, al establecer que el reclamo del pago retroactivo de los alimentos había prescrito.

B. Además, no tomó en consideración un pagaré que exhibió como prueba documental para acreditar que debía $35,000.00 (treinta y cinco mil pesos 00/100 M.N.), en virtud de que tuvo que sufragar diversos gastos médicos derivados de su condición de salud, y recalcó la rebeldía del exesposo para cumplir con las sentencias interlocutorias en las que se determinó la ejecución forzosa del pago de la pensión alimenticia provisional fijada.

C. Era necesario fijar una fianza al exesposo para garantizar los alimentos provisionales, así como desahogar las pruebas periciales en gastroenterología, traumatología y ortopedia, en virtud de que en primera instancia no pudo cumplir con los requisitos formales para su desahogo, al no contar con recursos económicos para practicárselos.

D. En el fallo de origen no se consideró que el exesposo compareció a juicio identificándose con los originales de su licencia de conducir del estado de California, Estados Unidos de América, así como con su pasaporte estadounidense, con los que se acreditaba su residencia en aquel país desde hace más de 30 años, ni que, por el dicho de sus familiares, el actor se encontraba recibiendo una pensión por accidente de trabajo; cuestión que debía dilucidarse mediante la carta rogatoria cuyo desahogo se encontraba pendiente.

E. La jueza inferior no valoró el acta de nacimiento del hijo del exesposo, que fue registrado casi al mismo tiempo que su hijo nacido dentro del matrimonio, evidenciándose que ese fue el motivo por el cual el actor abandonó a la demandada.

F. Se debió tomar en consideración el dictamen pericial en materia de psicología, para condenar al pago por el daño moral y la afectación psicológica ocasionada a la demandada durante el tiempo que duró la unión matrimonial entre la demandada y el actor, y por el abandono que esta sufrió.

G. Indebidamente, la jueza de origen no condenó al actor principal a una indemnización, aun cuando la demandada no dio causa para divorcio.

H. Solicitó a la Sala de apelación modificar el porcentaje o cantidad de la pensión alimenticia, tomando en consideración la nacionalidad estadounidense del demandado reconvencional.

7. El 15 de julio de 2015, la Sala de apelación emitió resolución en la que, por mayoría de votos de los magistrados integrantes, se confirmó el sentido de la sentencia de primera instancia y, en los razonamientos de la misma, se estimó correcto el actuar de la juzgadora civil, pues se sostuvo que:

> Si bien es cierto las pensiones alimenticias no prescriben y, por ello, la juzgadora incurre en un error, también es verdad, que no señaló que haya adquirido deudas, que haya recurrido a préstamos o haya adquirido créditos para cubrir las necesidades de sus entonces menores hijos, por lo que al no haberlo manifestado así en su demanda, no se verifica la única hipótesis en el que se puedan cobrar las pensiones acumuladas, esto es, cuando el acreedor haya contraído deudas para satisfacer las necesidades alimenticias, puesto que si bien los padres deben de contribuir económicamente al sostenimiento de los hijos y la necesidad de alimentos, se presume cuando quien reclamada es incapaz de allegárselos por sí mismo, en cuyo caso, corresponde al deudor alimentista la carga probatoria de justificar que ha cumplido con su obligación. Sin embargo, esto no sucede tratándose del pago de alimentos retroactivos, cuando quien lo exige alega que contrajo deudas para cubrir esa necesidad, cuestión que en el presente caso no se verifica, pues únicamente exhibe diversos documentos de los gastos que realizó para mantener a sus entonces menores hijos. Siguiendo esa línea, si uno de los padres alega haber procurado los alimentos en su integridad, es evidente que la necesidad de percibirlos en ese lapso pasado ya no existe, porque ya fueron satisfechos por uno de los dos co-obligados, como acontece en el presente asunto; por ello, la presunción de necesidad ya no existe, porque ya fue satisfecha por uno de los dos co-obligados, motivo por el cual debe acreditarse la existencia de deudas contraídas a su cargo con motivo íntegro de los alimentos, lo que procede cuando así lo demuestre al exigir a su codeudor que le retribuya la parte correspondiente de su obligación, pero en tal supuesto ya no estará en juego la subsistencia de los acreedores alimentarios, sino el interés de la parte actora por recuperar la parte que correspondió a su co-obligado; por lo que en ese tenor no le asiste la razón a la recurrente.

8. Así también, la Sala de apelación sustentó sus consideraciones en los razonamientos de la contradicción de tesis 72/2005-PS resuelta por unanimidad de los entonces integrantes de la Primera Sala[3] en sesión de 17 de agosto del 2005, de la que derivó la tesis 1a./J. 125/2005, de rubro: Alimentos. La parte que obtuvo sentencia favorable en el juicio puede reclamar su ejecución y el pago de las pensiones atrasadas, vencidas y no cobradas dentro del plazo de diez años, sin que la demora en dicha solicitud implique que el acreedor alimentario no los necesitó (legislaciones del Distrito Federal y del estado de Aguascalientes) y mediante ellos corroboró que:

> […] las necesidades básicas de los entonces menores hijos fueron cubiertas y, además, demuestra que la actora reconvencional no las necesitó para sacar adelante a sus hijos, pues, de haber sido así, podría haberlas reclamado, aunado a que no señala que haya adquirido deudas, que haya recurrido a préstamos o a adquirir créditos, para cubrir necesidades de sus entonces menores hijos; únicamente, se insiste, exhibe documentales de los gastos que realizó para la manutención de sus entonces menores hijos.

[3] Esto es, los señores ministros: José de Jesús Gudiño Pelayo, Sergio A. Valls Hernández, Juan N. Silva Meza (ponente), José Ramón Cossío Díaz y presidenta Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

9. En suma, al calificar de infundados todos los agravios formulados en la apelación, se confirmó la sentencia de primera instancia.

II. Trámite del juicio de amparo

10. Juicio de amparo directo. Por escrito presentado el 8 de septiembre de 2015, ante la Sala de apelación, Rosa Isela Ramos, por su propio derecho, interpuso demanda de amparo directo, en contra de la sentencia de 16 de julio de 2015, en la que alegó la violación de los numerales 1, 4 y 14 de la Constitución Federal.

11. La demanda fue recibida por el Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Decimoctavo Circuito, misma que fue registrada con el número 135/2016 y la turnó para su estudio a la magistrada Cecilia Armengol Alonso.

III. CONSIDERANDO

12. Competencia. Que este Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Decimoctavo Circuito es competente para resolver el presente juicio de garantías, de conformidad con los artículos 103, fracción I, 107, fracciones III, inciso a, V, inciso c, y VI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; así como 33, fracción II, y 34 de la Ley de Amparo, entre otras disposiciones aplicables.

13. Existencia del acto reclamado. Esta se acredita con la copia autorizada de la sentencia de apelación que se reclama, misma que se ordena agregar al juicio de amparo.

14. Oportunidad de la demanda. La demanda de amparo se presentó dentro del plazo previsto en el artículo 17, primer párrafo, de la Ley de Amparo, tal y como certifica el secretario del tribunal.

15. Causal de improcedencia invocada por el tercero interesado. El tercero interesado en el amparo, esto es, el exesposo, aduce que debe sobreseerse en el juicio de amparo, en virtud de que la quejosa no plasmó en su demanda de amparo el capítulo de conceptos de violación, requisito exigido en la fracción IV del artículo 175 de la Ley de Amparo.

16. No asiste razón al tercero interesado, en la medida en que alegar una causal de improcedencia atinente al fondo resulta inoperante, porque, de considerar su actualización, ello se traduce en una denegación de acceso a la justicia, en contravención directa al artículo 17 de la Constitución Federal, aunado a que en la presente controversia se vislumbra una afectación al goce de los derechos fundamentales y, conforme al mandato del artículo 1 constitucional, corresponde a este tribunal colegiado cumplir con el deber de proteger y garantizar los derechos de la parte quejosa, y el primer paso para ello requiere del análisis a las pretensiones formuladas en la demanda de amparo.

17. Conceptos de violación. La quejosa hizo valer como conceptos de violación los siguientes argumentos:

A. Primeramente, la quejosa precisó que acude al juicio de amparo para defender su derecho humano de recibir alimentos así como su derecho a la salud, de quien tiene la obligación de otorgarlos, con fundamento en el Código Familiar de Morelos, y conforme se reconoce en el artículo 1 constitucional.

B. Reiteró lo que expuso en el juicio natural respecto de que el tercero perjudicado, quien demandó el divorcio, abandonó el hogar conyugal por más de 30 años, sin cumplir durante ese tiempo con su obligación alimentaria para su manutención y la de sus dos hijos, y que, no obstante esos hechos, el juez civil negó el derecho de alimentos, a pesar de haber acreditado con documentos médicos, recetas y análisis los gastos y honorarios médicos erogados a causa de los padecimientos que sufre que nuevamente expresa (sobrepeso y osteoartrosis).

C. Así también explicita que en la acción de reconvención presentó diversas pruebas para sustentar su pretensión, y también alude las deudas contraídas al no recibir una pensión alimenticia, que, al mes de agosto de 2015, dice que ascienden a la cantidad de $83,000.00 (ochenta y tres mil pesos 00/100 M.N.). Añade que el exesposo tampoco ha cumplido con el pago de la pensión alimenticia que fue fijada provisionalmente por el juez natural, por un monto de $1,500.00 (un mil quinientos pesos 00/100 M.N.) mensuales.

D. Por otra parte, argumenta que demostró en el juicio natural que por muchos años realizó con su esfuerzo el sostenimiento de sus dos hijos y, por ello, reclamó en reconvención dichos gastos; que, al respecto, el juzgador no tomó en consideración lo expuesto en los artículos 36,[4] 37,[5] 38,[6]

---

4 Artículo 36.- ACREEDOR ALIMENTISTA. Es acreedor alimentista toda aquella persona que no pueda bastarse a sí misma, y es deudor alimentista el obligado a proporcionar alimentos, en los términos establecidos en este capítulo.

5 Artículo 37.- OBLIGACIÓN ALIMENTARIA ENTRE CÓNYUGES. Los cónyuges deben darse alimentos. La ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en los casos de divorcio.
Los concubinos están obligados, en igual forma, a darse alimentos si se satisfacen los requisitos señalados por los artículos 65 y 737 de este Código (reformado, P.O. 11 de diciembre de 2008).
En caso de disolución de concubinato o matrimonio, los alimentos se otorgarán siempre y cuando algún cónyuge o concubino acredite estar imposibilitado para obtener alimentos en virtud de su edad, estado físico y mental, incapacidad o cualquiera otro que le impida desarrollar una actividad remunerada, así como acredite tener la necesidad de recibirlos en virtud de no contar con bienes que le permitan obtener ingresos para adquirir los alimentos necesarios.

6 Artículo 38.- OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE LOS ASCENDIENTES. - Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos, se exceptúa de esta obligación a los padres y quienes ejerzan la patria potestad

42[7] y 46[8] del Código Familiar de Morelos, que establecen que los alimentos han de ser proporcionados por ambos cónyuges, según la posibilidad de quien deba darlos y la necesidad de quien deba recibirlos, y, por ello, solicitó una pensión de indemnización de alimentos retroactivos, es decir, los devengados, demostrando los gastos que durante mucho tiempo documentó y guardó, porque no tenía posibilidad de demandar a su ex-cónyuge, al no saber dónde localizarlo.

E. Alega que la autoridad responsable tampoco tomó en cuenta que es una persona de la tercera edad, al tener 60 años cumplidos, lo que la ubica en un estado total de vulnerabilidad, y con la limitante de que ya no puede dedicarse a una vida productiva como lo hacía en el pasado, pues ya no es apta para dedicarse a las labores que desempeñaba.

F. Por otra parte, se duele de la falta de valoración de las documentales que exhibió en su acción reivindicatoria, por ejemplo, el pagaré que demuestra un adeudo, así como diversos recibos de pago que no fueron objetados por el autor. Además, en términos de los artículos 170 y 171 del Código Familiar de Morelos, el juzgador tenía facultades para allegarse de mayores elementos para el conocimiento de la verdad de los hechos.

G. Argumenta que le sorprende que, pese a todas las documentales que exhibió, los magistrados integrantes de la Sala responsable hayan aplicado el derecho a la quejosa de forma contraria y perjudicial, además de que en la sentencia reclamada destaca el voto

---

cuando se encuentren imposibilitados de otorgarlos, siempre que lo anterior este fehacientemente acreditado. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado.
(adicionado, P.O. 1 de febrero de 2012).
Para lo cual el Juzgador, de oficio, hará uso de las facultades en materia de prueba y de la posibilidad de decretar diligencias probatorias, contenidas en los artículos 301 y 302 del Código Procesal Familiar del Estado de Morelos.
(adicionado, P.O. 1 de febrero de 2012).
En caso de que el deudor alimentario tenga impedimento para otorgarlos, debe probar plenamente que le faltan los medios para proporcionar alimentos, que no le es posible obtener ingresos derivados de un trabajo remunerado por carecer de éste o bien que tenga un impedimento físico o mental para desempeñarlo.

7 ARTÍCULO 42.- OBLIGACIÓN ALIMENTARIA EN ADOPCIÓN. El adoptante y el adoptado tienen obligación de darse alimentos, en los casos en que la tienen los padres y los hijos.

8 (reformado, P.O. 28 de mayo de 2014).
Artículo 46.- Los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que deba darlos y a las necesidades del que deba recibirlos. En caso de que la forma de subvenirlos sea de manera porcentual, para realizar la retención se tomará como base la totalidad de las percepciones del deudor alimentario, disminuyendo deducciones de carácter legal.

en contra de la única integrante mujer, esto es, la magistrada que votó en contra de la propuesta de sus pares.[9]

H. Añade que le asiste la razón, porque la legislación de Morelos plasmó en sus artículos 178 y 179 los efectos en contra del cónyuge causante del divorcio y los derechos del cónyuge inocente, quien tiene el derecho a reclamar una indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes que se hubieren adquirido durante el matrimonio; mientras que el diverso numeral 179 del Código Familiar de Morelos establece que el juez, de acuerdo con las circunstancias del caso, deberá fijar la pensión alimenticia, pero los magistrados que emitieron la sentencia reclamada no advirtieron la necesidad de la quejosa ni el motivo por el que pidió el aumento a la pensión alimenticia –acordada en un monto de $1,500.00 (un mil quinientos pesos 00/100 M.N.) mensuales–, ni tampoco la necesidad de suplir la deficiencia de la queja, conforme lo mandatan los artículos 168, 174 y 191 del Código Familiar aludido.

I. Por otra parte, se duele de que la responsable tampoco tomara en consideración que el tercero perjudicado es un ciudadano estadounidense, ni que, como parte de las documentales que fueron ofrecidas, se giró carta rogatoria a fin de que se conocieran la totalidad de los ingresos del excónyuge, pero que este no pudo ser localizado, y la responsable omitió proseguir en lo conducente a esta indagación y desestimó los agravios de la apelación, aplicando así de forma indebida los artículos 582 a 588 del Código Procesal Familiar, que ordena que en las controversias familiares deben tomarse en cuenta incluso las pruebas supervenientes.

J. Por último, solicitó al órgano de amparo la suplencia de la deficiencia de la queja en su beneficio, y pidió la suspensión del acto reclamado en el sentido de que se le exija al tercero interesado exhibir garantía o fianza para que cubra las pensiones alimenticias que ella no ha recibido.

18. Estudio de fondo. Este Tribunal Colegiado, por cuestión de método, atenderá primeramente el argumento de la quejosa mediante el cual combate que la Sala responsable no haya protegido debidamente el derecho humano a los alimentos, al no considerar la necesidad actual de los mismos, así como que fue la quejosa quien se hizo cargo de la manutención de los hijos a lo largo de todo el matrimonio. Conceptos de violación que se consideran fundados y suficientes para conceder el amparo y protección de la justicia federal.

19. En efecto, se encuentra que la decisión de la responsable contradice el criterio de la Primera Sala del máximo tribunal constitucional del país emitido en el amparo directo en

[9] Cabe señalar que el voto particular expresado por la magistrada disidente medularmente discrepó de lo propuesto, por cuanto verificó que sí debieron pedirse mayores informes e indagaciones para verificar los ingresos y recursos del tercero perjudicado.

revisión 2293/2013, fallado desde el 22 de octubre de 2014,[10] asunto en el cual se sostuvo que es posible reclamar los alimentos erogados de forma retroactiva, porque el deber alimentario de los progenitores surge desde el nacimiento del dependiente alimentario, además de que es inconcuso que son ambos progenitores quienes deben cumplir con la carga alimentaria y, por tanto, no resulta constitucionalmente válido sostener que la obligación alimentaria ya no existe cuando solo uno de los progenitores aportó a los alimentos del dependiente.

20. Si bien en aquel asunto el criterio jurídico se construyó respecto a un reclamo de alimentos retroactivos a favor de la madre y de un aún menor de edad, dado que la litis consistió en validar el reclamo a partir del nacimiento del infante y no al momento en que quedó firme la sentencia que reconoció la filiación entre el padre y el menor, la materia de análisis de la presente revisión sigue la misma lógica y razonamiento jurídico del precedente citado, por cuanto el máximo tribunal del país ya reconoció la relevancia constitucional de los alimentos como un derecho humano de los descendientes, así como la igualdad entre los progenitores para asumir la carga alimentaria.

21. Además, este órgano colegiado de amparo advierte que, derivado de los artículos 1 y 4 constitucionales, existe un principio fundamental que estatuye que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado y, por tanto, a la plena satisfacción de todas sus necesidades básicas en virtud de su dignidad como ser humano; derecho cuya eficacia y realización no solo corresponde al Estado de manera exclusiva, pues, derivado de su propia naturaleza, es evidente que el mismo permea y se encuentra presente en ciertas relaciones que se entablan entre particulares, especialmente en lo que se refiere a las obligaciones de alimentos derivadas de las relaciones de familia.

22. Así, si bien es cierto que la obligación de proporcionar alimentos en el ámbito familiar es de orden público e interés social y, en consecuencia, el Estado tiene el deber de vigilar que en efecto se preste dicha asistencia, también lo es que en primer lugar *corresponde a* los particulares, quienes, derivado de los vínculos de solidaridad familiar, tienen el deber de apoyar el estado de necesidad en el que se encuentra el dependiente alimentario que, a causa de su desarrollo, habilidad o situación particular, no pueda procurarse sus propios recursos alimentarios, bajo circunstancias específicas señaladas por la propia ley.

23. En consecuencia, es posible concluir que del derecho fundamental a acceder a un nivel de vida adecuado emanan obligaciones tanto para el Estado en el ámbito del de-

[10] Fallado por mayoría de tres votos de los señores ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y ponente y presidente Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, en contra de los emitidos por los señores ministros José Ramón Cossío Díaz y Jorge Mario Pardo Rebolledo, quienes se reservaron el derecho de formular voto particular.

recho público –régimen de seguridad social– como para los particulares en el ámbito del derecho privado –obligación de alimentos–, derivándose de la interacción y complementación de ambos aspectos la plena eficacia del derecho fundamental a los alimentos.

24. Ahora bien, en cuanto a los derechos alimentarios corresponde, para que nazca la obligación de garantizar su cumplimiento, es necesario que concurran tres supuestos: *i)* el estado de necesidad del acreedor alimentario; *ii)* un determinado vínculo familiar entre acreedor y deudor, y *iii)* la capacidad económica del obligado a prestarlos.

25. Por ende, el reconocimiento, mediante una sentencia judicial, de que existió incumplimiento de la obligación alimentaria por parte de un progenitor durante todo el desarrollo de dos dependientes debe tener por efecto propio la retroactividad del cumplimiento de la carga alimentaria, si es que se demuestra primeramente el incumplimiento de la misma y los gastos erogados para la subsistencia del dependiente, siendo que el vínculo de filiación, es decir, de la paternidad, es un requisito previo para el cumplimiento del deber alimentario.[11]

26. Se llega a esa conclusión porque, derivado de la naturaleza de la obligación alimentaria de los descendientes, no puede sino arribarse a la consecuencia lógica de que el nacimiento de la obligación de prestar alimentos a los descendientes se origina desde que existe el vínculo paterno-materno-filial mediante el nacimiento.

27. Ahora, es también indudable que el deber de contribuir al sostenimiento de los descendientes es una obligación imprescriptible e insustituible que corresponde a quien o quienes se constituyan como progenitores, pues la lógica de que la obligación alimentaria ineludiblemente surge desde el momento del nacimiento del descendiente apunta a que dicha obligación alimentaria corresponde, entonces, a la o a las personas que procrean al dependiente alimentario. De ello destaca, según ya lo dijo el precedente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en efecto es posible que la carga alimentaria corresponda a una persona en singular o una pluralidad de personas, pues la procreación no se reduce a la procreación natural o biológica de la especie humana, sino también a la posibilidad de engendrar por medio de procreación asistida, conforme lo posibilitan los avances científicos.

28. Por consiguiente, la obligación alimentaria, en virtud de su causa y naturaleza, así como por ser de orden público, no puede renunciarse ni ser delegada, sino que recae directamente y en primer lugar en los progenitores. Esto es, tratándose de la procreación natural de descendientes, tal y como ocurre en el presente caso, pesa tanto en el padre como en la madre, porque de esa manera se garantiza el máximo desarrollo posible del

[11] Véase, al respecto, lo resuelto en *Rubright v. Arnold*, 973 P.2d 580 (Alaska, 1999); *Skinner v. Hagberg*, 183 P.3d 486 (Alaska, 2008).

dependiente en crecimiento, acorde a lo dispuesto en el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce el deber de ambos progenitores en el cuidado y la crianza de los menores de edad, quienes deben asegurarle, dentro de sus posibilidades, las condiciones de vida necesarias para su desarrollo.

29. Luego, si el derecho de alimentos nace en razón del vínculo paterno-materno-filial, la deuda alimentaria no se genera con la iniciación del reclamo judicial de los alimentos, sino a partir del origen y nexo biológico por el que nace la carga alimentaria,[12] de lo que, a su vez, se sigue que, dada la igualdad en la carga para el cumplimiento de la obligación alimentaria entre el padre y la madre, si uno de estos no cumple con la obligación a su cargo, es incontestable que existe la posibilidad de que el obligado que sí haya hecho frente a la carga alimentaria, y que pueda así demostrarlo, reclame el pago de los alimentos en su parte correspondiente.

30. Por ende, este órgano de amparo determina que, contrario a lo razonado por la Sala responsable, no basta con que uno de los progenitores haya dado cumplimiento a la carga alimentaria en el pasado para considerar que, toda vez que la necesidad alimentaria ya fue cubierta y siendo que el acreedor alimentario, debido al transcurso del tiempo, logró autosuficiencia y, por ello, ya no tiene necesidad, entonces no existe motivo para exigir el cumplimiento de la obligación a quien no cumplió con su parte. Antes bien, se insiste, la obligación entre progenitores que procrean de forma natural a un descendiente de la especia humana pesa tanto en el padre como en la madre, porque de esa manera se garantiza la subsistencia y el desarrollo íntegro del descendiente, quien tiene derecho a que ambas personas responsables de su existencia le socorran en su necesidad alimentaria.

31. Es inconcuso que el incumplimiento de la obligación alimentaria por uno de los progenitores obligados supone una vulneración al derecho humano a los alimentos y a un nivel de vida adecuado, a pesar de la autosuficiencia y falta de necesidad del acreedor alimentario, no solo porque implica la carencia de recursos materiales con los que el acreedor alimentario pudo crecer y desarrollarse,[13] sino porque también ocasiona un daño directo a la dignidad humana, dado que la conducta omisiva e irresponsable de

---

12 Alimentos. La pensión alimenticia derivada de una sentencia de reconocimiento de paternidad debe ser retroactiva al momento del nacimiento del menor. Décima Época, Tesis aislada 1a. LXXXVII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 15, t. II, febrero de 2015, p. 1382. Registro digital: 208543.

13 Debe entenderse el concepto de desarrollo del menor en sentido integral, esto es, la dimensión física, intelectual, social y emocional, que incluyen la habilidad de moverse y coordinar, de pensar y razonar, de relacionarse con otros, la confianza en sí mismo y la habilidad de experimentar emociones. Sobre este aspecto véase Grossman, Cecilia, "Alimentos a los hijos en los hogares monoparentales encabezados por la madre", en Grossman, Cecilia y Herrera, Marisa (comps.), *La familia monoparental*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2008.

alguno de sus progenitores –en este caso del padre– se revela como un desinterés y menosprecio a la persona humana.

32. Por tanto, no es posible validar el incumplimiento de un progenitor a la obligación alimentaria que debió proveer en el pasado simplemente porque en el momento del reclamo judicial el descendiente ya no tiene la presunción de necesidad alimentaria, al dejar de ser un infante, ni porque haya superado la necesidades connaturales del desarrollo y logrado autosuficiencia, que se demuestra porque al momento del reclamo judicial es una persona capaz, con mayoría de edad y aptitud para procurarse su subsistencia. De hacerlo así, entonces se legitima la posibilidad de evadir un deber humano tan elemental como es el procurar la subsistencia y el desarrollo íntegro de los descendientes.

33. De ello deriva que si –como sucede en el caso concreto– en el reclamo judicial se evidencia que el acreedor alimentario pudo llegar a ser autosuficiente, esto es, a superar todas las etapas del desarrollo humano, subsistir y hacerse de un oficio o profesión[14] gracias a la aportación y sostenimiento del otro deudor alimentario –en este caso la madre, quien en solitario asumió toda la responsabilidad de la carga alimentaria de los descendientes–, entonces opera la presunción a favor de esta, quien reclama la parte correspondiente que tuvo que aportar por el progenitor incumplido, misma que legitima la posibilidad de accionar en vía judicial el reclamo, no obstante el trascurso del tiempo, en virtud de que los alimentos son imprescriptibles.[15]

34. En efecto, ante la evidencia de autosuficiencia en juicio de quien (quienes) fue (fueron) acreedor(es) alimentario(s), se origina la presunción en el sentido de que el progenitor reclamante se sustituyó en la obligación alimentaria del progenitor demandado y, por ende, esa presunción le faculta para ejercer una acción de reclamo de alimentos retroactivos en la parte correspondiente al deudor incumplido, y sin duda alguna la acción es jurídicamente procedente.

35. Luego, se considera que el juez civil, desde la primera instancia y a fin de determinar si dicha acción de reclamo es fundada, debió valorar las pruebas aportadas a juicio por el actor y las excepciones del demandado, a fin de verificar si en efecto se corrobora la presunción que le legitimó a interponer la acción de reclamo de alimentos retroactivos,

---

14 Resulta aplicable la tesis del siguiente rubro: Alimentos. La obligación de proporcionarlos dentro de las relaciones paterno-filiales surge de la patria potestad. Décima Época, Tesis aislada 1a. CCCLX/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 11, t. I, octubre de 2014, p. 591. Registro digital: 2007726.

15 Resulta aplicable la tesis del siguiente de rubro: Alimentos. La obligación de proporcionarlos no se extingue, necesariamente, cuando el acreedor alimentario alcanza la mayoría de edad y existe disparidad entre esta y el grado escolar que cursa. Décima Época, Tesis aislada 1a. LXIX/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 28, t. I, marzo de 2016, p. 973. Registro digital: 2011224.

esto es, si comprueba que se sustituyó en la obligación alimentaria del incumplido. De ser así, el juzgador podrá condenar a un *quantum* de alimentos retroactivos de acuerdo con las posibilidades reales y actuales del deudor incumplido, al ser este el tercer requisito indispensable para verificar la obligación filial alimentaria y, con ello, poder condenarlo al pago de los alimentos retroactivos según la carga alimentaria que fue probada.

36. La determinación de la necesidad alimentaria de quien recibió los alimentos deberá valorarse conforme a los gastos incurridos y demostrados por quien reclama. A falta de pruebas de estos gastos, y existiendo convicción en el juzgador o juzgadora de que, en efecto, quien reclama cubrió la totalidad de la carga alimentaria, en uso de su arbitrio judicial, podrá tomar como base los niveles básicos de subsistencia de una persona en un lugar y época determinados, auxiliándose de indicadores financieros objetivos y claros tales como el salario mínimo el índice nacional de precios al consumidor u otros elementos que le ayuden a revelar la carga alimentaria que fue asumida por el progenitor reclamante y, con ello, pueda determinar el pago de alimentos correspondiente a la parte demandada.

37. Además, bajo esos razonamientos, y dado que para la determinación de cualquier reclamo del derecho de alimentos el juzgador debe emplear una perspectiva de género,[16] no es posible obviar en el presente asunto que, precisamente, la defección total o parcial del padre en el cumplimiento de la obligación alimentaria de dos descendientes impuso a la recurrente una doble carga: la prestación de servicios para el cuidado personal de los hijos y la búsqueda de los recursos económicos para su manutención; de manera que, al recaer sobre ella ambas exigencias, se produjo un deterioro en su bienestar personal y se lesionó su derecho a la igualdad de oportunidades y al libre desarrollo de su persona, obstaculizando sin duda su salud y sus planes de vida.

38. En suma, a través de la conducta del tercero interesado queda patentizado un menoscabo en aspectos sustantivos del proyecto de vida de la recurrente, lo cual, sin duda y de forma contraria a como lo razonó la Sala responsable, ocasionó un deterioro también a su estado de salud. De ahí que no sea posible que los entes encargados de la impartición de justicia que se instituyen en garantes de la protección a los derechos humanos reconocidos en la Constitución Federal soslayen el esfuerzo individual de la recurrente por la crianza en solitario de dos hijos, asumiendo como propio un deber inexcusable y personalísimo del tercero interesado.

39. Por otra parte, es un deber juzgar con base en el método de perspectiva de género y advertir que en innumerables ocasiones la madre no se atreve a demandar judicialmente,

---

16 Véase la tesis de rubro: Alimentos. Su otorgamiento debe realizarse con base en una perspectiva de género. Décima Época, Tesis aislada 1a. XCI/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 15, t. II, febrero de 2015, p. 1383. Registro digital: 2008544.

precisamente por la escasez de recursos para la subsistencia familiar, por la imposibilidad de localizar al otro deudor alimentario u otras razones, lo cual corrobora que la falta de asistencia paterna atenta contra la vida y la salud de la familia no asistida y, a la vez, provoca una doble carga en la atención materna, ocasionando daños a su plan de vida, salud y bienestar, así como al disfrute de una adecuada vida familiar, pues el incumplimiento de la obligación alimentaria paterna conlleva una vulneración de derechos, tanto de la madre como de los hijos, cuestión que, en respeto a los derechos humanos de todos los involucrados, el juzgador no puede ignorar al momento de resolver la litis.

40. Bajo estas condiciones, la sentencia que se reclama en el amparo resulta inconstitucional, porque la Sala responsable hizo una incorrecta interpretación del derecho humano a la alimentación, al estimar que el reclamo de los gastos que fueron comprobados en juicio natural –como alimentos y manutención de los dos hijos de la recurrente– resultaba improcedente, porque la necesidad alimentaria ya fue cubierta por la recurrente y los hijos ya son mayores de edad, reprochando además a la recurrente que la improcedencia se debía también a que esta no hizo el reclamo en su momento.

41. Dicha interpretación es incorrecta, por considerar que la quejosa tiene la carga de probar las deudas contraídas para cubrir sus necesidades alimentarias, debido a que, como se determinó al evidenciarse la superación y autosuficiencia de los dependientes alimentarios, se presume que la totalidad de la necesidad alimentaria fue cubierta por la madre, en la medida en que, en el caso, los hijos permanecieron con ella y ya no tienen necesidad alimentaria, al ser mayores de edad.

42. En efecto, existe una presunción que favorece a la recurrente en el sentido de que, al evidenciarse la subsistencia de dos hijos, se presume que ella sí contribuyó al sostenimiento y a la carga alimentaria, máxime que aporta documentales para demostrar los gastos en que incurrió, de acuerdo con lo relatado en la propia sentencia recurrida.

43. Por último, conviene destacar que, en estos casos, el *quantum* de los alimentos retroactivos, en todo caso, debe ser establecido en atención al principio de proporcionalidad y, dado que ambos hijos nacieron dentro del matrimonio, no es necesario dilucidar si existió conocimiento previo del embarazo y/o nacimiento de los descendientes, especialmente porque el demandado no opone desconocimiento de paternidad. De ahí que el juzgador únicamente deberá tomar en cuenta las posibilidades reales y actuales del recurrente para reparar el incumplimiento de su obligación alimentaria paterna.

44. Por otro lado, derivado del deber de juzgar con perspectiva de género, a fin de impartir justicia en condiciones de igualdad, la resolución debe evitar emplear estereotipos de género. En este sentido, en la sentencia recurrida se estimó que los hijos de la recurrente –ahora mayores de edad– son quienes deben aportar los alimentos de su "señora madre", lo cual denota que el razonamiento del órgano judicial está basado en un estereotipo

de género, al convalidar con ello la doble carga impuesta a la recurrente durante toda la crianza y sostenimiento de los dos hijos del matrimonio disuelto, y al consentir que son solo ellos quienes ahora, en reciprocidad, deben aportarle alimentos a la recurrente. Así, se soslaya el incumplimiento reclamado al padre obligado de aportar alimentos, máxime que en la litis del juicio natural en reconvención y, en consecuencia, del amparo, la acción pretendida no tenía por objeto el reclamo de alimentos a otros deudores alimentarios, ni la reconvención estuvo fundada en el artículo 39 del Código Familiar del Estado de Morelos.[17]

45. Por tales razones, se estima fundado el concepto de violación de la quejosa en el sentido de que alega que en la sentencia recurrida se percibe una preferencia injustificada para proteger los intereses del exmarido, al concluir que este no se hace responsable de cubrir la obligación alimentaria de la recurrente como excónyuge, de acuerdo con la necesidad alimentaria real; a pesar de que pudiera demostrarse la posibilidad de recursos del tercero perjudicado, dada la falta de vínculo afectivo durante los años que el vínculo matrimonial se mantuvo. Incluso, la Sala de apelación aduce que la recurrente pudo confeccionar las pruebas para demostrar las deudas incurridas por la carga alimentaria, cuando esa aseveración es jurídicamente injustificada, por no sustentarse en un dictamen pericial que así lo haya demostrado y que, además, atenta contra el principio de proporcionalidad de los alimentos que mandata que estos deben determinarse con base en la necesidad del acreedor alimentario y las posibilidades del deudor, lo que no incluye la ponderación de las causas que originan la necesidad alimentaria del acreedor, sino únicamente el resguardo de la proporcionalidad de la obligación.[18]

46. Por ende, se estima que, efectivamente, la sentencia reclamada incurre en interpretaciones subjetivas y sin sustento que se inclinan a favor del tercero perjudicado y, a su vez, infieren conclusiones basadas en prejuicios sociales y de género, lo que se revela por el hecho de que la controversia del juicio natural versa sobre una disputa de alimentos entre excónyuges de un vínculo matrimonial heterosexual, lo que permite deducir que en las

---

17 (Reformado, P.O. 15 de agosto de 2007)
Artículo 39.- OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE LOS ASCENDIENTES. Los hijos están obligados a dar alimentos a los padres. A falta o por imposibilidad de los hijos lo están los descendientes más próximos en grado, se exceptúa de esta obligación cuando los padres hayan dejado de cumplir con la obligación que señala el artículo 38, siempre que lo anterior este fehacientemente acreditado.

18 Inclusive, el juzgador debe tomar en consideración la duración de la obligación alimentaria entre excónyuges, para que esta no resulte desproporcionada, pero no así los motivos que causan la necesidad alimentaria.
Véase la tesis de rubro y texto: Obligación alimentaria. El juez debe evaluar la pertinencia de que subsista a la luz del principio de proporcionalidad. Décima Época, Tesis aislada 1a. CCLIV/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 21, t. I, agosto de 2015, p. 470. Registro digital: 2009824.

consideraciones de la sentencia recurrida incide una razón que, por cuestiones de género, motivó la elaboración de interpretaciones y subjetividades, tales como el reproche sobre el sobrepeso que provoca un mal estado de salud de la recurrente, o bien, su impericia para demandar oportunamente los alimentos, e incluso la sugerencia –injustificada en prueba alguna– relativa a que la recurrente actúa con mala fe, violando con ello el derecho de acceso a la justicia y el principio de igualdad de la recurrente, y, especialmente, el reconocimiento constitucional y convencional de los principios y los derechos de la mujer a una vida libre de violencia y discriminación.

47. Por tanto, los vicios en que incurre la sentencia reclamada involucran directamente el análisis del derecho humano de la mujer a una vida libre de violencia y discriminación, en términos de los artículos 1 y 4, párrafo primero, de la Constitución Federal, así como 2, 6 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Derechos que fungen como presupuesto básico para el goce y ejercicio de otros derechos fundamentales, tales como el derecho de acceso a la justicia en igualdad de condiciones. Análisis que, además, es necesario atender al estudiar los planteamientos de la quejosa, especialmente el concepto de violación en el que aduce que dicha situación pasó desapercibida para la mayoría de los integrantes de la Sala de apelación, y que demuestra el voto particular de la magistrada.

48. Especialmente, el máximo tribunal constitucional del país ya ha señalado que, respecto al alcance y contenido del derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación, conviene destacar que la Constitución Federal, así como diversos instrumentos internacionales, reconocen los derechos humanos de la mujer que son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales contenidos y reconocidos en la Constitución, y, particularmente, en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en la Convención sobre los Derechos de la Niñez y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que básicamente reconocen la igualdad de la mujer ante la ley y el deber de toda autoridad de evitar el trato discriminatorio por motivos de género.

49. Cabe señalar que los derechos humanos de las mujeres nacieron ante la necesidad de establecer un régimen específico de protección, al comprobar que la normativa general de los derechos humanos a nivel internacional no era suficiente para garantizar la defensa y protección de los derechos humanos de ciertos grupos vulnerables, como lo es el grupo de las mujeres, quienes, por su condición ligada al género, requieren de una visión especial en la normatividad internacional de los derechos humanos, así como de distintos tipos de mecanismos para garantizar el efectivo cumplimiento y respeto a sus derechos, como lo es el impartir justicia con perspectiva de género.

50. Es así que la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer fue adoptada el 18 de diciembre de 1979, mediante resolución 34/180 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, como el primer instrumento internacional pensado para atender directamente las necesidades de las mujeres, en el que destaca la proscripción de la discriminación en contra de la mujer en todas las esferas de la vida.[19]

51. Con este instrumento internacional se introdujo la llamada "perspectiva de género" con el objeto de evitar tratos y prácticas discriminatorias, la cual vino a ampliar la responsabilidad estatal de proteger a las mujeres, incluso contra actos que cometan personas privadas, pues la discriminación de la mujer no solo ocurre en la esfera estatal; no obstante, en el caso que estudiamos destaca que, en gran parte, la discriminación en contra de la mujer sucede por discriminación directa de entes del Estado, precisamente por no implementar una perspectiva de género en todas las acciones gubernamentales.

52. Así, los Estados que ratificaron la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer no solo deben condenar toda forma de discriminación basada en el género, sino que también están conminados a tomar medidas concretas para lograrlo, tales como consagrar la igualdad de género y de sexo en sus textos supremos, o abolir todas aquellas leyes, costumbres y prácticas que redunden en acciones discriminatorias contra las mujeres.[20]

53. Lo anterior sigue la lógica respecto a que la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer reconoce el importante papel que juega la cultura, la tradición, la religión, las costumbres y las prácticas consuetudinarias o de cualquier otra índole en la restricción de los derechos de las mujeres; por ende, también prevé como obligación a cargo de los Estados que se deben adoptar medidas apropiadas para eliminar los estereotipos y prácticas atingentes a los papeles de hombres y mujeres, que surgen de modelos de inferioridad de un sexo respecto a otro, o bien de las funciones de género, las cuales no necesariamente están definidas por el sexo.[21]

---

19 Véase Convención sobre la Eliminación de Ttodas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 1.

20 *Ibidem*, art. 2.

21 Esto es porque el "género" se refiere a las diferencias creadas entre unas y otras personas de la sociedad, así como por las percepciones construidas en los ámbitos cultural y social sobre esas diferencias. Es, pues, una creación social que frecuente e indebidamente se contrasta con el término "sexo", cuando esta última se refiere más bien a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Women, law and development. International Human Rights Watch, Women's Rights Project, "Derechos Humanos de las Mujeres: paso a paso", 1997, p. 208, *http://www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer*

54. De este modo, los derechos humanos de género giran en torno a dos principios: la igualdad entre los sexos sin distinción por género y la no discriminación por razones de género en cualquiera de sus formas. De ahí que la meta de estos derechos sea eliminar cualquier barrera y obstáculo para lograr la igualdad entre géneros en todas las esferas públicas o privadas de una persona.

55. Para lograr lo anterior, los Estados se comprometen a adoptar, en todas sus políticas y actos, una herramienta como método para detectar y eliminar esas barreras y obstáculos que discriminan a las personas por condición de género, a la cual se le denomina "perspectiva de género", que surge como resultado de una teoría multidisciplinaria[22] cuyo objeto es determinar el enfoque o contenido conceptual que, conforme al género, se debe otorgar para analizar la realidad y los fenómenos diversos, tales como el derecho y su aplicación, de modo que se evalúe la realidad con una visión incluyente de las necesidades del género, que contribuya a diseñar y proponer soluciones sin discriminación.

56. Por otra parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer fue adoptada el 9 de junio de 1994 en la ciudad de Belém do Pará, Brasil, por la Organización de los Estados Americanos, como el documento regional especializado en la protección de los derechos humanos de las mujeres que, de forma muy similar a la Convención del Sistema Universal (en sus arts. 1, 2, 5, 6, 7 y 8),[23] prevé obligaciones de protección a los derechos de las mujeres y de no discriminación en el ejercicio de estos derechos, porque también se establece el compromiso de los Estados parte de adoptar sin dilaciones todas las medidas para procurar el pleno ejercicio de los derechos humanos de la mujer en todos los ámbitos –entre ellas implementar mecanismos judiciales–. De lo anterior destaca lo contemplado en los diferentes incisos del artículo 8 de dicha Convención, en el que se establece como deber del Estado el que, por medio de sus autoridades, adopten medidas progresivas específicas para modificar los patrones socioculturales y fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia en temas relacionados con la igualdad entre el hombre y la mujer, y la equidad de género.

57. De esta suerte, derivado de la normativa internacional, 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, discriminación o vulnerabilidad por razones de género, esta sea tomada en cuenta a fin de visibilizar si la situación de violencia o discriminación de género incide

---

22 Guzmán S., Laura y Campillo, Fabiola, *Marco de referencia y estrategia para la integración de la perspectiva de género*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2001, p. 8, *http://www.iidh.ed.cd/comunidades/derechosmujer*

23 Véase Convención de Belém do Pará, arts. 1; 2, inc. a, b y c; 5; 6, inc. a y b; 7, y 8.

en la forma de aplicar el derecho al caso concreto, pues no hacerlo –esto es, de no considerar la especial condición que acarrea una situación de esta naturaleza– puede convalidar una discriminación de trato por razones de género.[24]

58. Este enfoque permite, a su vez, el logro de la igualdad sustantiva o de hecho,[25] misma que se configura como una faceta o dimensión del derecho humano a la igualdad jurídica, derivado del artículo 1 de la Constitución Federal, que tiene como objetivo remover o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impiden a ciertas personas o grupos sociales gozar o ejercer de manera real y efectiva sus derechos humanos en condiciones de paridad con otro conjunto de personas o grupo social, en virtud de que esta radica en alcanzar una paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de los derechos humanos de todas las personas, especialmente de los integrantes de ciertos grupos sociales sujetos a vulnerabilidad.

59. Por esas razones, el derecho de la mujer a una vida libre de discriminación y de violencia se traduce en la obligación de toda autoridad de actuar con perspectiva de género. Así, a fin de satisfacer los derechos humanos de la mujer a una vida libre de discriminación, las autoridades jurisdiccionales deben impartir justicia con una visión de acuerdo con las circunstancias del género y eliminar las barreras y obstáculos preconcebidos en la legislación respecto a las funciones de uno u otro género, que materialmente pueden cambiar la forma de percibir, valorar los hechos y circunstancias del caso, como ocurre en la actual controversia.[26]

60. Esto es, la introducción de la perspectiva de género en el análisis jurídico pretende combatir argumentos y razonamientos estereotipados e indiferentes para el pleno y efec-

---

24 Véase Birgin, Haydée y Gherardi, Natalia (coords.), *Reflexiones jurídicas desde la perspectiva de género*, México, SCJN-Fontamara, 2011, col. Género, Derecho y Justicia: "Aunque los órganos judiciales o cuasi-judiciales no son enteramente culpables de la situación de la mujer, numerosos estudios muestran que una de las barreras más grandes para la igualdad de la mujer son los prejuicios de género en los tribunales. […] 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".

25 Véase la tesis de rubro: Perspectiva de género en la administración de justicia. Su significado y alcances. Décima Época, Tesis aislada 1a. XXIII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 3, t. I, febrero de 2014, p. 677. Registro digital: 2005458.
Véase también la tesis de rubro: Derecho humano a la igualdad entre el varón y la mujer. Su alcance conforme a lo previsto en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales. Décima Época, Tesis aislada. 1a. CLXXVI/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, lib. XI, t. I, agosto de 2012, p. 482. Registro digital: 2001303.

26 Véase la siguiente tesis de rubro: Impartición de justicia con perspectiva de género. Obligaciones que debe cumplir el Estado mexicano en la materia. Décima Época, Tesis aislada P. XX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib.22, t. I, septiembre de 2015, p. 235. Registro digital: 2009998.

tivo ejercicio del derecho a la igualdad,[27] lo cual, de no hacerse, puede condicionar el acceso a la justicia de las mujeres, al invisibilizar –esto es, soslayar– su situación particular, lo que, se advierte, ocurre en el caso concreto.

61. En efecto, en el caso es indispensable realizar el análisis de la litis de amparo con base en una perspectiva de género, al ser evidente que la recurrente acudió al juicio de amparo para alegar que en la controversia natural donde reclamó alimentos a su excónyuge no se tomaron en cuenta las posibles desventajas que tiene por razones de género, específicamente porque sufre una condición de salud deplorable debido a que durante más de 30 años tuvo que mantener a sus dos hijos, dedicándose al trabajo doméstico y, además, estar al cuidado de la crianza de los hijos del matrimonio. Lo anterior, efectivamente, como se ha sostenido, implicó una doble carga para la recurrente, y el hecho de que no sea tomado en cuenta por el órgano judicial federal genera una discriminación en el acceso a la justicia por cuestiones de género.

62. Además, es erróneo culpar a la quejosa por su condición médica debido a su higiene personal, alimentación y sobrepeso, porque dicho razonamiento elude totalmente el incumplimiento del tercero perjudicado, que, a pesar de ser corroborado, no es reprochado en modo alguno. Ello revela una preferencia injustificada y, por ende, un sesgo de género, porque la sentencia reclamada no expresa razón jurídica para desestimar la pretensión de una pensión de alimentos proporcional entre las partes, sino apreciaciones subjetivas, estereotipadas carentes de sustento en el derecho.

63. Por tanto, se afirma que el respeto al derecho humano de la mujer a una vida libre de discriminación no se puede soslayar, porque todo órgano jurisdiccional está compelido a velar por que en toda contienda jurisdiccional se protejan y respeten los derechos humanos de todos los involucrados, especialmente los de las mujeres que señalen estar en una situación de vulnerabilidad ocasionada por violencia de género, tal y como lo argumentó la quejosa en la demanda de amparo y en sus agravios ante la responsable.

64. Esto porque, en términos del artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer,[28] constituye un deber del Esta-

---

27 SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, México, SCJN, 2013, p. 17.

28 Convención de Belém do Pará, art. 7.
Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:
[…]
f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos […] (cursivas añadidas).

do (que debe realizar por medio de las autoridades en los ámbitos de su competencia), adoptar todos los medios apropiados para evitar la discriminación de la mujer. Para ello, es necesario establecer procedimientos legales que incluyan medidas efectivas para detectar y erradicar la discriminación de la mujer en un proceso jurisdiccional, a fin de evitar que se obstaculice el derecho de acceso a la justicia, precisamente por no considerar las situaciones de vulnerabilidad que pueden cambiar la apreciación de las circunstancias y hechos de la controversia y, por ende, de la aplicación de la ley.

65. Aunado a lo anterior, la falta de perspectiva de género de la Sala de apelación al resolver este asunto contraría los esfuerzos internacionales desarrollados para alcanzar la igualdad del hombre y la mujer en las relaciones familiares; situación que quedó reconocida en la Observación general número 21 emitida por el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer (en el décimo tercer periodo de sesiones), al interpretar el artículo 2 de la Convención para Eliminar Todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer, en donde se señaló que el tratamiento de la mujer tanto en la familia como ante la ley, esto es, en el ámbito privado y en el ámbito público, debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas, como lo exige el citado artículo 2. Por tanto, el omitir estudiar planteamientos y argumentaciones que inciden en el alcance al derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres implica una interpretación misma del derecho humano, de lo que deriva la necesidad de que, en el caso, se respete el contenido y alcance del derecho humano de la mujer a una vida libre de discriminación en el acceso a la justicia, el cual es posible lograr mediante el método de impartición de justicia de perspectiva de género.

66. En ese sentido, los conceptos de violación resultan fundados, por cuanto se aprecia que, al analizar la apelación, la Sala responsable no juzgó con perspectiva de género, porque no dilucidó, con una visión relacionada con el género de la demandada, si se podría o no cambiar la percepción y valoración de las constancias, pruebas y documentos como los apreció la responsable, mismos que fueron ofrecidos en la controversia para verificar la necesidad alimentaria, de acuerdo con el principio de proporcionalidad en la obligación de alimentos posmatrimonial.

67. Lo anterior es así puesto que, con base en una perspectiva de género en la impartición de justicia, derivada de las obligaciones y deberes del Estado mexicano, mencionados con anterioridad, la visión de juzgar con perspectiva de género constituye un método que debe ser aplicado en todos los casos, esto es, aun cuando las partes involucradas en el caso no lo hayan contemplado en sus alegaciones,[29] pero siempre que el juzgador advierta que en el caso pueda existir una situación de violencia o vulnerabilidad por género que obstaculice la impartición de justicia de manera completa sin respeto al derecho de

[29] SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de* género, *cit.*, p. 77.

igualdad en su ámbito sustancial, no meramente formal. Lo anterior resulta evidente en el caso concreto, al dar cuenta los antecedentes de que el reclamo de alimentos retroactivos tuvo como motivo que la recurrente se hiciera cargo de la manutención y crianza de los hijos en solitario por más de 30 años.

68. Además, la perspectiva de género no solo es pertinente en casos relativos a mujeres, pues pretende detectar la forma en que el derecho afecta las situaciones particulares de las personas al omitir considerar la situación referente a las funciones de género.[30]

69. Por todo lo anterior, se concluye que en el caso es evidente que se debe atender a la litis empleando el método de perspectiva de género, siendo necesario dilucidar, con base en el análisis y valoración del acervo probatorio, si en realidad existe ese contexto de desigualdad fundado en la condición de vulnerabilidad que alega haber sufrido la recurrente, o bien, la existencia de una relación desequilibrada con su exconsorte y por la cual dice justificar su reclamo del pago de una pensión alimentaria bastante y suficiente para sufragar sus necesidades médicas y de subsistencia.

70. En el caso concreto, a fin de realizar un análisis con base en el método de perspectiva de género, es preciso apuntar que cuando el material que forma el acervo probatorio no es suficiente para aclarar la situación por desigualdad de género, entonces se deberá ordenar el desahogo de las pruebas que se considere pertinentes y que sirvan para analizar las situaciones de violencia de género, o bien, las circunstancias de desigualdad provocadas por los estereotipos de género,[31] para lo cual, al evaluar las pruebas, el juzgador deberá, en todo momento, leer e interpretar los hechos y valorar las pruebas sin estereotipos discriminatorios, lo que no implica que deba dársele más peso probatorio a la evidencia que favorezca a la parte que alegue violencia de género, sino simplemente retirar los estereotipos de género, que las circunstancias fácticas y los hechos se analicen con neutralidad.

---

30 Véase la tesis, de rubro: Impartición de justicia con perspectiva de género. Debe aplicarse este método analítico en todos los casos que involucren relaciones asimétricas, prejuicios y patrones estereotípicos, independientemente del género de las personas involucradas. Décima Época, Tesis aislada 1a. LXXIX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 15, t. II, febrero de 2015, p. 1397. Registro digital: 2008545.

31 Sobre lo que se entiende como un "estereotipo de género", la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que este se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres, respectivamente, los cuales se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades, por lo que la creación y el uso de estereotipos de género se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer. Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205, párr. 401.

71. Y precisamente, este colegiado advierte que la sentencia reclamada incurre en el vicio consistente en la falta de neutralidad al analizar los hechos y circunstancias que gravitan en torno al reclamo de alimentos de la recurrente, así como el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios por cuestiones de género, que debe ser evitado conforme al método para juzgar con perspectiva de género.

72. Por tanto, este Tribunal Colegiado concede el amparo y protección de la justicia federal, para los *efectos* de que la Sala responsable:

A. Deje insubsistente la sentencia reclamada.

B. Emita una nueva en la que, con base en el método de impartición de justicia bajo una perspectiva de género, analice nuevamente los agravios formulados y con ellos la apreciación de los hechos y las pruebas aportadas, a fin de respetar el derecho humano a recibir alimentos, a la igualdad y a la no discriminación en el acceso a la justicia como forma de violencia en contra de la mujer, reconocidos en el artículo 1 y en el párrafo primero del artículo 4, ambos de la Constitución Federal, así como en el numeral 7, inciso f, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en relación con los diversos 2, 6 y 7 de la referida Convención.

C. En cuanto a la decisión sobre la acción reconvencional de alimentos, que la Sala responsable se apegue a los estándares y lineamientos que sobre el caso en particular se establecen en esta resolución, en torno al reclamo de los alimentos retroactivos, así como en apego al método propuesto en el documento denominado *Protocolo para juzgar con perspectiva de género,* emitido por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación,[32] en el cual se establecen diversos elementos a tomar en cuenta por los juzgadores cuando se imparte justicia con perspectiva de género.[33]

D. Lo anterior implica, en suma, que la Sala responsable deberá determinar nuevamente los hechos, cuestionar la aplicación de la norma jurídica correspondiente, garantizar los derechos humanos de todas las personas involucradas en la controversia de alimentos posmarital y realizar una argumentación con perspectiva de género, básicamente atendiendo a los siguientes estándares:

i) identificar la existencia o no de una relación desequilibrada de poder entre la recurrente y el tercero perjudicado, por la que se hubiera provocado una situación de vulnerabilidad o desigualdad que afecte la apreciación de la proporcionalidad de la pensión alimenticia demandada;

---

32 SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, *cit*.

33 Véase la tesis de rubro: Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género. Décima Época, Tesis de jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 29, t. II, abril de 2016, p. 836. Registro digital 2011430.

ii) será necesario leer e interpretar nuevamente los hechos y valorar las pruebas de todo el acervo probatorio sin estereotipos discriminatorios ni favoritismos por razones de género, o bien;

iii) en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación, verificar si existe la necesidad de allegarse de mayores elementos;

iv) luego deberá aplicar los estándares de derechos humanos, de las personas involucradas y,

v) de detectarse la situación de vulnerabilidad o contexto de desigualdad por razón de género, deberá evaluar los impactos diferenciados provocados por las normas sustantivas aplicadas por la responsable en la sentencia reclamada y, con base en ello,

vi) proponer una solución a la controversia de alimentos.

E. Especialmente, la Sala responsable deberá evitar en la nueva resolución el uso de lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, para lo cual deberá argumentar y hacerse cargo de las desigualdades detectadas empleando un lenguaje incluyente y no invisibilizador, con el objeto de realizar el debido control de la constitucionalidad de la sentencia reclamada en el amparo y asegurar, con ello, un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género, ni desbordará la litis originalmente planteada.

Por lo expuesto y fundado,

SE RESUELVE:

ÚNICO. La Justicia de la Unión **AMPARA Y PROTEGE** a Rosa Isela Ramos, contra el acto y autoridad destacados en el resultando primero de esta sentencia.

NOTIFÍQUESE; con testimonio de esta resolución; remítanse los autos al lugar de origen, hágase la anotación correspondiente en el libro de gobierno y, en su oportunidad, archívese el expediente.

Así, por unanimidad de votos, lo resolvió el Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Decimoctavo Circuito, que integran los magistrados, presidente Jaime Lucilo Axón, Camilo Momento[34] y Cecilia Armengol Alonso, siendo ponente la tercera de los nombrados, quienes firman con la secretaria de acuerdos, que autoriza y da fe.

[34] Los nombres de la magistrada y los magistrados fueron modificados para los propósitos de este trabajo académico.

Comentario
a la sentencia al amparo directo en materia civil 135/2016 (antes 602/2015) sobre la condena para proporcionar alimentos de forma retroactiva y una pensión compensatoria a una mujer cabeza de familia

María Dolores Igareda

I. Parte descriptiva

1.1. Hechos e itinerario procesal del caso

El caso tiene su origen en una controversia familiar en la que Felipe Abundes demandó de Rosa Isela Ramos[1] la disolución del vínculo matrimonial que los unía, al considerar que se actualizaba la causal de separación por más de dos años establecida en el Código Familiar vigente. En su escrito, Felipe adujo que durante el tiempo que vivieron juntos (siete años) siempre tuvieron problemas por su manera de beber. Además, Felipe manifestó la existencia de violencia entre ambos, tanto verbal como física, por lo que Rosa Isela decidió abandonarlo y, entonces, él se marchó a Estados Unidos de América hace 29 años.

Por su parte, Rosa Isela esgrimió la improcedencia de la disolución del vínculo matrimonial porque Felipe nunca se hizo cargo de sus obligaciones: ella tuvo que sufragar sola sus gastos alimentarios y los de sus dos hijos (a la fecha de la demanda ya eran mayores de edad). Además, reconvino de Felipe, entre otras prestaciones, el pago: de una pensión alimenticia; de alimentos retroactivos al año en que fueron abandonados (1973); del daño

[1] Los nombres de las partes en conflicto fueron modificados para los propósitos del presente trabajo académico.

moral y psicológico ante los golpes y vejaciones propinados por Felipe; de los gastos médicos por las erogaciones realizadas como consecuencia del abandono y los malos tratos, y de los gastos educativos realizados en favor de sus dos hijos.

1.1.1. Primera instancia

En primera instancia, la jueza de la causa dictó sentencia en la que determinó la disolución del vínculo matrimonial y de la sociedad conyugal, así como el pago de una pensión alimenticia definitiva a cargo de Felipe. Sin embargo, absolvió a Felipe del pago de alimentos retroactivos bajo el argumento de que Rosa Isela no ejerció su derecho y, con ello, se actualizó la caducidad de la acción (sic). En cuanto al daño moral y psicológico, la jueza de la causa dejó a salvo los derechos de Rosa Isela, al considerar que dicha prestación no se encontraba contemplada en la legislación familiar.

Por lo que se refiere a los gastos médicos, la jueza determinó que Rosa Isela no especificó lugar, modo y tiempo de ejecución, y que no los hizo valer en el momento en que sufrió las agresiones, por lo que su pretensión había caducado. En relación con el pago de los gastos educativos, concluyó que no se acreditaba la necesidad, en razón de que Rosa Isela se encargó de la manutención total de sus hijos. En suma, lo único que la jueza de la causa resolvió como procedente fue la disolución del matrimonio y de la sociedad conyugal, así como el otorgamiento de una pensión alimenticia por $1,913.00 pesos mensuales.

1.2.1. Segunda instancia

En contra del fallo de primera instancia, Rosa Isela interpuso un recurso de apelación. En el escrito expuso que debió condenarse a Felipe al pago de alimentos retroactivos y solicitó el desahogo de diversas pruebas periciales (en gastroenterología, traumatología y ortopedia), pues en primera instancia no pudo cumplir con los requisitos formales para su desahogo, al no contar con los recursos económicos suficientes para practicárselos. La Sala de apelación desestimó los agravios de Rosa Isela.

En cuanto a los alimentos, sostuvo que, si bien las pensiones alimenticias no prescribían, Rosa Isela no señaló haber contraído deudas por la manutención de sus dos hijos. Para la Sala, Rosa Isela solo exhibió documentos que acreditaban los gastos realizados, pero no tenían el alcance de actualizar el pago de alimentos retroactivos: si bien en su momento hubo necesidad de percibirlos, estos ya habían sido satisfechos por uno de los deudores alimentarios (esto es, por Rosa Isela).

Acerca de las documentales vinculadas a la merma en el estado de salud de Rosa Isela, la Sala consideró que no demostraban la procedencia de la indemnización que solicitaba y que no procedía el desahogo de las pruebas periciales en gastroenterología, traumatología y ortopedia, por falta de cumplimiento de los requisitos formales y materiales de admisibilidad y procedencia. Por lo que se refiere al daño moral y psicológico, la Sala confirmó la determinación de la juez de dejar a salvo sus derechos, pues dicho reclamo no era procedente en la vía familiar.

1.2. Juicio de amparo

1.2.1. Argumentos

Rosa Isela promovió juicio de amparo por la violación a su derecho humano a la alimentación y su derecho a la salud. En sus conceptos de violación argumenta, entre otras cuestiones, la procedencia del pago de alimentos retroactivos, debido a que estos deben ser proporcionados por los dos progenitores y, en cambio, solo en ella recayó la obligación alimentaria, porque Felipe abandonó el hogar conyugal por más de 30 años, sin cumplir durante ese tiempo con dicho deber.

En su escrito de amparo expone que se le negó el derecho de recibir alimentos, a pesar de haberse acreditado, con documentos médicos, recetas y análisis, los gastos y honorarios médicos de los padecimientos que sufre, particularmente sobrepeso y osteoartrosis, etc., y pese a haber demostrado los gastos que con mucho esfuerzo realizó para el sostenimiento de sus hijos, gastos que documentó y guardó porque no tenía posibilidad de demandar a Felipe, al no saber dónde localizarlo. También alega que la

responsable no tomó en cuenta que es una persona de la tercera edad, al tener 60 años cumplidos, lo que la ubica en un estado total de vulnerabilidad, y con la limitante de que ya no puede dedicarse a una vida productiva como lo hacía en el pasado, pues ya no es apta para realizar las labores que desempeñaba. Un aspecto que resalta en sus argumentos es que la jueza tenía facultades para allegarse de mayores elementos para el conocimiento de la verdad de los hechos.

1.2.2. Motivación de la decisión

Al analizar los argumentos expuestos por Rosa Isela, el tribunal colegiado determinó negar el amparo. Las consideraciones principales giran en torno a tres temas: los alimentos, la condición de salud y el tratarse de una persona mayor. En cuanto al derecho de alimentos, el tribunal colegiado sostiene la no procedencia del pago de alimentos retroactivos: cuando quien los exige alega que contrajo deudas para cubrir esa necesidad, ocurre algo parecido al derecho de repetición que tiene un codeudor que ha pagado el 100% de la deuda, es decir, de exigir a sus coobligados que le paguen su parte proporcional del adeudo. Por tanto, si uno de los dos padres alega haber procurado los alimentos en su integridad, incluso los propios, es evidente que la necesidad de percibirlos en ese lapso pasado ya no existe, porque ya fue satisfecha por uno de los dos coobligados. En tal caso, la presunción de necesidad no exime a quien los pide de la obligación de acreditar la existencia de deudas contraídas a su cargo con motivo del pago íntegro de los alimentos. Sin embargo, en tal supuesto ya no estará en juego la subsistencia de los acreedores alimentarios, sino el interés de la parte reclamante por recuperar la parte que correspondió a su coobligado.

Desde esta óptica, para el tribunal colegiado, si bien hubo necesidad de percibir los alimentos, ese lapso ya no existía, porque habían sido satisfechos por uno de los dos obligados, y Rosa Isela no señaló en su demanda haber contraído deudas por la manutención de sus dos hijos, ya que solo exhibió diversos documentos que acreditaron los gastos que realizó por ellos.

Por lo que se refiere a la condición de salud, en la sentencia se destaca que Rosa Isela no planteó su falta de recursos econó-

micos para el pago del dictamen ante la jueza de origen, por lo que no podía analizarse esa circunstancia, al ser ajena a la litis constitucional. Además, añade que los padecimientos derivan del sobrepeso que tiene debido a sus malos hábitos higiénico-dietéticos. Por tanto, si sus padecimientos se han generado por el descuido personal en el que ha incurrido, los tratamientos que necesita no pueden correr a cargo de Felipe, si se toma en cuenta el tiempo de la separación y la inexistencia real de un vínculo afectivo por un lapso de más de 30 años, lo cual implica que cada uno de los involucrados hizo su vida propia sin tener como pareja a la otra. En consecuencia, no pueden tomarse en consideración para aumentar la cuantía de la pensión alimentaria.

En el fallo también se señala que el hecho de que Rosa Isela no haya cuidado su alimentación, según el informe médico, implica que el sobrepeso que presenta es imputable a ella. Así, el deudor alimentario no tiene obligación legal de financiar el tratamiento requerido por Rosa Isela para abatir sus dolencias, pues traería como consecuencia que el deudor alimentario (Felipe) tuviera que sufragar tantos gastos médicos como padecimientos tenga Rosa Isela, a pesar de que Felipe no haya asumido conducta alguna que hubiera contribuido a su desarrollo, ni existiera la cohabitación y, con ello, el auxilio mutuo para generar alimentos.

Igualmente, indica que la necesidad alimentaria prevista en el Código de Familia estatal no puede constituir una base para otorgarle al acreedor una prerrogativa que merma la capacidad económica del deudor, cuando fue aquel quien propició el deterioro de su salud y, en consecuencia, estos factores no pueden contribuir para el monto de la pensión. De igual manera, no es posible soslayar la separación marital entre las partes por más de 30 años, que el deudor es un adulto mayor, y que sus dos hijos también tienen obligación de contribuir a la manutención de su madre, esto es, no hay razón alguna para que sea Felipe el que pague todos los alimentos so pretexto de una jubilación que obtuvo.

Finalmente, el tribunal colegiado precisa que, si bien es cierto que Rosa Isela es una adulta mayor, al contar con más de 60 años, que sufre de padecimientos en salud —de los cuales no se le puede achacar responsabilidad a Felipe— y que probablemente no esté capacitada para trabajar, Felipe tiene más de 70 años, lo

que lo coloca, de igual modo, con la calidad de un adulto mayor, condiciones que delimitan sus posibilidades económicas.

II. Parte crítica

Una nueva manera de mirar la impartición de justicia con la finalidad de llegar a soluciones integralmente justas es abordar los casos en sede jurisdiccional con perspectiva de género. Se trata de repensar las instituciones y mirarlas con lentes de género, esto es, desde una perspectiva distinta que, sin duda, dará lugar a respuestas diferentes a las tradicionales. La visión ancestral ha abordado los problemas jurídicos, si acaso, desde la igualdad formal, sin atender a los contextos y desigualdades estructurales, ni cuestionar la neutralidad del derecho.

Dicha óptica cobra especial relevancia en el derecho familiar. Esta rama del derecho ha sido, desde hace siglos, un espacio que responde a la composición patriarcal y jerárquica de la sociedad: la génesis y desarrollo de las instituciones familiares tiene esa impronta de prevalencia masculina. No obstante que en tiempos recientes existen aires más igualitarios en su conformación, precisamente, esos esquemas de interpretación y análisis son adoptados en primera y en segunda instancia, incluso por el tribunal de amparo: no se aborda el caso con perspectiva de género y, consecuentemente, en el análisis se soslaya el contexto estructural y personal de desequilibrio que impera en el asunto.

El derecho de familia no se agota en la norma escrita, sino que es crucial la interpretación que de sus instituciones hacen los operadores jurídicos, quienes, de alguna manera, "recaracterizan" las figuras e instituciones establecidas en las normas escritas, ya sea tanto en los códigos civiles como, incluso, en la Constitución misma. La interpretación de las instituciones de derecho de familia que se lleva a cabo en cada caso concreto reflejan de alguna manera los valores de quien interpreta, las creencias y los modelos culturales; ya sea porque todo ello se encuentra reflejado de manera más o menos explícita, o bien porque es la causa de que no se vea más allá, buscando una interpretación que haga realidad la igualdad sustantiva. Nos referimos a que, en muchos casos, la "miopía" del operador jurídico

es causada precisamente por su marco referencial de creencias y modelos culturales.

Como una primera inferencia, es posible advertir la falta de un análisis contextual para determinar la existencia o no de asimetrías. En este sentido, resulta relevante señalar que, desde el juicio de origen, Rosa Isela proporciona elementos que manifiestan este desequilibrio, como es el haberse hecho cargo de la manutención y cuidado de los hijos sin la presencia y colaboración del padre en las obligaciones parentales, entre otros factores. Además, ha tenido que realizar un trabajo fuera de su hogar —de la narrativa que obra en la sentencia se colige que trabaja como empleada doméstica—, combinándolo con las labores de cuidado y el trabajo doméstico en su casa, lo que se denomina "doble jornada".

2.1. Envejecimiento y género

La sentencia omite por completo el tema del impacto del género en las personas adultas mayores. En otras palabras, el tribunal colegiado no toma en cuenta que el envejecimiento repercute de manera desigual en mujeres y hombres. Contrario a ello, parte de la premisa de que se trata de dos personas adultas mayores en igualdad de circunstancias, sin tomar en cuenta que el género tiene una incidencia muy particular en el envejecimiento de las mujeres. Dicho de otro modo, la sentencia no asume una perspectiva de envejecimiento diferencial, ni tampoco la feminización de la vejez.

Con respecto al primer término ("envejecimiento diferencial"), se ha señalado que los varones y las mujeres tienen modos diferenciados de envejecer, de percibir y significar tanto la vejez como el envejecimiento y, con ello, también el cómo afrontarlos. En este punto es importante destacar las diferencias entre envejecimiento y vejez. El envejecimiento es un proceso que se produce con los años y está asociado a los cambios moleculares y celulares propios del ciclo vital, que implican el deterioro funcional y, en última instancia, la muerte. La vejez, en cambio, hace referencia a una etapa de la vida —la última— y es más bien un constructo social al que se le han atribuido roles y posiciones sociales.

Por lo que atañe al fenómeno de feminización de la vejez,[2] es claro que hablar de personas mayores es, sin duda, hablar fundamentalmente de mujeres, porque el impacto diferenciado de la vejez es una realidad. Como punto de partida, hay que tomar en cuenta que la población mundial es mayoritariamente femenina y la esperanza de vida es mucho mayor en las mujeres en prácticamente todos los países del mundo. Desde esta perspectiva, es posible entonces afirmar que "la vejez tiene rostro de mujer", sin que esto signifique que vivir más tiempo implica vivir mejor. En relación con ello, Susan Sontag habla de un doble estándar del envejecimiento: no es lo mismo envejecer siendo hombre que siendo mujer.

Otra situación a destacar es que a las mujeres son a quienes se les ha asignado el rol de cuidadoras y, por tanto, son ellas las que realizan el trabajo doméstico y de cuidado, sin percibir ingresos por ello ni tener acceso a la seguridad social, mucho menos a una pensión por jubilación. El resultado de estos roles atribuidos es que las mujeres son más vulnerables a la pobreza: al llegar a la vejez es habitual que sus condiciones económicas y de salud provoquen severas limitaciones en su calidad de vida.

Las mujeres también están sometidas a patrones de género que inciden de manera directa en la feminización de la vejez, pues el contexto cultural fomenta que se casen con hombres mayores que ellas. Es cierto que existen algunos casos en los que la mujer es mayor que su pareja, o bien, coetáneos, pero, en el primer caso, la sociedad suele ver con recelo y cierto prejuicio la relación.

El fenómeno del matrimonio o relación de pareja en el que la mujer es menor, muchas veces con bastantes años de diferencia, no tendría relevancia alguna si el reparto de las tareas de cuidado fuese igualitario. Sin embargo, la existencia de un desequilibrio en este aspecto, aunado a que las mujeres son más longevas, tiene como efecto que un gran número de mujeres llegan a la vejez viudas o en soledad, sin recursos para hacer frente a las limitaciones, enfermedades y exigencias de la edad, dependiendo para su sub-

[2] Según datos del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo (CONEVAL), seis de cada 10 personas mayores son mujeres. La esperanza de vida promedio para las mujeres es de 78 años, en cambio, para los hombres es de 73 años.

sistencia de otras personas, las más de las veces los hijos e hijas, si es que los hay. Además del panorama que se ha descrito, en innumerables casos, al llegar a cierta edad, las mujeres también se hacen cargo del cuidado de los nietos y nietas.

La sentencia no analiza el caso desde una perspectiva de género y envejecimiento, ni percibe la situación de desventaja múltiple imperante que atraviesa varias categorías: mujer, adulta mayor y condición económica. Los valores y estereotipos acerca de las personas mayores afectan diferenciadamente a las mujeres, cuestión que es relevante al momento de analizar la existencia o no de asimetrías en la relación, así como en el análisis del contexto y de los hechos. En este sentido, no se advierte en la resolución una ponderación sobre el vínculo entre los patrones de género y la situación económica de Rosa Isela. Otra particularidad que se desconoce es el impacto sustantivo en la calidad de vida y en la condición de salud de la implicación femenina en el trabajo doméstico y de cuidados: no se advierte una aproximación al caso bajo esta óptica que pudiera haber sido crucial al momento de determinar la litis y su correcta resolución.

Todos estos matices de enfoque, que no son menores, pasan totalmente desapercibidos para el tribunal y, en cierto modo, con ellos se agrava la situación de vulnerabilidad en que ya se encontraba Rosa Isela. El abordaje del caso desde y con perspectiva de género, y en un contexto de feminización del envejecimiento que perpetúa la desigualdad, es una exigencia de justicia que debió percibir el tribunal para garantizar de modo efectivo los derechos humanos de Rosa Isela, y para que el juicio de amparo fuese realmente efectivo.

2.2. Derecho de alimentos

Los órganos jurisdiccionales que en las respectivas instancias se pronunciaron sobre el tema de los alimentos asumen una óptica del derecho de los alimentos de corte meramente crediticio, sin tomar en cuenta que trasciende el ámbito civil y se proyecta como un derecho humano. El derecho de alimentos alcanza un conjunto de prestaciones cuya finalidad no solo es la estricta supervivencia, sino que también se busca garantizar un nivel de vida

digna. No debe, por tanto, examinarse el factor necesidad exclusivamente desde una dimensión de mera supervivencia, sino que debe interpretarse en clave de derechos humanos, ponderando que la satisfacción de la deuda alimentaria por solo uno de los progenitores produce una satisfacción parcial en los acreedores alimentarios y perjudica sus posibilidades de desarrollo.

La sentencia que se analiza asume que los alimentos se proveen para subvenir a las necesidades presentes y futuras del alimentista, y no para las de épocas ya pasadas en que este ha vivido sin los alimentos que ahora pide, con base en el adagio latino *in praeteritum non vivitur,* característico de la conceptualización hecha por el derecho civil secular. No se puede coincidir con esta postura, que ignora la dimensión del derecho de alimentos como un derecho humano y lo concibe simplemente como una relación entre acreedor y deudor, pues con esta visión se corre el riesgo de anular la eficacia horizontal de los derechos humanos.

Desde la óptica del tribunal colegiado, en los casos en que los alimentos de los menores de edad han sido cubiertos por uno de los progenitores y, por tanto, la obligación alimentaria se encuentra satisfecha, la cuestión entonces debe centrarse en probar que el progenitor —la mayoría de las veces la madre— ha contraído deudas. Se olvida de que los gastos que implican la manutención y la crianza de los hijos no necesariamente obligan a adquirir deudas formales o documentadas. Máxime que, en la mayoría de los casos, no se tiene acceso a créditos bancarios, por lo que es común que se acuda a préstamos informales (amistades, familiares y a la comunidad vecinal) para ir cubriendo poco a poco y día con día las necesidades alimentarias, sin que puedan documentarse detalladamente estas acciones.

La conclusión a la que se arriba en la sentencia impone una carga desproporcionada y revictimizante a la mujer: además de haberse hecho responsable del sostenimiento de los hijos sin la ayuda del padre, con el consecuente deterioro de diversas facetas de su vida y el menoscabo de su proyecto de vida, debe asumir que el esfuerzo económico realizado por sacar adelante a su familia no tiene como origen el pago de alimentos a favor de los hijos, alimentos que son obligación tanto del padre como de la madre, sino que debe probar que adquirió deuda para solventarlos.

Contrario a lo expresado en la sentencia, consideramos que debe ser en el padre —quien no ha cumplido durante años con su obligación alimentaria— en quien debe recaer la carga de probar la existencia de razones justificadas por las que deba ser relevado del pago retroactivo de alimentos. En este punto, es relevante insistir en la posibilidad de acudir a lo que la doctrina procesal moderna ha denominado "cargas dinámicas procesales". La carga dinámica de la prueba aspira a corregir el desequilibrio que se presenta por las reglas rígidas del *onus probandi*. Es decir, se desplaza la prueba para que recaiga la obligación de probar en aquella de las partes que tienen mejor posición para probar, debido a sus condiciones profesionales, técnicas, fácticas, etcétera.

2.3. Condición de salud

Finalmente, todas las temáticas señaladas —perspectiva de género y envejecimiento, así como la consideración de los alimentos como un derecho humano, la posibilidad de flexibilizar el *onus probandi*— no son percibidas por el tribunal colegiado. Todo lo contrario, incluso le reprocha a Rosa Isela su condición de salud, pues señala que ella es la causante del deterioro en su estado físico, por sus malos hábitos y su deficiente alimentación. No advierte que tal circunstancia tiene una relación directa con el contexto, con la doble jornada y con la asunción exclusiva de las responsabilidades parentales, al no haber contado con el padre durante 30 años. No solo se invisibilizan estos aspectos, sino que además se le castiga reprochándoselos y emitiendo una resolución discriminatoria, entre otros motivos, por estado de salud.

En cambio, no está de más insistir, se atribuye a la mujer una doble carga que debía ser compartida por ambos progenitores y no ser asumida de modo unilateral, aunque la relación de pareja no prospere. Esta sobrecarga necesariamente acarrea un deterioro en la mujer: en su bienestar; en su tiempo de ocio y esparcimiento; en el cuidado de su persona, que repercute en la condición de salud, además del estrés que se genera por la exigencia del cumplimiento con las labores de crianza, trabajo doméstico y búsqueda de recursos económicos.

III. Conclusiones

Esta resolución pone de manifiesto que es imperiosa la aplicación de una perspectiva de género en el quehacer jurisdiccional. Sin duda, los resultados a los que se llega aplicando esta metodología son diametralmente opuestos a los que se llegaría si no se toma en cuenta. Se trata, pues, de una exigencia de justicia que los jueces y juezas no pueden dejar de lado, y que tiene un peso específico en el derecho de familia, en el que se plasman con mayor énfasis los roles de género y la desigualdad entre el hombre y la mujer. Las resoluciones jurisdiccionales son, así, una oportunidad privilegiada para lograr, en el aquí y el ahora, un cambio que permee las instituciones familiares.

Fuentes de consulta

Aguirre Cuns, Rosario y Scavino Solari, Sol, "Cuidar en la vejez: desigualdades de género en Uruguay", *Papeles del CEIC*, Vizcaya, núm. 1, 2016.

Cánovas González, Daimar, "La obligación legal de alimentos. Aproximación a su régimen jurídico", en Ojeda Rodríguez, Nancy (coord.), *Ensayos sobre derecho de obligaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

Ramos Toro, Mónica, *Envejecer siendo mujer. Dificultades, oportunidades y retos,* Barcelona, Ediciones Bellaterra, 2017.

Roca Trias, Encarna, *Libertad y familia*, México, Tirant lo Blanch, 2014.

Trujillo Cabrera, Juan, *La carga dinámica de la prueba*, Bogotá, Ediciones Lever, 2006.

Yuni, José Alberto y Urbano, Claudio Ariel, "Envejecimiento y género: perspectivas teóricas y aproximaciones al envejecimiento femenino", *Revista Argentina de Sociología*, Buenos Aires, vol. 6, núm. 10, 2008.

SECCIÓN II
SENTENCIAS EN MATERIA PENAL

Resumen
de la resolución original

Datos.

Sentencia de amparo indirecto dictada por el Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Querétaro, el 6 de octubre de 2010. Sentencia del fuero federal.

El proceso penal derivó de los hechos suscitados entre una pareja de esposos que procrearon una niña. Ellos se divorciaron y la guarda y custodia se decretó a favor de la madre, quien empezó una relación sentimental con otra mujer. Tiempo después del divorcio comenzó a vivir con ella.

El 24 de diciembre de 2007, al enterarse de la relación sentimental de su exesposa con otra mujer, el exesposo, en representación de su menor hija, presentó una denuncia por el delito de corrupción y explotación de menores o incapaces, previsto y sancionado por el artículo 236, párrafo segundo, del Código Penal para el Estado de Querétaro. Denunció que, a raíz de la relación lésbica que sostiene su exesposa, ella "ha realizado acciones que afectan a la niña, pues ha provocado un cambio físico en ella, le ha rapado el cabello, no la deja usar aretes, la viste con ropa de niño, le pone playeras con leyendas 'no soy niña, no soy niña' o 'soy niña pirata' y la induce a jugar con juegos más apropiados para niños".

El 12 de diciembre de 2008, la agente del Ministerio Público ejerció acción procesal penal en contra de la denunciada. No obstante, el juez octavo de primera instancia penal en San José el Alto, Querétaro, negó la orden de aprehensión, al considerar que no se acreditaba el cuerpo del delito ni la probable responsabilidad de la imputada.

Inconforme, la agente del Ministerio Público apeló. Por sentencia de 8 de abril de 2009, la Primera Sala del Tribunal Superior

de Justicia del Estado de Querétaro revocó el fallo apelado y ordenó girar la orden de aprehensión solicitada. El 16 de julio de 2010, la imputada promovió un juicio de amparo indirecto en contra de la sentencia emitida por la Primera Sala Penal de Querétaro.

Determinación

El juez de distrito sobreseyó en el juicio respecto de algunos actos reclamados en contra de ciertas autoridades responsables; consideró infundado el argumento de la quejosa respecto a la violación a la garantía contemplada en el artículo 14 de la Constitución, sobre formalidades esenciales del procedimiento; consideró infundado el concepto de violación respecto a la violación al derecho a la igualdad y no discriminación de la quejosa, contenido en el artículo 1 de la Constitución, pues ella argumentó que la integración del proceso estaba basada en prejuicios homofóbicos y no en cuestiones de tipo legal. Añadió que la denuncia inició a partir de que su exesposo supo que ella tenía preferencias sexuales hacia personas del sexo femenino.

La jueza de distrito consideró fundados los argumentos respecto de la indebida fundamentación y motivación. En efecto, los hechos materia de la causa penal de origen no actualizan la hipótesis delictiva que se atribuye a la quejosa.

Sentencia
al amparo indirecto sobre la discriminación hacia una madre lesbiana

María de la Concepción Vallarta Vázquez
Daniela del Carmen Suárez de los Santos

Acuerdo del Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Querétaro, correspondiente al 6 de octubre de 2010.

Visto Bueno

R E S O L U C I Ó N

Cotejó

Recaída al amparo indirecto promovido por Eloísa Maldonado.[1]

I. ANTECEDENTES

Marco fáctico

1. Eloísa Maldonado contrajo matrimonio con Juan Pérez, con quien procreó a una pequeña niña, Malena Pérez Maldonado, nacida el 14 de agosto de 2005. Tiempo después Eloísa y Juan se divorciaron, y la guarda y custodia de su hija fue decretada a favor de la madre. Eloísa Maldonado inició una relación sentimental con otra mujer, Mónica Cacho, con quien empezó a vivir poco tiempo después del divorcio.

Denuncia

2. El 24 de diciembre de 2007, al enterarse de la relación sentimental de su exesposa con otra mujer, Juan Pérez, en representación de su menor hija, presentó una denuncia en su contra por el delito de corrupción y explotación de menores o incapaces, previsto y sancionado por el artículo 236, párrafo segundo, del Código Penal para el Estado de Querétaro[2] (Código Penal de Querétaro).

---

1 Los nombres de las partes fueron modificados para los propósitos de este trabajo académico.

2 Artículo 236. Al que procure o facilite la depravación sexual de un menor de dieciocho años de edad o un incapaz, o lo induzca, incite o auxilie a realizar actos de exhibicionismo corporal, lascivos o sexuales, prostitución, ebriedad, consumo de sustancias prohibidas, a formar parte de una asociación delictuosa

3. En la denuncia, Juan explicó que, "a raíz de la relación lésbica" que Eloísa inició con otra mujer, esta "ha realizado acciones que afectan a la niña […], pues ha provocado un cambio físico […] le ha rapado el cabello, no la deja usar aretes, la viste con ropa de niño, le pone playeras con leyendas 'no soy niña, no soy niña' o 'soy niña pirata', la induce a jugar con juegos más apropiados para niños".

Averiguación previa

4. El 22 de mayo de 2008, la agente del Ministerio Público ordenó el trámite de la averiguación previa correspondiente, en la cual se recabaron fotografías de la niña y un dictamen en materia de psicología (de los cuales se desconoce su contenido).

Acción procesal penal

5. El 12 de diciembre de 2008, la agente del Ministerio Público ejerció acción procesal penal en contra de Eloísa, al considerarla probable responsable del delito de corrupción y explotación de menores, previsto y sancionado en el artículo 236, segundo párrafo, del Código Penal de Querétaro.

Negativa de la orden de aprehensión

6. Por sentencia de 8 de enero de 2009, el juez octavo de primera instancia penal en San José el Alto, Querétaro, negó librar la orden de aprehensión solicitada, al considerar que no se acreditaba el cuerpo del delito ni la probable responsabilidad de Eloísa.

Apelación

7. La agente del Ministerio Público apeló. Así, por sentencia de 8 de abril de 2009, la Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro (Primera Sala Penal) revocó el fallo apelado y ordenó girar la orden de aprehensión solicitada.

8. La Sala estimó que la madre de la niña "causó una afectación a su integridad", pues "ha rapado el cabello de su hija, no la deja usar aretes, la viste con ropa de niño, le pone playeras con las leyendas 'no soy niña, no soy niña' o 'soy niña pirata', la induce a jugar con juegos más apropiados a los niños".

Amparo indirecto

9. El 16 de julio de 2010 Eloísa promovió juicio de amparo indirecto en contra de la sentencia emitida por la Primera Sala Penal de Querétaro. La quejosa señaló que el acto reclamado viola los derechos humanos contenidos en los artículos 1, 14, 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que: *i)* no existen elementos

---

o a cometer cualquier otra conducta o hechos previstos por la Ley como delitos, se le impondrá prisión de 2 a 10 años, y de 200 a 750 días multa.

que acrediten el cuerpo del delito que se le imputa ni su probable responsabilidad en su comisión, y *ii)* "la resolución tildada de inconstitucional está basada en prejuicios homofóbicos", pues su exesposo la denunció a partir de que inició una relación sentimental con otra mujer. Asimismo, la quejosa señaló como tercero perjudicado a Juan Pérez, quien fue emplazado debidamente al juicio de amparo.

Admisión de la demanda

10. Por auto de 16 de julio de 2010, la jueza segunda de distrito en el estado de Querétaro: *i)* admitió a trámite la demanda de garantías; *ii)* solicitó el informe justificado a la autoridad responsable; dio vista al Ministerio Público de la Federación, y *iii)* señaló el 6 de octubre de 2010 para celebrar la audiencia constitucional.

II. EXISTENCIA DEL ACTO RECLAMADO Y CAUSALES DE IMPROCEDENCIA

11. Es *cierto* el acto reclamado a la autoridad responsable, ya que así lo ha reconocido en su informe justificado; manifestaciones expresas que bastan para tener a dichos actos por confesados y plenamente evidenciados, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 95 y 96 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo.

12. Por otro lado, no se advierte la actualización de causales de improcedencia, toda vez que las partes no las hicieron valer, ni se advierte que oficiosamente deba estudiarse alguna, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 73 de la Ley de Amparo; en consecuencia, se procede el estudio de la cuestión de fondo planteada.[3]

III. ESTUDIO DE FONDO

13. Previo a entrar al estudio de fondo del presente asunto, se estima necesario reparar en dos cuestiones fundamentales: la *primera*, que en el presente asunto se suplirá la deficiencia de la queja por tratarse de materia penal, en términos del artículo 76 bis de la Ley de Amparo, así como de diversos criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[4]

---

[3] El presente asunto se presentó oportunamente, es decir, dentro del plazo legal establecido para ello y estas juzgadoras son competentes para conocer del presente asunto en razón del territorio, materia, grado y turno, en términos del Acuerdo General 18/2008 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal y 46/2008.

[4] Tesis de rubro: Suplencia de la queja deficiente. Consiste en examinar cuestiones no propuestas, independientemente de que resulten favorables o desfavorables para quien se suple, Novena Época, Tesis de jurisprudencia 2a./J. 26/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVII, marzo de 2008, p. 242. Registro digital: 170008.

14. La *segunda*, que en el presente caso se encuentran involucrados los derechos de la niña Malena Pérez Maldonado, hija de la quejosa y del tercero perjudicado. Por lo anterior, en el dictado de la presente resolución también se velará en todo momento por su interés superior, en términos del mandato establecido en artículo 4, párrafo sexto, de la Constitución Federal[5] y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[6]

15. Aclarado lo anterior, esta juzgadora declara *fundados los conceptos de violación* hechos valer por la parte quejosa, suplidos en su deficiencia, pues, tal y como sostiene en la demanda de amparo: no existen elementos probatorios suficientes que acrediten el cuerpo del delito de corrupción y explotación de menores ni la probable responsabilidad de la quejosa en el presente caso. Así, tal y como se desarrollará en la presente ejecutoria, el actuar de la responsable constituye un acto discriminatorio no solo en contra de la madre de la niña, sino de la niña en sí.

16. A efecto de propiciar una mejor comprensión del asunto, el estudio se dividirá de la siguiente forma: en primer lugar se explicará por qué los hechos imputados a la quejosa no constituyen una conducta típica; enseguida se analizará el actuar discriminatorio de la responsable y los perjuicios que plasmó en su resolución, que dieron lugar a la emisión de su fallo, y, finalmente, se ordenará una serie de reparaciones en el presente caso.

1.1. Análisis y alcance de los hechos imputados a la quejosa

17. La autoridad responsable determinó revocar la negativa del libramiento de la orden de aprehensión dictada por el juez de primera instancia, al considerar que se acreditó el cuerpo del delito y la probable responsabilidad en la comisión del ilícito de corrupción y explotación de menores o incapaces, previsto y sancionado por el artículo 236, párrafo segundo, del Código Penal de Querétaro.

18. Ahora bien, para determinar si se acreditaron los elementos del tipo penal, es necesario citar el contenido textual del artículo 236, párrafo segundo, del Código Penal que lo regula:

> Artículo 236. [...] Al que procure o facilite la depravación sexual de un menor de dieciocho años de edad o un incapaz, o lo induzca, incite o auxilie a realizar actos de exhibicionismo

[5] Artículo 4. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. […]
Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

[6] Artículo 19. Derechos del Niño: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren, por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

> corporal, lascivos o sexuales, prostitución, ebriedad, consumo de sustancias prohibidas, a formar parte de una asociación delictuosa o a cometer cualquier otra conducta o hechos previstos por la Ley como delitos, se le impondrá prisión de 2 a 10 años, y de 200 a 750 días multa.

19. Del artículo transcrito se desprende que los elementos constitutivos del delito de corrupción de menores son:

A. Procurar o facilitar la depravación sexual de un menor de 18 años de edad o incapaz.

B. Incitar o auxiliar a realizar cualquiera de los siguientes actos:

i) exhibicionismo corporal; lascivos o sexuales; prostitución; ebriedad o consumo de sustancias prohibidas;

ii) formar parte de una asociación delictuosa, y

iii) cometer cualquier conducta o hechos previstos en la ley como delitos.

20. La Sala Penal de Querétaro estimó que la quejosa "transgredió la integridad de su hija", pues, "a raíz de la relación lésbica" que Eloísa inició con otra mujer, "ha realizado acciones que afectan a la niña […], le ha provocado un cambio físico […] le ha rapado el cabello, no la deja usar aretes, la viste con ropa de niño, le pone playeras con leyendas 'no soy niña, no soy niña' o 'soy niña pirata', la induce a jugar con juegos más apropiados para niños".

21. Al respecto, estas juzgadoras consideran que los hechos narrados de ninguna forma pueden entenderse como una *procuración, facilitación o incitación a la depravación* sexual en la niña y, como consecuencia de ello, la práctica voluntaria de actos sexuales prematuros como: *exhibicionismo corporal; lascivos o sexuales, o prostitución*; en términos del tipo penal citado.

22. Es decir, resulta insuficiente que una niña no tenga aretes en las orejas, use pantalones y playeras con las leyendas "no soy niña, no soy niña" o "soy niña pirata" y tenga el cabello rapado, para considerar que se está facilitando la depravación sexual de una persona que no ha alcanzado la mayoría de edad. De hecho, estas conductas resultan irrelevantes para el derecho, mucho más cuando nos encontramos en el ámbito de lo punitivo, pues ello pretendería sancionar a quien decide expresar su personalidad fuera de los roles y formas socialmente aceptados.

23. Así, se concluye que la Sala responsable violó el principio constitucional de exacta aplicación de la ley penal, pues la conducta que se atribuye a la quejosa ni siquiera constituye una conducta típica susceptible de ser analizada como una infracción a las normas punitivas penales. Sirve de apoyo a lo anterior la tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de rubro: "Exacta aplicación de la ley penal. significado y

alcance de esta garantía contenida en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Federal".[7]

24. Finalmente, se destaca que lo notorio y evidente de la inconstitucionalidad del acto reclamado hacen concluir a esta juzgadora que la decisión de la responsable se encuentra basada en *estereotipos de género* y en "prejuicios homofóbicos", como bien lo alega la quejosa; mismos que se traducen en una forma de violencia y discriminación en contra de la mujer, tal y como se explicará en el siguiente apartado de la resolución.

3.2. Actuar discriminatorio y estereotipado de la responsable

3.2.1. Estándar aplicable

25. Para iniciar, es importante mencionar que el tercer párrafo del artículo primero de la Constitución Federal, Título Primero, Capítulo I: De las Garantías Individuales, prohíbe la discriminación motivada por el género, tal y como se advierte de su contenido:

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

26. Así, tenemos que en el Estado mexicano se prohíben expresamente los actos discriminatorios por *razón del género*. Esto es importante para el análisis del presente caso, pues, como se demostrará, diversas autoridades que conocieron del presente asunto discriminaron justamente por este motivo. Se explica:

27. La distinción entre los términos "sexo" y "género" es importante para el análisis del presente caso. El primero de los términos hace referencia a las diferencias *biológicas* entre hombres y mujeres. En cambio, el segundo atiende a las *costumbres, prácticas y normas* a partir de las cuales, en un determinado contexto sociocultural y momento histórico, las di-

[7] Tesis de rubro y texto: Exacta aplicación de la ley penal. Significado y alcance de esta garantía contenida en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Federal. El significado y alcance de dicha garantía constitucional no se limita a constreñir a la autoridad jurisdiccional a que se abstenga de imponer por simple analogía o por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al hecho delictivo de que se trata, sino que también obliga a la autoridad legislativa a emitir normas claras en las que se precise la conducta reprochable y la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito, a fin de que la pena se aplique con estricta objetividad y justicia; que no se desvíe ese fin con una actuación arbitraria del juzgador, ni se cause un estado de incertidumbre jurídica al gobernado a quien se le aplique la norma, con el desconocimiento de la conducta que constituya el delito, así como de la duración mínima y máxima de la sanción, por falta de disposición expresa. Tesis aislada LXXXIX/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, agosto de 2005, p. 299. Registro digital: 177613.

versidades biológicas se traducen en diferencias socialmente construidas que conducen a oportunidades y condiciones de vida desiguales.[8]

28. La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en su cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008:

> RESUELVE:
>
> Manifestar preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género.[9]

29. El 4 de junio de 2009, la Asamblea General de la OEA, con base en la Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género[10] presentada a la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2008,

> RESUELVE:
>
> Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género.
>
> Instar a los Estados a asegurar que se investiguen los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia.[11]

30. Por su parte, los estereotipos de género han sido definidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), precisamente en el caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, como una "pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente".[12]

---

8 Tramonana, Enzamaria, "Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José", *Revista IIDH*, San José, vol. 53, enero-junio de 2011, p. 143.

9 OEA, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008, *https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2435_XXXVIII-O-08.pdf*

10 Asablea General de Naciones Unidas, Carta de fecha 18 de diciembre de 2008 dirigida al presidente de la Asamblea General por los representantes permanentes de la Argentina, el Brasil, Croacia, Francia, el Gabón, el Japón, Noruega y los Países Bajos ante las Naciones Unidas, 22 de dicimebre de 2008, *https://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Declaracion_ONU.pdf*

11 OEA, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010, *https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2600_XL-O-10_esp.pdf*

12 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205, párr. 401.

31. Así, en palabras del Tribunal interamericano, uno de los principales problemas de los estereotipos de género es que:

A. Se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas, actos y prácticas de autoridades estatales.

B. En caso de no cumplir con el mandato social o históricamente determinado entre hombres y mujeres, se discrimina, se limitan o se violan derechos injustificadamente, tal y como sucedió en el presente caso.

C. La violencia basada en el género constituye una grave forma de discriminación, lo cual actualiza un incumplimiento al deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

32. Sobre el tema, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará, señala que la violencia en contra de la mujer "debe entenderse [como] cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".[13]

33. Además, la referida Convención establece que la violencia contra la mujer puede ser física, sexual y psicológica:

A. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica, o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

B. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y

C. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

34. Asimismo, el inciso 2 de los Principios de Yogyakarta menciona que "todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género". Y que "[la] ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier forma de discriminación de esta clase".

---

[13] Artículo 1. Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

35. Así, los derechos humanos de las mujeres pueden ser violados en formas diferentes a los de los hombres, toda vez que determinadas violaciones atentan contra la mujer solo por el hecho de serlo. En realidad, las normas jurídicas han sido tradicionalmente aplicadas de acuerdo con estereotipos de género y desde una perspectiva masculina, es decir, tomando como referencia a los hombres.[14]

36. Finalmente, se aclara que no es necesaria la comprobación de una diferenciación de trato para que la totalidad de dicha decisión esté basada "fundamental y únicamente" en el género de la persona, pues basta con constatar que, de manera explícita o implícita, se tuvo en cuenta hasta cierto grado dicho motivo para adoptar una determinada decisión.[15]

3.2.2. Análisis del caso en concreto

37. De los elementos probatorios que obran en el expediente, se advierte que tanto el Ministerio Público como la Sala responsable consideraron que el hecho de que la señora Eloísa iniciara una relación con otra mujer "atentaba contra la integridad" de la niña, toda vez que, a raíz de dicha "relación lésbica", la niña "cambió de físico", por no usar aretes, "vestir ropa de niño" y porque se le "induce a jugar con 'juegos más apropiados para niño'".

38. Al respecto, la Sala Penal de Querétaro estimó que la quejosa transgredió la integridad de su hija, pues "a raíz de la relación lésbica" que Eloísa inició con otra mujer, "ha realizado acciones que afectan a la niña […], le ha provocado un cambio físico […] le ha rapado el cabello, no la deja usar aretes, la viste con ropa de niño, le pone playeras con leyendas 'no soy niña, no soy niña' o 'soy niña pirata', la induce a jugar con juegos más apropiados para niños".

39. Como se explicó, los hechos denunciados bajo ninguna lectura constituyen una conducta típica susceptible de sancionarse a la luz del derecho penal, pues ello pretendería castigar a quien decide expresar su personalidad fuera de los roles de género socialmente aceptados.

40. Es por ello que el padre de la niña, el aquí tercero interesado, ejerció una forma de violencia de género en contra de su exesposa, buscando que se le sancionara penalmente y se le retirara la custodia de su hija por el simple hecho de iniciar una relación con otra mujer, es decir, por no cumplir con el rol de género de "buena madre" o "buena esposa" que la sociedad esperaba de ella.

41. Lo más grave del presente asunto es que dos autoridades estatales (Ministerio Público y Sala responsable) acogieron e hicieron suyos los argumentos del denunciante y

---

14 Tramonana, Enzamaria, *op. cit.*

15 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso E.B. vs. Francia,* sentencia de 22 de enero de 2008, núm. 43546/02, párr. 50.

los materializaron en actos de autoridad, lo cual únicamente puede traducirse en un acto discriminatorio en razón del género, prohibido expresamente por nuestro artículo 1 de la Constitución Federal, previamente citado, así como por el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

42. Por otro lado, se advierte que la decisión de la responsable también discriminó a la hija de la quejosa y, en consecuencia, contravino el principio de su interés superior. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación general núm. 7, explicó que las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como, en el presente caso, a la orientación sexual de la madre.[16]

43. En ese entendido, toda vez que la Sala responsable consideró como fundamento para su decisión la orientación sexual de la madre, discriminó, a su vez, a la niña Malena, pues este caso no existiría en la vida jurídica si la madre fuese heterosexual y si el comportamiento, vestimenta y juegos de la infante fueran apegados a los roles de género socialmente aceptados para su sexo.

44. Finalmente, se aclara que la niña tiene el derecho de manifestar de manera libre sus preferencias, al vestirse de cierta manera o jugar con objetos que, en su contexto cultural, se asocian a los varones.

IV. REPARACIONES A DICTAR EN EL JUICIO DE AMPARO

45. El artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que "[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que *se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados*" (cursivas añadidas) y, adicionalmente, "si ello fuera procedente, que se *reparen las consecuencias* de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el *pago de una justa indemnización* a la parte lesionada" (cursivas añadidas).

46. Sobre el tema de las reparaciones en contextos de discriminación en contra de la mujer, la Corte IDH, en el *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, estableció que "las reparaciones deben tener *una vocación transformadora de dicha situación*, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación" (cursivas añadidas).[17]

---

16 Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación general núm. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7, 30 de septiembre de 2005, párr. 12.

17 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, cit.*, párr. 450.

47. Es por ello que, con fundamento en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la sentencia de la Corte IDH dictada en el mencionado caso en contra de México, estas juzgadoras ordenan, como parte del cumplimiento en el presente juicio de amparo:

A. Que en la resolución que emita en cumplimiento a la presente ejecutoria de amparo la Sala responsable ofrezca una disculpa a la quejosa por los actos discriminatorios que plasmó en su resolución, la cual deberá publicarse en el *Diario Oficial de la Federación* y en el diario de mayor circulación de Querétaro.

B. Que el Consejo de la Judicatura local capacite en materia de perspectiva de género, orientación sexual y no discriminación a sus jueces y juezas.

C. Que las y los magistrados que componen la Sala responsable acudan a una capacitación permanente en género, orientación sexual y no discriminación.

D. Que la agente del Ministerio Público que solicitó la emisión de la orden de aprehensión sea capacitada en perspectiva de género, orientación sexual y no discriminación.

V. EFECTOS

48. En ese sentido, los efectos del presente juicio de amparo constriñen a la Sala responsable a emitir otro fallo, en el cual, en estricto acatamiento a los lineamientos de esta resolución, analice la validez del fallo apelado.

49. Asimismo, deberán girarse los oficios correspondientes al Consejo de la Judicatura local, así como al Ministerio Público, a efecto de que acaten las reparaciones dictadas en el presente asunto; en el entendido que deberán informar, en términos de la Ley de Amparo, los avances en el cumplimiento.

VI. RESOLUTIVOS

PRIMERO. La Justicia de la Unión ampara y protege a Eloísa Maldonado, parte quejosa en el presente asunto, para los efectos precisados en el considerando cuarto de esta sentencia.

SEGUNDO. Devuélvanse los autos a la autoridad responsable.

CÚMPLASE.

Así lo resolvieron las juezas María de la Concepción Vallarta Vázquez y Daniela del Carmen Suárez de los Santos.

Comentario
a la sentencia del amparo indirecto sobre el delito de corrupción de menores y la discriminación hacia una madre lesbiana

Fabiola Martínez Ramírez

I. Introducción

Ese trabajo expone, de manera breve, una serie de aproximaciones en torno al análisis de una sentencia desde la perspectiva de género. Para ello, se utilizó como base el estudio crítico de una resolución judicial y los elementos que, desde la integración de dicha sentencia, motivaron algún pronunciamiento desde una visión académica.

La perspectiva de género constituye una metodología de interpretación para la resolución de casos en los que se identifiquen asimetrías de poder entre las personas que son parte en un proceso judicial, que contribuye a resolver las diferencias o desigualdades formales, materiales, sociales o, en su caso, económicas que existan entre ellas en el proceso, y en los que no considerarlas derive en una violación a un derecho y, por ende, una violación al propio acceso a la justicia.

Esta metodología de interpretación, destinada a ser ejercida por las y los intérpretes de las disposiciones normativas, forma parte de las obligaciones generales del Estado mexicano, y también conlleva el cumplimiento de los deberes específicos. En este sentido, su aplicación entraña la perspectiva de derechos humanos a través de la cual es posible resolver una controversia en un marco de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, valorando los derechos inmersos.

Este primer planteamiento nos permite asegurar que, en sí mismas, la actividad jurisdiccional y la aplicación de este enfoque

de género para la solución de controversias poseen una dimensión pública y social; la *primera* porque representa una actividad del Estado sometida a la rendición de cuentas, a la transparencia y al cumplimiento de los deberes contemplados en el artículo primero de la norma fundamental. Es decir, la aplicación de la perspectiva de género consiste en una obligación de las autoridades jurisdiccionales.

La *segunda* porque, a través del ejercicio interpretativo que realizan las y los jueces es posible que en sus resoluciones —las cuales son elaboradas conforme al estándar hermenéutico de derechos vigente en un determinado sistema jurídico y que recogen contenidos de fuente constitucional e internacional— se dé cumplimiento a los compromisos asumidos por virtud del parámetro de regularidad constitucional, pero, además, porque con su labor al decidir respecto de una controversia entre las partes es posible propiciar una transformación encaminada a materializar la igualdad entre las personas.

En este contexto, el efecto de las sentencias que emiten las y los jueces tiene un poder transformador, o debería tenerlo. Su labor no se circunscribe a resolver un determinado planteamiento a través de un juicio, sino que trasciende en esta perspectiva social, con vocación genuina de cambio, y permite entender y aprehender una nueva cultura de derechos entre las personas en donde impere la igualdad.[1]

Ferrer Mac-Gregor señala, en torno al acceso a la justicia en el constitucionalismo contemporáneo, que "trasciende lo jurisdiccional"; asimismo, que existe un binomio entre "justicia y sociedad", para lo cual cita al renombrado profesor Calamandrei, quien señaló en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México que "en el proceso puede existir entre las partes una igualdad teórica a la que no corresponde una pa-

[1] Sobre este tema se sugiere revisar, Martínez Ramírez, Fabiola, "Estándares interpretativos para la aplicación de la perspectiva de género en la resolución de casos en derechos humanos y participación política", en Pérez Cepeda, María y Eguiarte Mereles, Carlos Rubén (coords.), *Desafíos de la democracia incluyente. En el marco del 40 aniversario de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant Lo Blanch-Instituto Electoral del Estado de Querétaro, 2019, pp. 23-35.

ridad de hecho; las dos son personas en el mismo sentido pero los medios que disponen para hacer valer esta igualdad son desiguales. Y esta desigualdad de medios puede significar, dentro del proceso una desigualdad de oportunidades".[2]

Sin adelantar mi comentario, es posible entonces inferir que la actividad judicial con enfoque de género nos aproxima a la igualdad entre las personas, persigue el fin planteado por el profesor de Florencia, por lo que las y los jueces, en todas las instancias, deben perseguir el fin último el derecho, es decir, la transformación de la cultura —probablemente un objetivo no primario en muchos casos, pero que apunta a un efecto mayúsculo a través de las decisiones judiciales—.

Esto es así porque con su labor de individualizar una norma al caso en concreto se propicia la transformación del lenguaje, de las interpretaciones y del contenido de los derechos; representa la garantía del acceso efectivo a la justicia, ampliando la concepción de que esta solo implica la vía de la jurisdicción, bajo un proceso justo que persiga el cumplimiento de las decisiones y que favorezca, además, la igualdad entre las personas, sobre todo en sociedades como la nuestra, donde impera una desigualdad no solo por cuestiones de género, sino por diversos factores que exacerban tal condición, entre ellos uno que especialmente llama la atención: la pobreza.

De ahí que la reflexión del estudio de una sentencia con perspectiva de género invite a una concepción más amplia que la sola metodología de análisis de sentencias, que involucre otros elementos que permitan la efectividad —desde lo procesal— en el acceso a la justicia para las personas en igualdad de derechos. Cappelletti y Garth ya anunciaban un movimiento mundial para la efectividad de los derechos desde 1983, estudio que no solo se realizó desde la perspectiva procesal, sino a partir de otras disciplinas sociales. En este marco, el Estado liberal ha dado pleno

[2] Calamandrei, Piero, *Proceso y democracia*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, Europa-América, 1960, p. 181, *cit*. por Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "La justicia y el constitucionalismo social", en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, México, IIJ- UNAM-El Colegio de México, 2011, p. 111.

reconocimiento al acceso a la justicia como un derecho fundamental.[3]

En relación con esto, es indispensable que las sentencias consideren a la perspectiva de género como una obligación en la impartición de justicia, que es un deber de "garantía", a través del cual la o el juez decida transformar una desigualdad motivada por una condición de género en un elemento de acceso a la justicia, cuyo efecto se prolongue en el tiempo a través de las medidas que en ella se impongan, o bien, a través de las garantías de no repetición que bajo su labor creativa diseñe para transmutar la cultura de los derechos.

II. Lenguaje de la sentencia

La aplicación de la perspectiva de derechos humanos y, concretamente, del enfoque de género, involucra obligaciones encaminadas a la transformación de la cultura basada en estereotipos de género y prejuicios que tanto lesionan a la igualdad como principio fundamental de los derechos humanos. Resulta indispensable también la integración del concepto "derechos humanos" al lenguaje coloquial, con todas las implicaciones normativas que ello traiga consigo, así como superar el concepto de "garantías" en la redacción y estructura de las sentencias. La tan importante reforma constitucional de 2011 propició un cambio de paradigma que no solo redundó en el cambio nominal del título I de la Constitución, sino que trajo aparejada una nueva cultura de los derechos.

Así, la concepción tradicional de "garantías individuales" queda superada para dar cabida al concepto de los derechos humanos, lo que propicia una configuración liberada de la idea tradicional del clásico constitucionalismo. Las ideas expresadas por Carmona Tinoco reafirman este sentir, al señalar que "[...] podemos afirmar que hubiera sido mejor técnicamente la nomenclatura única de 'Los derechos humanos', pero reconocemos que hay inercias aún muy arraigadas, que han sido difícil vencer

[3] Capelletti, Mauro y Garth Bryan, *El acceso a la justicia (movimiento mundial para la efectividad de los derechos; informe general),* trad. de Samuel Amaral, Buenos Aires, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de la Plata, 1983.

para dejar atrás, en definitiva, la nomenclatura de 'garantías' en el Apartado sustantivo de los derechos".[4]

Coincidimos con el autor porque, desde la perspectiva de la estructura y lenguaje de la sentencia —cuyo efecto irradia la definición de los derechos—, resultaría plausible en cualquiera de las instancias utilizar un lenguaje de derechos humanos y un lenguaje con perspectiva de género, que no solo resulte incluyente, sino, además, que contribuya al cumplimiento del recurso judicial efectivo, sencillo y rápido destinado a las personas.

En ese sentido, "el derecho establecido en el artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes. A la vista de lo anterior, el Estado tiene la responsabilidad no solo de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, sino también la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales".[5]

Consecuentemente, es oportuno señalar que las y los jueces de primera instancia tienen una labor fundamental, pues son jueces de constitucionalidad y convencionalidad, en la medida en que garantizan el cumplimiento de la Constitución y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que la igualdad, como principio, debe ser preferente no solo en el uso del lenguaje, sino en el impacto de la decisión asumida a través de una resolución jurisdiccional. Su tarea va encaminada a determinar si se ha producido o no una violación a algún derecho de las personas inmersas en la contienda y restituirlo bajo la perspectiva de los derechos humanos.

En este marco, consideramos que la importancia del lenguaje incluyente en las decisiones judiciales va más allá de solo visibi-

---

4 Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales", en Salazar Ugarte, Pedro y Carbonell, Miguel (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IIJ-UNAM, 2011, p. 43.

5 Véase Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C, núm. 276. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 33.

lizar a las partes en el proceso o a las minorías inmersas; no se reduce a la sola identificación de grupos en situación de desventaja, sino que también permite una igualdad sustantiva al resolver —por virtud de la aplicación del marco jurídico constitucional y convencional— las diferencias motivadas por la pobreza, el sexo, la preferencia sexual o cualquier otra condición basada en el género que propicie una vulnerabilidad.

Las decisiones tomadas en los procesos contribuirán a la efectividad del derecho de acceso a la justicia en la medida en que aseguren el derecho de las partes como un verdadero deber jurídico de las y los funcionarios jurisdiccionales —en virtud de que es una actividad propia del Estado— y aporten elementos que garanticen el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la norma fundamental y los tratados internacionales.

La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos.[6] La importancia de dicho principio ha sido enfatizada en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y constituye, en sí mismo, un principio de *ius cogens*.

III. Sobre el delito de corrupción y explotación de menores y la decisión del órgano judicial

La inclusión de los principios de derechos humanos ha permitido a las resoluciones judiciales y al propio proceso judicial analizar la desigualdad de las partes, que va más allá de la decisión de un caso concreto, como se ha señalado supralíneas. Esto es así en razón de que los argumentos planteados por la o el juez y las partes van encaminados a construir un diálogo de derechos humanos que traspase la sola eficacia directa de la sentencia y que, por virtud de la *res interpretata,* identifique situaciones sistemáticas y endémicas de desigualdad, llamadas a resolver.

[6] Corte IDH. OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión consultiva de 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18, párr. 83.

Las necesidades de reconstrucción se motivan justamente al tenor de los deberes asumidos por el Estado, desde una perspectiva constitucional e internacional, y plantean el carácter obligatorio, permanente y transversal de "juzgar con perspectiva de género", lo cual trae implícito un ejercicio generoso de interpretación de derechos fundamentales que va más allá de la mera resolución judicial y la aplicación de la subsunción. Involucra otras etapas del proceso (*lato sensu*), como la investigación, la admisión y la valoración de pruebas, la sanción y la propia reparación integral del daño.

Desde dicha lectura, es posible, entonces, asumir que la perspectiva de género es transversal a todo el proceso judicial. El caso que nos ocupa nos lleva a establecer *prima facie* que resulta indispensable la existencia de medios idóneos encaminados a la materialización del derecho, que no solo posibiliten el acceso a la jurisdicción, sino a un proceso justo y a una sentencia judicial que sea ejecutada y que contenga, a su vez, una reparación integral a las víctimas, bajo los estándares mínimos de los derechos y libertades humanas.

En uno de los casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se estableció con claridad que "la noción igualdad, se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano, y es inseparable de la dignidad esencial de la persona".[7] Por tanto, el derecho a la igualdad puede considerarse como un presupuesto para el ejercicio de los demás.

La sentencia objeto de estudio del presente documento, inicialmente, promueve la discusión al tenor de la existencia de prejuicios homofóbicos que pueden provocar la vulneración de derechos de las personas y considera indebidamente elementos que, en la tesitura de la comisión o no de un acto delictivo, redundan en una infracción a las disposiciones normativas.

Así, es pertinente asumir que la o el juez, en el sentido amplio de la palabra, no solo se encuentra obligado a decidir respecto de una controversia desde el principio *iura novit curiae*, esto es, "el

[7] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239, párr. 79.

juez es el encargado de conocer o saber el derecho, y las partes son las responsables de demostrarle los hechos",[8] sino, además, a resolver los casos que le son sometidos propiciando la igualdad de oportunidades de las partes, para ser oídas y vencidas en juicio, así como su igualdad en la aportación de pruebas y, desde luego, en el análisis del contexto en el que se desarrollan los hechos materia del litigio.

Del análisis de la resolución judicial se advierte que el tribunal de alzada no emitió pronunciamiento alguno respecto a la preferencia sexual de la presunta responsable de la comisión del delito, sino que atribuye la lesión a lo que denomina "depravación sexual", por considerar actos que han provocado un cambio físico en la niña, quien resulta ser víctima de la comisión del delito, en virtud de haber modificado algunos comportamientos relativos a la identidad de género, lo que, desde la perspectiva del estudio del órgano judicial, representa un delito.

Es importante recordar que, si bien la jueza o el juez ejerce un poder a través de la decisión de los casos que le son sometidos, lo cierto es que dicho monopolio se encuentra regulado por el marco legal, constitucional y convencional, es decir, las normas jurídicas individualizadas que se obtienen son elaboradas con base en dicho parámetro jurídico, ajeno a los estereotipos de género que tradicionalmente se han desarrollado en un sistema binario, asignando roles a mujeres y hombres, provocando con ello prejuicios, discriminación y exclusión en la cultura social.

En lo particular, el derecho internacional de los derechos humanos ha evidenciado prácticas de discriminación y de violencia a las que son sometidas las personas gays, lesbianas, bisexuales, transexuales, intersexuales y otras. Calificar la orientación sexual o la identidad de género de una niña por usar o no aretes o por tener el cabello corto supone, *per se*, una violación para las partes en el proceso basada en un contexto de desigualdad estructural de género que propicia conductas normalizadas y sistemáticas discriminatorias.

[8] Virdzhiniya, Georgieva Petrova, *Los principios comunes a los tribunales internacionales*, México, IIJ-UNAM 2018, p. 219.

En relación con ello, de la lectura del artículo primero de la Constitución mexicana se identifica un bloque normativo que establece la obligación de interpretar con perspectiva de derechos humanos y con perspectiva de género las normas que se aplican, evitando limitar o restringir los derechos con base en la percepción del género.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva 24/17,[9] resalta la importancia de considerar a la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género como categorías especiales protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No debe pasar inadvertida la interpretación del Tribunal regional al señalar que el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres, respectivamente. Ante tal circunstancia, es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades policiales y judiciales, como ocurrió en el caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*.[10]

De la misma manera, la aplicación de la perspectiva de género obliga a que el o la jueza analice los hechos sin estereotipos ni ideas preconcebidas que propicien la discriminación de alguna de las partes en el proceso y que, consecuentemente, motiven una valoración y un trato diferenciado que lesione los derechos fundamentales de acceso a la justicia, debido proceso e igualdad procesal. Un error sobre los hechos o una apreciación errónea a partir de estereotipos y prejuicios que concluyen en violencia de género.

---

9 Corte IDH. OC-24/17. Identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión consultiva de 24 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 24.

10 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205, párr.401.

En el caso bajo estudio, la calificación del hecho delictivo se realizó con fundamento en dichas preconcepciones: "la prohibición de discriminar con base en la identidad de género, se entiende no únicamente teniendo en cuenta a la identidad real o auto-percibida, también se debe entender en relación a la identidad percibida de forma externa, independientemente que esa percepción corresponda a la realidad o no".[11]

Desde esta perspectiva, la calificación de los juegos o la forma de vestir que son "apropiados" para las niñas o niños representa una idea preconcebida desde un contexto cultural que impone restricciones al ejercicio de los derechos. Así, el alcance del derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes debe ser reconocido como una buena práctica de los Estados, pero, sobre todo, como una obligación constitucional y convencional.

Asimismo, del contenido de la resolución analizada se observa que la identificación de la terminología que se refiere al concepto de la "menor" propicia exclusión y discriminación. Esta constatación afirma que el concepto apropiado es el de "niña", en términos del artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En general, del estudio de dicha resolución es posible señalar que la conducta considerada como delito no se ajusta al contenido normativo del artículo 236 del Código Penal para el Estado de Querétaro, puesto que no se procura o facilita la depravación sexual de un menor de 18 años o incapaz, ni tampoco una conducta que incite o auxilie a realizar exhibicionismo corporal, actos lascivos o sexuales, prostitución, ebriedad o consumo de sustancias prohibidas; en su caso, formar parte de una asociación delictuosa o cometer cualquier conducta o hechos previstos en la ley como delitos.

Es pertinente considerar que, al momento de analizar los hechos, en esta causa y en cualquier otra, la o el juzgador debe tener en cuenta —además de las obligaciones generales y específicas del Estado en materia de derechos humanos— la existencia de desigualdades entre las partes en el proceso, o de todas aquellas condiciones que se apoyen en prejuicios que conduzcan a la discriminación de las personas.

[11] *Idem*, párr. 79.

Respecto al caso que nos ocupa, resulta imperativo recordar la interpretación de la Corte interamericana en el caso *Atala Riffo vs. Chile*, al disponer que "en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo 'tradicional' de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio".[12] Atendiendo a estos parámetros, los hechos motivo de la causa penal deben ser valorados a la luz de los contenidos mínimos en derechos humanos, evitando aspectos subjetivos que influyan en la decisión y que propicien un daño por las preferencias sexuales de las personas que intervienen en la contienda.

En ese tenor, el Tribunal interamericano ha dejado claro que "la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática".[13] Esta objetividad contribuye al cumplimiento del debido proceso.

Es importante considerar que el objeto de los razonamientos que otorga el intérprete de los derechos no redunda ni única ni significativamente en la decisión de un caso con efectos directos a las partes involucradas, sino que irradia todo el sistema judicial, las normas y el contenido de los derechos, provocando con ello un cambio cultural o, por el contrario, la perpetuidad de prácticas excluyentes y discriminatorias basadas en el género o las preferencias sexuales.

Tales ideas preconcebidas deben resultar ajenas a la decisión de la o el juzgador, al ser desarrolladas y asumidas con base en su experiencia, prejuicios y formación cultural. Antes bien, las decisiones judiciales deben apoyarse en el contenido del derecho, en los pisos mínimos que provee el propio sistema judicial.

---

12 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile...*, *cit*. párr. 142.

13 Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C, núm. 310, párr. 162.

En tal virtud, es evidente que las prácticas y conductas culturales de la familia, así como la crianza de la niña, no redundan en la comisión de un delito de depravación sexual y que, si bien existe una obligación de las autoridades jurisdiccionales competentes, conforme al derecho en materia familiar, para decretar medidas cuando exista la necesidad de proteger a las niñas y niños en su integridad, en el caso particular no se actualiza una infracción normativa que las motive. Incluso, la Corte Interamericana resalta que las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones, y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como, en el presente caso, a la orientación sexual de la madre.

Este asunto deja para la reflexión qué tan importante es "juzgar con perspectiva de género", y cuán trascendente es la tarea del juez de decisión en el análisis de los hechos que motivan la controversia. Además, como se observa, el papel del juez revisor cobra relevancia para la efectividad de los derechos y libertades, cuando logra puntualizar en una interpretación extensiva de derechos y resolver de una forma diferente la contienda.[14]

Así, el recurso de amparo no emite pronunciamiento alguno respecto de la litis planteada en el medio de impugnación (apelación), ni califica el recurso de que se trata, porque ello concierne, tal como lo indica el tribunal de amparo, exclusivamente a la Sala del conocimiento del recurso, de conformidad con la aplicación exacta de la ley. Para el caso en concreto, es de suma utilidad el análisis de la resolución señalada como inconstitucional, por estar basada en prejuicios homofóbicos, y, además, las consideraciones que se realicen en torno a la jurisprudencia interamericana vinculante para nuestro país, a través de las cuales podría aplicarse la perspectiva de género.

IV. Conclusiones

La igualdad y no discriminación constituyen exigencias del Estado constitucional democrático. A partir de esa idea, nos encon-

[14] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile...*, *cit*. párr. 151.

tramos frente a una transformación jurídica que demanda nuevas herramientas para la interpretación de los derechos que promuevan el cumplimiento de los deberes asumidos por el Estado frente a la Constitución y la Convención Americana en la materia.

La interpretación con perspectiva de género es una metodología de reciente aparición que involucra el cumplimiento de las obligaciones generales de "garantía" y que permite que los problemas sometidos al derecho sean repensados bajo el principio constitucional de la igualdad entre las partes. Reflexionar sobre la igualdad en los derechos posibilita erradicar prácticas excluyentes bajo la indiscutible exigencia de la efectividad de los derechos humanos. Sin lugar a dudas, la utilización de estereotipos para la toma de decisiones en un proceso judicial equivale a una forma de discriminación.

Dado lo anterior, resulta indispensable resolver los juicios absteniéndose de recurrir a prácticas apoyadas en creencias personales y prejuicios desarrollados con base en concepciones culturales, que otorguen un sentido a las conductas y que propicien significados equívocos y consecuencias excluyentes y discriminatorias que, además, se normalizan.

Tal como se indicó, el Estado, a través de sus funcionarios jurisdiccionales, no debe juzgar sobre la base de estereotipos que motiven pronunciamientos respecto a la identidad de las personas, sino que debe aplicar máximas o estándares mínimos que impulsen la progresividad del contenido de los derechos en igualdad de condiciones, considerando en su análisis las afectaciones desproporcionadas y particulares que pueden sufrir las personas o grupos en condición de vulnerabilidad.

Al coincidir con este planteamiento, resulta de utilidad comprender que la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley, son principios básicos relacionados con la protección de derechos humanos, con las prohibiciones de discriminación directa e indirecta, y con las discriminaciones múltiples, estructurales e interseccionales, que se erigen como un foco de atención para todas y todos, ya sea desde la academia, la lucha social o la impartición de justicia, sobre la que el derecho habrá de pronunciarse.

Fuentes de consulta

Calamandrei, Piero, *Proceso y democracia*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, Europa-América, 1960, *cit*. por Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "La justicia y el constitucionalismo social", en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, México, IIJ- UNAM-El Colegio de México, 2011.

Capelletti, Mauro y Garth Bryan, *El acceso a la justicia (movimiento mundial para la efectividad de los derechos; informe general),* trad. de Samuel Amaral, Buenos Aires, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de la Plata, 1983.

Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales", en Salazar Ugarte, Pedro y Carbonell, Miguel (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IIJ-UNAM, 2011.

Martínez Ramírez, Fabiola, "Estándares interpretativos para la aplicación de la perspectiva de género en la resolución de casos en derechos humanos y participación política", en Pérez Cepeda, María y Eguiarte Mereles, Carlos Rubén (coords.), *Desafíos de la democracia incluyente. En el marco del 40 aniversario de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch-Instituto Electoral del Estado de Querétaro, 2019.

Virdzhiniya, Georgieva Petrova, *Los principios comunes a los tribunales internacionales*, México, IIJ-UNAM 2018.

Jurisprudencia

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239.

Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C, núm. 310.

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205.

Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C, núm. 276. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

Corte IDH. OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión consultiva de 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18.

Corte IDH. OC-24/17. Identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión consultiva de 24 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 24.

Resumen
de la resolución original

Datos Sentencia emitida el 12 de agosto de 2011 en la causa penal 48/2011, instruida en el Juzgado Sexto Penal en el Distrito Federal. Sentencia del fuero local del Distrito Federal (hoy Ciudad de México).

Hechos La sentencia versó sobre el delito de homicidio calificado en razón del parentesco (hipótesis de ventaja) en contra de la sentenciada y por el delito de homicidio calificado (hipótesis de ventaja) en contra del sentenciado. Ellos fueron acusados de haber asesinado al esposo de la sentenciada. En su declaración ante el Ministerio Público, la sentenciada confesó que sí asesinó a su esposo, pero motivada por la violencia que él ejercía en el ámbito familiar en contra de ella y sus hijos.

Determinación El juez determinó sentenciar a ambos coacusados a compurgar una pena de prisión de 27 años cada uno, entre otras penas.

Sentencia
de la causa penal 48/2011
sobre una mujer que cometió el delito de homicidio en razón del parentesco en contra de su esposo

Isabel Montoya Ramos[1]

1. El 12 de agosto de 2011 se emite la presente sentencia definitiva en relación con los autos que integran la causa penal 48/2011 instruida en este Juzgado Sexto Penal en el Distrito Federal, misma que versa sobre el delito de homicidio calificado en razón del parentesco (hipótesis de ventaja) en contra de la señora Joaquina Montes de Oca,[2] y por el delito de homicidio calificado (hipótesis de ventaja) en contra del señor Bruno Pacheco, quienes son acusados de haber asesinado al esposo de la señora Montes de Oca, quien en vida se llamaba Sebastián Kundera.

I. ANTECEDENTES

2. Joaquina Montes de Oca nació el 25 de junio de 1979, porque al momento de los hechos tenía 32 años de edad. Estudió hasta el tercer año de secundaria, era mesera y ganaba $600.00 pesos a la semana ($2,400.00 pesos mensuales); tiene seis hijes. Es originaria del pueblo de Romita, Guanajuato. Es hija de la señora Zita Kalo Rulfo (finada) y del señor Milano Montes de Oca (se desconoce si él vive o no). La acusada declaró no tener ninguna adicción a drogas legales o ilegales, ya que no toma alcohol ni fuma. Durante su tiempo libre juega básquetbol.

3. Joaquina Montes de Oca indicó que desde el año 2007 –año en que murió su suegra– comenzó a sufrir violencia familiar ejercida por parte de su esposo, ya que él le decía que era fea y gorda; le aventaba la comida, la golpeaba y la violaba, porque ella ya no quería tener relaciones sexuales con él. En el mismo sentido, el estudio criminológico emitido el 17 de marzo de 2011 señaló que ella y sus hijes sufrían violencia familiar ejercida por su esposo.

---

1 Este trabajo está basado en la sentencia al amparo directo en revisión 6181/2016, resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) el 7 de marzo de 2018, al haber sido la autora la proyectista de la misma. Asimismo, está basado en el capítulo "El homicidio" del *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia penal*, publicado por la SCJN, en noviembre de 2021.

2 Los nombres de todas las partes en el proceso penal fueron modificados para los propósitos del presente trabajo.

4. Por su parte, el acusado Bruno Pacheco tenía 22 años al momento de los hechos, profesa el catolicismo, terminó la primaria, sabe leer y escribir, era empleado de un deportivo en el que trabajaba como encargado de un inflable para niñes, semanalmente ganaba un sueldo de $400.00 pesos y tenía dos dependientes económicos: su esposa y su hija. Es originario de Acámbaro, Guanajuato. Está casado con la hija de su coacusada, por lo cual él es el yerno de ella. Solía vivir en la casa de su coacusada, pero desde el 22 de diciembre de 2010 no habitaba ahí ni iba de visita, porque el occiso lo había corrido porque no daba dinero para el gasto familiar. Señala que no pertenece a ningún grupo étnico, no habla ningún dialecto; sí ingiere bebidas embriagantes y fuma cigarros comerciales. No es adicto a las drogas. En su tiempo libre se dedica a estar con su hija.

5. El occiso, Sebastián Kundera, fue hijo de Ramón Kundera y Henrieta Silanés, ambos finados. Ocupó el quinto lugar de seis hijes. Al momento de su muerte tenía 45 años de edad; su fecha de nacimiento es 20 de noviembre de 1965. Era originario del Distrito Federal, de religión evangélica cristiana, con instrucción escolar hasta la secundaria, casado, con seis hijes, trabajaba como vigilante de una unidad habitacional que se encuentra en la colonia Santa Cecilia, en Tlalnepantla, Estado de México. Como seña particular, tenía una cicatriz en el mentón.

6. Sebastián Kundera y Joaquina Montes de Oca se casaron el 21 de noviembre de 1992, hace 18 años, cuando ella tenía 14 años de edad. A lo largo de su matrimonio tuvieron seis hijes, en el siguiente orden: Marie, de 17 años; Gonzalo, de 13 años; Ruth, de 10 años; Salomón, de 7 años; Juana, de 4 años, y Turquesa, de un año de edad.

II. DERECHO APLICABLE

7. El recién reformado artículo primero de la Constitución general indica que, en México, "todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte". Asimismo, "todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley".

8. El artículo primero también señala que "queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, *el género*, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas" (cursivas añadidas).

9. En el expediente varios 912/2010, decidido por el Pleno de la SCJN el 14 de julio de 2011, se interpretó el artículo 1 de la Constitución y se indicó que "todas las autoridades

del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no solo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio pro persona".[3]

10. Ese asunto cambió la forma de ejercer el control de constitucionalidad en México. Previo a ello, el control de constitucionalidad era únicamente concentrado y, por tanto, exclusivo del Poder Judicial Federal. Actualmente existen dos grandes vertientes del control de constitucionalidad: la primera es la que se refiere al control concentrado *per se*, que sigue siendo realizado por el Poder Judicial Federal mediante vías directas, como las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales y el amparo directo e indirecto.

11. La segunda vertiente se refiere "al control que realizan todas las autoridades jurisdiccionales del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada".[4] Ahora bien, "ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema que es concentrado en una parte y difuso en otra".[5]

12. Es así que todos los tribunales locales están obligados a realizar un control de constitucionalidad difuso, de conformidad con los artículos 1, 133 y 116 de la Constitución general y los derechos humanos contenidos en tratados internacionales. Las y los jueces locales no tendrán facultades para declarar la inconstitucionalidad de la norma, sino que solamente podrán realizar interpretación conforme en sentido amplio, la cual "significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia".[6]

13. De conformidad con el expediente bajo análisis, se reitera que "todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas".[7]

---

3 Expediente varios 912/2010, 14 de julio de 2011, párr. 27, *www.scjn.gob.mx*

4 *Ibidem,* párr. 34.

5 *Ibidem,* párr. 36.

6 *Ibidem,* párr. 33, inciso a)

7 *Ibidem,* párr. 35.

14. Finalmente, el parámetro de análisis para realizar el control difuso de constitucionalidad que deberán ejercer todas las y los jueces del país se integra de la manera siguiente: *i)* todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los arts. 1 y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; *ii)* todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, y *iii)* criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.[8]

III. MEDIOS DE PRUEBA

15. DENUNCIA DE FLORINDA KUNDERA, de 14 de marzo de 2011. Dicho deposado fue ratificado ante este juzgado el 11 de mayo de 2011. Florinda Kundera es hermana del occiso. Indicó lo siguiente: hace aproximadamente 15 días, mi sobrino Juan José Virreyes, hijo de mi hermana Alicia Kundera, fue a buscar a su tío Sebastián Kundera a su domicilio, pero Joaquina Montes de Oca le dijo que desde el 31 de enero de 2011 no sabía nada de él, que se había ido con una mujer, pues no había llegado a su casa. Ante ello, mi esposo, el señor Rigoberto Laine, fue a la casa de mi hermano y recibió la misma respuesta por parte de Joaquina.

16. El 12 de marzo del 2011, mi hermana Saraís Kundera y yo fuimos al domicilio de mi hermano Sebastián Kundera. No obstante, no encontramos a mi cuñada Joaquina porque estaba en el trabajo, pero mi sobrina Ruth nos dijo que su papá había llegado a su casa el viernes pasado. Yo le pedí a la niña que me llevara al trabajo de su papá, pero no logramos llegar porque ella se confundió. Acto seguido nos regresamos a la casa y comimos. Ahí platicamos con mi sobrino Salomón, de 7 años, quien nos dijo que los amigos de su mamá y su hermana Marie le habían pegado a su papá adentro de su casa y que él había visto que estaba sangrando de la cara, del cuerpo y de las piernas. El niño nos indicó que se había espantado y que se había metido debajo de la cama. También señaló que a su papá lo habían enterrado, que lo habían metido en una caja y que le habían echado flores y tierra.

17. Ese mismo día, mi sobrina Marie nos llevó al trabajo de su papá y su jefa nos informó que no sabía nada de mi hermano Sebastián, que desde el 31 de enero de 2011 que salió de su turno a las 8:00 no se había reportado.

18. El día de hoy, mi hermana Mónica del Calvario Kundera, su esposo Josefino Castorena, mi esposo Rigoberto Laine y yo nos trasladamos al domicilio de mi hermano Sebastián, al cual llegamos aproximadamente a las 11:30. Mientras mi hermana y yo nos fuimos a la escuela de les niñes a recogerles, mi esposo y mi cuñado se quedaron platicando

[8] *Ibidem,* párr. 31.

con mi cuñada Joaquina. En el camino, mi hermana Mónica del Calvario le preguntó a mi sobrino Salomón lo que había pasado con su papá y el niño repitió lo mismo que nos había dicho a mi hermana Saraís y a mí.

19. Cuando regresamos a la casa de mi hermano Sebastián, mi esposo Rigoberto me dijo que Joaquina ya había dicho la verdad. Mi esposo confrontó a mi cuñada y le ordenó decirme la verdad, por lo que ella me dijo "pero es que me vas a odiar Florinda, yo lo maté. Le di unas pastillas y lo dormí, después lo saqué en un taxi y me lo llevé a tirar a un río". Yo le pregunté si él estaba muerto, pero ella contestó que no sabía. Me dijo que ella sola lo había hecho y luego nos llevó al Estado de México, al Río de los Remedios, pero no encontramos ningún cadáver. También fuimos al domicilio de los padres de Joaquina para ver si habían enterrado algo en el jardín, pero no encontramos nada.

20. Cuando regresamos al domicilio de mi hermano Sebastián y mi cuñada Joaquina, alrededor de las 16:30, salí a buscar una patrulla y solicité que detuvieran a mi cuñada, lo cual sí realizaron, y la trajeron acá a la Fiscalía. Aquí nos enteramos de que en la Fiscalía de Barrientos, en Tlalnepantla, se había abierto una averiguación previa por el delito de homicidio de una persona del sexo masculino cuya identidad se desconocía, ya que su cadáver había sido encontrado en la zona de Santa Cecilia. En consecuencia, mi esposo solicitó que le permitieran ver el cadáver para reconocerlo como mi hermano.

21. En este acto exhibo copia fotostática de la credencial de elector de mi hermano y denuncio el delito de homicidio cometido en agravio de mi hermano Sebastián Kundera y en contra de mi cuñada Joaquina Montes de Oca y de quien o quienes resulten responsables. Asimismo, al tener a la vista en el interior de esta oficina a mi cuñada Joaquina Montes de Oca, la reconozco plenamente y sin temor a equivocarme como la que era esposa de mi hermano y la cual nos dijera que había matado a mi hermano.

22. En posterior comparecencia, el 15 de marzo de 2011 y ante el personal del Ministerio Público de Tlalnepantla de Baz, Florinda Kundera tuvo a la vista el cadáver de una persona del sexo masculino, el cual reconoció como su hermano.

23. DENUNCIA DE MÓNICA DEL CALVARIO KUNDERA, de 14 de marzo de 2011. Dicho deposado fue ratificado ante este juzgado el 11 de mayo de 2011. Mónica del Calvario Kundera es hermana del occiso y, al haber estado presente en los hechos narrados por su hermana Florinda Kundera, descritos en líneas arriba, declaró exactamente en el mismo sentido que su hermana. Solo basta añadir que Mónica del Calvario Kundera también tuvo a la vista en el interior de esta oficina a la señora Joaquina Montes de Oca, a quien reconoció como su cuñada, esposa de su hermano Sebastián Kundera, y la cual les dijera que había matado a su hermano. El día 15 de marzo de 2011, y ante el personal del Ministerio Público del Tlalnepantla de Baz, Mónica del Calvario Kundera tuvo a la vista el cadáver de una persona del sexo masculino, al cual reconoció como su hermano.

24. El 15 de marzo de 2011, Mónica del Calvario Kundera se presentó a la Fiscalía para presentar a su sobrino Salomón, de 7 años, para que rindiera su declaración sobre los hechos y solicitó estar presente en la declaración del menor. Añadió que sería ella quien firmaría la declaración del niño. Asimismo, solicitó que se le permitiera hacerse cargo del menor, comprometiéndose a presentarlo ante las autoridades que conozcan de los hechos.

25. Agregó que ya tenía conocimiento de que su cuñada Joaquina había asesinado a su hermano junto con dos sujetos más; que ahora sabe que uno se llama Bruno Pacheco y el otro Jesús "N". Mónica del Calvario indicó que ella no conoce a Bruno Pacheco, pero que en la diligencia de la cámara de Gessel, su sobrino Salomón lo reconoció como uno de los sujetos que en compañía de su mamá golpearon a su papá, y al que reconoce plenamente como "Pacheco". Por lo anterior, Mónica del Calvario ratificó en ese acto su denuncia por el delito de homicidio calificado cometido en agravio de su hermano, quien en vida respondiera al nombre de Sebastián Kundera, y en contra de su cuñada Joaquina Montes de Oca, del señor Bruno Pacheco y del señor Jesús "N".

26. TESTIMONIAL DE MAURO ANTONIO GALLEGOS, de 14 de marzo de 2011. Mauro Antonio Gallegos es policía preventivo y detuvo a la señora Joaquina Montes de Oca y la remitió a la Fiscalía. En su testimonio señaló que el 14 de marzo de 2011, alrededor de las 16:30, al hacer mis rondines de rutina en mi patrulla, junto con mi compañero Pablo Gomaz, fue solicitada por Florinda Kundera la ayuda policial. Ella les indicó que su hermano Sebastián Kundera había desaparecido desde el 31 de enero de 2011 y nos solicitó detener a su cuñada, la señora Joaquina Montes de Oca, ya que ella había manifestado que había matado a su hermano Sebastián.

27. Por lo tanto, mi compañero y yo nos trasladamos al domicilio indicado. Al llegar, vimos que afuera de la casa estaba la señora Joaquina y, al cuestionarla sobre los hechos, efectivamente nos indicó que ella había matado a su esposo. En consecuencia, la trasladamos a esta Fiscalía para ponerla a disposición del Ministerio Público. Dicha testimonial fue ratificada el 11 de mayo de 2011.

28. TESTIMONIAL DE PABLO GOMAZ, de 14 de marzo de 2011. Pablo Gomaz es policía preventivo compañero de Antonio Gallegos y, junto con él, detuvo a la señora Joaquina Montes de Oca y la remitió a la Fiscalía. En su testimonio narró lo mismo que su compañero, por lo cual no es necesario repetirlo. Añadió: no me constan los hechos como tal, sino que solamente ayudé en la detención de la acusada. Otro compañero que trabaja en la agencia del Ministerio Público de Barrientos, en Tlalnepantla, me informó que había iniciado una averiguación previa por el delito de homicidio de una persona del sexo masculino, cuyo cadáver aún no había sido identificado y fue encontrado en Santa Cecilia, Tlalnepantla.

29. El señor Rigoberto Laine, me solicitó que lo llevara a Barrientos para que reconociera el cadáver y así lo hice. Lamentablemente, sí reconoció el cadáver como el del señor Sebastián Kundera. Su deposado fue ratificado ante este juzgado el 11 de mayo de 2011.

30. TESTIMONIAL DEL POLICÍA REMITENTE ALEJANDRO VILLALPANDO, rendida ante el Ministerio Público el 15 de marzo de 2011. Alejandro Villalpando es policía de investigación e indicó: el día de hoy, 15 de marzo de 2011, aproximadamente a las 11:00, al realizar mis actividades como policía de investigación, recibí un oficio por parte del Ministerio Público en el que me solicitó la ampliación de la investigación, particularmente de la localización y presentación de otros probables responsables de homicidio del señor Sebastián Kundera. Por consiguiente, entrevisté a la señora Joaquina Montes de Oca, quien manifestó la forma y modo en que había dado muerte a su esposo, en los términos narrados por la denunciante Florinda Kundera.

31. Sobre el paradero de su yerno, Bruno Pacheco, la acusada me indicó que podía encontrarlo en el Deportivo "Juventino Rosas", pues trabajaba ahí cuidando el brincolín, o en su propio domicilio, pues vivía con ella y su hija Marie. Me proporcionó su edad y su media filiación. Por lo tanto, nos dirigimos al domicilio de la acusada y respondió a la puerta el señor Bruno Pacheco, quien posee la media filiación proporcionada. Se le informó el motivo de la visita, por lo cual accedió a presentarse voluntariamente a las oficinas de la Fiscalía.

32. Sobre los hechos, Bruno Pacheco manifestó que el 29 de enero de 2011, su suegra, Joaquina Montes de Oca, le pidió que ayudar a matar a su esposo a cambio de que se quedara con su hija Marie, de lo contrario, la mandaría a Guanajuato y a él lo mataría. Por ende, el 31 de enero de 2011 llegó a su domicilio, en el que se encontraba su suegra en compañía de un sujeto que conoce como Jesús "N", que maneja un taxi, del cual desconoce su domicilio. Su suegro, Sebastián Kundera, estaba dormido, por lo que Joaquina Montes de Oca le pidió que se llevara a los niños a la casa de San Lucas Patoni, lo cual realizó.

33. Al regresar a la casa, vio que su suegra y Jesús "N" habían colocado el cadáver de Sebastián Kundera en una bolsa de plástico negra que se encontraba en el piso y que su suegra le apuntó con una pistola negra para obligarlo a ayudarle a Jesús "N" a subir el cuerpo a un triciclo y, una vez ahí, ella y Jesús "N" lo taparon con cartones. Joaquina Montes de Oca le ordenó que se llevara el cadáver y lo tirara por las unidades de Tenayuca, advirtiéndole que si no lo hacía, lo mataría y que ella y Jesús "N" lo seguirían en el taxi.

34. Ante ello, se llevó el cadáver a una unidad habitacional en Tenayuca mientras lo seguían la señora y el taxista. Una vez que llegaron al lugar, Joaquina le indicó que ahí dejara el cuerpo, lo cual realizó, además de taparlo con cartones. Los tres regresaron al domicilio del occiso y, una vez ahí, Jesús "N" se retiró y él y su suegra fueron por los niños a la casa de San Lucas Patoni.

35. Por los hechos descritos, el policía remitente, Alejandro Villalpando, en ese acto puso a disposición del Ministerio al señor Bruno Pacheco con calidad de probable responsable del homicidio de Sebastián Kundera. Igualmente, al tener a la vista en las oficinas de la agencia del Ministerio Público a Bruno Pacheco y Joaquina Montes de Oca, los reconoce plenamente. Su deposado fue ratificado el 11 de mayo de 2011 ante este juzgado

36. TESTIMONIAL DEL POLICÍA REMITENTE RAMIRO SALVADOR ROBERTS, emitida ante el Ministerio Público el 15 de marzo de 2011, quien señaló lo siguiente: en este acto presento el oficio de puesta a disposición ante el Ministerio Público del señor Bruno Pacheco.

37. Ramiro Salvador Roberts declaró exactamente los mismos hechos que su compañero, el policía remitente Alejandro Villalpando, por lo cual no es necesario repetirlos. Su deposado fue ratificado ante este juzgado el 11 de mayo de 2011.

38. TESTIMONIAL DEL POLICÍA JOSÉ ALBERT MICHAN, rendida ante el Ministerio Público el 31 de enero de 2011. Señaló lo siguiente: me desempeño como policía en la Dirección de Seguridad Pública Municipal de Tlalnepantla de Baz, Estado de México. El día de hoy, aproximadamente a las 16:50 horas, mi jefe de sector en turno recibió una llamada mediante la cual le informaron que sobre la calle, en la Unidad Habitacional Izcalli Pirámide, se encontraba un bulto de plástico color negro amarrado con un cable blanco, por tal motivo, solicité el apoyo del Ministerio Público para su traslado. Su deposado fue ratificado ante este juzgado el 30 de junio de 2011.

39. TESTIMONIO DE SALOMÓN KUNDERA MONTES DE OCA, emitido el 15 de marzo de 2011 ante el Ministerio Público. Salomón es hijo del occiso y la acusada; tiene 7 años de edad. Por lo tanto, en presencia de su tía Mónica del Calvario Kundera, sobre los hechos, señaló que sus papás se llaman Sebastián Kundera y Joaquina Montes de Oca, que vivían en la misma casa y que un día por la mañana su papá se encontraba sentado en la silla a un lado de la mesa en donde comen. Además de su papá se encontraba su mamá y dos amigos de su mamá, uno se llama Bruno Pacheco y del otro no sabe su nombre. Todos se encontraban sentados tomando tequila y bailaban y, después de un rato, los amigos de su mamá y Marie le pegaron a su papá y él vio que estaba sangrado de la cara, del cuerpo y de sus piernas, se espantó y se metió debajo de la cama. Añadió que enterraron a su papá, lo metieron a una caja y le echaron flores y tierra. Hasta su mamá lloró y sus hermanes también lloraron.

40. Salomón realizó el reconocimiento de Bruno Pacheco, ya que al tenerlo a la vista, a través de la cámara de Gessel, lo reconoció plenamente como uno de los sujetos que le pegó a su papá y como el novio de su hermana Marie. Asimismo, solicitó que se le deje bajo el cuidado de su tía Mónica del Calvario Kundera. Su deposado fue ratificado ante este juzgado el 11 de mayo de 2011.

41. ACTA MÉDICA suscrita por el doctor Marcelo Paidós, quien labora en la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, en la Dirección General de Servicios Periciales. El doctor señaló que el 31 de enero de 2011, alrededor de las 19:20 horas, acudió junto con el Ministerio Público a la Unidad Habitacional Izcalli Pirámide en Tlalnepantla para practicar el levantamiento de un cadáver que se había encontrado en unas bolsas negras de plástico. El acta médica describe el estado del cadáver y la forma en la que se encontró.

42. NECROPSIA, suscrita por el perito doctor Antonello Terreros el 31 de enero de 2011, a las 23:30. La necropsia describió la situación en la que se encontró el cadáver de Sebastián Kundera, al inspeccionar las lesiones en el exterior, las grandes cavidades, el tórax y el abdomen. La necropsia concluyó que el individuo contaba con aproximadamente 45 años de edad, falleció por alteraciones tisulares y viscerales, secundarias a asfixia mecánica en su modalidad de estrangulamiento, lo que se clasifica como mortal.

43. INSPECCIÓN OCULAR, practicada por el personal del Ministerio Público el 15 de marzo de 2011 en el domicilio de las personas acusadas, en el que se encontró una receta médica expedida por el doctor del IMSS con el nombre y número de seguridad social de Joaquina Montes de Oca. La receta señaló que ella debía tomar media pastilla de Clonazepam cada 24 horas por 30 días. Al lado de la receta se encontró la caja con el medicamento Clonazepam de 2mg, en cuyo interior tenía una tira con 12 tabletas de color blanco. Se observó que a la tira le hacían falta 18 tabletas. Ambos indicios físicos se embalaron.

44. En dicha inspección también se encontró un triciclo en el lado norte de la azotea. Dicho vehículo estaba en mal estado de conservación, es de color amarillo, con rojo marrón y verde, la cadena está fuera de lugar, no tiene la llanta del lado izquierdo y en el área de carga hay una llanta. No tiene asiento, por lo que este fue sustituido por una almohada chica amarrada.

45. INSPECCIÓN MINISTERIAL, practicada por el Ministerio Público el 16 de marzo de 2011 en el domicilio de las personas acusadas. En el área del comedor, en el muro derecho se ubicaron dos manchas irregulares por salpicadura, las cuales fueron recabadas por el perito en luminol para ser enviadas al área de química para su estudio.

46. FE DEL LUGAR DE LOS HECHOS, FE DE CADÁVER, FE DE POSICIÓN Y ORIENTACIÓN, FE DE LESIONES, FE DE ROPAS, FE DE MEDIA FILIACIÓN, FE DE SEÑAS PARTICULARES Y PERTENENCIAS, SU LEVANTAMIENTO Y TRASLADO AL ANTITEATRO ANEXO AL CENTRO DE JUSTICIA DE TLALNEPANTLA, DADA POR EL PERSONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO DE TLALNEPANTLA, ESTADO DE MÉXICO. En este medio de prueba, el personal del Ministerio Público dio fe de que se constituyó en el lugar en el que se encontró el cadáver de Sebastián Kundera. Así, el Ministerio Público observó que el cadáver estaba en la vía pública; da fe de la posición y orientación del

mismo, de las lesiones que observó, de su media filiación, de su ropa y de que no llevaba pertenencias.

47. DICTAMEN EN MATERIA DE CRIMINALISTICA, suscrito por la perito en criminalística Martha Fabiola de la Herradura y el perito fotógrafo José Orlando Herfuch, de 31 de enero de 2011. De este dictamen se desprende que el cadáver de Sebastián Kundera fue analizado en la plancha metálica de exploraciones anatómicas del anfiteatro. Indicó que en dicha plancha se tiene a la vista un envoltorio de plástico negro atado con un cable de teléfono blanco. Se observó que el cadáver estaba amarrado con un lazo de fibra sintética amarillo que va desde el cuello, pasa por la parte superior del cuerpo, ata las muñecas y finalmente ata los pies. El cuerpo también tenía una bolsa de plástico de la tienda +KOTA en la cabeza.

48. Se observó el cadáver de una persona del sexo masculino con signos de muerte real y reciente. Agente constrictor: un lazo amarillo de material sintético. El cadáver presentó un surco blando completo horizontal al eje del cuerpo suprahioideo de 41 cm de longitud; surco blando en ambas muñecas y en ambos tobillos y otro surco blando en la región del hemotórax derecho hacia la región lumbar.

49. En dicho dictamen también se plasman las señas particulares del individuo, la media filiación, la ropa que llevaba y se establece que no es posible determinar su identidad. En sus conclusiones, el dictamen establece que la muerte de la persona había acaecido en un lapso no menor a cinco horas y no mayor a siete horas anteriores a la intervención criminalística. Igualmente, el lazo sí corresponde a las características de la lesión observada en el cuello del occiso, por lo cual, este fue el agente constrictor. Las lesiones en el cuello son compatibles con maniobras de estrangulamiento.

50. DICTAMEN EN MATERIA DE QUÍMICA, "LUMINOL", suscrito y firmado por el perito PQ Mikel Angello Ferrero el 16 de marzo de 2011, quien concluyó que en los muros del comedor de la casa de las personas acusadas sí se observó la quimioluminiscencia característica para la identificación presuntiva de la presencia de sangre. En la recámara contigua al comedor no se observó la quimioluminiscencia característica para la identificación presuntiva de la presencia de sangre.

51. DICTAMEN MÉDICO CON BASE EN EL EXPEDIENTE, suscrito por la doctora Elina Barba el 16 de marzo de 2011, en el cual concluyó, a partir de la averiguación previa examinada, que el surco blando completo horizontal suprahioideo localizado en el cuello, así como la infiltración de los músculos del cuello, fueron ocasionados por asfixia por ahorcamiento.

52. DICTAMEN EN MATERIA DE CRIMINALÍSTICA, suscrito por el perito Coronado Cañero el 16 de marzo de 2011, del que se desprende lo siguiente: mecánica de lesiones:

asfixia. Este término se emplea para expresar inferencia en la función respiratoria y se divide en tres: *i)* asfixia mecánica, por ejemplo, compresión del cuello; *iii)* asfixia patológica, por ejemplo, enfermedades broncopulmonares, y *iii)* asfixia química, por ejemplo, por monóxido de carbono. Derivado del tipo y características de las lesiones que presentó el hoy occiso es posible concluir que derivan de asfixia por estrangulación.

53. DICTAMEN EN MATERIA DE QUÍMICA FORENSE, suscrito por los peritos QFB Magdalena Cabo y Eduardo Vaqueiros el 16 de marzo de 2011, en el que se analizaron las tabletas encontradas en el domicilio de las personas acusadas, del cual derivó que las mismas contienen Clonazepam, que es una sustancia considerada como psicotrópica por la Ley General de Salud vigente. Este medicamento se usa como ansiolítico y anticonvulsionante. Entre las reacciones adversas y secundarias se encuentran las siguientes: cansancio, sueño, lasitud, hipotonía muscular, debilidad muscular, mareo, obnubilación y reacciones retardadas. Dichos efectos son usualmente transitorios y desaparecen de manera espontánea durante el curso del tratamiento o con una reducción de la dosis. Este dictamen fue ratificado por los peritos el 12 de mayo de 2011 ante este juzgado.

54. DICTAMEN EN MATERIA DE CRIMINALÍSTICA DE CAMPO, suscrito y firmado por el perito Valdemar Cros, el cual indica que en el lugar de los hechos fueron localizados varios indicios como: la caja de medicamentos, una receta, un triciclo. Este dictamen fue ratificado el 12 de mayo de 2011 ante este juzgado.

55. DICTAMEN EN MATERIA DE PSICOLOGÍA, suscrito por la perito Liliana Virgen Pineda el 3 de mayo de 2011. En su dictamen, la experta indicó que se entrevistó con el niño Salomón Kundera, de 7 años de edad, quien cursa el segundo grado de primaria. A través de las técnicas aplicadas, el niño indicó lo siguiente: "mi mamá y mi papá están en Estados Unidos trabajando, es por eso que mis hermanos y yo nos fuimos a vivir a la casa de mi tía… pero no están trabajando en Estados Unidos… (pausa y silencio). Es que mi mamá mató a mi papá, está con Dios, y mi mamá en la cárcel, mi hermana Marie me dijo que no saliera del cuarto, porque afuera había sangre en el piso, pero a mi papá no lo vi".

56. Se concluyó que, a raíz del homicidio de su papá, Salomón está afectado, ya que presenta sentimientos de conmoción e intranquilidad. Enfoca su atención a la conducta violenta de los agresores, lo cual le genera ansiedad e inseguridad. Asimismo, se incorpora a su rutina de vida de la mejor manera posible, aunque tiene dificultad para concentrarse, confusión y desconfianza, ya que en su entorno está constantemente alerta.

57. A modo de antecedente, Salomón señala que su mamá le pegaba con un cinturón, era huevona, los echaba de la casa, no quería a su papá y metía a señores a la casa. Por otro lado, su papá lo llevaba al cine y le compraba palomitas. Dado que la dinámica familiar se ha visto alterada por la incertidumbre y la impotencia, Salomón tiende a establecer alianzas a fin de recibir apoyo y afecto.

58. En conclusión, Salomón presenta daño psicológico y moral, síntomas caracterizados por sentimientos de angustia, ansiedad, sensación de soledad, malestar contenido y confusión. En él prevalece la tensión emocional y somática. Es una persona vulnerable, inmaduro emocionalmente, con bajo nivel intelectual y presenta ansiedad, confusión, incertidumbre, dificultad para hacer frente a sus problemas y depende del apoyo y afecto que le brinden sus familiares. Todo lo anterior altera su tranquilidad y paz cotidiana, y disminuye su calidad de vida.

59. Por lo tanto, es necesario que Salomón reciba tratamiento psicológico de aproximadamente dos años, mediante una sesión por semana. De conformidad con la Asociación Mexicana de Tanatología, el costo de una sesión es de $790.00 pesos, por lo que el monto total sería de $37,920.00 pesos. Este dictamen fue ratificado ante este juzgado el 30 de mayo de 2011.

60. DOCUMENTAL PÚBLICA. Copia simple de la receta expedida a Joaquina Montes de Oca por el médico del IMSS, en la que le receta Clonazepam.

61. DOCUMENTAL PÚBLICA. Acta de nacimiento certificada de Sebastián Kundera.

62. DOCUMENTAL. Copia simple de la credencial de elector de Sebastián Kundera con número de folio 0000123456789.

63. DOCUMENTAL PRIVADA. Factura de la funeraria San Juan, de 15 de enero de 2011, misma que muestra los gastos generados por la exhumación de Sebastián Kundera.

64. DECLARACIÓN DE LA ACUSADA JOAQUINA MONTES DE OCA, emitida ante el Ministerio Público el 15 de marzo de 2011. Señaló que declara libre de coacción física o moral y en presencia del defensor de oficio, quien se encuentra asistiéndola y está sentado a su izquierda. En relación con los hechos, manifiesta lo siguiente: Los hechos son ciertos. Desde el 21 de noviembre de 1992, hace 18 años, contraje matrimonio civil con el señor Sebastián Kundera con quien procreé seis hijes en el siguiente orden: Marie, de 17 años; Gonzalo, de 13 años; Ruth, de 10 años; Salomón, de 7 años; Juana, de 4 años y Turquesa, de un año de edad. Establecimos nuestro domicilio en la delegación Gustavo A. Madero en la colonia Valle de Madero, justo atrás del deportivo Juventino Rosas. Mi hija Marie y el señor Bruno Pacheco eran novios, por lo que Bruno vivía con nosotros. Sin embargo, al momento de los hechos, mi yerno no vivía en mi casa, porque el 22 de diciembre de 2010 mi esposo lo había corrido, ya que no daba dinero para el gasto de la casa. No obstante, sí iba a visitar a Marie y a su hija.

65. Desde el 29 de mayo de 2007, fecha en que falleció mi suegra, empecé a tener muchos problemas con mi esposo, ya que comenzó a gritarme, a verme defectos. Me decía que yo estaba fea, gorda, me aventaba la comida y en ocasiones me pegaba y me violaba, porque yo ya no quería tener relaciones sexuales con él, debido

a que yo tenía una relación extramarital con Pablo Pacheco, quien es hermano de mi yerno.

66. Mi esposo ya me tenía harta y por eso pensé en matarlo. Fue así que el 29 de enero de 2011 platiqué con mi yerno y le dije que si quería seguir viviendo en mi casa, era necesario que me ayudara a matar a mi esposo y él me contestó que sí. Por lo tanto, el 31 de enero de 2011, alrededor de las 06:30, fui a la clínica 20 del IMSS para que me atendiera el médico, a quien le manifesté que tenía problemas de insomnio, por lo que me recetó una caja de Clonazepam.

67. Aproximadamente a las 09:30 salí de la clínica y me dirigí a mi casa. En el camino compré un jugo Del Valle de medio litro. Llegué a mi casa a las 10:30 y ahí se encontraban mi esposo, mi hija mayor (Marie) y mis hijas Jade y Turquesa, pues el resto de mis hijes estaban en la escuela. Les di de desayunar y luego le pedí a Marie que se llevara a las niñas al deportivo Juventino Rosas para que se divirtieran un rato, y así lo hizo.

68. Mientras mi esposo se encontraba en el comedor, me salí al patio y ahí puse 10 pastillas de Clonazepam en el jugo y lo agité. Se lo di a mi esposo, quien se lo tomó todo. De forma casi inmediata él comenzó a temblar, por lo que se fue a acostar a la cama. Enseguida, me salí a buscar a Bruno al deportivo; lo encontré y nos regresamos juntos a mi casa.

69. Bruno subió a la azotea para quitar varios lazos de plástico que yo ocupaba como tendederos; al bajar, me dijo que tomara una bolsa de plástico y se la colocara en la cabeza a mi esposo, lo cual así realicé. Una vez que pusimos la bolsa, mi yerno amarró los lazos alrededor del cuello de mi esposo y los jaló fuerte para que dejara de respirar. Después de cinco minutos, mi esposo ya no respiraba y ya no se movía.

70. Fui hacia la puerta para ver que ninguno de mis hijes llegara y, mientras tanto, Bruno amarró el cuerpo de Sebastián. Regresé a la recámara y le ayudé a Bruno a meter el cuerpo de mi esposo en unas bolsas negras de plástico que él ya traía. Posteriormente, salimos al patio para poner el cadáver en un triciclo y lo tapamos con cartones. Bruno me dijo que regresaría más tarde porque iba a tirar el cadáver. Regresó hasta las 16:00 horas.

71. No supe nada de mi esposo hasta el 14 de marzo de 2011, día en el que, alrededor de las 10:00, se presentaron en mi domicilio mis cuñadas Florinda y Mónica del Calvario con sus esposos. Me reclamaron por la desaparición de mi esposo. Llamaron a una patrulla, me detuvieron y me trajeron a esta agencia del Ministerio Público.

72. Durante la toma de su declaración, la acusada tuvo a la vista, a través de la cámara de Gessel, a Bruno Pacheco, al que reconoce como el novio de su hija Marie y que conoce desde hace dos años. La acusada señaló que él es la misma persona con la que planeó y ejecutó el asesinato de su marido.

73. Respecto de su estado de salud, la declarante manifestó que no padece ninguna enfermedad e ignora por qué la llevaron al Hospital Fray Bernardino y después al médico forense. Que sí sufre de insomnio y es por ello que sí se había tomado el Clonazepam. Este deposado fue ratificado en la declaración preparatoria de la acusada, emitida ante este juzgado el 17 de marzo de 2011.

74. DECLARACIÓN DEL ACUSADO BRUNO PACHECO, rendida ante el Ministerio Público el 16 de marzo de 2011. Indicó que declara libre de coacción física o moral y en presencia de su defensor público, quien se encuentra sentado a su izquierda. En relación con los hechos que se le imputan, señala que estos son ciertos. Indicó: Desde hace cuatro años conocí a Marie, con quien comencé un noviazgo, por ello, me fui a vivir con ella en agosto de 2010 a la casa de ella.

75. Durante el tiempo que viví en la casa de mis suegros me percaté de que ellos tenían muchos problemas, porque mi suegra andaba mucho en la calle con otros hombres; otras veces mantenía relaciones sexuales con otros hombres en su propio domicilio conyugal, por lo cual, descuidaba a sus hijes y a su esposo, ya que en ocasiones no les daba de comer, lo cual provocaba peleas entre ellos. A pesar de ello, mi suegra no entendía e incluso durante unos meses del año pasado mantuvo relaciones con mi propio hermano.

76. En noviembre de 2010, mi suegro me corrió de la casa porque a veces no daba el gasto, pero me dieron permiso de que viera a Marie una hora diaria. El 15 de enero de 2011 fui a visitar a mi novia y mi suegra me pidió que le ayudara a matar a mi suegro, pero yo le dije que no. No obstante, cada vez que iba a visitar a Marie me insistía. El 26 de enero de 2011, Joaquina fue a platicar conmigo al brincolín del deportivo y me dijo que para ver a Marie, le tenía que pagar dinero. Ese día en la noche fui a ver a Marie, pero mi suegra no me permitió verla.

77. Fue hasta el 29 de enero que regresé al domicilio de Marie y mi suegra me dijo que si quería seguir viendo a su hija, tenía que ayudarle a matar a su esposo, a lo cual le contesté que sí. Mi suegra me dijo que lo mataríamos el 31 de enero y que la esperara afuera del deportivo a las 11:00.

78. El 31 de enero de 2011 llegué a la casa de Marie y ahí se encontraba mi suegra en compañía de Jesús "N", quien mantenía una relación sentimental con mi suegra. Mi suegro, Sebastián Kundera, estaba dormido. Vi que mi suegra tomó una bolsa de plástico de la cocina y se la colocó en la cabeza a su esposo, le amarró unos lazos amarillos alrededor del cuello y me dijo que jalara de un lado, lo cual realicé. Cuando ya no se movía, Jesús y yo lo amarramos con el mismo lazo y lo amordazamos de la manos y pies; después pusimos el cuerpo en unas bolsas negras de plástico, lo subimos al triciclo y lo tapamos con cajas de cartón.

79. Me llevé el cuerpo en el triciclo y atrás de mí iban Jesús y Joaquina siguiéndome en el taxi de Jesús. Mi suegra me dijo que lo tirara en la unidad habitacional en la que mi suegro trabajaba como vigilante, en Santa Cecilia, Tlalnepantla; lo tiré por ahí. Eran aproximadamente las 14:30. Después nos regresamos a la casa de Marie y volví a vivir ahí con ella, pero una semana después mi suegra me corrió, por lo cual me tuve que ir a vivir a la camioneta de mi patrón; continúe viéndome a escondidas con mi concubina.

80. El 13 de marzo de 2011, mi suegra Joaquina me dijo que me podía ir a vivir de nuevo a su casa. Al siguiente día llegaron los tíos de Marie y me di cuenta de que llevaban a mi suegra en una patrulla. Media hora después, los policías fueron por mí para llevarme a casa de mi suegra y me dejaron en libertad. Fue hasta el 15 de marzo a las 09:30 que llegaron los policías a la casa de mi suegra y yo me encontraba ahí, por lo que me trajeron y me pusieron a disposición del Ministerio Público.

81. Al tener a la vista a la señora Joaquina, la reconozco plenamente como la persona que conozco desde hace cuatro años y como la misma persona con la que planeé la forma de matar a Sebastián Kundera y le ayudé a hacerlo.

82. En su declaración preparatoria se retractó de su declaración ministerial y aclaró que no participó en el homicidio de su suegro y que su suegra lo había amenazado con quitarle a su hija y a su esposa, si es que no le ayudaba a matar a Sebastián Kundera. Sabe que fueron dos sujetos los que le ayudaron a su suegra a matar a su esposo, no sabe los nombres, solo sabe que uno de ellos tiene un taxi pirata.

83. VALORACIÓN PSIQUIÁTRICA, realizada a Joaquina Montes de Oca por la doctora Lilian Ramos, el 15 de marzo de 2011, en el servicio de urgencias del Hospital Psiquiátrico Fray Bernardino Álvarez. Dicha valoración indicó que hace mes y medio comenzó con sentimientos de culpa, labilidad emocional, preocupación constante, disminución del apetito, pero no descuidó sus actividades cotidianas como mesera y madre de seis niñes. Hace una semana, al saber que era buscada, refiere incremento de la preocupación, ansiedad, dificultad para dormir, tristeza, llanto fácil, dificultad para concentrarse, ideas repetitivas de culpa. No tiene antecedentes previos de tratamiento psiquiátrico y/o psicológico.

84. Paciente femenina de edad aparentemente mayor a la mencionada como cronológica. Acudió en compañía de guardia y custodia. Se observa que ella está alerta, reactiva, cooperadora a la entrevista, orientada en tiempo, lugar y circunstancia; está atenta y concentrada, pero asustada; realiza un adecuado contacto visual con el entrevistador. Presenta buenas condiciones de higiene, malas en aliño.

85. La paciente señala sentirse triste y preocupada por sus hijes, llora fácilmente. Su discurso es lineal, coherente, congruente. Tono, velocidad y volumen adecuados. Presenta ideas de culpa y desesperanza; no tiene ideas fuera de la realidad. Niega ideas suicidas

u homicidas; niega presencia de alucinaciones y no parece tenerlas al momento de la entrevista. Tiene funciones mentales superiores normales (juicio, memoria, abstracción y cálculo).

86. La impresión diagnóstica es: trastorno adaptativo con reacción depresiva prolongada. No amerita tratamiento psiquiátrico en el momento de la valoración, pero sí se solicita apoyo psicológico.

87. ESTUDIO CRIMINOLÓGICO, realizado el 29 de marzo de 2011 por el perito Reynaldo Loera, adscrito al Centro Femenil de Readaptación Social de Santa Martha Acatitla. Dicho estudio indicó que, como conductas parasociales y antisociales familiares, la señora Joaquina Montes de Oca reportó haber sufrido violencia familiar junto con sus hijes, la cual era ejercida por su esposo. Ella permite tratos humillantes y degradantes hacia su persona, ante lo cual actúa de manera sumisa por temor al rechazo y abandono. Se le dificulta identificar situaciones de riesgo ante las cuales actúa de manera pasiva e introvertida, sobrevalora la figura masculina y desplaza sus necesidades afectivas hacia sus hijes, a los cuales sobreprotege.

IV. LA PRUEBA

88. En esta sentencia, los elementos de prueba se valorarán de conformidad con las reglas probatorias contenidas en el Código Procesal Penal para el Distrito Federal vigente al momento de los hechos. Conforme al artículo 255 de dicho ordenamiento, las declaraciones de testigos tienen el valor probatorio de indicios, por lo cual, tienen ese carácter las siguientes:

- las denuncias de las hermanas del occiso, de 14 de marzo de 2011;
- las testimoniales de los policías remitentes, de 14 de marzo de 2011;
- las testimoniales de los policías remitentes, de 15 de marzo de 2011;
- la testimonial del policía que encontró el cadáver del occiso, de 31 de enero de 2011;
- la declaración de la acusada, de 15 de marzo de 2011;
- la declaración del acusado, de 16 de marzo de 2011.

89. En el mismo sentido, conforme a los artículos 250 y 251 de dicho ordenamiento, las documentales públicas constituyen prueba plena, mientras que las documentales privadas también son prueba plena contra su autor si fueren judicialmente reconocidas por él o no las hubiere objetado. En el presente caso, tienen ese carácter las siguientes:

- la receta del médico del IMSS;
- la copia certificada de acta de nacimiento del occiso;
- la copia simple de la credencial INE del occiso;
- la factura de los gastos funerarios.

90. Igualmente, conforme a los preceptos 253 y 286, la inspección, las visitas domiciliarias y los cateos son prueba plena, además de otras diligencias realizadas por el Ministerio Público y la policía judicial. En el caso que se resuelve, tienen esa clasificación las siguientes:

- la inspección ocular realizada por el Ministerio Público el 15 de marzo de 2011 en la casa del occiso y de la acusada;
- la fe del lugar de los hechos, fe de cadáver, fe de posición y orientación, fe de lesiones, fe de ropas, fe de media filiación, fe de señas particulares y pertenencias, su levantamiento y traslado al anfiteatro anexo al Centro de Justicia de Tlalnepantla.

91. Con fundamento en el artículo 254 de la ley adjetiva aplicable, la fuerza probatoria de los dictámenes periciales es determinada por el Ministerio Público, el juez o jueza o por el tribunal. En el caso que se resuelve, los dictámenes periciales tienen el valor de indicios y tienen ese carácter los siguientes:

- el dictamen en materia de criminalística, de 31 de enero de 2011;
- el dictamen médico con base en el expediente, de 16 de marzo de 2011;
- el dictamen en materia de criminalística, de 16 de marzo de 2011;
- el dictamen en materia de química forense, de 16 de marzo de 2011;
- el dictamen en materia de criminalística de campo, de 15 de marzo de 2011;
- el dictamen en materia de psicología del niño Salomón, de 3 de mayo de 2011;
- el acta médica, de 31 de enero de 2011;
- la necropsia, de 31 de enero de 2011;
- la valoración psiquiátrica de la acusada, de 15 de marzo de 2011;
- el estudio criminológico de la acusada, de 29 de marzo de 2011.

92. En la sentencia no se tomarán en cuenta: la testimonial de Salomón Kundera Montes de Oca, de 15 de marzo de 2011; la inspección ministerial de 16 de marzo de 2011 a la casa del occiso y de la acusada, ni el dictamen en materia de luminol, de 16 de marzo de 2011. Esos tres medios de prueba no son pertinentes para comprobar los hechos el caso, ya que versan sobre hechos diferentes. En efecto, en su testimonial, Salomón narró que él vio que los amigos de su mamá y su hermana Marie golpearon a su papá y que él estaba sangrando de la cara y el cuerpo y que a su papá lo habían enterrado. Con base en ello, el Ministerio Público realizó la inspección ministerial para recabar rastros de sangre, los cuales sí fueron hallados y confirmados como manchas hemáticas por el dictamen en materia de luminol. No obstante, esos hechos no están relacionados con el asesinato de Sebastián Kundera, ya que ninguna de las periciales menciona que su cadáver hubiera tenido sangre en la cara u otras partes del cuerpo, o que hubiera tenido alguna herida de la cual sangrara. En realidad, lo que las periciales señalan es que él murió por asfixia, lo cual concuerda con las declaraciones de las personas acusadas.

93. Con base en la lógica, lo que desentrañan los tres elementos de prueba bajo análisis es que hubo una pelea en la casa del occiso y la acusada y que alguien sangró, sin que dichos elementos de prueba determinen de quién era esa sangre, ya que no demuestran que era la sangre de Sebastián Kundera. Debido a que los elementos de prueba mencionados no son pertinentes al caso que se resuelve, esta juzgadora no los tomará en cuenta para sustentar la presente sentencia.

94. Finalmente, con fundamento en los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentados en casos contra México,[9] la declaración de las víctimas de violencia, particularmente las víctimas de violencia sexual, *tiene valor preponderante y es una prueba fundamental para comprobar los hechos de violencia*. Debido a la propia dinámica de la violencia cometida en el ámbito familiar, la cual se comete en privado, sin testigos –especialmente la violencia sexual–, es que no se puede esperar la existencia de medios probatorios gráficos o documentales. La ausencia de evidencia médica no disminuye la veracidad y el peso de la denuncia de violencia.

95. Al respecto, la SCJN ha establecido criterios similares:

> Delitos sexuales, valor del dicho de la ofendida en los. Tratándose de delitos sexuales, *la imputación de la ofendida no debe tomarse como un simple indicio, sino debe atribuírsele un valor preponderante*, ya que los hechos que entrañan la comisión de tales delitos, por su naturaleza, siempre se realizan en ausencia de testigos y además el agente activo siempre procura que no haya personas que pudieran percatarse de su realización (énfasis añadido).[10]
>
> Violación, comprobación del cuerpo del delito del. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en ejecutoria de fecha 8 de abril de 1938, dictada en el juicio de amparo directo número 6771 de 1937, acción 1a., promovido por Lauro Dorantes García, sustentó el siguiente criterio: "Es inatendible el argumento que niega valor probatorio a la declaración del paciente del delito, pues tanto equivaldría a sostener que era innecesario en la investigación judicial, el examen de la víctima de la infracción. En estas condiciones, la prueba de la responsabilidad en determinados delitos que, por su naturaleza, se verifican casi siempre en ausencia de testigos, se dificultaría sobre manera, pues de nada serviría que la víctima mencionara el atropello, si no se le concedía crédito alguno a sus palabras. La declaración de un ofendido tiene determinado valor, en proporción al apoyo que le presten otras pruebas recabadas en el sumario. Por si sola podrá tener valor secundario, quedando reducida a simple indicio, pero

[9] Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215 párr. 100; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 89.

[10] Tesis aislada. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, vol. LX, segunda parte, p. 24. Registro digital: 260228.

cuando se encuentra robustecida con otros datos de convicción, adquiere validez preponderante". Esta tesis es aplicable al caso en que se imputa al acusado el delito de violación de dos menores, quienes declaran haber sido violadas una después de otra y haber presenciado el mismo delito cometido en la otra de las declarantes, si existe, además, la presunción que entrañan los exámenes médicos; y el auto de formal prisión dictado en tales condiciones, no es violatorio de garantías.[11]

V. ESTUDIO DE FONDO

96. Debido a que el homicidio del señor Sebastián Kundera se perpetró en un contexto de violencia familiar generada por él en contra de su esposa e hijes, es indispensable tomarlo en cuenta para resolver el presente asunto. Es particularmente importante destacar los efectos que la violencia produce en las mujeres que la padecen, por lo tanto, esta juzgadora considera necesario señalar que la acusada tiene el derecho a la igualdad y a vivir libre de violencia. Derivado de estos derechos, aunado a las obligaciones constitucionales que tiene esta juzgadora a partir de los cambios derivados de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y el expediente varios 912/2010 –descrito líneas arriba–, el presente caso tiene que ser juzgado con la metodología de la perspectiva de género.

97. Así, una vez realizada la valoración analítica y minuciosa de los medios de prueba conforme a los artículos 245, 246, 249, 250, 251, 253, 254, 255 y 286 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y justipreciados de manera natural y lógica, a la luz del derecho y de la perspectiva de género, los derechos humanos, las sentencias de la Corte Interamericana, de la SCJN y los tratados internacionales, se concluye que el acto perpetrado por la acusada encuadra en la causa de justificación del delito de la legítima defensa.

98. El estudio de fondo de la presente sentencia se dividirá en dos temas amplios. El primero se refiere al estudio de la legítima defensa a la luz de los derechos de la acusada a vivir libre de violencia y a la igualdad y a la luz de la metodología de la perspectiva de género. El segundo se refiere al derecho a la libertad personal de ambas personas acusadas, mismo que fue transgredido, pues su detención fue ilegal.

5.1. La legítima defensa a la luz del derecho de la acusada a vivir libre de violencia y el derecho a la igualdad

5.1.1. El derecho humano de las mujeres a la igualdad y a vivir libres de violencia

99. Los derechos humanos de las mujeres se originaron por la necesidad de establecer un régimen específico de protección especial para ellas, debido a que la normativa in-

[11] Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. LXI, p. 899. Registro digital: 309737.

ternacional general en materia derechos humanos no era suficiente para garantizar la defensa y protección de los derechos humanos de ciertos grupos vulnerables, como son las mujeres.

100. El derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación está reconocido en la Constitución general y en diversos instrumentos internacionales, particularmente en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Dichos tratados internacionales reconocen la igualdad de la mujer ante la ley y el deber de toda autoridad de no tratar discriminatoriamente a las mujeres por motivos de género.

101. A través de la CEDAW se introdujo la perspectiva de género, con el objeto de evitar tratos y prácticas discriminatorias. En tal virtud, los Estados que son parte de dicho tratado internacional se obligan a condenar toda forma de discriminación basada en el género y a tomar medidas concretas para consagrar la igualdad de género y de sexo en sus textos constitucionales. Asimismo, están obligados a abolir todas aquellas leyes, costumbres y prácticas que generen discriminación en contra de las mujeres.

102. La CEDAW también visibiliza la influencia que tiene la cultura, la tradición, la religión, las costumbres y prácticas consuetudinarias o de cualquier otra índole en la restricción de los derechos de las mujeres. Por ende, prevé como obligación de los Estados parte adoptar medidas apropiadas para eliminar los estereotipos de género y las prácticas y creencias entre mujeres y hombres que se originan en modelos de inferioridad de un sexo respecto a otro.

103. A su vez, la Convención de Belém do Pará establece el compromiso de los Estados parte de adoptar las medidas judiciales que permitan el pleno ejercicio de los derechos humanos de la mujer en todos los ámbitos. De manera relevante, el artículo 3 de dicha Convención reconoce el derecho de todas las mujeres a vivir libres de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

5.1.2. Los efectos de la violencia perpetrada en la familia en contra de las mujeres

104. Derivado de la interpretación de la CEDAW, la Recomendación general núm. 19[12] indica que "la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente [su capacidad] de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el

[12] Emitida el 29 de enero de 1992 por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW, por sus siglas en inglés).

hombre".[13] Igualmente, señala que la discriminación en contra de las mujeres "incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Se incluyen actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad".[14]

105. La violencia en contra de las mujeres constituye discriminación y menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos;[15] pone en peligro su salud y su vida y las afecta a lo largo de todo su ciclo de vida. Las consecuencias estructurales básicas de la violencia en contra de las mujeres "contribuyen a mantener a la mujer en un papel subordinado, a su escasa participación en política y a su nivel inferior de educación y capacitación y oportunidades de empleo".[16]

106. Respecto de la violencia en el ámbito familiar, la Recomendación general núm. 19 indica lo siguiente:

> La violencia en la familia es una de las formas más insidiosas de la violencia contra la mujer. Existe en todas las sociedades. En las relaciones familiares, se somete a las mujeres de cualquier edad a violencia de todo tipo, incluidas las lesiones, la violación, otras formas de ataque sexual y formas de violencia, violencia mental y de otra índole, que se ven perpetuadas por las actitudes tradicionales. La falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a mantenerse en relaciones violentas. La negación de sus responsabilidades familiares por parte de los hombres puede representar una forma de violencia y coerción. Esta violencia compromete la salud de la mujer y entorpece su capacidad para participar en la vida familiar y en la vida pública en condiciones de igualdad.[17]

107. El artículo primero de la Convención de Belém do Pará indica que la violencia contra la mujer es "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como en el privado". En el artículo segundo del mismo tratado se añade que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica y tiene lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual.

---

13 Comité CEDAW, Recomendación general núm. 19, párr. 1.

14 *Ibidem,* párr. 6.

15 *Ibidem*, párr. 7.

16 *Ibidem*, párr. 11.

17 *Ibidem,* párr. 23.

108. En el ámbito nacional, el artículo séptimo de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* en febrero de 2007) indica que la violencia familiar es "el acto abusivo de poder u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar, o agredir de manera física, verbal, psicológica, patrimonial, económica y sexual a las mujeres, dentro o fuera del domicilio familiar, cuyo agresor tenga o haya tenido relación de parentesco por consanguinidad o afinidad, de matrimonio, concubinato o mantengan o hayan mantenido una relación de hecho". Por su parte, la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia en el Distrito Federal (publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* en enero de 2008), en su artículo séptimo, fracción primera, recoge el mismo concepto de violencia familiar.

109. A su vez, la doctrina ha determinado que "la violencia doméstica 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 y de gran magnitud que viven las mujeres de todas las culturas, incluida la latinoamericana. Cualquier esfuerzo encaminado hacia la erradicación, prevención y tratamiento de la violencia doméstica debe asumir un enfoque integral del fenómeno, es decir, contemplar las aristas legales, psicológicas, antropológicas, sociales y políticas para que sea eficaz".[18]

110. Las mujeres que están en relaciones violentas se encuentran atrapadas en el ciclo de la violencia que también es conocido como el síndrome de la mujer maltratada. Según Elena Larrauri, este se caracteriza por tener tres fases:

> Fase 1: episodios abusivos (*tension building)* en los que suceden actos de violencia menor y abuso verbal –la mujer intenta con su pasividad evitar un incremento de la violencia.
>
> Fase 2: ejercicio de una mayor fuerza física (*acute battering incident)* producto de la tensión, rabia o miedo desencadena el ataque violento –la víctima se concentra en sobrevivir […].
>
> Fase 3: calma, actos de arrepentimiento (*loving contrition)* demandas de perdón y promesas de buscar ayuda externa –la mujer cree y quiere creer los propósitos de enmienda, intenta que la relación funcione en medio de una gran tensión que origina un regreso a la fase primera.
>
> La teoría en la cual se basan los estudios de la Dra. Walker es en lo que en psicología se denomina «indefensión aprendida» (*learned helplessness*) […] De acuerdo a esta las personas sometidas a procesos violentos desarrollan un sentimiento de que nada de lo que hagan

[18] Rioseco Ortega, Luz, "Culminación de la violencia doméstica: mujeres que asesinan a sus parejas, defensas penales posibles", *http://observatoriojyg.org/index.php/313-doctrina/4-victimas/2-derecho-infractoras/814-culminacion-de-la-violencia-domestica-mujeres-que-asesinan-a-sus-parejas-defensas-penales-posibles*

> alterará el resultado. Finalmente, no intentan evitarlo aun en el supuesto de que existirán medios para ello.
>
> Ello explicaría el por qué la mujer maltratada permanece junto a su marido. Factores económicos (falta de independencia económica) y factores sociales (la atribución de un fracaso) coadyuvarían a que la mujer se sintiera inerme frente a la violencia doméstica […].[19]

111. Las mujeres que viven en contextos de violencia familiar repiten constantemente el ciclo de la violencia, de forma tal que creen perder el control respecto de la situación de abuso. Creen que es imposible escapar, inclusive cuando pudieran hacerlo. Las mujeres maltratadas se vuelven pasivas y su motivación para dejar las relaciones violentas disminuye a tal grado que no pueden salir de esas relaciones. En consecuencia, sufren más abuso y quedan atrapadas en el ciclo de la violencia.[20]

112. Los hombres que agreden a las mujeres pueden llegar a controlarlas totalmente; controlan su dinero, su ropa, su comida. Sistemáticamente cortan el contacto con sus familiares y amigos. El fenómeno de la violencia familiar muestra que las mujeres maltratadas saben que si tratan de escapar, ellas mismas y sus hijes corren peligro y enfrentan peligro de muerte cuando intentan salir de la relación abusiva. En muchas ocasiones la violencia llega a escalar a tal punto que las mujeres violentadas tienen que elegir entre su vida y la de sus hijes o la vida de su agresor. En este sentido, las mujeres que enfrentan violencia familiar en muchas ocasiones enfrentan peligro de muerte.[21]

113. La violencia familiar genera diversos efectos en las mujeres que la viven, ya que ellas pueden presentar baja autoestima, inseguridad y vivir en aislamiento, lo que implica que ellas mismas, o por su dificultad de comunicarse con los demás, han roto sus redes sociales, lo que les provoca una sensación de soledad e indefensión. Asimismo, viven con miedo constante de su agresor. Las mujeres maltratadas también presentan depresión, que se manifiesta en la pérdida del sentido de la vida y en tristeza profunda por no haber mantenido una relación, la armonía en el hogar, la estabilidad de los hijes, por no cubrir sus propias expectativas, o las que de ella se esperaban. Es claro que el impacto de la violencia familiar en contra de las mujeres es profundo y múltiple, pues:

---

19 Larrauri, Elena y Varona, Daniel, *Violencia doméstica y legítima defensa,* Barcelona, EUB, 1995, pp. 24 y 25; Champaign, Lauren, "Criminal Law Chapter. Battered woman syndrome", *The Georgetown Journal of Gender and the Law*, vol. 11, 2010, pp. 60 y 61 y Rioseco Ortega, Luz, *op. cit.*

20 Instituto Canario de la Mujer, *Guía para la atención a mujeres víctimas de violencia de género*, 2a. ed, España, Instituto Canario de la Mujer, 2009, pp. 29-31.

21 *Ibidem,* p. 29.

> […] afecta a la salud biopsicosocial de la mujer con consecuencias físicas y psicológicas (lesiones y patologías crónicas, algunas de ellas con resultado de muerte o considerables grados de discapacidad, baja autoestima, ansiedad, depresión), laborales (absentismo y descenso del rendimiento y la competencia laboral), sociales (falta de participación, riesgo de pobreza y exclusión, aislamiento social y dificultades de integración), o educativas (absentismo escolar, trastornos de conducta y aprendizaje y problemas de equilibrio emocional en las y los menores). Vulnera los derechos fundamentales de las mujeres a la libertad, la dignidad o la igualdad como ciudadanas. Como fenómeno social estructural, tiene consecuencias permanentes y objetivas, entre otras, en la seguridad o la economía (incremento del gasto sanitario, social, policial, judicial, etc.).[22]

114. Las víctimas de violencia familiar también se sienten avergonzadas por lo que les ocurre, por lo tanto, guardan silencio acerca de su situación. Asimismo, tienen sentimientos de culpa, dado que asumen que la situación que viven es responsabilidad de ellas y piensan que merecen ser maltratadas. Además, un alto porcentaje de mujeres que viven en contextos de violencia tiene estrés postraumático, lo cual explica la sensación de terror y amenaza constante, inclusive sin que se esté suscitando un episodio de agresión.

115. Existe la creencia de que las mujeres maltratadas fácilmente pueden dejar una relación violenta. No obstante, 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 o el miedo de generar represalias o episodios de violencia más agudos en contra suya o de sus hijes. Este último factor suele tener mucho peso para que las mujeres que sufren violencia familiar no se separen de sus parejas agresoras.[23] Asimismo, las mujeres que sufren violencia se quedan con su pareja porque esa persona es a la que aman y en muchas ocasiones es el padre de sus hijes.

116. Debido a lo anteriormente dicho, en los juicios en los que las mujeres maltratadas enfrentan cargos penales por haber atacado a sus agresores, las juezas y jueces debemos tomar en cuenta el contexto de las mujeres que enfrentan violencia familiar ejercida por parte de sus parejas. Esto ya se ha dado en las cortes de Estados Unidos –que en todos los estados federados aceptan el uso de periciales propias para mostrar el contexto de violencia–,[24] España,[25] Chile, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, por mencionar algunas.

117. Es importante mencionar que la SCJN ha analizado la situación de las mujeres que enfrentan violencia en el ámbito familiar. En efecto, en la contradicción de tesis 66/2006

---

22 *Ibidem,* p. 33.

23 Champaign Lauren, *op. cit.,* p. 76.

24 *Ibidem,* p. 61.

25 Larrauri, Elena y Varona, Daniel, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

P-S,[26] los criterios contendientes de tribunales colegiados versaron sobre las características que debe tener una demanda de divorcio que se funda en la causal de violencia familiar. Más específicamente, sobre el grado de precisión que deben tener los hechos de violencia y los datos en los que la parte actora basa su pretensión de divorcio. La SCJN determinó que los hechos de violencia deben ser muy específicos, de tal forma que relaten las cuestiones de tiempo, modo y lugar en el que ocurrieron los hechos para que la parte demandada esté en posibilidades de defenderse; para que el órgano jurisdiccional determine si la demanda se promovió en tiempo y para que pondere la gravedad de la conducta, y así prospere la demanda.

118. El ministro José Ramón Cossío Díaz votó en contra de la conclusión que alcanzó la Primera Sala de la SCJN y emitió un voto particular que es necesario retomar en esta sentencia. En primero término, el voto hace un recuento de la regulación de la violencia familiar en México. Asimismo, proporciona un concepto de violencia familiar interesante, al señalar que esta "hace referencia a la amplísima gama de conductas que tienen por objeto obligar a la víctima a hacer lo que el agresor quiere, y por móvil fundamental ejercer el poder y el control sobre la misma".[27]

119. El voto del ministro Cossío Díaz también analiza los datos arrojados por un importante estudio realizado por la Organización Mundial de la Salud sobre la violencia familiar,[28] en el cual se encuentra una conclusión impactante, a saber: "que las mujeres están bajo un riesgo más alto de ser víctimas de violencia por agresiones provenientes de un compañero íntimo que por agresiones provenientes de cualquier otro tipo de perpetrador".[29]

120. El voto en comento realiza un análisis pormenorizado de los efectos físicos y psicológicos que la violencia generada en el ámbito familiar origina en las mujeres que la enfrentan. En este aspecto, las ideas del voto son muy similares a lo ya descrito en este apartado en lo referente a que la violencia puede darse en cualquier momento de la vida de las mujeres y tiene efectos sobre su salud, incluyendo el riesgo de asesinato o suicidio de la víctima. La violencia familiar acorta la esperanza de vida de las mujeres, además de

---

26 Votada el 20 de septiembre de 2006 por mayoría de tres votos de los señores ministros: José de Jesús Gudiño Pelayo (Ponente), Sergio A. Valls Hernández y Juan N. Silva Meza. Votó en contra el ministro José Ramón Cossío Díaz. Estuvo ausente la señora ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

27 Torres Falcón, Marta, *La violencia en casa,* México, Paidós, 2001, pp. 111 y 112, citada en el voto particular que emite el ministro José Ramón Cossío Díaz a la contradicción de tesis 66/2006 P-S, p. 6.

28 Véase OMS, "Prevalence of intimate partner violence: findings from the WHO multi-country study on women's health and domestic violence", publicado íntegramente en el volumen 368 de la revista *The Lancet* de 7 de octubre de 2006, pp. 1260-1269, retomado del voto particular que emite el ministro José Ramón Cossío Díaz, *cit.*

29 *Ibidem,* p. 1268, retomado del voto particular que emite el ministro José Ramón Cossío Díaz, *cit.*

generar abundantes enfermedades físicas y mentales. Por lo general, las mujeres que viven violencia en el ámbito familiar viven en estado de shock, parálisis generada por el miedo y tienen depresión. Evidentemente, el voto hace alusión al ciclo de la violencia, acuñado por la psicóloga Lenore Walker, en los términos descritos en líneas arriba.[30]

5.1.3. Juzgar con perspectiva de género

121. Con motivo de la normativa nacional e internacional, el derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia en todos los ámbitos y el derecho humano a la igualdad implican el deber del Estado de aplicar la perspectiva de género en toda controversia jurisdiccional en la que se denuncie una situación de violencia o discriminación por razones de género. La perspectiva de género exige que las autoridades jurisdiccionales tomen en cuenta si la situación de violencia o discriminación influye en la forma de resolver la controversia.

122. La perspectiva de género permite alcanzar igualdad sustantiva o de hecho, misma que se configura como una faceta o dimensión del derecho humano a la igualdad jurídica, derivado del artículo 1 de la Constitución general. Dicho precepto constitucional pretende remover y/o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impiden a ciertas personas o grupos sociales gozar o ejercer de manera real y efectiva sus derechos humanos en condiciones de igualdad con respecto a otros grupos sociales.

123. Asimismo, la metodología de la perspectiva de género exige que el conflicto se resuelva tomando en consideración el género de las partes involucradas y eliminando las barreras y obstáculos preconcebidos en la legislación y en la práctica judicial respecto al papel de hombres y mujeres en nuestra sociedad. Así, la perspectiva de género es un método para detectar y eliminar las barreras que discriminan a las personas por su condición de género. La doctrinaria Alda Facio considera que "actualmente, no se puede comprender ningún fenómeno social si no se analiza desde la perspectiva de género y que esta generalmente implica otras miradas de la justicia, es decir, reconceptualizar aquello que se está analizando".[31]

124. Para garantizar el derecho humano al acceso a la justicia, es necesario aplicar la perspectiva de género para que este derecho realmente se garantice por igual a todas las personas. Si se interpretan los derechos a la igualdad y no discriminación junto con el derecho al acceso a la justicia de forma interrelacionada, entonces, resulta que el Estado, a través de su rama jurisdiccional, debe dejar de hacer o no permitir cualquier acción o

30 Véase el voto particular que emite el ministro José Ramón Cossío Díaz, *cit.,* pp. 11-14.

31 Facio, Alda, "Con los lentes del género se ve otra justicia", *El Otro Derecho,* núm. 28, julio de 2002, pp. 85 y 86.

interpretación judicial que menoscabe o anule el ejercicio por parte de las mujeres de su derecho al acceso a la justicia de forma igualitaria. Así, "el acceso a la justicia debe ser un servicio público que el Estado debe garantizar a todos los habitantes de su territorio sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición".[32]

125. Entonces, el análisis con perspectiva de género de un caso en concreto exige que la autoridad jurisdiccional parta de la idea de que toda acción humana impacta de forma diferente a hombres y mujeres, debido a la manera en la que se construye el género en nuestra sociedad. Así, la perspectiva de género permite entender cómo las relaciones de poder entre hombres y mujeres afectan la resolución del caso en concreto e inciden en la determinación de la controversia judicial. Un análisis con perspectiva de género debe realizarse tomando en cuenta cómo los factores económicos, geográficos y simbólicos, entre otros, afectan a mujeres y hombres.[33]

5.1.4. Análisis de la legítima defensa desde la perspectiva de género

126. Por todo lo anteriormente señalado, esta jueza resolverá con perspectiva de género la causa penal en contra de la señora Joaquina Montes de Oca. Así, se podrá entender si ella atacó a su agresor –su esposo– porque se sentía en peligro o si actuó de forma razonable de conformidad con su propio contexto. Esta jueza tomará en cuenta la realidad social que enfrentó la perpetradora y por qué ella respondió de esa forma, desde su propia situación y perspectiva. En el presente asunto, el análisis del homicidio del agresor no es un acto aislado, sino que está inserto en un contexto sistemático y permanente de violencia ejercida en el ámbito familiar.

127. La doctrina considera que las mujeres maltratadas han enfrentado la denegación sistemática de un conjunto de derechos, lo cual muestra una falla en el sistema de protección de los mismos. Cuando una mujer maltratada llega a asesinar a su pareja agresora es porque muy probablemente la respuesta institucional fue insuficiente o incapaz de brindar apoyo.[34]

128. De acuerdo con Luz Rioseco:

> En un alto porcentaje, las mujeres que asesinan o lesionan a sus agresores, han sido víctimas de violencia severa por un tiempo prolongado por parte de sus parejas. Ante esto, se suele pensar que responder la agresión no es una respuesta válida ante alternativas como irse del

[32] *Ibidem,* p. 87.

[33] *Ibidem,* p. 89.

[34] Rioseco Ortega, Luz, *op. cit.*

> hogar común, poner fin a la relación, denunciar al agresor o solicitar protección policial. Por otro lado, también se puede pensar que estas mujeres podrían haber tenido un comportamiento activo y no pasivo durante la agresión, esto es, enfrentarse al agresor o defenderse de la violencia. No obstante, este tipo de conclusiones desconocen que estos hechos se dan en un contexto específico que opera con lógicas distintas según se trate de hombres o de mujeres, esto es, la realidad de género impide analizar este tipo de situaciones con un mismo parámetro. Por ejemplo, se estará desconociendo la desproporción de fuerzas entre hombres y mujeres o la dinámica de la violencia doméstica y sus efectos.
>
> Sin embargo, han emergido otras voces que sostienen que matar al agresor después de un largo período de violencia puede y es una respuesta válida. Se basan para ello en la comprensión del problema de la violencia doméstica y su carácter cíclico y en particular, en los efectos físicos y psicológicos que puede llegar a causar el Síndrome de la Mujer Maltratada. Reconocen también la falta de respuesta institucional a las víctimas de violencia y entienden que hay muchas y complejísimas razones para que una mujer que es maltratada por su pareja no salga de esa relación, no obstante ser brutalmente agredida. Comprenden, en definitiva, que ella puede llegar a matar a su agresor convencida de que esta es la "única" forma de poner fin a dicha violencia y no ser ella la asesinada.[35]

129. Ahora bien, el artículo 125 del Código Penal para el Distrito Federal vigente al momento de los hechos indica que "al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante o adoptado, *cónyuge*, concubina o concubinario u otra relación de pareja permanente, con conocimiento de esa relación, se le impondrán prisión de diez a treinta años y pérdida de los derechos que tenga con respecto a la víctima, incluidos los de carácter sucesorio. Si faltare el conocimiento de la relación, se estará a la punibilidad prevista para el homicidio simple" (cursivas añadidas).

130. Por su parte, el artículo 29 del mismo ordenamiento contiene las causas de exclusión del delito. La fracción IV contempla la legítima defensa, la cual se da cuando se repele una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

131. Así, la legítima defensa se compone de los siguientes elementos: *i)* una agresión ilegítima real, actual o inminente; *ii)* la necesidad racional de la defensa, y *iii)* la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.

i) Agresión ilegítima real, actual o inminente

132. Los bienes que protege la legítima defensa son bienes jurídicos personales, materiales e inmateriales. Las mujeres que viven en contextos de violencia familiar enfrentan

[35] *Idem.*

un menoscabo en sus derechos a la integridad personal, a la seguridad, a la libertad personal, a la libertad sexual, al patrimonio y, en muchas ocasiones, al derecho a la vida, ya que la violencia puede llegar a ser tan profunda que las mujeres presentan peligro de muerte. La violencia física, sexual o psicológica que ejerce el esposo o la pareja de una mujer en el ámbito familiar es claramente una agresión ilegítima en contra de los bienes personales de la mujer violentada.

133. En el caso que se resuelve, la señora Joaquina Montes de Oca denunció ante el Ministerio Público la violencia a la que estaba sujeta por parte de su marido, Sebastián Kundera. En su declaración ministerial indicó que Sebastián agredía a sus hijes y a ella también, pues le pegaba, la insultaba y la violaba. Esta situación se comprueba también con el estudio criminológico aplicado a la acusada, en el cual se señaló que ella había sufrido violencia en el ámbito familiar, la cual era ejercida por su marido.

134. En conclusión, la violencia física, sexual y psicológica sufrida por la acusada es una agresión ilegítima, por lo cual se configura el primer elemento de la causa de justificación del delito de legítima defensa.

135. Por otra parte, "la agresión debe ser actual o inminente, es decir debe existir como tal. Lo que debe ser actual es la situación de peligro en el momento de la reacción. Para que exista la agresión no es necesario que llegue a consumarse materialmente, pues basta que aparezca evidente e inminente el propósito de emplear violencia".[36] Así, la agresión es actual o inminente cuando está sucediendo en el momento (existencia de lucha o confrontación), cuando está a punto de suceder y cuando es continua. Derivado de los hechos del presente caso, esta juzgadora considera que la agresión ilegítima sufrida por la acusada fue continua.

136. En efecto, la agresión es continua cuando la lesión a los bienes jurídicos se extiende en el tiempo, por lo tanto, hay un peligro constante para los bienes jurídicos. La violencia física, sexual y psicológica ejercida en el ámbito familiar constituye una agresión continua porque lesiona permanente y sistemáticamente los derechos de las mujeres, debido a su propia condición de mujer.

137. En los contextos de violencia familiar la agresión es continua, porque el bien jurídico amenazado no siempre es la vida, sino que existen otros bienes como la libertad, la salud o el ejercicio libre de la sexualidad. Larrauri considera que, en el caso de las mujeres que enfrentan violencia familiar, "cuando se afirma que la agresión no es actual es porque de forma implícita se asume que el bien jurídico amenazado deber ser exclusivamente la vida o la integridad física de la mujer. Si por el contrario, se entiende que el bien jurídico lesionado por la situación de malos tratos no es solo la integridad física, sino la seguridad

[36] *Idem.*

y la libertad de la mujer, ello permite afirmar que el ataque es incesante (y en consecuencia, cumple con el requisito de actualidad)".[37]

138. En el caso de la acusada, ella reportó haber sufrido violencia familiar desde hacía cuatro años, desde que su suegra falleció. Por consiguiente, la violencia fue continua desde esa fecha. El tipo de violencia que enfrentaba era física, psicológica y sexual, por lo que el ataque fue incesante. *Es por ello que, en el caso en concreto, esta juzgadora concluye que Joaquina Montes de Oca enfrentó una agresión continua por parte de su marido, la cual cumple con los elementos de la legítima defensa.*

ii) Necesidad racional de la defensa

139. La necesidad racional de la defensa significa que la reacción de quien se defiende debe ser la forma mediante la cual el peligro puede efectivamente evitarse,

> […] o ser la reacción que el sujeto podía razonablemente suponer que a tal efecto servía. Esta circunstancia debe ser juzgada caso a caso y teniendo en consideración una serie de circunstancias concretas. [Quien juzga] debe colocarse en la situación del que razonablemente considera amenazada su vida; el peligro que justifica la legitimidad de la defensa no es el que el que aparece a los a ojos del juzgador [o juzgadora], sino el que se presenta a los ojos del atacado. No puede exigirse al agredido una apreciación exacta y precisa del peligro que corre, sino lo que, con justa razón, puede temer del agresor en virtud de los antecedentes que hagan justa la defensa. Este elemento siempre debe valorarse *ex ante*, es decir, desde el punto de vista del sujeto en el momento que se defiende.[38]

140. Así, la necesidad racional de la defensa exige que el medio empleado sea la única vía posible para repeler o impedir la agresión. Por su parte, la racionalidad del medio empleado se refiere a la proporcionalidad de los medios empleados para repeler la agresión. Por ello, la acción defensiva debe ser útil para frenar de manera inmediata y permanente la agresión, para lo cual hay que tener en cuenta la situación personal de las partes, sus características físicas y psicológicas, y si quien se defiende tiene o no, a su alcance, medios de defensa menos lesivos para los bienes jurídicos del agresor.

141. Para entender desde la perspectiva de género el elemento de "necesidad racional de la defensa", es necesario que:

- se analice el contexto en el cual la señora Joaquina privó de la vida a su esposo;
- se analice el asesinato del agresor no como un acto aislado, sino dentro de un contexto sistemático y permanente de violencia ejercida en el ámbito familiar,

---

37 Larrauri, Elena, *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica,* Buenos Aires, B de F, 2008, p. 60.

38 Rioseco Ortega, Luz, *op. cit.*

siendo este el elemento más importante para juzgar con perspectiva de género en este caso, y

- se eliminen los estereotipos de género al momento de juzgar los hechos.

142. Respecto del primer punto, la señora Joaquina perpetró el asesinato de su esposo en un contexto de violencia familiar permanente, ya que su marido comenzó a violentarla desde hacía cuatro años a raíz de la muerte de su suegra. La violencia se extendió también a sus hijes, pero ella en particular experimentó gritos, insultos, golpes y violaciones por parte de su esposo.

143. En su declaración ministerial, la acusada indicó que desde el 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.

144. La valoración psiquiátrica de 15 de marzo de 2011 concluyó que la señora Joaquina presentó un trastorno adaptativo con reacción depresiva prolongada. Por ello, se solicitó apoyo psicológico y se recomendó vigilancia constante durante las 24 horas del día por riesgo de autoagresión.

145. El estudio criminológico de 17 de marzo de 2011 señaló que la acusada y sus hijes sufrían violencia familiar ejercida por su esposo y que ella permite tratos humillantes y degradantes hacia su persona, ante lo cual actúa de manera sumisa por temor al rechazo y abandono. Se le dificulta identificar situaciones de riesgo, ante las cuales actúa de manera pasiva e introvertida, sobrevalora la figura masculina y desplaza sus necesidades afectivas hacia sus hijes, a quienes sobreprotege.

146. Además del contexto de violencia, esta juzgadora no puede dejar de visibilizar que la señora Joaquina es una mujer con baja escolaridad, ya que solo estudió hasta la secundaria. Al momento de los hechos trabajaba como mesera y ganaba $600.00 pesos a la semana ($2,400.00 pesos mensuales) y tiene seis hijes, incluyendo una bebé de un año. También es una mujer que sufre depresión, tal y como fue diagnosticado en las periciales psiquiátricas.

147. Acerca del segundo punto, el asesinato de Sebastián Kundera no es un acto aislado, sino que es consecuencia de la violencia que él mismo generaba en el ámbito familiar, en contra de sus hijes y de su propia esposa. Es la manera en la cual la señora Joaquina –dentro de su propio contexto– terminó con la violencia ejercida en su contra; fue la manera en la cual la señora Joaquina terminó con la tiranía de violencia que su marido había impuesto en su hogar.

148. Respecto del tercer punto, para eliminar los estereotipos de género, esta juzgadora se aleja de cualquier argumento estereotipado. Los estereotipos de género "resultan dis-

criminatorios y adquieren relevancia jurídica cuando, con base en ellos se impone una carga; se niega un beneficio, o se margina a la persona vulnerando su dignidad".[39] Los estereotipos de género son particularmente dañinos, ya que pueden distorsionar el razonamiento de la autoridad judicial o sus determinaciones respecto al contenido y valor de la prueba, y de las inferencias que estas permiten y justifican.

149. En ese sentido, esta juzgadora no emitirá juicios de valor sobre los posibles medios que tenía la acusada para defenderse o deshacerse de la violencia, antes que matar a su agresor. Es muy común que la sociedad opine que las mujeres maltratadas tenían otros medios, como huir del agresor e ir a la policía a denunciar. No obstante, esta juzgadora considera que la huida no es fácil para una mujer maltratada, pues existen factores físicos, mentales, económicos, afectivos y sociales que condicionan la decisión de huir. Además, para la configuración de la legítima defensa como excluyente del delito no existe un deber de fuga, el cual implicaría un cambio no solamente de domicilio, sino de identidad y ciudad, lo cual es una renuncia a la identidad familiar y personal de la mujer maltratada.[40] Tómese en cuenta que la causa de justificación de la legítima defensa se basa en la idea de que "nadie está obligado a soportar lo insoportable".

150. Así, la señora Joaquina no tenía la obligación de huir de su casa a raíz de la violencia familiar que ejercía su esposo en contra de ella y de sus hijes. Pensar que ella debió huir es una solución simplista, cruel e inhumana hacia ella y hacia las mujeres que viven violencia, ya que además de sufrir golpes, insultos y violaciones, la sociedad les exige que dejen sus casas, sus pertenencias, sus centros laborales y que, además, se lleven a sus hijes para poder resguardarlos de la violencia de los agresores. A esta juzgadora le queda claro que la señora Joaquina no podía huir de su casa, puesto que ganaba muy poco dinero, por lo que hubiera sido imposible que pudiera mantener económicamente a sus seis hijes, todos ellos con minoría de edad, los cuales necesitan muchas atenciones de cuidado, particularmente la bebé de un año.

151. Finalmente, la racionalidad del medio empleado en la legítima defensa, interpretada desde la perspectiva de género, ocasiona otros desafíos. En efecto, basta que el agresor maltrate a la mujer con las manos o pies para someterla, mientras que, para defenderse, las mujeres generalmente utilizan un medio de mayor intensidad que el hombre. Al respecto, Larrauri afirma que:

> […] el medio racional para el hombre medio es distinto de lo que constituye el medio racional para la mujer media.

---

39 Cook, Rebeca y Cusack, Simone, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives,* Filadelfia, University of Pennsylvannia Press, 2010.

40 Larrauri, Elena, *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica, op. cit.*, p. 67.

> La mujer media puede considerar racional su respuesta debido a que ella tiene una percepción del peligro distinta (por su distinta constitución física, por su distinta educación, por sus distintas experiencias, etc.).
>
> La mujer media puede considerar racional su respuesta porque tiene presente el contexto de malos tratos en los que esta se produce. Recuerda la violencia que es capaz de ejercer el marido; sabe que es imposible oponer resistencia sin la ayuda de un arma; rememora la falta de ayuda en episodios anteriores.
>
> En consecuencia, debiera discutirse quién constituye el grupo de referencia para determinar la necesidad racional del medio empleado, si el hombre medio, la mujer media o la mujer media maltratada.
>
> Afirmar que ello se determina "objetivamente", o de acuerdo a la "recta razón", puede representar que el criterio utilizado para determinar la racionalidad sea el del hombre medio.[41]

152. En el presente caso, la racionalidad del medio empleado no puede ser medido con base en un elemento objetivo ni de recta razón. En efecto, el baremo que se utilizará es "el de ponerse en los zapatos de la víctima de violencia"; es decir, cuál fue el medio que la señora Joaquina consideró racional para parar la violencia en su contra y de sus hijes. Es así que la acusada actúo racional y proporcionadamente al tomar la decisión de privar la vida de su esposo, ya que él la violentaba permanentemente a ella y a sus hijes; ella no podía y no tenía la obligación de huir, particularmente por su pobreza, la carga de sostener económicamente a sus hijes ella sola y su problema de salud mental. En este contexto, asesinar a su esposo fue el único medio racional que Joaquina pensó que tenía a su alcance para parar la violencia en su contra y de sus hijes.

153. Esta juzgadora no considera que Joaquina actúo bajo un ánimo de venganza, sino por la necesidad imperante de terminar con la violencia en su contra y de sus hijes, así como de salvaguardar su integridad personal, su seguridad, su libertad sexual, e incluso su vida. Además, la dogmática penal no exige que para configurar la legítima defensa se presenten móviles adicionales, ya que es suficiente que la persona que se defiende conozca la situación, sin que se requieran más elementos subjetivos relacionados con la finalidad de la defensa.[42]

154. Por todo lo mencionado, se considera que en el presente caso se cumple con el elemento de necesidad racional de la defensa que exige la legítima defensa como causa de justificación del delito.

---

41 *Ibidem*, pp. 69 y 70.

42 *Ibidem*, p. 71.

iii) Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende

155. Finalmente, la legítima defensa exige que quien la alega no debió haber provocado la agresión. Es decir, "no debe haber provocación suficiente por parte de quien se defiende, esto es, que no exista una conducta anterior proporcional a la entidad de la agresión o de cierta gravedad. Por lo tanto, [s]olo alcanzará la categoría de provocación, aquella que sea causa eficiente de que la agresión se realice y no el simple dar motivo u ocasión".[43]

156. En el presente caso no se tiene ningún medio probatorio que compruebe que la acusada provocó suficientemente la agresión. Por tal razón, este elemento de la legítima defensa se cumple.

157. Por todo lo señalado, se cumple el elemento de la necesidad racional de la defensa que requiere la causa de exclusión del delito de la legítima defensa.

5.2. La detención ilegal de los acusados

158. El artículo 16 de la Constitución general indica que la detención legal de una persona solamente se puede dar en tres supuestos: cuando exista una orden de aprehensión; cuando exista flagrancia, es decir, cuando la persona sea detenida en el momento exacto de la comisión del hecho, o cuando exista una orden de caso urgente.

159. En el sistema procesal penal mixto –aplicable al presente caso–, el primer supuesto –relativo a la orden de aprehensión– se da cuando el Ministerio Público ya integró la averiguación previa y considera que tiene suficientes elementos probatorios para comprobar la probable responsabilidad de la persona bajo investigación y el cuerpo del delito. En consecuencia, solicita al juez o jueza de primera instancia que gire una orden de aprehensión para detener a la persona bajo investigación. Sobre la orden de aprehensión, la SCJN ha señalado lo siguiente:

> Orden de aprehensión. Debe provenir de autoridad judicial competente. El artículo 16, segundo párrafo constitucional, establece respecto de la orden de aprehensión, entre otros requisitos, que debe ser emitida por autoridad judicial; a su vez, el primer párrafo del citado precepto constitucional, garantiza la protección de la persona, al exigir que todo acto que implique una afectación a esta, debe provenir de autoridad competente, es decir, aquella que esté facultada legalmente para emitir el acto de que se trate. *Por ello, si la orden de aprehensión es un acto que afecta a la persona, pues tiene por efecto restringir de manera provisional su libertad personal o ambulatoria, con el objeto de sujetarla a un proceso penal,* el juzgador que la emita, también debe ser legalmente competente para conocer del proceso penal que en su caso llegare a instruirse por el o los delitos por los que la libra, atendiéndose

[43] Rioseco Ortega, Luz, *op. cit.*

> desde luego, a los criterios para fijar la competencia esto es, por territorio, materia, cuantía o conexidad (énfasis añadido).[44]

160. El segundo supuesto –el relativo a la flagrancia– se da cuanto se detiene al indiciado en el momento preciso de la comisión del delito o inmediatamente después de haberlo cometido. Al respecto, el Poder Judicial Federal ha señalado lo siguiente:

> Flagrancia, la persecución material del detenido en, no necesariamente debe realizarse por autoridades (legislación del estado de Puebla). De la recta interpretación del artículo 67 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el Estado de Puebla, se deduce que dicha disposición establece tres supuestos de flagrancia, consistentes en: 1.- Cuando el indiciado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito, o inmediatamente después de ejecutado el hecho delictuoso, si: 2).- Es perseguido materialmente; y, 3).- Alguien lo señala como responsable y se encuentra en su poder el objeto del delito, el instrumento con que aparezca cometido, o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en el ilícito; por tanto, si la detención del indiciado se realiza con motivo de la persecución material efectuada por la agraviada, auxiliada por elementos policiacos, tal detención no es violatoria de garantías individuales, máxime que el precepto legal mencionado establece: "En los casos de delito flagrante, toda persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público".[45]

161. Finalmente, el supuesto del caso urgente hace alusión a aquellas situaciones en las que el Ministerio Público esté ante un delito grave y exista riesgo fundado de que la persona se sustraiga de la acción de la justicia y que por razón de la hora, lugar o circunstancia no pueda acudir ante la autoridad judicial a solicitar una orden de aprehensión. En esos casos excepcionales, el Ministerio Público podrá, bajo su más estricta responsabilidad, ordenar la detención de la persona, fundando su proceder y expresando los indicios que motiven el caso urgente. Es importante señalar que para que la detención por caso urgente sea legal, es imprescindible que la orden sea emitida por el Ministerio Público *antes de la detención de la persona*.

162. En los hechos del caso se tiene que ambos acusados fueron detenidos de manera ilegal. En efecto, la señora Joaquina fue detenida el 14 de marzo de 2011, y el hecho delictivo que se le imputa sucedió el 31 de enero del mismo año. Es decir, ella fue detenida varias semanas después de haber perpetrado el delito, por lo tanto, no se da el supuesto de la detención bajo flagrancia.

---

44 Tesis de jurisprudencia 1a./J. 26/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, mayo de 1999, p. 267. Registro digital: 194063.

45 Tesis aislada VI.2o.134 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IV, noviembre de 1996, p. 440. Registro digital: 200927.

163. Del mismo modo, los policías no contaban con una orden de aprehensión dictada por un juez competente que permitiera la detención de la acusada, ni tampoco contaban con una orden de caso urgente dictada por el Ministerio Público con anterioridad a la detención. De los autos consta que el Ministerio Público sí emitió la orden de caso urgente para justificar la detención de la acusada, pero lo hizo posteriormente, ya que la emitió a las 23:15 horas del 15 de marzo de 2011, pero la acusada fue detenida a las 16:30 del 14 de marzo. Así, la orden de caso urgente se emitió más de 30 horas después de la detención de la señora Joaquina.

164. En realidad, la detención se realizó sin base legal y se motivó en la petición de Florencia Kundera, quien solicitó que los policías detuvieran a Joaquina. De este modo, la detención de la acusada fue ilegal.

165. Sobre la detención de Bruno Pacheco, esta también fue ilegal, ya que de las testimoniales de los policías remitentes, Alejandro Villalpando y Ramiro Salvador Roberts, se tiene que ellos detuvieron a Bruno Pacheco en razón de una entrevista que tuvieron con Joaquina Montes de Oca, quien les dijo que Bruno le había ayudado a matar a su esposo. Ella les dio la media filiación y el paradero de Bruno, quien en ese entonces vivía en la misma casa que Joaquina, al ser su yerno. A causa de ello, los policías se dirigieron al domicilio de la acusada y respondió a la puerta el señor Bruno Pacheco, quien presentó la media filiación proporcionada; se le informó el motivo de la visita, por lo cual accedió a presentarse a las oficinas de la Fiscalía.

166. Es así que la detención de Bruno Pacheco también es ilegal, ya que no se configura la flagrancia, pues no fue detenido al momento preciso de cometer el delito. Tampoco se configura el caso urgente ni el supuesto de la detención por orden de aprehensión.

167. Ahora bien, el artículo 16 de la Constitución general indica que "en los casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o *decretar la libertad según corresponda*" (cursivas añadidas). Aunado a esto, el expediente varios 912/2010, citado con anterioridad, sostiene que los criterios interpretativos emitidos por la Corte Interamericana son orientadores. Dicho tribunal internacional ha señalado que, de conformidad con el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "la detención de una persona [debe ser] sometida sin demora a una revisión judicial, como medio de control idóneo para evitar las detenciones arbitrarias e ilegales. *Quien es privado de libertad sin orden judicial debe ser liberado* o puesto inmediatamente a disposición de un juez"[46] (cursivas añadidas).

[46] Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, núm. 110, párr. 95.

168. Por todo lo anteriormente señalado, esta juzgadora se encuentra imposibilitada para dictar sentencia en contra de las personas acusadas, ya que su derecho humano a la libertad fue transgredido, al ser detenidas ilegalmente al inicio del procedimiento penal. En otras palabras, esta juzgadora no puede accionar el *ius punieni* del Estado a sabiendas de que el derecho a la libertad personal de las personas acusadas fue transgredido; por lo tanto, las personas acusadas en este proceso tienen que quedar en libertad, de conformidad con la Constitución general y los criterios orientadores emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

R E S O L U T I V O S

PRIMERO. Joaquina Montes de Oca no es penalmente responsable por el delito de homicidio en razón del parentesco cometido en contra de su esposo, Sebastián Kundera, ya que se actualiza en su favor la causa de justificación del delito de legítima defensa. En consecuencia, se ordena su inmediata libertad.

SEGUNDO. Joaquina Montes de Oca y Bruno Pacheco fueron detenidos ilegalmente, por lo cual se ordena su inmediata libertad.

Así lo resuelve la jueza sexta de lo penal del Distrito Federal por ministerio de ley, la maestra Isabel Montoya Ramos, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 57, 59 y 76, primer párrafo, y 200 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, así como con el acuerdo 7-56/2009 emitido por el Pleno del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal.

Comentario
de la sentencia a la causa penal 48/2011 sobre una mujer que cometió el delito de homicidio en razón del parentesco en contra de su esposo

Taissia Cruz Parcero

I. Reseña del caso

Joaquina Montes de Oca[1] fue sentenciada por el delito de homicidio calificado (en razón del parentesco —porque la víctima era su esposo— y cometido con ventaja —por haber utilizado un medio que debilitó la defensa de la víctima—).[2] Se le estimó un grado de culpabilidad que corresponde a una cuarta parte en la escala de punibilidad prevista para ese delito (de 20 a 50 años de prisión); en consecuencia, se le impusieron 27 años y seis meses de pena privativa de libertad (además, se le condenó a reparar el daño moral —indemnización por muerte— y al pago de gastos funerarios).

Los hechos por los que fue sentenciada son los siguientes. En enero de 2011, junto con Bruno Pacheco, quien era pareja de su hija mayor, y Jesús "N" (quien no fue localizado ni juzgado) —en el interior del domicilio en el que cohabitaban, ubicado en la Ciudad de México— privó de la vida a su esposo Sebastián Kundera. Para ello, la sentenciada puso en la bebida de la víctima pastillas de Clonazepam (sustancia psicotrópica que normalmente se utiliza como medicamento para combatir la ansiedad y como anticonvulsionante, y tiene como efectos secundarios provocar

[1] Los nombres de las partes en el proceso penal fueron modificados para los propósitos del presente trabajo.

[2] Previsto en el Código Penal del entonces Distrito Federal, en los arts. 125, 128 y 138, frac. I, c).

sueño, debilidad, entre otros) y cuando se quedó dormido, los dos hombres lo asfixiaron con una bolsa de plástico y con un lazo alrededor del cuello. El cuerpo de la víctima fue trasladado y abandonado, presuntamente por Bruno, a un paraje solitario, en el que fue encontrado pocas horas después del deceso.

Cuando sucedieron los hechos, Joaquina Montes de Oca tenía 32 años, contaba con estudios de educación media básica (secundaria) y se ocupaba como mesera. Había contraído matrimonio civil con la víctima 18 años antes y, durante el matrimonio, procrearon cuatro niñas y dos niños. La víctima tenía, en la época del hecho, 45 años.

II. Prueba de cargo

La muerte de la víctima y las causas que la provocaron se acreditaron con las pruebas técnicas que son de rutina para estos casos (inspección y levantamiento de cadáver, acta médica, dictámenes de necropsia y criminalística). De ellas se concluyó que la causa de la muerte fue asfixia por estrangulación. Aunque en el protocolo de necropsia se asentó que se tomaron muestras de sangre en el cadáver para que el laboratorio de química determinara niveles de alcohol, presencia de sustancias psicotrópicas y/o estupefacientes, no se presentó en el expediente el resultado de dichos análisis.

Para demostrar la participación de la sentenciada, como coautora del delito, el juez tomó en cuenta, fundamentalmente, las declaraciones de las hermanas de la víctima, de marzo de 2011, en las que manifestaron que, ante la ausencia de su hermano, acudieron al domicilio en el que Sebastián vivía con Joaquina. Ella les informó que desde el mes de enero anterior ya no había regresado a casa. Días después acudieron nuevamente para saber del paradero de su hermano; en ausencia de Joaquina, comieron con los sobrinos. En algún momento, Salomón, de siete años, les dijo que su mamá, con amigos suyos y de su hermana Marie, habían matado a su papá; que él lo vio sangrando de la cara y del cuerpo. El niño también les dijo que lo habían metido en una caja y le habían echado flores y tierra. Días después la propia Joaquina les confesó que ella le había dado muerte. Que para ello le dio

unas pastillas y lo durmió, después se lo llevó en un taxi y lo tiró en el río, pero insistió en que había actuado sola.

Igualmente se tomó en consideración la declaración de Salomón, de siete años, quien en presencia de una de las tías denunciantes dijo que él vio cuando su mamá, Bruno (novio de su hermana mayor) y otra persona habían golpeado a su papá y lo habían dejado sangrando, para después enterrarlo en una caja, a la que le echaron flores y tierra. También se valoró la declaración de dos policías, quienes manifestaron que la denunciante les refirió que su cuñada había matado a su hermano, por lo que, a petición suya, detuvieron a la sospechosa y, efectivamente, ella confesó el homicidio de su cónyuge, por lo que la presentaron ante el Ministerio Público.

En la sentencia también se consideró que Joaquina Montes de Oca y Bruno Pacheco confesaron, ante el Ministerio Público, que dieron muerte al cónyuge de la primera, con ayuda de otro sujeto; que, para ello, Joaquina lo durmió con pastillas y, posteriormente, los otros coautores lo asfixiaron con una bolsa y un lazo, para después arrojar el cuerpo en el río.

Finalmente, se valoró la inspección realizada por el Ministerio Público en el domicilio de Joaquina, en la que se hizo constar el hallazgo de una receta médica a nombre de la sentenciada, expedida por una institución de salud pública, con la prescripción del medicamento controlado Clonazepam, así como de una tira con esas pastillas, en la cual había solo 12 de 30 tabletas. En relación con el medicamento asegurado, se emitió peritaje en química forense, en el que se determinó que el Clonazepam es una sustancia psicotrópica que se utiliza como ansiolítico y anticonvulsionante.

III. Contexto

La sentencia que comento derivó del proceso penal que se siguió contra Joaquina, bajo las reglas del sistema mixto que en nuestro país estuvo vigente hasta junio de 2018, pues, a partir de esta fecha, entró plenamente en vigor el nuevo modelo de enjuiciamiento acusatorio y oral. Bajo las reglas del sistema anterior, las

actuaciones de averiguación previa que fueron practicadas por el Ministerio Público se trasladaron prácticamente en su integridad al juicio, para servir de sustento a la sentencia condenatoria, pues la única diferencia fue que Bruno (cosentenciado) no ratificó su confesión ante el juez y dijo que se vio amenazado por Joaquina para ayudarla a matar a su marido.

Es importante también destacar que, en México, por ser una república federal, coexisten en materia de enjuiciamiento penal dos tipos de fuero: común y federal.[3] En el caso, el delito es del fuero común, es decir, fue investigado y juzgado por autoridades locales del entonces Distrito Federal, dado que no estuvo implicado algún servidor público federal ni se afectó algún bien jurídico adscrito a la federación.

En nuestro país, la violencia de género es un problema de carácter estructural que, a pesar de los esfuerzos desde las instituciones y de la sociedad civil, no ha podido contenerse. Por el contrario, las cifras disponibles dan cuenta de que en 2016 ocurrieron 7.5 feminicidios diarios; que más del 40% de las mujeres mayores de 15 años han padecido algún incidente de violencia proveniente de su pareja y que, de ellas, más del 70% no solicitó ayuda ni presentó denuncia y, de esa cifra, casi el 40% manifestó que no lo hizo por miedo a las consecuencias y/o por vergüenza.

Junto a estos datos se tiene también registro de que, del total de mujeres privadas de la libertad por algún delito, 10% están involucradas en delitos de homicidio (pero no se cuenta con información para correlacionar cuántos de estos casos se refieren al homicidio de la pareja o expareja sentimental).[4]

IV. Comentario crítico

En una primera lectura, desde un punto de vista que pareciera meramente procesal, es posible establecer que, en el caso de Joa-

[3] De acuerdo con el art. 13 constitucional, subsiste también el fuero militar para faltas contra la disciplina militar, siempre que no se encuentren implicados en el delito personas que no tengan ese carácter, es decir, civiles.

[4] Fuente: *www.estadísitica.inmujeres.gob.mx*

quina, se cometieron un conjunto de violaciones a sus derechos fundamentales que son fiel reflejo no solo de prácticas viciadas, comunes y generalizadas en la investigación y enjuiciamiento de los delitos, sino de la ausencia total de un acercamiento distinto al caso, con una perspectiva que hubiera permitido conocer el contexto de las condiciones personales, familiares y sociales de la probable autora del delito. Me refiero, sí, a la ausencia de perspectiva de género.

La detención ilegal que padeció la sentenciada es una de las violaciones a derechos fundamentales más evidentes. A pesar de que las reglas vigentes en la Constitución Federal establecían las circunstancias bajo las cuales era válido detener a una persona sin orden judicial.[5] En el caso, la detención pretendió justificarse bajo la hipótesis de "caso urgente", conforme a la cual, el Ministerio Público tiene la facultad de ordenar por escrito la detención de una persona, si se trata de un delito grave (el homicidio es un delito grave), si por las circunstancias no puede acudir ante el juez a pedir la aprehensión y si existe riesgo de que la persona se evada o, como decimos coloquialmente, "se dé a la fuga".

Del relato de los policías se observa que detuvieron a Joaquina a petición de las denunciantes, las hermanas de la víctima, cuando la desaparición de esta todavía no había sido hecha del conocimiento del Ministerio Público y porque, según les informaron, Joaquina les había confesado que ella lo había matado, como al entrevistar a la propia Joaquina así lo aceptó, y la trasladaron a la agencia ministerial.

Por ello, al día siguiente y aproximadamente 40 días después del homicidio, el Ministerio Público decretó la detención legal de Joaquina por "caso urgente" y, posteriormente, ejerció acción penal en su contra. De lo expuesto se sigue que, en la detención, los policías actuaron por su cuenta, sin existir una orden minis-

[5] CPEUM, art. 16 [...]
Solo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder. [...]

terial escrita "por caso urgente" que, bajo los parámetros constitucionales, justificara tal afectación a la libertad de la persona inculpada.

Esta violación al derecho humano de libertad personal, cometida en el procedimiento de averiguación previa, afectó, desde luego, la validez de la confesión de Joaquina, porque cuando una persona es detenida de manera ilícita, es decir, fuera de los cauces constitucionales (orden de aprehensión, flagrancia o caso urgente), las pruebas que derivan de tal actuación deben excluirse justamente como un medio reparador de la violación cometida y porque, con ello, se pretende desincentivar que las autoridades policiales y de investigación incurran en las mismas.

Pero, además, en el caso, también a partir de la detención ilegal, se obtuvo evidencia de manera ilícita, pues la autoridad ministerial realizó una inspección en la casa que Joaquina habitaba con sus hijos e hijas, sin haber obtenido previamente la autorización judicial, que era condición de validez del cateo.[6] De esa intromisión ilícita en el domicilio de la detenida obtuvo evidencia incriminatoria, particularmente, una receta médica y las pastillas de Clonazepam.

Así, dentro de las 48 siguientes a su detención ilegal, el Ministerio Público encontró pruebas suficientes para inculpar a Joaquina en el homicidio de su cónyuge, pues con su confesión (y la de su coinculpado) y el aseguramiento de la receta y las pastillas en su domicilio, corroboró la versión que las denunciantes (hermanas de la víctima) manifestaron en las actas de investigación.

Con todo ello, el agente investigador no cuestionó la imparcialidad del relato de los denunciantes, no indagó si Joaquina fue

[6] CPEUM, art. 16 [...]
En toda orden de cateo, que solo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.
[...]

sometida a algún tipo de presión o coacción, ni le pareció relevante solicitar el resultado de las pruebas de química forense, a fin de conocer si en efecto había presencia de dicha sustancia psicotrópica en las muestras que se obtuvieron del cadáver.

¿Cómo lo podemos explicar? ¿Bajo qué lógica es admisible juzgar a una persona, tener certeza de su responsabilidad en el hecho delictivo, ante las violaciones, las deficiencias y las omisiones apuntadas? Me parece que la respuesta, cuando se trata de una mujer, como Joaquina, inculpada en la comisión de un delito, no radica solo en el análisis que mencionamos al principio, meramente procesal o de carácter formal, que permite detectar a los tribunales violaciones que comprenden el concepto de debido proceso.

Esto lo sostengo porque en la revisión del caso existe un conjunto de información que permite suponer que, en la sentencia, subyace un prejuicio de género contra la acusada, que en nuestro sistema penal tiene incluso el alcance de trastocar el principio acusatorio de carga de la prueba, que corresponde siempre al Ministerio Público.

Este principio, que define cualquier sistema de enjuiciamiento criminal que se juzgue democrático, impone a quien acusa, es decir, al fiscal o Ministerio Público, la obligación de aportar al juez las pruebas que acrediten el delito y la responsabilidad, de modo que a la persona acusada no le corresponde probar que no lo hizo, que es inocente. Lo anterior no se cumplió en el caso, porque las autoridades ministeriales y judiciales dieron por sentado, sin prueba suficiente que:

A. Joaquina suministró a la víctima, antes de su muerte, una cierta cantidad de pastillas psicotrópicas para provocarle el sueño, lo que permitió que otros dos sujetos lo privaran de la vida.
B. Joaquina tenía un móvil para privar de la vida a su cónyuge, pues lo engañaba, ya que sostenía relaciones sexuales con otros hombres.

La primera conclusión, como hemos apuntado, es meramente especulativa; carece de base técnica, ante la ausencia de los resultados de química forense sobre las muestras recabadas del

cadáver; pero, a los ojos de las autoridades investigadoras y judiciales, esto se estimó irrelevante, si para ello se pudo obtener, de manera ilícita, evidencia material de que en el domicilio conyugal la sentenciada guardaba una receta médica y pastillas de esas características. Ello no es una cuestión menor, pues a partir de esta determinación se configuró la calificativa de ventaja, que agravó la pena aplicada.[7]

La segunda premisa, que no es evidente en la sentencia, subyace como justificación para dar por cierta toda la información que el Ministerio Público recibió por parte de los familiares de la víctima, pues permitió establecer un razonamiento según el cual la mujer infiel privó de la vida al cónyuge. Pero no solo se trataba de que la investigación tuviera como única sospechosa a la mujer infiel, sino también a la mala madre, pues, en tal sentido, se registraron en la investigación datos de que Joaquina desatendía a sus hijos e hijas, les pegaba, era floja, metía a otros señores a su casa y no quería al padre víctima del delito.

En un sistema de justicia penal que invisibiliza a las mujeres, las clasifica y discrimina, *a priori*, a partir de modelos preestablecidos de lo que se espera de la madre y esposa, no se consideró importante seguir otras posibles líneas de investigación, ni indagar otros móviles o circunstancias del delito. Ella fue —lo dijeron sus cuñados— infiel y mala madre. Lo confesó. Caso cerrado. 27 años y seis meses de prisión.

IV. Conclusión

Joaquina, al "confesar" los hechos, también declaró que cuatro años antes empezó a tener problemas con su cónyuge; este le gritaba, le decía que era fea y que estaba gorda; le aventaba la comida. En ocasiones, inclusive, le pegaba y la violaba porque ya no quería tener relaciones sexuales con él. Esta información debió ser relevante, tanto para el Ministerio Público como para el juez,

[7] Si el homicidio no se hubiera estimado calificado, la pena aplicable habría oscilado entre 10 y 30 años; de manera que aún con el grado de culpabilidad estimado, la pena de prisión habría sido de 15 años de prisión, en términos del Código Penal para el entonces Distrito Federal, art. 125, párr. 1.

pues indagar sobre la veracidad de esta parte del relato, obtener prueba en cuanto a los posibles actos de violencia que la sentenciada dijo padecer en el ámbito de su propia relación de pareja, pudo permitir un desenlace distinto, en dos diversas vertientes: como causa de exclusión del delito, o bien, como un factor para determinar la pena.

Las causas que excluyen el delito se encuentran previstas de manera taxativa en el Código Penal para el Distrito Federal vigente en la época de los hechos. Entre ellas, se prevé la legítima defensa y la no exigibilidad de otra conducta.[8] Una opera como excluyente de la antijuridicidad y otra como causa de inculpabilidad.

[8] Código Penal para el Distrito Federal, art. 29. (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad.
[...]
B.- Habrá causas de justificación, cuando:
I.- (Legítima defensa).- Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.
Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión;
[...]
C.- Habrá causas de inculpabilidad, cuando:
[...]
IV.- (Inexigibilidad de otra conducta). Cuando el agente, en atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no le sea racionalmente exigible una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho.
Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso.
Si el agente se excede en los casos de legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio de un deber y cumplimiento de un deber se estará a lo previsto en último párrafo del artículo 83 de este Código.

La legítima defensa es una figura jurídica que permite lesionar o inclusive privar de la vida a quien agrede —de manera actual, real e inminente— la propia integridad (entre otros supuestos). Una de las razones en las que descansa tal permisión es la misma que se adscribe como finalidad del derecho penal: la protección de bienes jurídicos.

Claro está que, para configurar un caso de legítima defensa, la forma en que una persona se opone a la agresión debe ser congruente y no desproporcionada, como también, según la dogmática penal dominante, debe ser contemporánea a la agresión que está por suceder o que actualmente sucede.

No obstante, en los casos de violencia de género, que se configuran cuando una mujer es víctima recurrente de agresiones físicas y/o sexuales por parte del varón que es su pareja, es posible y necesario interpretar también la legítima defensa en un sentido más amplio, bajo el concepto de un peligro continuado, cuya demostración legitimaría el delito de lesiones u homicidio, si estos se cometen como una reacción de defensa ante ese peligro latente en el contexto de la relación.[9]

De igual manera, como causa de inculpabilidad, la violencia previa sufrida por la mujer que da muerte a su pareja puede ser apreciada bajo la hipótesis de no exigibilidad de otra conducta, la cual se configura bajo la lógica de que el orden jurídico no puede exigir a las personas comportamientos que impliquen soportar pasivamente situaciones de maltrato graves y recurrentes. En tales supuestos, es posible dejar de reprochar el homicidio que la mujer comete contra su maltratador, si se demuestra que actuó con miedo grave, insuperable, ante agresiones inminentes.

En una segunda vertiente, los datos de violencia padecidos por Joaquina, de haberse indagado y probado en el proceso, pudieron haber impactado en su favor, al momento de imponer la pena.

[9] Esta manera de ver a la legítima defensa corresponde a lo que en dogmática penal se denomina "muerte del tirano" y responde a la necesidad de analizar los casos en los que la mujer ha privado de la vida a quien recurrentemente es su victimario, esto es, a quien la agrede física o sexualmente, la amenaza, etcétera.

En nuestro país, la gravedad de la pena para cada delito está prevista como un parámetro, entre un mínimo y un máximo, justamente para que los juzgadores puedan valorar las circunstancias concretas del caso y estén en condiciones de imponer una condena proporcional y justa en relación con el daño ocasionado al bien jurídico, pero también en función de las características de la persona particular a quien se juzga. Por eso decimos que cuando los juzgadores determinan la pena por el delito cometido, hacen un ejercicio de ponderación entre diversos factores que se relacionan con la gravedad del hecho (gravedad del injusto) y la dimensión en que ese hecho le es reprochable a su autor (grado de culpabilidad). Estos factores están determinados por la ley penal. En el caso del delito de homicidio, cometido en razón del parentesco y agravado (con ventaja, por haberse empleado un medio que debilitó la defensa de la víctima), el margen de punición va de 20 (mínima) a 50 (máxima) años de prisión.

Como mencioné al principio, a Joaquina se le impuso la pena de 27 años y seis meses de prisión, que corresponde a una cuarta parte en la escala aplicable. Para ello, el juez hizo énfasis solo en los factores que le parecieron no favorables a la sentenciada, e hizo afirmaciones tales como que el daño al bien jurídico fue de *gran magnitud*, pues atentó contra *la vida, que es el bien más preciado del hombre;* que actuó dolosamente *con total desprecio al orden jurídico;* que la víctima era su cónyuge y que la sentenciada, según el estudio de personalidad que le fue practicado, presentaba *capacidad criminal media*.

Otras características personales, como la edad, el grado de estudios, la ocupación y su condición de madre solo fueron mencionadas, pero no condujeron a algún tipo de valoración expresa que permitiera conocer si fueron efectivamente consideradas para determinar la gravedad de la pena.

De lo expuesto resulta evidente que, de haberse ponderado la relación desigual que existía entre Joaquina y la víctima, a partir de datos muy concretos y sí acreditados, por ejemplo, que cuando contrajeron matrimonio ella tenía solo 14 años y él 27; que cuando cometió el delito, a los 32 años, ya era madre de seis hijos; pero, particularmente, si el juez del caso hubiera tenido la capacidad de ver que era necesario decretar el desahogo de

prueba sobre la violencia referida por Joaquina, en el contexto de su relación familiar, habría estado en condiciones de conocer con mayor certeza los motivos que la llevaron a cometer el delito. Con ello pudo haber estimado un grado de culpabilidad mínimo, pues en una mujer víctima de maltrato se encuentra disminuida de manera importante la posibilidad de ajustar su conducta a la norma, condición que es determinante al establecer la pena.

Para juzgar casos de mujeres involucradas en la muerte del hombre con el que sostienen una relación de pareja, debe partirse de la realidad social y de los datos que arrojan las estadísticas disponibles, según los cuales, la mayoría de las veces, subyacen en esas relaciones condiciones de violencia, desigualdad y de abuso de poder, que las y los juzgadores están obligados a hacer visibles, como dijimos, no solo para cuestionar la actuación de las autoridades de investigación, la validez y el valor incriminatorio de las pruebas de cargo que se dirigen a demostrar el hecho y sus circunstancias, sino también para establecer si el homicidio del opresor es, en el propio contexto de cada hecho, la única salida a un entorno de violencia sistemática, en el que las posibilidades de obtener protección efectiva por parte de las autoridades estatales son tan escasas que, en muchas ocasiones, el desenlace es, tristemente, ser víctimas, ellas mismas, de feminicidio.

Resumen
de la resolución original

Datos Sentencia del amparo directo penal 1065/2014, dictada el 9 de abril de 2015, por el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Noveno Circuito en Pachuca de Soto, Hidalgo. Sentencia del fuero federal.

Hechos La acusada estaba casada y mantenía dos relaciones extramaritales: una con su cuñado y otra con un compañero de trabajo. Su cuñado sorprendió a la mujer teniendo relaciones sexuales con el compañero de trabajo, por lo cual llamó a su hermano y juntos lo asesinaron. Ella fue sentenciada por el homicidio calificado con ventaja de su pareja sentimental y a compurgar una pena de 35 años de prisión.

En la apelación se modificó el grado de culpabilidad, por lo cual la pena se redujo a 25 años de prisión. Por tanto, la acusada interpuso una demanda de amparo.

Determinación. El tribunal colegiado de circuito negó el amparo. Concluyó que, pesar de que la acusada manifestó que había sido objeto de violencia física por parte de su cuñado en los momentos previos a la agresión en contra de su pareja sentimental, no había prueba al respecto, además de que su posible agresor no mencionó nada sobre eso en las declaraciones en sede judicial. En relación con la violencia moral, es decir, las amenazas verbales hechas por su cuñado sobre lesionar a sus hijos en caso de que dijera algo sobre el delito, el órgano jurisdiccional de amparo determinó que tal afirmación de la quejosa no fue acreditada con ninguna prueba.

Por todo lo anterior, concluyó que había quedado probado que la mujer estuvo en posibilidades de impedir que se cometiera el homicidio, porque, de acuerdo con las declaraciones de los invo-

lucrados, presenció la grave violencia que sufrió su compañero de trabajo, conocía los antecedentes de la agresión y tuvo noticia de que esta se prolongaría en su ausencia y, a pesar de tener esa información, omitió comunicarla a las autoridades.

Sentencia del amparo directo penal 1065/2014 sobre una mujer condenada por el delito de homicidio con base en estereotipos de género

Adriana Ortega Ortiz
Irlanda Denisse Ávalos Núñez

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. Al 9 de abril de 2015, este Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Noveno Circuito resuelve el caso de la señora Claudia Portillo,[1] acusada por la Fiscalía del estado de Hidalgo del delito de homicidio calificado con ventaja, en la modalidad de comisión por omisión, cometido en contra de Francisco Soto.

2. El delito de homicidio está penalizado por el artículo 136 del Código Penal del Estado de Hidalgo en los siguientes términos: "Al que dolosamente prive de la vida a otro, se le impondrá de diez a treinta años de prisión y multa de 100 a 300 días".

3. La agravante de ventaja se encuentra en el artículo 147 del mismo código y se define así: "Hay ventaja cuando se haya realizado el hecho empleando medios o aprovechando circunstancias o situaciones tales que imposibiliten la defensa del ofendido y el agente no corra riesgo alguno de ser muerto o lesionado, con conocimiento de esta situación".

4. A partir de la calificativa, la señora Portillo enfrentaría una pena de 25 a 40 años de prisión, tal como lo señala el artículo 138 del Código Penal del Estado de Hidalgo.

II. HECHOS DEL CASO

5. Los hechos que se consideran probados y serán objeto de análisis para decidir sobre la pretensión de la Fiscalía son los siguientes:

A. La acusada estaba casada con Carlos y tenía tres hijos: una niña de 4 años y dos adolescentes.

[1] Los nombres de las partes en el juicio de amparo directo fueron modificados para los propósitos del presente trabajo académico.

B. El 1 de noviembre 2012, el señor Armando y el joven Santiago, adolescente de 12 años, ingresaron por la fuerza al domicilio de la señora Portillo, ubicado en la colonia El Pedregal, perteneciente a la comunidad de Acayuca, municipio de Zapotlán de Juárez, Hidalgo. Ella estaba acompañada por Francisco.

C. Una vez dentro, tomaron a la hija pequeña de la señora Portillo, y Armando ordenó a Santiago que llevara a la niña a casa de Carmen, madre de Armando y Carlos y suegra de la señora Portillo. Después de que Santiago se llevó a la hija de la señora Portillo, Armando llamó a Patricio, su hermano; encerraron a la señora Portillo en el baño, y golpearon a Francisco. La señora Portillo gritaba desde el baño que detuvieran la golpiza; ellos no desistieron. En algún momento del ataque, Armando sacó a la señora Portillo del baño y le ordenó que le acompañara a recoger a los otros dos hijes de esta; Patricio permaneció en la casa vigilando a Francisco. Armando, por su parte, condujo a la señora Portillo y a sus hijes a casa de Carmen y ordenó a esta última que no les permitiera salir.

D. De regreso en la casa, Armando y Patricio torturaron severamente a Francisco, lo asesinaron y lo hirieron después de la muerte con lesiones infamantes. Finalmente, con la ayuda de Carlos, llevaron el cuerpo a un basurero municipal, donde lo quemaron. Ahí fue encontrado un día después por la policía.

III. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

6. El 22 de noviembre de ese mismo año, la Fiscalía del Estado de Hidalgo ejerció acción penal por el delito de homicidio calificado con ventaja, cometido en contra de Francisco, y solicitó al juez la emisión de una orden de aprehensión contra la señora Portillo, Armando, Patricio y Carlos.

7. El juez concedió la orden, después el auto de formal prisión y, finalmente, sometió a proceso a les inculpades.

8. Este Tribunal Especializado en Materia Penal del Estado deberá ahora decidir sobre la pretensión de la Fiscalía y emitir una sentencia en el caso de la señora Portillo a partir de los hechos probados, la acusación y los alegatos de la defensa.

IV. ACUSACIÓN

9. Por lo que se refiere a la señora Claudia Portillo, la Fiscalía del estado la acusa formalmente en los siguientes términos:

A. El artículo 17 del Código Penal del Estado de Hidalgo dispone que en los delitos de resultado material –es decir, aquellos que exigen una modificación en el entorno para consumarse, como el delito de homicidio donde es necesaria la muerte–, responderá por el delito quien tiene o adquiere el deber jurídico de evitarlo. Este deber jurídico surge de la ley, de un contrato o del actuar precedente de la persona a quien pretende atribuírsele.

Cumplido alguno de estos supuestos, la persona adquiere la posición de garante. Es decir, debe cuidar que el bien jurídico respecto del cual tiene esa posición no resulte dañado.

B. Para la Fiscalía, es evidente que la señora Portillo tenía el deber jurídico de evitar el asesinato de Francisco, cometido dentro de su casa directamente por Armando y Patricio, porque, de acuerdo con el artículo 360 del Código Penal del Estado de Hidalgo, debió avisar inmediatamente a las autoridades de los delitos de los que tenía conocimiento. Esta posición de garante tiene, entonces, como fuente la ley, por lo que se actualiza uno de los supuestos del artículo 17 del Código Penal para asignar a la acusada dicha posición.

C. En el caso la acusada no cumplió con esa obligación, aunque ya se encontraba fuera de la casa donde ocurrían los hechos delictivos. A juicio de la Fiscalía, una denuncia oportuna de la señora Portillo habría impedido los hechos tan lamentables, materia del presente juicio.

D. Corresponde a la acusada la carga de probar la incapacidad de cumplir con esta obligación surgida de la ley. No basta, entonces, con la afirmación de que había sido amenazada por los autores directos ni que desconocía la intención final de Armando y Patricio para acreditar la existencia real de esa imposibilidad.

E. La Fiscalía resalta el hecho de que la señora Portillo sostenía relaciones sexuales con Francisco cuando Armando –su cuñado, con quien también tenía una relación sexo-afectiva– la sorprendió en su casa. Por ello, se concluye que ella conocía perfectamente los planes de propinar una golpiza a Francisco, la intención final de Armando de matarlo y, por ende, podía interrumpir eficiente y suficientemente la cadena causal de los eventos que culminaron con el homicidio de Francisco.

F. Con base en los hechos narrados y las disposiciones jurídicas aplicables, la Fiscalía solicitó al juez condenar a la señora Portillo por el homicidio calificado por ventaja cometido en contra de Francisco, pues aunque tenía el deber jurídico de evitarlo, obligación surgida claramente de la ley, no tomó ninguna medida para impedir que ocurriera. Su inacción es, en consecuencia, tan efectiva como si hubiera ejecutado o participado directamente en el homicidio. Esto significa que es responsable del delito de homicidio, calificado con ventaja, en la modalidad de comisión por omisión. Es decir, resulta responsable quien no hace nada para evitar el daño al bien jurídico, aun teniendo el deber jurídico de impedir ese daño y, en consecuencia, responde del daño no impedido.

G. Por tanto, la Fiscalía solicitó condenar a la señora Portillo a 35 años de prisión por homicidio calificado con ventaja, pues la crueldad de los medios empleados por les autores materiales –incluida la inacción de la señora Portillo y la forma en que aprovecharon la situación de vulnerabilidad de Francisco en el momento de los hechos– actualiza, sin lugar a dudas, esta calificativa.

V. ALEGATOS DE LA DEFENSA

10. Por su parte, la defensa contradijo la acusación con los siguientes argumentos:

A. Mi defendida no se encontraba en posición efectiva de impedir el homicidio de Francisco, pues estaba amenazada y, por ello, contrario a lo pretendido por la Fiscalía, no podía interponer la denuncia. Es decir, mi defendida tenía razones suficientes y legítimas para no acudir ante la policía investigadora oportunamente. Esta amenaza resulta creíble si se observa la conducta violenta y la celotipia desplegada por Armando y Patricio el día de los hechos.

B. Es incorrecto que la Fiscalía pretenda que se sentencie a mi defendida como coautora material del homicidio de Francisco. Del material probatorio no se infiere, con la suficiencia exigida por el derecho a la presunción de inocencia, su participación en dicho asesinato.

C. La Fiscalía también se equivoca cuando afirma que mi defendida tuvo control funcional sobre el hecho, esto es, que, suprimida mentalmente su participación, el asesinato no habría ocurrido.

D. Mi defendida hizo lo que estaba a su limitado alcance para impedir que Armando y Patricio lesionasen a Francisco. En consecuencia, no debe entenderse que ella participó como coautora material del homicidio imputado en la modalidad de comisión por omisión y con la calificativa de ventaja.

VI. ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL

11. Este tribunal examinará ahora la acusación de la Fiscalía, los alegatos de la defensa y los hechos probados y adoptará una decisión sobre la responsabilidad penal de la señora Portillo en el delito de homicidio calificado con ventaja y cometido en contra de Francisco Soto, en la modalidad de comisión por omisión.

12. Este tribunal se centrará en la interpretación adecuada de la figura de comisión por omisión y en la obligación de todos los tribunales del país de aproximarse a los asuntos puestos a su consideración con perspectiva de género, obligación que surge de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales de derechos humanos, en particular la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, mejor conocida como Convención de Belém do Pará, y de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

13. En primer término, al tratarse de un asunto penal, este tribunal reconoce y acatará su deber con el derecho a la presunción de inocencia. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido enfáticamente que el respeto al derecho y principio de presunción de inocencia exige a la jueza emprender su tarea con la convicción de que la persona

enjuiciada es inocente y condenar solo cuando el órgano acusador aporte las pruebas necesarias cuya valoración adecuada convenza a la juzgadora –más allá de la duda razonable– de la culpabilidad de la persona enjuiciada.

14. Por ello, es medular estudiar la evidencia aportada por la Fiscalía y los términos en que expresa su acusación para determinar si ha cumplido o no con su carga probatoria y, por tanto, si ha convencido a este tribunal de la efectividad de la inacción de la señora Portillo para producir el homicidio imputado. Para someterse al principio de presunción de inocencia, este tribunal revisará la razonabilidad y sensatez de las inferencias de la Fiscalía, así como la consistencia probatoria, jurídica y argumentativa de la acusación planteada.

15. En principio, entonces, este tribunal descarta el argumento de la Fiscalía concerniente a que corresponde a la procesada probar su versión exculpatoria; es decir, que la inculpada debe probar que no tuvo la posibilidad material de evitar el resultado, a pesar de tener el deber jurídico de hacerlo. En opinión de este tribunal, el fiscal se acerca incorrectamente al principio de presunción de inocencia. Este tribunal recuerda al fiscal que, de acuerdo con este principio consagrado constitucionalmente, a él le corresponde probar su pretensión punitiva en cada uno de sus elementos. En el caso, es la Fiscalía quien debe acreditar ante a este tribunal los elementos de la comisión por omisión y cómo se actualizaron en este caso, para mostrar que señora Portillo es coautora material del homicidio de Francisco Soto en esa modalidad.

16. En segundo lugar, este tribunal asume su obligación oficiosa –también de acuerdo con los precedentes de la Suprema Corte– de aproximarse con perspectiva de género al asunto puesto a su consideración, particularmente al percatarse de los indicios sobre la ocurrencia de violencia basada en el género, en contra de la hoy acusada, durante el desarrollo de los hechos materia de la causa y, en una detección preliminar, de la presencia de estereotipos de género en los argumentos acusatorios de la Fiscalía.

17. Es de conocimiento de este tribunal que, a lo largo de una consistente línea jurisprudencial, la Suprema Corte de nuestro país ha establecido que los procesos indagatorios y de adjudicación en distintas materias –civil, familiar y penal– deben incorporar la perspectiva de género para evitar que la desventaja histórica por razones sexo-genéricas afecte adversamente las pretensiones legítimas de justicia de las mujeres y las personas de la diversidad sexual.[2]

[2] En el amparo en revisión 554/2013, resuelto en sesión de 23 de marzo de 2015, bajo la ponencia del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, aprobado por unanimidad de cinco votos; el amparo directo en revisión 4811/2015, resuelto en sesión de 25 de mayo de 2016, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, aprobado por unanimidad de cuatro votos, ausente la ministra Norma Lucía Piña Hernández; el amparo directo en revisión 912/2014, resuelto en sesión de 5 de noviembre de 2014, bajo la ponencia del ministro José Ramón Cossío Díaz, aprobado por unanimidad de cinco

18. Este tribunal también conoce que la perspectiva de género ha sido definida como una categoría de análisis que visibiliza la asignación social diferenciada de roles y tareas en virtud del sexo, género u orientación sexual; revela las diferencias en oportunidades y derechos que siguen a esta asignación; evidencia las relaciones de poder originadas en estas diferencias; se hace cargo de la vinculación existente entre las cuestiones de género, la raza, la religión, la edad, las creencias políticas, entre otras, y, a partir de esta revisión, decide sobre los impactos diferenciados que las leyes y políticas públicas tienen sobre estos grupos en situación de opresión o históricamente desaventajados.[3]

votos; el amparo directo en revisión 2655/2013, resuelto en sesión de 6 de noviembre de 2013, bajo la ponencia del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, aprobado por mayoría de cuatro votos, en contra del ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo; el amparo directo 12/2012, resuelto en sesión de 12 de junio de 2013, bajo la ponencia del ministro José Ramón Cossío Díaz, aprobado por mayoría de tres votos, en contra de los emitidos por el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y por la ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas; el amparo directo en revisión 6181/2013, resuelto en sesión de 7 de marzo de 2018, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, aprobado por unanimidad de cinco votos; el amparo directo en revisión 4906/2017, resuelto en sesión de 7 de marzo de 2018, bajo la ponencia del ministro José Ramón Cossío Díaz, aprobado por unanimidad de cinco votos; el amparo directo en revisión 5490/2016, resuelto en sesión de 7 de marzo de 2018, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, aprobado por unanimidad de 5 votos; el amparo en revisión 601/2017, resuelto por la Segunda Sala en sesión de 4 de abril de 2018, bajo la ponencia del ministro José Fernando Franco González Salas, aprobado por unanimidad de cinco votos, y el amparo en revisión 1284/2015, resuelto en sesión de 13 de noviembre de 2019, por unanimidad de cinco votos. Asimismo, en la jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 836 del t. II del lib. 29 (abril de 2016) del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro: "Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género"; la tesis aislada 1a. CLX/2015 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 431 del t. I del lib. 18 (mayo de 2015) del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro: "Derecho de la mujer a una vida libre de discriminación y violencia. Las autoridades se encuentran obligadas a adoptar medidas integrales con perspectiva de género para cumplir con la debida diligencia en su actuación"; la tesis aislada 1a. LXXIX/2015 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 1397 del t. II del lib. 15 (febrero de 2015) del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro: "Impartición de justicia con perspectiva de género. Debe aplicarse este método analítico en todos los casos que involucren relaciones asimétricas, prejuicios y patrones estereotípicos, independientemente del género de las personas involucradas"; la tesis aislada 1a. XCIX/2014 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 524 del t. I del lib. 4 (marzo de 2014) del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro: "Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Todos los órganos jurisdiccionales del país deben impartir justicia con perspectiva de género"; la tesis aislada 1a. XXIII/2014 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 677 del t. I del lib. 3 (febrero de 2014) del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro: "Perspectiva de género en la administración de justicia. su significado y alcances."

3 SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 64.

19. La Corte ha dicho que el derecho de la mujer a una vida libre de discriminación y violencia se traduce en la obligación de toda autoridad de actuar con perspectiva de género, no solo para superar las barreras y obstáculos estructurales expresados en la legislación y en las prácticas culturales, sino además para impedir que una visión estereotipada y preconcebida sobre lo que las personas deben hacer, sentir o querer a partir de su identidad sexo-genérica motive las interpretaciones que las autoridades judiciales realizan sobre los hechos y las circunstancias de los casos. Esto es, la introducción de la perspectiva de género en el análisis jurídico pretende combatir argumentos estereotipados o indiferentes al pleno y efectivo ejercicio del derecho a la igualdad.[4] Esta insistencia surge del reconocimiento de que el orden social jerarquizado de género, al ser parte de la cultura –muchas veces incuestionada– provoca que las leyes, las políticas públicas y las interpretaciones que se hacen de las mismas tengan impactos diferenciados en las personas, según la posición que este orden les asigna.

20. Esto quiere decir –como lo ha dicho también la Corte– que las autoridades judiciales, en cumplimiento del derecho a la igualdad y a la no discriminación, deben observar cómo el orden social de género reparte la valoración, el poder, los recursos y las oportunidades de forma diferenciada a partir de la interpretación del cuerpo de las personas y de la asignación binaria de la identidad sexual y, al hacerlo, es susceptible de determinar también el acceso a los derechos, incluidos la presunción de inocencia y el debido proceso.

21. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha confirmado, entonces, la obligación oficiosa de las autoridades judiciales de impartir justicia con perspectiva de género con el propósito de detectar relaciones asimétricas de poder y situaciones estructurales de desigualdad, así como tomar en consideración la presencia de estereotipos discriminatorios de género en la producción e interpretación normativa, en la valoración probatoria y, de manera particularmente crítica para este caso, en las construcción argumentativa de la responsabilidad penal.

22. Cuando una autoridad judicial analiza un asunto con perspectiva de género observa –o debe observar– cómo la situación de desventaja histórica de las mujeres o de las personas de la diversidad sexual incide en la determinación sobre su responsabilidad penal, incluida la atribución de autoría y participación, y sobre los diferentes grados e intensidades en que esta se atribuye, así como las razones que sustentan esta atribución. En el caso, por ejemplo, qué papel juega en la acusación de la Fiscalía su percepción de que el comportamiento sexual de la señora Portillo es inapropiado o cuestionable.

23. Para su análisis, este tribunal no partirá, de ninguna manera, de la creencia superada de que las mujeres carecen de agencia ética y que, en consecuencia, deben estar sujetas

[4] *Ibidem*, p. 17.

a tutela en la toma de decisiones, sino de la realidad de su desventaja histórica. Se trata, pues, de valoraciones sociológicas y no de presupuestos ontológicos. Evidentemente, las mujeres poseen agencia ética –lo que supone que pueden elegir conscientemente romper la ley–, pero también son sometidas a violencia, discriminación estructural y condiciones de subordinación histórica, lo que implica que pueden encontrarse en situaciones donde sería imposible exigírseles legítimamente evitar una conducta que lesiona un bien jurídico, respecto del cual podría entenderse, no pocas veces estereotípicamente, que tienen una posición de garante. Como veremos enseguida, este tribunal alberga serias dudas sobre la construcción jurídica y argumentativa en este caso de ese deber jurídico a cargo de la acusada por parte de la Fiscalía.

24. Finalmente, un análisis con perspectiva de género dota a las juzgadoras de las herramientas necesarias para valorar la prueba de cargo no en el vacío, sino en un contexto donde el orden social de género actúa. Así, estarán en condiciones reales para decidir la aptitud y eficiencia de dicha prueba para derrocar la presunción de inocencia.

25. En opinión de este tribunal, un análisis con perspectiva de género tendente a superar la presunción de inocencia deberá, por lo menos, comprender en qué medida:

A. Los datos o indicios –considerando la discriminación estructural contra las mujeres como un hecho sistémico– sobre la subordinación o la violencia –directa o sistemática– basada en el género actualizan una duda razonable sobre la culpabilidad de la persona imputada.

B. Las inferencias sobre el conocimiento y consentimiento del resultado típico final por parte de la persona imputada son razonables y superan la presunción de inocencia, considerando la discriminación estructural contra las mujeres como un hecho sistémico y los datos e indicios sobre la subordinación o la violencia –directa o sistemática– basada en el género, disponibles en el caso concreto.

C. La atribución de autoría, o la determinación del grado y forma de su participación en ilícitos penales, se origina en o reproduce el esquema de subordinación o violencia basada en el género.

D. La prueba de cargo se contamina con valoraciones o inferencias basadas en estereotipos discriminatorios de género.

26. Lo anterior significa que este tribunal deberá revisar –de conformidad con los deberes constitucionales impuestos por la presunción de inocencia– si las inferencias incriminatorias a partir de la evidencia de cargo, ofrecida por la Fiscalía, entregan una versión consistente, más allá de la duda razonable, sobre la mecánica y forma de ocurrencia de los hechos materia de la causa; si esas inferencias resultan razonables, adecuadamente confrontadas y depuradas de estereotipos discriminatorios de género. Es justo en este último

punto donde este tribunal encuentra las mayores dificultades en la acusación presentada por la Fiscalía. Es decir, este tribunal manifiesta una desconfianza inicial respecto a qué tanto se basa esta acusación en estereotipos de género.

27. En el caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos definió los estereotipos de género como una preconcepción sobre los atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres, respectivamente.[5] Una de las formas en que estos estereotipos se expresan son los estereotipos sexuales, esto es, las creencias preconcebidas sobre el comportamiento sexual esperable de hombres y mujeres.

28. En la misma sentencia, el Tribunal interamericano asocia la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes, y argumenta que la creación y uso de estereotipos es causa y consecuencia de la violencia de género en contra de la mujer. Los estereotipos de género resultan discriminatorios y adquieren relevancia jurídica cuando, con base en ellos, se impone una carga; se niega un beneficio, o se margina a la persona vulnerando su dignidad.[6] La sentencia interamericana aduce que los estereotipos tienen un efecto nocivo aún más significativo cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades.[7]

29. El análisis jurídico de los estereotipos de género supone la identificación de su presencia en todas las fases del proceso judicial para evitar que su reproducción deliberada o inconsciente menoscabe o anule, de manera injusta y arbitraria, el acceso a la justicia. Si los estereotipos configuran, explícita o implícitamente, el razonamiento de la autoridad judicial o sus determinaciones respecto al contenido y valor de las probanzas, y de las inferencias que estas permiten y justifican, se afectaría el necesario escepticismo que la presunción de inocencia exige de la autoridad judicial.

30. Para este tribunal, la acusación de la Fiscalía puede resumirse así: considera a la señora Portillo coautora material del delito de homicidio cometido directamente por Armando y Patricio, sus coimputados, porque –en su opinión– ella pudo haberlo evitado eficazmente y tenía, además, la obligación hacerlo, para lo cual habría bastado una denuncia preventiva, exigida por la ley. Por tanto, al no presentar oportunamente esa denuncia, faltó a su deber de proteger y salvaguardar la vida de Francisco.

---

5 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 16 de noviembre de 2009, párr. 401.

6 Cook, Rebeca y Cusack, Simone, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives,* Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2010.

7 Corte IDH, *cit.,* párr. 401.

31. La Fiscalía llega a esta conclusión interpretando conjuntamente los artículos 17 del Código Penal para el Estado de Hidalgo y 360 del Código de Procedimientos Penales de la misma entidad, los cuales señalan:

> **Artículo 17:** En los delitos de resultado material, también responderá del resultado típico producido quien teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo, no lo impide pudiendo hacerlo derivándose dicho deber de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.
>
> **Artículo 360.** Toda persona que por sí tenga conocimiento de la comisión de hechos posiblemente delictuosos que deban perseguirse de oficio, está obligado a denunciarlo ante el ministerio público, transmitiéndole todos los datos que tuviere.

32. Como puede observarse, el artículo regula una forma de omisión –dejar de hacer algo– de tal importancia que la legisladora ordinaria equipara este "dejar de hacer" al hecho mismo de ejecutar directamente un delito. Esta forma de conducta completa los tipos penales, de manera que debe entenderse que la comisión por omisión –en cuanto forma de conducta– integra la descripción que la ley penal hace de una conducta.

33. ¿Cómo se convierte un no hacer en un hacer para efectos del castigo penal?

34. La doctrina penal recopila los requisitos para realizar esa transformación y nos dice que se estará en presencia de comisión por omisión cuando una persona tenga un deber jurídico de cuidado cualificado sobre un determinado bien jurídico, así como la posibilidad real y material de evitar el resultado. Además, debe establecerse una equivalencia valorativa entre la omisión y la acción. Esta omisión deber ser tan eficaz como la acción para producir el resultado lesivo para el bien jurídico, de manera que no toda omisión sería considerada equivalente a la acción, en particular cuando esa omisión sea irrelevante o, en cualquier medida, ineficaz para producir el resultado. En resumen, la comisión por omisión exige la producción del resultado a partir de una omisión relevante y significativa; no se trata de cualquier omisión.

35. Entonces, la comisión por omisión es un modo de atribución de la responsabilidad penal que parte de una visión cualificada de un deber subjetivo de cuidado a partir del hallazgo de un cuidado objetivo. Este cuidado objetivo es la evaluación razonable de la previsibilidad o inminencia del resultado y el deber subjetivo de cuidado es la determinación –también razonable– de la capacidad individual, aunque reforzada y especialmente exigible, de la persona para honrar ese cuidado y proteger la integridad del bien jurídico a su cargo.

36. Para definir quién se encuentra en esa condición reforzada de cuidado, la ley penal ordinaria del estado de Hidalgo indica, en el artículo 17, que este deber jurídico se impone a la persona por contrato, ley o actuar precedente. Independientemente de la ambigüedad y amplitud de este marco referencial, lo cierto es que pueden deducirse

–con auxilio de la doctrina– las exigencias para catalogar a una persona como "garante" de determinado bien jurídico. Un garante lo es porque está en una posición, con base en obligaciones jurídicas específicas, de cuidado y vigilancia efectiva y concreta de un bien jurídico. La evaluación sobre esa posición de cuidado y vigilancia efectiva debe hacerse desde la perspectiva de la persona en cuestión en el momento en que ocurra la conducta considerada ilícita y desde la petición de una conducta razonable, no heroica.

37. Para honrar, entonces, los principios de mínima intervención y de culpabilidad, este deber subjetivo no puede construirse como una consideración general y abstracta, sino como un juicio casuístico basado en lo que la persona sabe, debió saber y puede efectivamente hacer con esa información en el momento preciso, siempre y cuando se coloque en el supuesto establecido por la norma para adjudicarle la posición de garante. Una petición extraordinaria, o a partir de especulaciones sobre acontecimientos futuros de naturaleza incierta y razonablemente incontrolables por el garante, es una violación al principio de culpabilidad que rige el derecho penal democrático.

38. Es necesario, además, que el garante tenga un cierto control objetivo del hecho; no basta con las especulaciones del "podría", sino que es necesario tener certeza razonable sobre sus capacidades reales y materiales de impedir el resultado que lesiona el bien jurídico. Este contenido subjetivo de la imputación –la culpabilidad– es una consecuencia necesaria de la dignidad del ser humano. A la ausencia de acción determinada debe seguir la producción del resultado, y la capacidad de acción debe abarcar la capacidad de evitar dicho resultado. Es necesario, por tanto, que el garante esté en capacidad real y efectiva de ejercer ese papel y evitar el daño. No solamente importa el incumplimiento de un deber, sino el contexto en el que ese deber se incumple.

39. Aunque en los delitos de comisión por omisión esta determinación se basa en una causalidad hipotética, a partir de un juicio valorativo posterior sobre la eficacia de la acción omitida para impedir la producción final del resultado, es fundamental arribar a esta decisión con una probabilidad razonable y apegada a las circunstancias del caso y las exigencias factibles al garante. Es imprescindible, si es de respetarse el principio de culpabilidad, que el espíritu que anime dicha determinación sea que nadie está obligado a lo imposible. Así, es necesario evaluar exhaustivamente si un garante estaba en posibilidad real, material y efectiva de impedir el surgimiento del resultado.

40. Este tribunal desea concentrar su atención en los requisitos de "tener el deber jurídico" y "posibilidad real y material de evitar el resultado". De acuerdo con la Fiscalía, la procesada estaba obligada a denunciar ante la autoridad competente la comisión de hechos posiblemente delictuosos de los que tuvo conocimiento, y no existió motivo justificado que le impidiera informar sobre eso, pues presenció la golpiza que precedió al homicidio y ya se había retirado del lugar de los hechos antes de que se cometiera.

41. Con fundamento en dichas consideraciones jurídicas y doctrinales, este tribunal encuentra muy problemático imponer a la acusada la posición de garante de la vida del señor Soto y, en consecuencia, un deber jurídico de evitar su cruento homicidio, con base en la obligación general que tenemos todas las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado de denunciar los hechos presuntamente delictivos de los que tenemos conocimiento.

42. Si ese razonamiento prosperara, de pronto quienes presenciáramos cualquier delito y no lo denunciáramos nos convertiríamos en garantes de los bienes jurídicos que ese delito lesiona y, finalmente, seríamos considerades autores o coautores de aquel. Por regla general, la coautoría material implica ejecutar alguno de los actos que configuran el tipo penal: por ejemplo, en el caso de homicidio, sujetar a la víctima mientras el autor principal la hiere; en el caso de violación, intimidar a la víctima mientras otra persona le impone la cópula, o tener control funcional del hecho, a partir de un reparto de funciones con el propósito de consumar una o varias actividades delictivas previamente concertadas. La esencia de este reparto de funciones, para atribuir coautoría del delito o delitos resultantes, es que, a partir de un ejercicio mental hipotético, se deduzca que la participación de la persona es tan relevante que si fuera suprimida el delito se frustraría. Por ejemplo, un robo a una tienda de abarrotes donde una persona vigila la puerta, otra intimida al cajero y una tercera sustrae el dinero y las mercancías.

43. La Fiscalía asegura que la señora Portillo no hizo nada para evitar el homicidio de Francisco, a pesar de que, sin lugar a dudas, podía evitarlo interponiendo una denuncia oportuna sobre los hechos de violencia que ocurrían en su casa. A juicio de este tribunal, y a partir de lo absurdo que resulta asignar argumentativamente la posición de garante y un deber jurídico cualificado de cuidado a una persona con base en una obligación ciudadana general, la pretensión de la Fiscalía pareciera insinuar que la posición de garante de la señora Portillo deviene de su comportamiento sexual.

44. En efecto, para este tribunal, la Fiscalía, al destacar como un elemento de su acusación el comportamiento sexual de la acusada, pretende fomentar en este tribunal la percepción de que la señora Portillo no solo tenía un deber jurídico de evitar el resultado delictivo, sino que además ocasionó el asesinato, pues estaba involucrada sexo-afectivamente con la víctima y el victimario; es decir, con su comportamiento sexual creó un riesgo para el bien jurídico y su inacción –no denunciar– es la consumación de ese riesgo.

45. Este tribunal considera inadmisible esta implicación, pues reproduce estereotipos nocivos de género, particularmente de tipo sexual, que no solo perpetúan la discriminación contra las mujeres al reprimir su sexualidad, sino que pervierten el propósito de un derecho penal democrático: regular la convivencia pacífica en un marco de pluralismo, con apego a la dignidad de las personas y mirando correctamente el contexto en el que ocurren los hechos delictivos. En este caso, la Fiscalía pretende usar el derecho y las sentencias penales como un instrumento disciplinario de la sexualidad de las mujeres.

46. Este tribunal resalta, ahora, un hecho incontrovertido: la inculpada no estaba presente en el momento preciso del asesinato y fue privada de su libertad mientras Armando y Patricio ejecutaban el crimen. Esto, indudablemente, más allá de su cuestionable posición de garante y de las amenazas concretas que recibiera la señora Portillo, constituye una imposibilidad fáctica y material para evitar la consumación del delito. Sin embargo, la Fiscalía exige a la víctima adivinar –imaginarse previamente y sin lugar a dudas– que Armando y Patricio asesinarían a Francisco, así como la forma en que lo harían; salir de casa de su suegra eludiendo su vigilancia; abandonar a sus tres hijes en ese lugar donde razonablemente corrían peligro, pues Armando y Patricio podían llegar en cualquier momento, y correr a interponer una denuncia que resultaría total e indubitablemente eficaz para evitar la lamentable muerte de Francisco.

47. La Fiscalía parece suponer, entonces, que la señora Portillo estaba jurídicamente obligada a desplegar una actitud heroica y de sacrificio de su propia integridad o la de sus hijes para salvar a Francisco, y atribuye a la eventual denuncia una eficacia inusitada para impedir el resultado típico materia de esta causa. Este tribunal considera que estas presunciones, suposiciones y aparentes conclusiones son violatorias de los principios de culpabilidad y legalidad en materia penal, los cuales impiden que las personas sean sancionadas criminalmente con base en meras especulaciones.

48. Por último, para estas juzgadoras resultaría inaceptable ignorar, en el caso, las múltiples señales de violencia contra la acusada en el momento de haber ocurrido los hechos, no solo para descartar la responsabilidad penal de señora Portillo en el delito por el que se le acusa, sino para evidenciar que la Fiscalía debió entender que la señora Portillo fue también violentada el día de los hechos y presumiblemente víctima de, al menos, los delitos de lesiones y privación ilegal de la libertad. En efecto, este tribunal observa que la señora Portillo insistió consistentemente a lo largo del proceso en que fue agredida por Armando, quien, al entrar a su domicilio, le dio unas cachetadas, la aventó a un sillón y amenazó con hacerle daño a sus hijes si decía algo de lo sucedido. Además, Armando reconoce en sus declaraciones que, al llegar a la casa de la señora Portillo, le arrebató a su hija y se la dio a su sobrino, Santiago, para que la llevara a la casa de su madre (suegra de la señora Portillo); informó que era consciente de que la señora Portillo estaba temerosa, pues temblaba, lloraba y gritaba mientras agredían a Francisco; también corroboró el relato de la acusada respecto a que fue encerrada en casa de Carmen, su madre y suegra de la acusada, mientras que el homicidio tenía lugar en un domicilio distinto.

VII. DECISIÓN DEL CASO

49. Después de analizar los hechos, la acusación de la Fiscalía, los alegatos de la defensa, la existencia de derechos humanos críticos en los procesos penales –como los derechos a la presunción de inocencia y a la no discriminación–, y reconociendo las dimensiones

de género en el presente asunto, así como la dogmática penal, estas juzgadoras resuelven que la señora Claudia Portillo es inocente del delito del que se le acusa, no solo porque –como ha quedado demostrado– no puede atribuírsele plausiblemente el deber jurídico de evitar la muerte de Francisco, sino porque –aun aceptando la existencia de ese deber jurídico– la evidencia disponible en el caso acredita que ella estaba en imposibilidad real y material de evitar el resultado.

50. Contrario a la pretensión de la Fiscalía, este tribunal, atento a sus obligaciones de debida diligencia en materia de violencia contra las mujeres, consagradas de manera específica en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, considera oportuno ordenar una investigación sobre los hechos presumiblemente delictuosos cometidos en perjuicio de la señora Portillo e ignorados por la Fiscalía al momento de consignar los hechos materia de la causa ante la jueza competente.

VIII. RESOLUCIONES ESPECÍFICAS

Primera: Se absuelve a Claudia Portillo del delito de homicidio calificado por ventaja cometido en contra de Francisco Soto, y se ordena su inmediata libertad.

Segundo: Se da vista al Ministerio Público para que investigue los hechos de violencia que padeciera la señora Portillo el 1 de noviembre de 2012.

Así lo resuelven y firman el día 9 de abril de 2015, para constancia, las juezas Irlanda Ávalos Núñez y Adriana Ortega Ortiz del Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Noveno Circuito, de Pachuca, Hidalgo de Soto, actuando de manera colegiada. Damos fe.

Comentario
a la sentencia del amparo directo penal 1065/2014 sobre una mujer condenada por el delito de homicidio con base en estereotipos de género

Roberto Negrete Romero

I. Hechos esenciales del caso

Claudia Portillo[1] fue condenada con el carácter de coautora material del delito de homicidio calificado. Su responsabilidad se definió —en términos de lo expresado en la sentencia de segunda instancia— como una omisión o, dicho de otra manera, como una inobservancia del deber legal de dar noticia de haber presenciado la comisión de un delito o tener noticia de que se ejecutaría.

La comisión del ilícito derivó de que Claudia fue sorprendida en su domicilio por el hermano de su esposo Carlos (su cuñado Armando), en compañía de un hombre distinto (Francisco Soto, un compañero de trabajo). Su cuñado, junto con su otro hermano (Patricio), agredieron físicamente en el propio domicilio de Claudia a Francisco Soto. Una vez que provocaron la pérdida de conciencia de Francisco y de que lo inmovilizaron, Armando trasladó a Claudia a su propio domicilio para que se hiciera cargo del cuidado de los hijos de esta, en tanto que él regresó a la casa de ella y, con ayuda de Patricio, que lo había apoyado desde el inicio, y del esposo de Claudia (Carlos), continuaron lesionando al hombre de referencia, hasta que este perdió la vida.

[1] Todos los nombres de las personas involucradas en el presente caso han sido modificados para los efectos de este trabajo académico.

II. El proceso penal en las instancias ordinarias

La responsabilidad penal de Claudia se sustentó en su propio testimonio y en lo declarado por el agresor principal (su cuñado Armando), mientras que el resto del caudal probatorio respaldó la existencia del delito de homicidio calificado.

En primera instancia se le condenó con el carácter de coautora material y se le asignó un grado de reproche (culpabilidad) ubicado entre el punto medio y el máximo de la pena contemplada para el referido ilícito, lo que arrojó que se le impusiera, entre otras, la pena de 36 años de prisión. En segunda instancia se confirmaron todos los aspectos recién señalados y únicamente fue materia de modificación su grado de culpabilidad (para ubicarlo en el punto mínimo de la punibilidad posible), lo que se tradujo en una reducción de la pena de prisión (25 años).

III. La decisión tomada en amparo directo

El tribunal colegiado de circuito, en la sentencia que aquí interesa (dictada en abril de 2015), consideró que Claudia carecía de razón en los argumentos sobre su falta de responsabilidad penal y negó el otorgamiento de la protección constitucional. Concluyó que, si bien ella manifestó en su declaración que había sido objeto de violencia física por parte de su cuñado Armando en los momentos previos al inicio de la agresión en contra de Francisco Soto, se carecía de prueba al respecto, agregando que aquel que refería como su agresor nada dijo sobre esto en ninguna de sus declaraciones en sede judicial. En relación con la violencia moral, es decir, las amenazas verbales hechas por su cuñado, consistentes en lesionar a sus hijos en caso de que dijera algo sobre el delito, el órgano jurisdiccional de amparo determinó que tal afirmación de la quejosa no fue acreditada con ningún elemento de convicción.

En síntesis, se determinó que había quedado probado que la mujer estuvo en posibilidades de impedir que se cometiera el delito de homicidio, pues, de acuerdo con lo que declararon los involucrados, presenció la grave violencia que sufrió su compañero de

trabajo, conocía los antecedentes de la agresión y tuvo noticia de que esta se prolongaría en su ausencia y, no obstante disponer de tal información, omitió comunicarla a las autoridades.

Finalmente, es importante rescatar que, aunque no ameritó una consideración particular en esta sentencia (ni en las pronunciadas en primera y segunda instancia), en todas las resoluciones sí se hizo una descripción reiterada y pormenorizada de que el delito tuvo su origen en el hecho fundamental de que el agresor principal (Armando) sorprendió a su cuñada (y con quien también tenía una relación de pareja) teniendo relaciones sexuales con Francisco Soto.

IV. Comentario

4.1. Cuestiones preliminares

La breve síntesis del asunto nos pone sobre la mesa la solución que tres instancias distintas emitieron en relación con un procedimiento penal que involucraba a una mujer. Sin diferencias sustanciales, los tres órganos jurisdiccionales (los dos primeros a cargo de velar por la legalidad y adecuada sustanciación del procedimiento, y el tercero a cargo de revisar esa labor desde una perspectiva de control constitucional) concluyeron de forma idéntica —en los aspectos más relevantes— la responsabilidad penal de una mujer, sin realizar ningún tipo de pronunciamiento o distinción en relación con la situación particular de ella en el contexto familiar, de pareja y, menos aún, en el escenario nacional.

Cabe destacar que si bien es cierto que para efectos de la presentación de este comentario se resumió el contenido de las decisiones judiciales, ello no quiere decir que se haya suprimido algún argumento. Más allá de los formalismos jurídicos, lo plasmado en los párrafos previos fue exactamente lo que se resolvió: *i)* sin abundantes consideraciones sobre la responsabilidad de la mujer; *ii)* sin una argumentación reforzada en razón de la gravedad del evento que se juzgaba (homicidio calificado) o del resultado del análisis jurisdiccional (condenar a una persona a 25 años de prisión), y *iii)* sin una argumentación integral en relación con el razonamiento probatorio.

De esta forma, antes de entrar en materia concreta sobre las exigencias de juzgar con perspectiva de género, es indispensable subrayar los escasos argumentos en que se apoyó la decisión en comento y que, en sí mismos, atentan contra las reglas constitucionales en materia penal. La complejidad que encierra una sentencia de condena en materia punitiva no puede reducirse a transcribir testimonios y concluir, como si se tratara de un simple silogismo, que queda demostrada a plenitud la responsabilidad de la persona inculpada. Es una exigencia permanente hacia los operadores jurisdiccionales —especialmente en materia penal— exponer de forma abundante el razonamiento probatorio y los argumentos de fondo que justifican la decisión.

Esta primera carencia de argumentación clara y directa —tanto del material probatorio como del sentido de la resolución—, por sí misma, pone en entredicho la validez material de la decisión y, más aún, atenta contra otros mecanismos de protección reforzada. Solo a través del cumplimiento mínimo de esa exigencia podrá construirse a plenitud la reivindicación del resto de los instrumentos que pretenden evitar mayores lesiones a otros derechos fundamentales. Esto es así porque obliga a que los operadores se planteen preguntas que pueden ayudar a vislumbrar —en principio— los problemas que encierra cada caso en particular, así como abrir la puerta en relación con estudios de segundo nivel, como lo es *juzgar con perspectiva de género*.

De esa manera, aunque esta opinión no se refiere a los aspectos generales del caso (indebida valoración probatoria, insuficiencia argumentativa, ausencia de estudio de conceptos de violación, entre otros), es importante dejar en claro que eso constituye un primer obstáculo para garantizar el pleno acceso a la justicia de la mujer sujeta a proceso, desencadenando, con esa primera lesión, una serie de violaciones que trascienden a diversos aspectos de la decisión.

Desmarcados de ese punto, el presente comentario se concentra en revisar la relación existente entre el ámbito jurisdiccional y los mecanismos institucionalizados que, durante años, se han traducido en formas que redundan en escenarios de desigualdad

y marginación. Indiscutiblemente estamos ante aspectos interconectados (argumentación integral y juzgar con perspectiva de género); sin embargo, tan solo se trata de acentuar que, para los efectos de esta narrativa, el norte lo constituye la evaluación de los casos desde una mirada que tome en especial consideración las condiciones particulares de la persona condenada.

Y esta óptica que los operadores jurisdiccionales de todos los niveles deben observar constituye, al día de hoy, una obligación en términos de su exigibilidad a través de los diversos mecanismos e instancias de control constitucional y convencional. *Juzgar con perspectiva de género no es una buena práctica, es un deber constitucional revisable y exigible hacia los órganos jurisdiccionales* que implica sumar este 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 a partir de las situaciones de desventaja que, por cuestiones de género, impiden la igualdad.

Sobre la raíz constitucional de esta obligación, la doctrina jurisprudencial nacional ha sido puntual en señalar que es posible localizarla en el primer párrafo del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual prevé la igualdad del hombre y la mujer frente a la ley, y ordena al legislador que proteja la organización y el desarrollo de la familia. Lo anterior se introdujo en la norma fundamental como parte de un largo proceso para lograr la equiparación jurídica de las mujeres frente a los hombres.[2]

El establecimiento constitucional de la igualdad entre el hombre y la mujer ante la ley, como fundamento de la obligación en comento, obedeció a la discriminación histórica advertida hacia las mujeres y planteó, como objetivo permanente, la eliminación de esa situación nociva. Desde su inclusión expresa quedó claro que no versa sobre dar un trato idéntico o de prohibir el esta-

[2] Al respecto se pronunció el criterio de rubro: Igualdad jurídica del hombre y la mujer prevista en el artículo 4o., primer párrafo, de la Constitución Federal. Sus alcances. Tesis 1a. CLII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, julio de 2007, p. 262. Registro digital: 172019.

blecimiento de diferenciaciones, sino de lograr una igualdad real entre hombres y mujeres.

En otro aspecto preliminar, resulta particularmente relevante analizar este tipo de decisiones que se localizan en un momento histórico de incipiente desarrollo de la doctrina de *juzgar con perspectiva de género* en la actividad jurisdiccional mexicana (principios de 2015), pues: *i)* nos coloca en perspectiva respecto del tratamiento ordinario que los asuntos recibían; *ii)* nos comunica los retos de introducir una nueva óptica de análisis frente a la incuestionable inercia de las instituciones y los operadores, y *iii)* nos permite utilizarlos como ejemplos prácticos, con miras a la consolidación de un modelo de justicia que tenga como uno de sus ejes esenciales evitar los escenarios que agudizan la desigualdad y erradicar los prejuicios, prácticas y roles de género que limitan el ejercicio pleno de los derechos de las personas, en particular de las mujeres.

Bajo esa aproximación, no se trata de plantear una crítica frontal en contra de la sentencia en lo individual, sino, por el contrario, de generalizar el caso como un ejemplo del tratamiento habitual que recibía la inmensa mayoría de los asuntos (y que aún reciben), de manera que sea posible tender hilos hacia el futuro, en la misma lógica en que se ha construido al día de hoy la doctrina nacional e internacional en materia de juzgar con perspectiva de género.

Desde esa perspectiva, será posible comentar la sentencia en términos atemporales, lo que nos permite considerar elementos previos y posteriores al dictado de la resolución, de manera que este tipo de casos sean útiles como referente en la edificación de decisiones futuras.

Asimismo, el caso es óptimo para subrayar el alto grado de exigencia hacia los operadores jurisdiccionales que tienen a su cargo asuntos de naturaleza penal que involucran personas históricamente vulneradas. En esa medida, el presente comentario pretende reforzar la noción de que, tratándose de esta asignatura, es obligado ser especialmente escrupulosos en la identificación de procesos que suponen el uso del poder punitivo del Estado en contra de personas que ya se encuentran sujetas a condiciones de violencia y rezago.

4.2. La obligación de aproximarse al caso para identificar si el género tenía un papel trascendente en la controversia

Como punto de partida, se tiene que juzgar con perspectiva de género involucra el acercamiento a la problemática definida y parte de 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, toda vez que el Estado debe 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.[3]

De esta manera, la lectura de la sentencia dictada en instancia de amparo directo (y, en general, de toda la secuela procesal) permite advertir una primera preocupación: la ausencia total de un planteamiento en relación con si el evento ilícito que se juzgaba o la decisión jurisdiccional replicaban alguna forma de desigualdad o discriminación, partiendo de que la materia del proceso consistía, justamente, en analizar la responsabilidad penal de una mujer.

En este primer aspecto, la obligación exigible es la de plantear —como parte del espectro de posibilidades— la contingencia de que un rasgo ajeno a lo estrictamente vinculado con el evento que se juzga tenga una influencia determinante en la manera en que se está resolviendo en términos jurídicos. Este punto de arranque es ineludible tratándose de juicios en donde se analiza la intervención de una mujer en la comisión de un ilícito.

Si el caso concreto involucraba a una persona que pertenece a alguna categoría sospechosa,[4] es decir, que forma parte de

[3] Facio, Alda, "Asegurando el futuro: las instituciones de derechos humanos y los derechos reproductivos", AA. VV., *Glosario, Curso Básico sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, *https://www.corteidh.or.cr/tablas/a12759.pdf*

[4] Se entiende por "categorías sospechosas" aquellos criterios específicamente mencionados en el art. 1 de la Constitución Federal como motivos

un grupo que ha sido tradicionalmente discriminado por la mera condición de ser parte de este, ello exige del operador —a modo de alerta— la revisión exhaustiva de las condiciones previas al evento, las que tuvieron lugar durante el proceso, así como del contenido de las normas aplicables para su resolución.

Es imperativo que los operadores jurisdiccionales identifiquen si alguna de las partes se encuentra en ese supuesto, ya que, por un lado, ello implica que se debe otorgar una protección reforzada (en este caso a la mujer en cuestión) y, por otro, se convierte en una primera señal de que será necesario corroborar si existen o no relaciones de poder, contextos de desigualdad o situaciones de violencia.

En el caso concreto se careció de este ejercicio preliminar y se dio a la resolución un tratamiento común, que no reparó en las condiciones en que se desenvolvía socialmente, ni en los rasgos concretos del asunto que se resolvía. De esta forma, se dejó de lado —de manera general— el contexto de violencia en que se hallaba la quejosa (tanto física como moral); el nivel de marginación económica y educativa en que se encontraba, y la vulnerabilidad de su propia situación frente a eventos delictivos como aquel en que se vio involucrada.

Analizar el contexto en el que se desarrolla un caso permite interpretar los hechos, conductas o expresiones de acuerdo con el entorno social, las normas morales y culturales, las costumbres, los estereotipos de género y otros elementos que coexisten en un momento y lugar específicos. Frente a tal obligación —de

---

prohibidos de discriminación: origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. Asimismo, de acuerdo con lo que ha sostenido la Primera Sala, son categorías sospechosas aquellas que: *i)* se fundan en rasgos permanentes de las personas, de los cuales no pueden prescindir por voluntad propia, a riesgo de perder su identidad; *ii)* han estado sometidas históricamente a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas, y *iii)* no constituyen por sí mismos criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. Amparo en revisión 852/2017, 8 de mayo de 2019, p. 58.

considerar que uno de los centros del proceso (en su carácter de inculpada) era una mujer y que, por ese rasgo, ello obligaba a revisar las condiciones generales en las cuales se desenvolvía frente al contexto delictivo— se modifica la perspectiva de análisis y se vuelve obligatorio replantear el problema desde diversos ámbitos.[5]

Juzgar con perspectiva de género involucra un rasgo dinámico e integral, es decir, que trasciende diversos apartados de la actividad jurisdiccional (comprende el análisis de las pruebas, la incorporación de elementos contextuales que den sentido y forma al evento que se juzga, la revisión de las normas que rigen el procedimiento, tanto en su trámite como en los aspectos sustantivos, y orienta en la búsqueda y construcción de la decisión final), y que muta y se adapta en función del rubro en que se aplica esa metodología. Esta herramienta, que partía únicamente de plantearse preguntas detonantes, habría reconducido por completo la apreciación de la controversia respecto a dos aspectos fundamentales:

4.2.1. La violencia física y moral

Tal y como se dijo en la parte preliminar de este comentario, el tribunal de amparo desestimó, sin mayor argumentación, la manifestación de la quejosa de que el agresor principal había em-

[5] Sobre este punto, la Primera Sala de la SCJN se ha pronunciado explícitamente sobre la necesidad de estudiar el contexto en el que ocurren los hechos, en especial, porque a través de él pueden identificarse situaciones de discriminación, violencia o desigualdad. Al resolver el amparo directo 29/2017 (resuelto en sesión de 2 de febrero de 2019), ese órgano jurisdiccional estableció que el contexto se manifiesta en dos niveles: objetivo y subjetivo (el contexto objetivo se refiere al escenario generalizado que enfrentan ciertos grupos sociales). En el caso específico de las mujeres, está relacionado con "el entorno sistemático de opresión que [...] padecen. [...] El contexto subjetivo, por su parte, se expresa mediante el ámbito particular de una relación o en una situación concreta que coloca a la persona en posición de vulnerabilidad y con la posibilidad de ser agredida y victimizada. Este atiende a la situación específica que enfrenta la persona o personas que se encuentran involucradas en la controversia jurisdiccional de que se trate".

pleado violencia física en su contra y, posteriormente, violencia moral a fin de evitar que ella diera noticia del delito.

Si en el proceso de análisis se hubiese considerado tal información en el ejercicio de construcción de la decisión por parte del operador jurisdiccional (y a la postre se hubiera incorporado en la resolución), ello habría conducido a considerar como una realidad la violencia cotidiana que enfrentan las mujeres en nuestro país. El estudio del contexto general de la realidad que vivía la mujer condenada, así como la exacerbada violencia que acompañó al delito que presenció, son rasgos que obligan a replantearnos la efectividad de la amenaza que enfrentó.

Para efectos de reforzar este tramo argumentativo, considérense los datos actuales en relación con esta preocupación (y que han sido una constante en nuestro país, lo que comprende el periodo previo y de procesamiento que aquí interesa). De acuerdo con el documento "Panorama Nacional sobre la Situación de la Violencia Contra las Mujeres",[6] publicado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía en 2020 (en el cual se recoge información de diversos levantamientos de la Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH 2016), en el país alrededor de 44 mujeres por cada 100 han experimentado violencia a lo largo de su relación de pareja, situación que se ha mantenido en niveles similares durante los últimos 10 años.

En términos absolutos, la prevalencia de violencia contra la mujer en nuestro país por parte de su pareja a lo largo de su relación corresponde a 19 096 161; de estas, 17 423 291 (91%) reportaron violencia emocional, 9 105 693 (47%) violencia económica y/o patrimonial, 7 778 131 (40.7%) violencia física y 2 834 889 violencia sexual (14.8%).

En cuanto a la violencia física, los actos que más reportan las mujeres son empujones o jalones de cabello; bofetadas o cachetadas y golpes con el puño o con algún objeto. Entre los más

[6] Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), *Panorama nacional sobre la situación de la violencia contra las mujeres*, México, INEGI, 2020, *https://www.inegi.org.mx/contenido/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825197124.pdf*

graves, el más reportado es el intento de ahorcamiento o asfixia (1.3 millones de mujeres a lo largo de su relación y casi 296 mil en los últimos seis meses). En el caso de violencia sexual, los actos más severos reportados por las mujeres son las violaciones mediante amenazas o chantajes, seguidas por las violaciones mediante la fuerza física (2.4 millones de mujeres la han experimentado a lo largo de su relación y casi 700 mil en los últimos 12 meses).

En México, 50.3% de las mujeres que enfrentan violencia de pareja han experimentado violencia severa y muy severa a lo largo de su relación. El reporte señala que alrededor de 4 580 013 mujeres (24.0%) vivieron violencia muy severa (reportaron violencia física y/o sexual con emocional, y/o económica, y/o patrimonial) de manera recurrente.

Ahora bien, entre las secuelas de la violencia se encuentran la hospitalización u operación; moretones o hinchazón; cortadas, quemaduras o pérdida de dientes; hemorragias o sangrado; fracturas; aborto o parto prematuro; alguna enfermedad de transmisión sexual; pérdida de capacidades motrices; angustia o miedo, tristeza, aflicción o depresión; pensamientos suicidas e intento de suicidio (13 de cada 100 mujeres con violencia muy severa han intentado suicidarse).

La gravedad de la violencia de pareja está asociada a las características de la relación de pareja. Algunos de los principales factores son el nivel educativo de ambos, la diferencia de edad, los roles y estereotipos que tanto hombres como mujeres adoptan, la edad a la primera unión, así como la condición de hijos(as), e incluso, el tiempo de duración de la relación. Los datos de la ENDIREH 2016 muestran que la proporción de mujeres que experimentó violencia física y/o emocional antes de cumplir 15 años es mayor cuando vivieron la mayor parte de su infancia en una ranchería, pueblo o comunidad pequeña; hablan una lengua indígena, y/o pertenecen a un hogar indígena.

Con base en esta información, y en términos del comentario concreto sobre la carencia de tales datos (expresos o implícitos) en la decisión judicial en comento, ¿qué nos dice de la labor jurisdiccional el no considerar una manifestación directa de haber sido víctima de violencia física o moral? Y más aún, ¿qué nos

comunica de la decisión la exigencia probatoria de corroborar el dicho de la mujer, dejando de lado el contexto general y el propio hecho violento en que se vio involucrada?

Sobre este punto, cabe rescatar las valiosas consideraciones sostenidas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que

> [...] sobre el tema de juzgar con perspectiva de género, el derecho humano de la mujer a una vida libre de violencia y discriminación trae aparejado el deber del Estado de velar porque en toda controversia jurisdiccional donde se denuncie una situación de violencia o discriminación por razones de género, esta sea tomada en cuenta con el objetivo de visibilizar si la situación de violencia o discriminación de género incide en la forma de aplicar el derecho al caso concreto. De no tomar en cuenta las situaciones especiales que acarrean una situación de esta naturaleza, se puede llegar a convalidar una discriminación de trato por razones de género [...].[7]

En relación con ello, sumar la perspectiva de género a este caso en particular implica la necesidad de valorar también la situación de violencia específica en la que se encontró a la quejosa al momento de ocurrir los hechos imputados y, con base en ello, decidir objetivamente hasta qué grado estaba en posibilidad real y material de acatar el deber de garante que se le adjudica (rasgo que abordaremos en el siguiente punto).

No puede soslayarse que la propia causa penal contiene señales notables sobre el contexto de violencia que rodeaba a la quejosa, tomando como punto de partida el propio homicidio (y todos sus rasgos de ejecución), así como el propio comportamiento de los tres agresores durante el desarrollo periférico de la conducta, e incluso se incluyeron manifestaciones sobre la posibilidad de presencia de asociaciones delictuosas o pandillas.

Las respuestas a los interrogantes planteados en líneas anteriores son justamente la perspectiva que suma el juzgar con perspectiva de género, de manera que abren la posibilidad de brindar soluciones que superen los tratamientos tradicionales, sumando

[7] Sentencia relativa al amparo directo en revisión 6181/2016, emitida el 7 de marzo de 2018.

una visión que considere situaciones concretas de vulnerabilidad y escenarios de revictimización.

4.2.2. El deber de dar noticia del delito

Por otra parte, la ausencia total de una visión contextual de la situación de las mujeres en nuestro país tiene otro costo en el manejo del asunto: la desconsideración sobre el nivel de marginación educativa, cívica y cultural.

Si la decisión de condena se cimentó en la inobservancia del deber legal de comunicar la ejecución de un ilícito, ¿por qué no se incluyó una reflexión en relación con esa exigibilidad? La respuesta a este interrogante, en un sentido o en otro, habría podido ser construida considerando el nivel educativo, el acceso a servicios públicos (destacadamente de seguridad pública), rezago cultural, entre otros aspectos interconectados, entre los que destaca la propia relación que se establece entre la persona procesada y el sistema de procuración e impartición de justicia.

Si el pilar de la sentencia es la observancia indefectible del deber de comunicar haber presenciado un delito, incluir una consideración sobre el carácter de tal regla y sus alcances en contextos como los recién descritos constituía un paso ineludible. El resultado de esa reflexión podría haber arrojado cualquier resultado. Lo importante como punto de arranque es el planteamiento sobre la posibilidad de que el caso no se encuentra dentro del supuesto tradicional. Se reitera, el mínimo exigible es la generación de interrogantes que permitan guiar la construcción de la solución más respetuosa de los derechos involucrados.

Más aún, el operador jurisdiccional no puede dejar de cuestionar el uso legítimo del derecho penal frente a casos en donde se advierten condiciones de precariedad, marginación y rezago, es decir, en donde se destacan fallas sistémicas o una ausencia total de los servicios a cargo del Estado.[8]

[8] Sobre esta reflexión véase Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2016, pp. 30 y 123.

4.2.3. Apreciación del caso concreto y valoración probatoria: influencia de estereotipos discriminatorios

Conforme se ha descrito, la actividad jurisprudencial de los tribunales federales de México ha establecido, al día de hoy, un estándar de aproximación a los procedimientos que involucran a personas que pertenecen a categorías sospechosas. La pauta esencial —según se ha visto— exige una acción determinada a fin de eliminar prácticas que agudizan escenarios de discriminación.

Esta preocupación tiene como uno de sus principales impulsos la consideración fundamental de que todo acto de discriminación entraña un ejercicio de violencia. Sobre tal punto, conviene tener presente que la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés)[9] establece, en su parte preliminar, que los Estados parte condenan toda forma de discriminación basada en el género.

Sobre tal cuerpo normativo, cabe destacar lo manifestado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, particularmente lo expresado en la Recomendación general 28,[10] en donde estableció que la tarea de eliminar la discriminación deberá ser amplia, porque debe comprender todas las esferas de la vida: la económica, la pública y la privada, al igual que al ámbito doméstico, y asegurar que todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial), y todos los niveles del Gobierno, asuman sus responsabilidades respectivas en cuanto a la aplicación.

En el ámbito regional, la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)[11] dispone que la violencia contra la mujer es "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológi-

9 Ratificada por el Estado mexicano el 23 de marzo de 1981.

10 Relativa a las obligaciones básicas de los Estados parte de conformidad con el artículo 2 de la Convención, emitida el 29 de diciembre de 2019, párr. 25.

11 Ratificada por el Estado mexicano el 12 de noviembre de 1998.

co a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado",[12] mientras que en su artículo 6 estipula el derecho de las mujeres a ser libres de cualquier tipo de discriminación.

En ese mismo espacio territorial, pero ahora en relación con los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), al resolver el caso de *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*, ese órgano jurisdiccional enfatizó que el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará: "requiere la formulación de normas jurídicas y el diseño de políticas públicas, instituciones y mecanismos destinados a combatir toda forma de violencia contra la mujer, pero también requiere, la adopción y aplicación de medidas para erradicar los prejuicios, los estereotipos y las prácticas que constituyen las causas fundamentales de la violencia por razón de género contra la mujer".[13]

En el propio marco jurídico nacional, en sintonía con los fundamentos anteriores, se tiene que la Ley General de Acceso de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia (en cuyo art. 4 se establecen como principios rectores la igualdad jurídica entre la mujer y el hombre; el respeto a la dignidad humana de las mujeres; la no discriminación, y la libertad de las mujeres) se expresa que deberá entenderse por violencia de género cualquier acción u omisión, basada en ese rasgo, que les cause daño o sufrimiento psicológico, físico, patrimonial, económico, sexual o la muerte, tanto en el ámbito privado como en el público (art. 5, frac. IV).

Así, no observar el parámetro convencional y nacional recién descrito es justamente otro de los yerros de este tipo de sentencias construidas bajo una óptica tradicional que no incorpora criterios de distinción, de tal manera que se debieron aplicar los criterios para juzgar con perspectiva de género, a fin de evitar tomar una decisión que implicara predisposiciones con motivo de estereotipos a partir de los diversos roles sociales. En el caso, juzgar con perspectiva de género habría evitado prejuzgar sobre la responsabilidad de la mujer involucrada a partir de su

12 Artículo 1 de este ordenamiento en cita.

13 Corte IDH. *Caso de Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C, núm. 371, párr. 215.

comportamiento sexual, el cual implícitamente se consideró que desencadenó el hecho ilícito, cuando tal circunstancia resulta irrelevante para la acreditación de los elementos del delito de homicidio calificado. Además, lo que se imputó a la quejosa fue no evitar la consumación del crimen a pesar de su deber legal de denunciar los hechos que presenció.

La lectura integral de la sentencia en comento (y de aquella que, a su vez, fue materia de escrutinio por parte del tribunal de amparo) permite concluir que los tribunales no fueron expresos en construir la responsabilidad penal de la mujer tomando en cuenta las relaciones personales (y su comportamiento sexual concomitante a estas) con tres de las personas involucradas (la víctima y dos agresores). De lo anterior no queda duda; sin embargo, la inclusión reiterada de ese rasgo en las consideraciones de ambas sentencias es lo que nos hace preguntarnos, al menos preliminarmente: si esa información no nos dice nada en relación con el evento que se juzga, ¿qué relevancia tiene incluir su cita como parte del núcleo de la decisión?

Este planteamiento nos conduce a advertir el encuentro entre dos tópicos jurídicos por demás relevantes durante el proceso de construcción de una decisión judicial y que nos convocan en este comentario: el juzgamiento con perspectiva de género y la objetividad en la toma de decisiones. Solo podrá hablarse de que un juzgador decide con objetividad cuando lleva a cabo su acción considerando las cosas, los hechos y el derecho como son en sí, y no modificándolos por sus opiniones, gustos, inclinaciones, aversiones, o cualquier otro interés particular o visión moral.

Si partimos de la indiscutible verdad de que el constructo social y los estereotipos nocivos que se relacionan con el libre ejercicio de la sexualidad de las mujeres son una cuestión vigente en la sociedad mexicana, resulta cuestionable que la resolución en comento haya hecho especial énfasis en el vínculo de pareja que unía a la quejosa con tres de las cuatro personas involucradas (su concubino, el hermano de este y el compañero de trabajo que a la postre resultó privado de la vida). Estas cargas impuestas por la construcción de estereotipos redundan y se traducen en mecanismos que perpetúan el ejercicio de la violencia contra las mujeres.

Frente a tal problemática, es fundamental realizar un análisis con base en una perspectiva de género, al ser evidente que las características que rodean el hecho pueden generar, en quien juzga, un prejuicio que afecta su objetividad. En la sentencia recurrida se advierte que implícitamente se considera a la mujer como generadora del enfrentamiento suscitado entre los sujetos activos y la víctima, esto derivado de su comportamiento sexual. Es indispensable acentuar este aspecto, porque se trata de una cuestión tan delicada que requiere que todos los niveles de intervención jurisdiccional se abstengan de incorporar elementos o rasgos que pueden enturbiar, en definitiva, el tratamiento que reciba el asunto.

¿Cuál habría sido el sentido de la decisión si en la narración de los hechos se hubiera suprimido cualquier referencia al vínculo que la mujer quejosa estableció con los tres sujetos mencionados?

En términos de la narrativa construida en la sentencia de amparo, Claudia Portillo fue ubicada en una situación singular, derivada de la relación que sostenía con la víctima del homicidio y con dos de los autores del delito (su esposo y su cuñado), circunstancia que llevó a que en la resolución recurrida se hicieran aseveraciones en torno a que ella sabía el origen del hecho y, por tanto, tenía el deber legal de evitar la forma en que culminó el mismo y enterar a las autoridades respectivas. Desde ese punto de partida, se advierte que el reproche penal a la quejosa inicia cuestionando de alguna forma su comportamiento sexual, al afirmarse, en el fallo recurrido, que la quejosa sabía la razón que originó el hecho, detonante del conflicto entre víctima y victimarios.

Conforme a estos elementos, cabe distinguir que a la mujer se le reprocha penalmente su intervención en el hecho de privar de la vida a otra persona, por lo que, al valorar el caudal probatorio, ello debe realizarse sin prejuicio alguno, sin considerar adecuado o no su comportamiento sexual o la forma en que establecía sus vínculos íntimos, de pareja o personales.

Consecuentemente, los análisis de esta naturaleza deben limitarse a resolver si la omisión que se le imputa está plenamente demostrada y si, en efecto, tenía la calidad de garante respecto de la vida del pasivo, así como la posibilidad material de impedir

que el hecho se perpetrara; estudiando si las razones que expuso a lo largo del proceso tienen sustento en el contexto objetivo y subjetivo (según se vio en el apartado previo).

Los órganos jurisdiccionales deben omitir, así sea implícitamente, razonamientos estereotipados y perjudiciales para el pleno y efectivo ejercicio del derecho de impartición de justicia, y que solo aportan elementos que implican una previa conceptualización de los roles sociales de la mujer. Es incuestionable que la narración del evento, sin los detalles ajenos a los que se ha venido haciendo referencia, modifican la apreciación integral del caso, de manera que constituye un desacierto en la sentencia haber incluido esa información de manera reiterada, sin una finalidad clara y concreta respecto de los fines procesales.

Como se ha visto, es indispensable que los operadores jurisdiccionales observen el principio de igualdad y no discriminación en la toma de decisiones, el cual subyace en el mandato que se deriva del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que instruye, para casos como el presente, a remover obstáculos sociales, culturales o de índole sexual que les impidan a las mujeres gozar de manera real y efectiva de su derecho a ser juzgadas en condiciones de paridad frente a otro conjunto de personas o grupo social.

Si en la sentencia se parte de que es incorrecta la manera en que la mujer se conducía en el plano de las relaciones personales, se asigna un rol estereotipado sobre aquello que podía o no podía hacer dado su carácter de mujer, lo que se traduce en un mecanismo de violencia de género que se agrava si se toma en cuenta que el resultado de ese ejercicio será sumar el poder punitivo del Estado.

V. Reflexiones finales

Bajo estas consideraciones, es posible plantear la construcción de una sentencia de diferentes bases y con distintos alcances. El punto de partida lo constituye el planteamiento de preguntas detonantes en relación con el contexto objetivo y subjetivo de la persona sujeta a proceso. Enseguida, en función de los primeros resultados, corresponde redireccionar el análisis (destacadamen-

te de las pruebas, tratándose de materia penal), para hacer frente a los primeros interrogantes y definir si tales elementos tienen repercusión en el tratamiento y en la decisión del caso.

Es fundamental despojar al asunto analizado de toda consideración que se traduzca en una evaluación moral sobre el comportamiento personal y sexual de la mujer quejosa. Este ejercicio atraviesa por centrar la atención en los elementos que nos hablan en específico del delito y no en elementos periféricos que pueden impactar nocivamente en el deber de objetividad de los operadores jurisdiccionales.

Otro elemento de la mayor importancia es reconocer, en todo momento, el carácter dinámico de juzgar con perspectiva de género (cuestión que también fue abordada en esta opinión). La implementación de esta metodología implica resultados variables en función de los diferentes componentes de los asuntos y de la oportunidad en que se imprima esta óptica. Por ejemplo, en materia penal, los resultados de aplicar esta perspectiva pueden trascender con diferentes alcances en el estudio de la responsabilidad de la quejosa, su grado de participación, su grado de culpabilidad, entre otros aspectos.

Asimismo, el carácter dinámico de la labor de juzgar con perspectiva de género se manifiesta a través de su carácter transversal: involucra a todas las instancias procedimentales y a todos los operadores. Es vital subrayar que esta labor excede por mucho a la toma de decisiones (en donde tradicionalmente se estudia o se analiza); comprende desde el primer contacto de las autoridades con la persona involucrada, alcanza hasta el dictado de la sentencia definitiva y, en su caso, los procedimientos de ejecución.

Todo lo anterior debe ser conducido a través de una argumentación robusta, como un método permanente para detectar si en automático se están reproduciendo técnicas de solución de asuntos que se han quedado ancladas en el tiempo o si, efectivamente, estamos emitiendo un juicio razonado conforme al parámetro que exige juzgar con perspectiva de género.

Finalmente, la integración de estos componentes debe realizarse a través de un lenguaje que no reproduzca esquemas de desigualdad y discriminación, ni estereotipos, prejuicios o con-

cepciones sexistas. La construcción de un texto judicial que en sí mismo no suponga una lesión a los derechos descritos con motivo del empleo de un vocabulario construido a partir de visiones estigmatizantes o discriminatorias es una obligación concomitante a las anteriores. En este sentido, debe reconocerse el valor de la decisión de fondo, pero también la importancia de la forma en que ello se comunica.

Fuentes de consulta

Amparo directo en revisión 6181/2016, 7 de marzo de 2018.

Amparo en revisión 852/2017, 8 de mayo de 2019.

Amparo directo 29/2017, 2 de febrero de 2019.

Corte IDH. *Caso de Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C, núm. 371.

Facio, Alda, "Asegurando el futuro: las instituciones de derechos humanos y los derechos reproductivos", AA. VV., *Glosario, Curso Básico sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, *https://www.corteidh.or.cr/tablas/a12759.pdf*

Igualdad jurídica del hombre y la mujer prevista en el artículo 4o., primer párrafo, de la Constitución Federal. Sus alcances. Tesis 1a. CLII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, julio de 2007, p. 262. Registro digital: 172019.

INEGI, Panorama nacional sobre la situación de la violencia contra las mujeres, México, 2020, *https://www.inegi.org.mx/contenido/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825197124.pdf*

Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley, ¿qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2016.

Resumen
de la resolución original

Datos

Acuerdo de 21 de enero de 2016, emitido por el Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Decimocuarto Circuito en el juicio de amparo directo 174/2015. Resolución del fuero federal.

Hechos

El asunto tiene sus orígenes en el asesinato de una joven embarazada cometido por su novio –padre de su hijo– con la ayuda de otra mujer. En primera instancia se les condenó por el delito de homicidio calificado a 40 años de prisión. Los sentenciados apelaron y luego promovieron juicio de amparo, el cual fue concedido porque el arraigo fue considerado inconstitucional. En consecuencia, la autoridad responsable debía determinar qué pruebas carecían de valor probatorio, por encontrarse directa e inmediatamente relacionadas con el arraigo. Una vez hecha la exclusión, debía valorar los elementos probatorios restantes para concluir si se acreditaba o no el delito.

En cumplimiento al amparo, el 5 de marzo de 2015, la sala responsable dejó insubsistentes las resoluciones y dictó dos nuevas sentencias en las que consideró que el acusado y la acusada eran penalmente responsables del delito de homicidio, pero suprimió las calificativas de premeditación, ventaja y traición. Al joven le impuso una pena de 13 años y nueve meses de prisión, y a ella una pena de 11 años, 10 meses y 15 días de prisión, así como al pago de la reparación del daño.

Ante esas nuevas resoluciones, la madre de la víctima, en su calidad de querellante y coadyuvante, promovió otro juicio de amparo directo. El 14 de octubre de 2015, el tribunal colegiado concedió el amparo a la quejosa para que la autoridad responsable dejara insubsistentes las sentencias reclamadas y, en su lugar, dictara otras en la que aplicara la perspectiva de género, toman-

do en cuenta que la víctima del delito era mujer, se encontraba embarazada y tenía lazos sentimentales con el sentenciado.

Determinación En cumplimiento de la ejecutoria de amparo, el tribunal emitió las sentencias de 2 de diciembre de 2015. El 4 de diciembre de 2015 dio vista a las partes y les otorgó 10 días hábiles para que manifestaran lo que a su derecho conviniera. Una vez concluida la vista, el 21 de enero de 2016, el tribunal colegiado tuvo por cumplida la ejecutoria de amparo, al considerar que no se incurrió en exceso o defecto.

Acuerdo del 21 de enero de 2016, del Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Decimocuarto Circuito, en el juicio de amparo directo 174/2015, sobre el homicidio de una mujer motivado en razones de género

Karla I. Quintana Osuna[1]

I. ANTECEDENTES DEL CASO

1. Karina Rojas[2] tenía 21 años, estaba embarazada y era hija de Bianca Sea. En 2007 conoció por vía virtual a Alonso Elizalde, con quien tuvo una relación de noviazgo. Meses después terminaron la relación, luego de lo cual Karina le informó que estaba embarazada. De conformidad con declaraciones de amigos y familiares de Karina, él trató de convencerla de interrumpir el embarazo. De acuerdo con la acusación del fiscal, ante la última negativa de Karina de hacerlo, Alonso la buscó y la invitó a la casa de campo de su familia para platicar sobre si se iban a casar o vivirían en unión libre, indicándole que no le dijera a nadie. Al llegar a la casa, el 31 de mayo de 2008, él le habría dado una bebida adulterada, dejándola inconsciente. Posteriormente habría ido a buscar a una mujer (Samara Herrajes), con quien alegadamente tenía una relación sentimental. Existe información que apunta a que ambos trataron de practicar un aborto a Karina, quien habría empezado a desangrarse. Luego, ambos –por momentos separados– habrían jalado un alambre alrededor del cuello de Karina, privándola de la vida.

2. Una vez que vieron que Karina ya no se movía, le cortaron el pelo, tomaron sus prendas, su cabello y su identificación, y las quemaron. Tiraron al pozo otra identificación y una diadema. Posteriormente, pusieron el cadáver en una bolsa de basura, que amarraron y arrastraron, metiéndolo a un bote de basura. Hecho esto, se fueron. Al día siguiente, Alonso regresó al lugar de los hechos, sacó el cuerpo del bote de basura y lo subió a una camioneta. Se dirigió a la carretera, bajó el cadáver y arrastró el cuerpo dentro de la maleza, donde lo dejó tirado. El 6 de junio de 2008, luego de varios intentos por llegar

[1] Las opiniones son exclusivas de la autora.

[2] Los nombres de las partes fueron modificados para los propósitos de este trabajo académico.

a donde él vivía, la madre de Karina fue al domicilio de Alonso para preguntarle si sabía algo de su hija, porque le había dicho que estaría con él. Él respondió que ella nunca llegó a la cita.

3. Del contexto del caso, cuyos datos se encuentran en el expediente y que, además, son de público conocimiento, se sabe que Alonso era estudiante universitario y su padre profesor universitario. Karina tenía estudios técnicos y su madre era trabajadora de limpieza. Alonso tuvo abogados particulares. Bianca, la madre de Karina, no contó con asistencia jurídica, sino hasta ya muy avanzado el proceso, cuando la acompañó una organización no gubernamental (ONG).

4. La sentencia de primera instancia condenó al hombre y a su cómplice como culpables de homicidio calificado (con alevosía, premeditación y traición) a 40 años de prisión. La sentencia de segunda instancia consideró culpables a los imputados del delito de homicidio sin agravantes, con una pena de 13 años y 9 meses para él, y 11 años y 10 meses para ella. Luego de un amparo interpuesto por la madre de Karina, el tribunal colegiado ordenó a la Sala Colegiada Mixta del Tribunal Superior de Justicia de Yucatán analizar nuevamente las pruebas y hacer el análisis con perspectiva de género. Tras citar los precedentes interamericanos y nacionales, así como las tesis relevantes en la materia, la Sala Colegiada Mixta consideró que no estaba involucrado un tema de género y reiteró que se trataba de un homicidio sin agravantes.

5. Pese a todas esas inconsistencias, y al limitarse a citar la tesis metodológica sobre perspectiva de género, sin aplicarla, el 21 de enero de 2016, el Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Decimocuarto Circuito tuvo por cumplida la ejecutoria de amparo, al considerar que no se incurrió en exceso o defecto; es decir, el propio tribunal que ordenó a la Sala Mixta aplicar la perspectiva de género validó una decisión a todas luces carente de aquella.[3]

6. Es importante señalar, asimismo, que en la época de los hechos del caso no se encontraba tipificado el delito de feminicidio en Yucatán, por lo que se investigó y juzgó como homicidio, lo cual no impedía, desde luego –sobre todo en la fecha de la sentencia que se reescribe–, aplicar la perspectiva de género y los estándares sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, ya desarrollados en ese entonces por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

[3] Esta sentencia es la que se reescribe. Es imprescindible destacar que el texto de análisis de la sentencia –sobre todo los incisos 1 y 3– corresponde, en gran parte, de manera textual al recurso de inconformidad 411/2016, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia el 23 de noviembre de 2016, por mayoría de cuatro votos. En dicha decisión, que revisaba la sentencia que reescribo y en la que tuve oportunidad de participar como secretaria de estudio y cuenta, van gran parte de los argumentos de cómo debió resolver el tribunal colegiado. Para facilitar la lectura no he recurrido a las comillas.

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL COLEGIADO

7. Luego de dictarse los autos de formal prisión y seguido el procedimiento penal, el 23 de junio de 2011, se dictó sentencia condenatoria contra Alonso y Samara por su responsabilidad en la comisión del delito de homicidio calificado, imponiéndoles una pena de 40 años de prisión, y el pago a favor de la madre de Karina Rojas, por concepto de reparación del daño y por gastos funerarios. Inconformes, los inculpados interpusieron recurso de apelación, del que conoció la Sala Colegiada Mixta del Tribunal Superior de Justicia de Yucatán (Sala Colegiada Mixta). El 4 de septiembre de 2013, dicha Sala modificó la sentencia de primera instancia.

8. Los sentenciados promovieron amparos directos, que fueron concedidos por este Tribunal Colegiado, al estimar que el arraigo fue inconstitucional, por lo que la autoridad responsable debía determinar qué pruebas carecían de valor probatorio y, hecha la exclusión, valorar las pruebas restantes.

9. El 5 de marzo de 2015, la Sala Colegiada Mixta dictó dos nuevas sentencias con las que modificó los fallos apelados, considerando a Alonso penalmente responsable del delito de homicidio, suprimiendo las calificativas de premeditación, ventaja y traición, imponiéndole una pena de 13 años y 9 meses de prisión, así como el pago de la reparación del daño a la madre de la víctima. De igual forma, consideró a Samara penalmente responsable del delito de homicidio, suprimiendo las calificativas de premeditación, ventaja y traición, por lo que le impuso una pena de 11 años, 10 meses y 15 días de prisión y el pago por concepto de reparación del daño.

10. El 9 de abril de 2015, la madre de la víctima promovió amparo directo contra las sentencias de 5 de marzo de 2015. El 14 de octubre de 2015, este Tribunal Colegiado concedió el amparo para que la autoridad responsable dejara insubsistente la sentencia reclamada y, en su lugar, dictara otra bajo los siguientes lineamientos:

> […] Dictar nuevamente las resoluciones correspondientes, en las que se pronuncie de manera fundada y motivada, sobre la acreditación o no de las calificativas del delito de homicidio cometido contra quien respondiera al nombre de Karina Rojas […] para lo cual deberá precisar el alcance de las pruebas de cargo que obren en dicho expediente.
>
> En el entendido de que la autoridad responsable habría de analizar las constancias de autos y exponer de manera fundada y motivada, primeramente si se acreditan los elementos del delito de homicidio; posteriormente, en su caso, lo relativo a las calificativas y después, lo concerniente a la responsabilidad penal que le pudiera resultar a ********** y **********, especialmente por cuanto hace a esta última, en atención a lo resuelto en la diversa ejecutoria de amparo dictada […] en sesión de 14 de octubre de 2015, para lo cual la autoridad responsable debiera determinar si el caso ameritara apreciarlo bajo perspectiva de género, tomando en cuenta que la ofendida del delito, la quejosa, se trata de una mujer, así como

> porque la víctima del delito, esto es, la difunta Karina Rojas también era mujer, que además se encontraba embarazada y que al parecer tenía lazos sentimentales con el acusado […].

Para lo anterior, debe tomar como base la tesis de la Primera Sala:

> Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género. Del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, deriva que todo órgano jurisdiccional debe 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 o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria. Para ello, el juzgador debe tomar en cuenta lo siguiente: i) identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; ii) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; iii) en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones; iv) de detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género; v) para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas; y, vi) considerar 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.

11. El 2 de diciembre de 2015, en cumplimiento a la ejecutoria de amparo, la Sala Colegiada Mixta remitió copias certificadas de las sentencias emitidas. Luego de dar vista a las partes, este Tribunal Colegiado emite la presente decisión.

III. ESTUDIO DE FONDO

12. El presente caso versa sobre la muerte violenta de una mujer y, específicamente, esta decisión versa sobre el análisis judicial, con perspectiva de género, el análisis probatorio del expediente y la pena impuesta por dichos hechos.

13. Para determinar si la Sala Colegiada Mixta cumplió con la sentencia emitida por este Tribunal Colegiado (supra, párr. 4), la presente decisión se dividirá en tres apartados: *1)* el parámetro de control de regularidad constitucional en relación con el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación; *2)* el análisis de la metodología y debida fundamentación y motivación para juzgar con perspectiva de género, y *3)* el aná-

lisis de la debida fundamentación y motivación de las agravantes del delito de homicidio con perspectiva de género.

3.1. El parámetro de control de regularidad constitucional en relación con la violencia contra la mujer

14. En este apartado es pertinente recordar que, tal como lo ha establecido la SCJN, de conformidad con el artículo 1 constitucional, los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, así como la interpretación de los órganos autorizados, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional.

15. El derecho humano de la mujer a una vida libre de violencia y discriminación deriva expresamente de las obligaciones del Estado contenidas en los artículos 1 y 4, párrafo primero, constitucionales, y en su fuente convencional en 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), así como en el artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Dichos instrumentos reconocen la igualdad de la mujer ante la ley y el deber de toda autoridad de evitar el trato discriminatorio por motivos de género.[4]

16. Para combatir la violencia contra la mujer, las autoridades deben adoptar, en todas sus políticas y actos, una herramienta como método para detectar y eliminar las barreras u obstáculos que discriminan a las personas por condición de género, a la cual se le denomina "perspectiva de género", que surge como resultado de una teoría multidisciplinaria[5] cuyo objeto consiste en buscar el enfoque o contenido conceptual que, conforme al género, se debe otorgar para analizar la realidad y los fenómenos diversos, tales como el derecho y su aplicación, de modo que se permita evaluar la realidad con una visión incluyente de las necesidades del género, que contribuya a diseñar y proponer soluciones sin discriminación.[6]

17. Por las razones anteriores, el derecho de la mujer a una vida libre de discriminación y de violencia se traduce en la obligación de toda autoridad de actuar con perspectiva de

---

4 Amparo en revisión 554/2013, Caso de Mariana Lima Buendía, resuelto el 25 de marzo de 2015. Ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Karla I. Quintana O.

5 *Cfr.* Guzmán S., Laura y Campillo, Fabiola, *Marco de referencia y estrategia para la integración de la perspectiva de género*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2001, p. 8, *http://www.iidh.ed.cd/comunidades/derechosmujer*. Véase amparo en revisión 554/2013.

6 *Cfr.* Amparo directo en revisión 2655/2013, resuelto el 6 de noviembre de 2013. Ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Cecilia Armengol Alonso. Véase también amparo en revisión 554/2013, *cit.*

género, lo cual pretende combatir argumentos estereotipados e indiferentes para el pleno y efectivo ejercicio del derecho a la igualdad.

18. En ese sentido, en relación con el combate a la violencia contra la mujer, dicho parámetro incluye, al menos, la Constitución Federal, la Convención de Belém do Pará, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los precedentes sobre juzgamiento con perspectiva de género y sobre muerte violenta de mujeres de la Primera Sala[7] y los precedentes interamericanos referentes a los estándares sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación, así como las obligaciones reforzadas de las autoridades al respecto.[8]

19. Es necesario recordar que la violencia contra la mujer por ser mujer implica: "actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad".[9] Dicha determinación es de particular importancia en cuanto a la inclusión de la violencia mental o psicológica, puesto que esta suele ser infravalorada y tener un impacto negativo en las investigaciones y en la reconstrucción de contextos de violencia contra la mujer. En ese sentido, las "actitudes tradicionales conforme a las cuales la mujer es considerada subordinada del hombre o conforme a las que se considera que tiene funciones estereotipadas, perpetúan prácticas difundidas que comportan violencia o coerción, como la violencia y abuso familiares".[10]

20. Es importante destacar que las obligaciones de respeto y garantía en relación con la violencia contra la mujer implican un deber reforzado cuando se trata de violencia contra las mujeres. Por ello, es imprescindible transversalizar la perspectiva de género, tanto en la investigación como en el juzgamiento. No juzgar con perspectiva de género crea impunidad, lo cual

> […] envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en la administración de justicia, lo cual genera, además, en la sociedad la convicción de que la muerte de las

7 Amparo directo en revisión 2655/2013 y amparo en revisión 554/2013, *cit.*

8 *Cfr.* Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205; Corte IDH. *Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C, núm. 277.

9 Amparo en revisión 554/2013, *cit.*, párr. 208.

10 Amparo en revisión 554/2013, *cit.*, párr. 208. Véase también la tesis de rubro: Delitos contra las mujeres. Estrecha relación entre violencia, discriminación y subordinación por motivos de género, Tesis aislada 1a. CLXIII/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, mayo de 2015, p. 422.

mujeres no tiene importancia, ni merece la atención de las autoridades, reforzando con ello la desigualdad y discriminación hacia las mujeres en nuestra sociedad.[11]

21. En ese sentido, las autoridades –tanto de investigación como judiciales– "deben identificar cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte y verificar la presencia o ausencia de motivos o razones de género que originan o explican la muerte violenta"[12] y preservar evidencias específicas para determinar si hubo violencia sexual y realizar las periciales pertinentes con el fin de establecer si la víctima estaba inmersa en un contexto de violencia. Además, deben investigar, de oficio, "las posibles connotaciones discriminatorias por razón de género en un acto de violencia perpetrado contra una mujer cuando dicho acto se enmarca en un contexto de violencia contra la mujer que se da en una región determinada".[13]

22. A ello habría que agregar que las autoridades judiciales, al analizar los casos, además de utilizar la perspectiva de género, deben hacer un análisis más amplio con enfoque de derechos humanos que les permita detectar si existen factores que atraviesen el caso y que sean necesarios para el estudio del contexto del mismo. En ese sentido, es importante destacar que la discriminación múltiple o intersectorial evoca una situación en la que dos o más factores de discriminación interactúan simultáneamente, produciendo una forma específica de discriminación. Gráficamente puede verse como la intersección generada entre dos o más conjuntos de grupos en situación de vulnerabilidad (género y situación económica, por ejemplo). Ahora bien, no es solo el cruce de factores, sino que la combinación crea un conjunto nuevo, distinto a los grupos que lo conforman.[14]

23. El enfoque intersectorial permite reconocer la diversidad y las diferencias que existen dentro de las personas que enfrentan una situación de pobreza, donde es posible detectar las múltiples formas en las que se resiente la discriminación, particularmente en el caso de las mujeres.

24. Una vez destacado el marco sobre la obligación estatal para analizar con perspectiva de género los asuntos donde se encuentren involucradas mujeres, así como la obligación de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, corresponde referirse al caso concreto para determinar si tal perspectiva fue aplicada en el mismo.

---

11 Amparo en revisión 554/2013, *cit.*, párr. 218. Véase también la tesis de rubro: Delitos contra las mujeres. Las autoridades encargadas de su investigación están llamadas a actuar con determinación y eficacia a fin de evitar la impunidad de quienes los cometen. Tesis aislada 1a. CLXIV/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, mayo de 2015, p. 423.

12 Amparo en revisión 554/2013, *cit.*, párr. 134.

13 *Idem*.

14 *Cfr.* Rey Martínez, Fernando, "La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo", *Revista Jurídica UCES*, núm. 13, 2009, p. 192.

3.2. Análisis de la metodología y debida fundamentación y motivación para juzgar con perspectiva de género

25. Tal como se destacó, en la sentencia de este Tribunal Colegiado de 14 de octubre de 2015, la autoridad responsable debía analizar las constancias de autos, así como exponer de manera fundada y motivada si se acreditaban los elementos del delito de homicidio y, en su caso, lo relativo a las calificativas, para después analizar lo concerniente a la responsabilidad penal de los coacusados, precisando el alcance de las pruebas de cargo que obran en el expediente. Para ello, se debía determinar si el caso ameritaba apreciarlo bajo la perspectiva de género, tomando en cuenta que tanto la coinculpada como la madre de la víctima son mujeres, y que la víctima estaba embarazada y, al parecer, tenía lazos sentimentales con el acusado. En ese sentido, se debió aplicar la tesis de rubro: Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género.[15]

26. Dicha tesis de la Primera Sala de la SCJN es un criterio metodológico que establece, de manera clara, la obligación de todo órgano jurisdiccional de impartir justicia con perspectiva de género, tomando en consideración los siguientes puntos:

A. Identificar, primeramente, si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia.

B. Cuestionar los hechos y valorar 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, ordenar el desahogo de las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones.

D. De detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria, de acuerdo con el 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.

F. Considerar que el método exige, en todo momento, evitar 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.

---

15 Tesis de jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 29, t. II, abril de 2016, p. 836. Registro digital: 2011430.

27. Con base en la decisión de este Tribunal, la Sala Colegiada Mixta debía llevar a cabo un análisis integral del caso con perspectiva de género, que abarcara la valoración de los hechos, las pruebas y las circunstancias subjetivas.

28. En las sentencias dictadas en cumplimiento de la ejecutoria de amparo de este Tribunal, la Sala Colegiada Mixta realizó consideraciones generales sobre género y violencia contra las mujeres en el Estado mexicano. Asimismo, citó la tesis sobre perspectiva de género analizada líneas arriba y, después de los señalamientos referidos, sin mayor argumentación, concluyó que no existen razones de género en el delito cometido y que el fallo condenatorio que emitió atiende a la perspectiva de género de la ofendida, de la víctima y de la coacusada.

29. Respecto a la víctima, destacó que "los hechos suscitados no fueron cometidos en razón de género […], sino que los móviles atendieron a la relación sentimental que esta ostentaba con el acusado"; es decir, se debió a "móviles de carácter emocional, con el fin de evadir la responsabilidad del embarazo de la misma y no hacerse cargo de dicha circunstancia". Agregó que no mediaba violencia hacia la víctima antes del homicidio.

30. Referente a la coacusada mencionó que, si bien el implicado le insistía en que privara de la vida a la víctima, nunca señaló qué tipo de presión ejerció sobre ella que le impidiera negarse a cometer el delito, ya sea violencia física, psicológica o sexual, sin existir evidencia que demostrara que padecía alguna enfermedad, retraso mental o circunstancia que le impidiera conocer las consecuencias de sus actos. Estimó, además, que tampoco existen periciales médicas, psicológicas o psiquiátricas para corroborar las excluyentes de incriminación o causas de inimputabilidad que "pudieran acreditar y estar relacionadas con los tratos crueles, inhumanos y degradantes que padeciera la coimputada", para evidenciar que al momento de cometer el delito sufriera el "síndrome de la mujer maltratada" o "de efectos del maltrato", para determinar si durante la comisión de los hechos actuó de forma voluntaria y consciente o, en su caso, si el estado de obnubilación no le permitió entender parcial o totalmente el alcance y sentido de la acción. Asimismo, sostuvo que, aunque se tomara como cierto que el coinculpado le insistió para que privara de la vida a la víctima, lo cierto es que, en uso de su autodeterminación, decidió hacerlo, incluso ocultando el cadáver.

31. Respecto de la condición de mujer de la madre de la víctima, señaló que su solicitud de justicia fue atendida con base en los estándares nacionales e internacionales, mediante un recurso efectivo, que es el recurso de apelación. Por tanto, estimó que no se violó su derecho humano de acceso a la justicia ni se cometió ningún acto de discriminación, ya que no constaba en autos que el delito se hubiera realizado en razón de la calidad de mujer de la víctima, sino que obedeció al embarazo de la misma.

32. Este Tribunal Colegiado advierte que la sentencia de amparo que emitió no ha sido cumplida, pues, al revisar las dos sentencias de la Sala Colegiada Mixta, advierte que estas carecen, totalmente, de un análisis con perspectiva de género con la metodología ordenada. Por el contrario, las decisiones que se revisan se limitaron a citar precedentes en materia de género, así como la tesis referida y otra sobre perspectiva de género,[16] para concluir, sin ningún argumento, que el homicidio no se debió a cuestiones de género.

33. Este Tribunal considera que el actuar de la Sala Colegiada Mixta no solo se desapega de los estándares que ella misma cita, sino que parecería tener la intención de no realizar un análisis serio de los hechos del caso. Es decir, si bien la ejecutoria de amparo emitida por este Tribunal, al apoyarse en la tesis mencionada para conceder la protección a la madre de la víctima, obligaba a la Sala Colegiada Mixta a cumplir con su metodología para juzgar con perspectiva de género, la autoridad responsable omitió aplicar dichos lineamientos en la resolución del caso.

34. Es importante destacar que si bien las muertes violentas de mujeres tienen múltiples expresiones y contextos, gran parte de ellas son cometidas en el hogar de la mujer o de la persona en quien ella confía, a manos de personas conocidas –como parejas, exparejas o familiares–, y una de las formas comunes de dicha muerte es la asfixia y los traumatismos.[17] En consecuencia, la Primera Sala de la SCJN ha destacado que toda muerte violenta de una mujer debe ser investigada –y, *mutatis mutandi*, juzgada– con perspectiva de género para determinar si la muerte se debió o no al hecho de ser mujer.[18]

35. De autos se advierte falta de claridad en el contexto que rodeaba a la ofendida y a sus agresores, en los hechos del delito y en las pruebas valoradas. Así, existen elementos que indican que el móvil de los hechos fue que el imputado no quería que la víctima continuara con el embarazo. La prueba establece que la víctima estaba embarazada, que tuvo una relación sentimental con el quejoso y que, desde que aquel se enteró de su embarazo, ella sufría violencia –verbal y psicológica– para llevar a cabo su interrupción. Asimismo, por un lado, existen dictámenes periciales que indican que la causa de la muerte fue choque hipovolémico consecuente con perforación del útero, otros señalan que no

16 *Cfr.* Tesis de rubro: Perspectiva de género en la administración de justicia. Su significado y alcances. Tesis aislada 1a. XXVIII/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 10 de marzo de 2017.

17 *Cfr.* Oficina para América Central de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género*, septiembre de 2014. Asimismo, Gobierno del Estado de México, Protocolo de actuación en la investigación del delito de homicidio desde la perspectiva del feminicidio, con la finalidad de prevenir y sancionar toda conducta que constituya violencia contra las mujeres 2009. Véase, además, amparo en revisión 554/2013, *cit*.

18 Amparo en revisión 554/13, *cit*.

se encontró el útero y otros que se encontraron restos de un producto de un embarazo de aproximadamente 14 a 16 semanas. La necropsia suscrita por dos peritos determinó que la víctima falleció por desangramiento (choque hipovolémico), a consecuencia de la perforación del útero, y que, además, presentaba los pulmones colapsados.

36. Ahora bien, aplicando la tesis metodológica referida sobre perspectiva de género, la Sala Colegiada Mixta debió, al menos, tomar en cuenta lo establecido en el párrafo anterior para realizar el análisis correspondiente. En ese sentido, aplicando el parámetro de control de regularidad constitucional referido en el inciso a), se debió realizar, mínimamente, la siguiente consideración en relación con la víctima:

A. *Identificación de situaciones de poder que, por cuestiones de género, den cuenta de un desequilibrio entre las partes*. En este caso, la Sala Colegiada Mixta debió –y debe– analizar que la víctima y el agresor tuvieron una relación de noviazgo, que existía diferencia de clase social y nivel escolar entre ellos, que, de conformidad con las declaraciones que obran en el expediente, él ocultaba su relación con ella y se habría molestado porque ella quisiera informar a los padres de él sobre el embarazo.

B. *Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género.* El hecho de que la Sala Colegiada Mixta reconozca la existencia previa de la relación sentimental, la información sobre el embarazo de la víctima y la forma en la que se encontró el cuerpo debe hacerla valorar esos hechos de forma concatenada. Aceptar –como lo hace la Sala– que la víctima fue asesinada por estar embarazada y no por razones de género no es un argumento lógico. Además, la calificación de la Sala como "desavenencias" entre la expareja, en vez de violencia de género probada por las declaraciones que obran en el expediente (declaraciones que manifestaban que él la maltrataba constantemente, la ofendía y que ella tenía miedo), debe ser valorada sin estereotipos de infravaloración de la violencia contra la mujer. Asimismo, si bien es cierto que el hecho de probar que la víctima estuviera embarazada no es el único elemento de género en el caso, pues las motivaciones de género claramente trascienden un embarazo, también lo es que, pese al reconocimiento de que la víctima no tenía útero y que existían restos del producto de un embarazo, la Sala Colegiada Mixta concluyó que no se podía determinar que se hubiera intentado un aborto por los imputados, dejando sin resolver un elemento más para la determinación de la motivación de los hechos.

C. *En caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias.* Si bien este Tribunal estima que existe información suficiente para determinar las motivaciones de género en el presente caso, si la Sala Colegiada Mixta consideró que no existen pruebas suficientes para la debida imputación –a causa de invalidez de varias pruebas debido al arraigo inconstitucional al que fueron sometidos los agresores–, debió

ordenar, de oficio, la diligencia de varias pruebas cuya producción o reproducción aún fuera posible, incluyendo nuevas periciales y declaraciones.

D. *De detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo con el contexto de desigualdad por condiciones de género*. A pesar de que en el caso existía información suficiente para determinar las motivaciones de género en el homicidio de la víctima, la falta de análisis con perspectiva de género llevó a la Sala Colegiada Mixta, incluso, a considerarlo un homicidio simple, sin agravantes.

37. El análisis anterior es meramente ejemplificativo y no limitativo de lo que este Tribunal Colegiado considera que implica, en el caso particular, aplicar la tesis metodológica sobre perspectiva de género y, en general, el parámetro de control de regularidad constitucional en relación con el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación.[19]

38. Por cuanto ve a la madre de la víctima, ya que la Sala Colegiada Mixta hizo referencia al acceso a la justicia de aquella y a la alegada falta de discriminación, era pertinente, aplicando la tesis metodológica mencionada, así como lo precisado en el inciso 1) de esta sentencia, referente al análisis interseccional, tomar en consideración el contexto de desigualdad jurídica, económica, racial y de género en el que se encontraba, en relación con la defensa de los agresores. En esta tesitura, contrario a lo establecido por la Sala, en el sentido de que basta con tener acceso formal a un recurso, es necesario tener presente que, de haber contado con una defensa adecuada (no solo formal, sino material), la madre de la víctima –mujer pobre– podría haber recurrido, en tiempo, actuaciones ministeriales que pudieron o podrían haber afectado el resultado del caso (como el arraigo inconstitucional).

39. Respecto de la joven imputada, quien alegaba que fue obligada por el agresor a colaborar en el homicidio, la Sala Colegiada Mixta debió –y debe– efectuar el análisis del ejercicio de valoración de pruebas, desechando cualquier estereotipo o prejuicio de géne-

[19] *Cfr., inter alia*, tesis de la Primera Sala de la SCJN de rubros: Delitos contra las mujeres. Estrecha relación entre violencia, discriminación y subordinación por motivos de género, Delitos contra las mujeres. Las autoridades encargadas de su investigación están llamadas a actuar con determinación y eficacia a fin de evitar la impunidad de quienes los cometen, Derecho de la mujer a una vida libre de discriminación y violencia. Las autoridades se encuentran obligadas a adoptar medidas integrales con perspectiva de género para cumplir con la debida diligencia en su actuación, Feminicidio. Diligencias que las autoridades se encuentran obligadas a realizar en su investigación, Feminicidio. Las autoridades encargadas de la investigación de muertes violentas de mujeres tienen la obligación de realizar las diligencias correspondientes con base en una perspectiva de género, Violencia y discriminación contra la mujer. Deber de reparar.

ro; esto al existir información de que la coimputada habría tenido también una relación con el coimputado.

40. Ya que la concesión del amparo es producto de una determinada racionalidad –como en el caso lo fue el que se aplicara la metodología para juzgar con perspectiva de género–, este Tribunal Colegiado considera que, en definitiva, no se cumplieron los lineamientos que ahí se desarrollan. Como se destacó, la Sala Colegiada Mixta se limitó a citar los precedentes y tesis referida sin hacer ningún análisis al respecto, es decir, sin hacer ningún esfuerzo argumentativo que implicara aplicar dichos criterios y metodología al caso concreto. En todo caso, para este Tribunal es claro que el cumplimiento de una sentencia de amparo no se logra con solo incluir las palabras que se contienen en los efectos de la misma, sino acatando la lógica y la racionalidad que motivó esa concesión, aunque ello prácticamente implique rehacer el trabajo que conlleva la elaboración de una sentencia.

3.3. Análisis de la debida fundamentación y motivación con perspectiva de género de las agravantes del delito de homicidio

41. Como se expuso, este Tribunal señaló como uno de los efectos de la sentencia de amparo que la autoridad responsable se pronuncie de manera fundada y motivada sobre la acreditación o no de las calificativas del delito de homicidio, debiendo precisar el alcance de las pruebas de cargo, con perspectiva de género.

42. Es importante recordar que la sentencia que se revisa consideró que 183 pruebas eran ilícitas, pues "derivan de las investigaciones conducidas por la representación social de forma independiente a la medida cautelar de arraigo que se decretase en la causa penal sujeta a estudio".[20]

43. Sin perjuicio de ello, la sentencia establece que del "enlace lógico y natural" de las pruebas restantes se llega al conocimiento de que, el 31 de mayo de 2008, a las 21:30 horas, la coimputada recibió una llamada a su teléfono celular de parte de su coacusado, quien la recogió en el parque de Hunucmá, regresaron a la casa familiar del coimputado, en donde se encontraba la víctima "sentada en una silla, inconsciente" y, a petición de aquel, la coimputada "sostuvo un objeto constrictor en el cuello" de la víctima; luego continuó el coacusado, "cesando de esta manera con la vida de la ahora occisa", por asfixia, después le cortaron el cabello, quemaron la credencial de elector, tiraron a un pozo la CURP y una diadema de la víctima; la ataron con cinta adhesiva en posición fetal, metieron el cadáver desnudo en bolsas de basura, lo amarraron y se fueron. El cuerpo fue encontrado en una brecha en la carretera Hunucmá-Sisal; es decir, hubo maniobras de ocultamiento.

20 *Cfr.* p. 79.

44. Asimismo, la sentencia reconoce que hay información que indica que la víctima estaría embarazada, además de que ella y el coimputado habrían ido a la casa de campo de la familia de aquel para hablar sobre el embarazo. Pese a que considera que la muerte de la víctima fue por ahorcamiento, también reconoce que hay dictámenes que establecen que la muerte fue por choque hipovolémico a consecuencia de la perforación del útero, que otros indican que "no encontraron útero en la cavidad, a pesar de que el útero es uno de los órganos que resiste más el proceso de putrefacción", y otros que se encontraron restos del producto de un embarazo.[21]

45. Sin perjuicio de dicha información, la Sala Colegiada Mixta determinó que existía el delito de homicidio, sin que se configuraran las calificativas. Este Tribunal estima que la Sala no atendió al efecto ordenado por este en relación con el análisis de las pruebas con perspectiva de género, tal como se desarrolla a continuación.

46. El artículo 378 del Código Penal de Yucatán destaca que el homicidio es calificado cuando se comete "con premeditación, ventaja, alevosía, traición […]".

47. Hay premeditación, según el artículo 279, cuando "el imputado obre dolosamente, después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer. Se presumirá que existe premeditación cuando […] el homicidio se cometa por […] medio de veneno o cualquiera otra substancia nociva a la salud […]".

48. De acuerdo con el artículo 380 del citado código, se entiende que hay ventaja cuando:

> I. El inculpado sea superior en fuerza física al ofendido y este no se halle armado;
>
> II. Sea superior por armas, instrumentos u objetos que emplee; por su mayor destreza en el manejo de ellos o número de las personas que lo acompañen;
>
> III. Se valga de algún medio que debilite la defensa del ofendido, y
>
> IV. Este se halle inerme o caído y aquel armado o de pie.
>
> La ventaja no se tomará en consideración en los tres primeros casos si el que la tiene obrase en defensa legítima, ni en el cuarto si el que se halla armado o de pie fuere el agredido y además, hubiere corrido peligro su vida o su persona de no aprovechar esa circunstancia.

49. Respecto de las calificativas de premeditación y ventaja, la sentencia señaló que las pruebas que se tomaron en cuenta para su configuración se excluyeron del acervo probatorio por ser ilícitas, por lo que consideró que solo se podía tener como único elemento de

[21] *Cfr.* Sentencia de 2 de diciembre de 2015, pp. 106, 107, 111, 119, 128, 129, entre otras.

convicción el levantamiento del cadáver.[22] Sin embargo, no estableció el alcance demostrativo de esa ni de las demás pruebas de cargo que permitiera determinar que resultaban insuficientes para integrar tales calificativas. Además, es importante tomar en consideración que los distintos supuestos que contempla esta calificativa aluden a situaciones asimétricas entre víctima y victimario, en virtud de fuerza física, instrumentos, posiciones, valerse de algún medio que debilite la defensa de la persona ofendida, etcétera.

50. Así, por ejemplo, tuvo por probado que la causa de la muerte fue la asfixia de la víctima; que estaba embarazada; que perdió al producto del embarazo; que o bien no tenía útero o este fue perforado, o no fue posible analizarlo; que la víctima medía 1.55 metros de altura y era de complexión delgada; que hubo dos personas (un hombre y una mujer) involucradas en su muerte; que fue encontrada desnuda y su cuerpo hallado en bolsas de basura con las extremidades amarradas. Es decir, de las pruebas referidas que sí eran válidas se desprendía suficiente información para valorar adecuadamente las calificativas de premeditación y ventaja. Independientemente de ello, la Sala pudo haber solicitado, de oficio, nuevas pruebas de haber considerado que las existentes fueran insuficientes, tal como lo establece la tesis de género referida en el apartado anterior.

51. Por su parte, el artículo 383 del citado código establece que obra con traición "quien emplea la perfidia violando la fe o seguridad que expresamente había prometido a su víctima o la tácita que esta debía presumir de aquel, por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquier otra que inspire confianza". Al respecto, la Sala señaló que el Ministerio Público sostuvo que las pruebas que la acreditaban eran: *i)* la declaración ministerial del acusado, de 11 de junio de 2008; *ii)* la denuncia de la madre de la víctima, y *iii*) las declaraciones testimoniales de amigos y familiares de la víctima del delito.

52. Para su análisis, la sentencia tomó en cuenta las declaraciones de amigos y familiares de la víctima del delito (pues la declaración ministerial del acusado había sido considerada inválida). Sin embargo, sin fundamentar ni motivar, sin analizar dichas declaraciones con perspectiva de género y sin tomar en consideración la totalidad del material probatorio válido, concluyó que no había pruebas que permitieran concluir que se utilizó la relación que existía entre el imputado y la víctima –la cual, de hecho, da por probada, al igual que el embarazo– para la ejecución del delito. Por el contrario, la Sala señaló que, aun cuando fueron novios y ella estaba embarazada, era necesario que esa "relación sea constante y estrecha que dé lugar a lazos de lealtad, fidelidad y seguridad, lo que no sucede en la especie". Destacó además que, según los testimonios, él "la maltrataba constantemente y la ofendía verbalmente", que ella "estaba asustada y le tenía mucho miedo", y que a él le molestaba que ella no hubiera interrumpido su embarazo. Por tanto, la Sala consideró que "no hubo una relación de confianza, sino que existieron desavenencias" entre ellos.

[22] *Cfr.* p. 159.

53. Así, contrario a lo sostenido por la Sala Colegiada Mixta, al tratarse de una relación sentimental entre la víctima y el inculpado, que además tuvo como consecuencia un embarazo, la perspectiva de género resultaba indispensable para determinar que existía una relación de confianza –aun o pese a que la relación hubiera terminado semanas antes–. Como ya se destacó, existe información en el expediente que indica que la víctima habría confiado en su expareja para desplazarse fuera de la ciudad, a la casa del padre de aquel, para hablar sobre su situación sentimental y el embarazo. Dicha confianza fue transgredida, facilitando así la ejecución del delito.

54. Este Tribunal considera que la autoridad responsable no solo no fundamentó ni motivó debidamente su análisis de pruebas, sino que igualmente omitió tomar en consideración diversos elementos probatorios que existen en el expediente para hacer el análisis de las calificativas, las cuales, además, deben hacerse, tal como se resaltó en el apartado anterior, con perspectiva de género, teniendo en cuenta todos los elementos vinculados con los hechos.

55. En consecuencia, ya que la sentencia tampoco se encuentra cumplida en dicho aspecto, este Tribunal determina que la autoridad responsable debe cumplir en la nueva sentencia que emita con el lineamiento que se señaló en la ejecutoria de amparo, consistente en el deber de pronunciarse de manera fundada y motivada sobre la acreditación o no de las calificativas del delito, precisando el alcance de las pruebas con perspectiva de género.

56. Se reitera que esta parte del cumplimiento de la sentencia de amparo está directamente relacionada con la obligación que tiene la autoridad responsable de aplicar, al estudio del caso, la metodología para juzgar con perspectiva de género, que es una obligación que asume quien juzga para realizar un análisis sensible al género que permee la totalidad de la sentencia. Por tanto, de conformidad con dicha metodología, es necesario que se utilice esta perspectiva en la fundamentación y motivación sobre la acreditación o no de las calificativas del delito, así como en el alcance de las pruebas.

57. Finalmente, se insiste, de acuerdo con la tesis de metodología de análisis de la perspectiva de género, el estudio concreto no se limita a las pruebas que obran en el expediente, sino que, de ser necesario, según la convicción de la Sala Colegiada Mixta, se puede ordenar que se alleguen al caso las pruebas pertinentes para acreditar la existencia de una relación asimétrica de poder o de una situación de subordinación con base en el género, de conformidad con las obligaciones constitucionales del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar la violación de derechos humanos con la debida diligencia.

58. Como puede verse, ninguno de los dos puntos ordenados por este Tribunal se ha cumplido. Tal como lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia, cuando una ejecutoria de amparo no es cumplida en su totalidad, ya sea porque la autoridad responsable incurre en exceso o en defecto respecto de lo ordenado por la autoridad de amparo, se afecta

el principio constitucional según el cual el juicio de amparo debe constituir un recurso eficaz para la protección de los derechos que la propia Constitución reconoce.[23] La falta de cumplimiento de la sentencia emitida por este Tribunal implica, en el caso concreto, una denegación del derecho de acceso a la justicia. Es necesario recordar que, de conformidad con el parámetro de control de regularidad constitucional, el derecho humano a la protección judicial es uno de los pilares básicos del Estado de derecho, e implica la obligación del Estado mexicano de proteger eficazmente los derechos.

59. Por las razones expuestas, este Tribunal Colegiado concluye que la sentencia de amparo no ha quedado cumplida, por lo que se insta a la Sala Colegiada Mixta a cumplirla de conformidad con los lineamientos claros establecidos por este Tribunal.

[23] Recurso de inconformidad. Su ratio constitucional y convencional. Tesis aislada 1a. CVIII/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, abril de 2016, p. 1134.

Comentario
al acuerdo de 21 de enero de 2016, del Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Decimocuarto Circuito en el juicio de amparo directo 174/2015 sobre el homicidio de una mujer motivado por razones de género

Dalia Berenice Fuentes Pérez

I. A manera de introducción

En esta reflexión, al igual que en otros ejercicios académicos, he preferido utilizar la primera persona con la cual pretendo hablar desde mi "yo" y mi "nosotras/os/es". Yo entendida como una mujer y abogada [de]formada por el propio patriarcado al que intento cimbrar con los cuestionamientos a una resolución que implica violencia de género. Yo, quien, desde mi papel como especialista en el tema, me reconozco como parte del problema y como solución al mismo. Utilizo esta forma de narrar porque supone una autoimplicación en donde se desdibuja la tradicional separación entre objeto cognoscible y sujeto cognoscente y nos invita a no cosificar ni despersonalizar los objetos de estudio,[1] como lo sería una sentencia.

En cuanto a mi posicionamiento feminista, me identifico con algunas ideas de Celia Amorós,[2] en cuanto a que los feminismos de la igualdad y de la diferencia se han encontrado en la coincidencia en varios puntos, puesto que acciones como las cuotas de la igualdad abrieron la brecha para el discurso sobre las dife-

[1] Castañeda, Patricia, *Metodología de la investigación feminista*, 1a. ed., Guatemala, Fundación Guatemala/Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

[2] Amorós, Cecilia, *Feminismo. Igualdad y diferencia*, México, UNAM, 2001.

rencias. Ahora bien, como buena feminista, recurro al uso de las mixturas y, sin olvidar que mi campo de militancia me lleva a trabajar con "lo que hay" —el derecho como un sistema patriarcal— de la "mejor manera" en que se puede, me uno a los postulados de los feminismos descoloniales[3] que apuestan por la comprensión y cuestionamiento del sexo-género en el marco de otras condiciones como las diferencias culturales-raciales, por edad, discapacidad o clase, por mencionar algunas. De igual forma, empato con las reflexiones de las teorías *queer* en cuanto a que la creación y uso de categorías como las que encontramos en las narrativas del derecho marcan un ideal regulatorio de los cuerpos que es violento por sí mismo.[4]

A partir de lo anterior, mi propuesta es, sin duda, exigir al Estado una justicia con perspectiva de género, pues esa es su obligación, la cual no impide que pensemos en nuevas y distintas formas para prevenir la violencia de género y alcanzar una justicia que realmente sea satisfactoria e integral, formas que puedan salir del control del entramado institucional.

Por último, para la construcción de esta reflexión, utilizo las epistemologías y metodologías feministas que muestran aspectos de un problema legal que otras metodologías tradicionales suprimirían del todo. En específico me refiero a los siguientes métodos:

a) la pregunta por la mujer, que explica cómo el aspecto sustancial del derecho puede invisibilizar las perspectivas de las mujeres y otros grupos excluidos, y, en general, la vivencia, sobre la violencia;
b) el razonamiento práctico feminista, con el que se expanden las nociones tradicionales de relevancia legal (como el análisis con base en circunstancias de tiempo, modo y lugar) para hacer un análisis sensible a las características de un caso que aún no se refleja en la doctrina legal (así comenzó el análisis contextual de los hechos, que ahora

[3] Paredes, Julieta, *Hilando fino desde el feminismo comunitario*, México, Cooperativa El Rebozo, 2010 y Gargallo, Francesca, *Feminismos desde Abya Yala. Ideas y proposiciones de las mujeres de 607 pueblos en nuestra América*, México, Corte y Confección, 2014.

[4] Butler, Judith, *Deshacer el género*, Barcelona, Paidós, 2002.

encuentra sustento en numerosas sentencias de sede nacional e internacional), y

c) el aumento de conciencia, que nos ayuda a evaluar la validez de los principios legales aceptados, a través de la óptica de la experiencia personal de quienes se ven directamente afectados por aquellos[5] (esta es la puerta para la reinterpretación de esos principios).

II. El panorama general

La violencia de género es un problema histórico y sistémico que se produce y replica en las prácticas cotidianas de la estructura social (religiosas, jurídicas, políticas, culturales, educativas, comunitarias, etc.), en todos los ámbitos de interacción humana y, desde luego, en las propias instituciones del Estado. Es una violencia distinta a otras, como la violencia criminal o la violencia provocada por el Estado en un intento por combatir a esta; y se caracteriza por ser una violencia "de siempre", normalizada y naturalizada.[6]

Frente a esta, durante los siglos xx y xxi, los distintos movimientos feministas —no sin posiciones encontradas entre sí—,[7] en colaboración con organismos internacionales de protección de los derechos humanos (como el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, así como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos), lograron, en primer lugar, el reconocimiento de los derechos de las mujeres. En segundo lugar, lucharon por que las violaciones a aquellos fueran leídas en clave jurídica como violaciones a derechos humanos;[8] lo que significó una importante revolución para

---

5 Bartlett, Katharine, "Feminist Legal Methods", *Harvard Law Review,* Massachusetts, vol. 103, 1990, pp. 829-888.

6 Azaola, Elena, "La violencia de hoy, las violencias de siempre", *Desacatos*, 2012, pp. 13-32.

7 Amorós, Cecilia, *op. cit*.

8 Mantilla, Julissa, "La importancia de la aplicación del enfoque de género al derecho: asumiendo nuevos retos", *Themis Revista de Derecho*, vol. 63, 2013, pp. 131-146.

el derecho en México, si bien reforzada por la reforma constitucional de 2011, que dio origen al "parámetro de control de regularidad constitucional".[9]

Como parte de los cambios pactados, el Estado mexicano incrementó las acciones orientadas a proteger los derechos de las mujeres, en especial el de acceder a una vida libre de violencia. De este modo, en la primera década del siglo xx se crearon leyes especializadas en el ámbito federal y estatal para la protección de estos derechos y se instauró formalmente todo un entramado institucional, como las unidades de igualdad de género o las fiscalías especializadas en violencia contra la mujer, por mencionar algunos.[10]

El poder judicial no fue ajeno a estos cambios y, por esa razón, a la par que se modificaron los criterios jurisprudenciales y las tesis aisladas referentes al concepto de igualdad[11] —dando cabida a la noción de igualdad sustantiva—, se avanzó también en la interpretación de la obligación de garantizar el derecho de las mujeres de acceder a la justicia en apego a ese principio, así como su indisoluble relación con el deber de prevenir y combatir la violencia fundada en razones de género. Uno de los resultados de este proceso son los criterios interpretativos que se refieren a la

[9] Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquellos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional. Tesis de jurisprudencia, P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 5, t. I abril de 2014, p. 202. Registro digital: 2006224.

[10] Núñez Rebolledo, Lucía, "El giro punitivo, neoliberalismo, feminismos y violencia de género", *Política y Cultura*, núm. 51, enero-junio de 2019, pp. 55-81.

[11] Derecho humano a la igualdad jurídica. Diferencias entre sus modalidades conceptuales. Tesis de jurisprudencia, 1a./J. 126/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, lib. 49, t. I, diciembre de 2017, p. 119. Registro digital: 2015678. Derecho humano a la igualdad jurídica. Reconocimiento de su dimensión sustantiva o de hecho en el ordenamiento jurídico mexicano. Tesis de jurisprudencia, 1a./J. 125/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 49, t. I, diciembre de 2017, p. 121. Registro digital: 2015679.

obligación de juzgar con perspectiva de género y que proponen una metodología con la que pueda lograrse tal fin.[12]

Una hojeada al entramado justiciero indica que existen los elementos suficientes para cumplir con esta obligación. Al menos eso es lo que informa el Estado mexicano a los organismos internacionales:[13]

A. Se cuenta con un marco normativo no solo en prevención y atención de la violencia contra las mujeres, sino en temas de igualdad entre mujeres y hombres, así como en combate a la discriminación. En cada uno de estos rubros se han emitido 32 leyes estatales y una del ámbito federal, lo que suma un total de 99 normativas especializadas en estas materias.

   Las leyes en cuestión divergen en cuanto al tipo de feminismos en los que se inspiran, a menudo desconocidos por las y los legisladores, quienes se limitan a hacer un uso político de sus consignas sin entrar al fondo de los planteamientos.[14] Una consecuencia de lo anterior son los resultados híbridos, por ejemplo, las leyes por la igualdad entre hombres y mujeres, así como las emitidas en materia de discriminación, se inclinan más hacia los fe-

---

12 Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género. Tesis de jurisprudencia, 1a./J. 22/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 29, t. II, abril de 2016, p. 836. Registro digital: 2011430.

13 Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), 2018. Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de México. Naciones Unidas. CEDAW/C/MEX/CO/9; CEDAW, 2012. Observaciones finales sobre el séptimo y octavo informes periódicos de México. Naciones Unidas. CEDAW/C/MEX/CO/7-8; CEDAW, 2006. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de México. Naciones Unidas. CEDAW/C/MEX/CO/6; CEDAW, 2002. Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de México. Naciones Unidas. Suplemento núm. 38 (A/57/38); CEDAW, 1998. Observaciones finales sobre el tercero y cuarto informe periódico de México. Naciones Unidas. Suplemento núm. 38 (A/53/38/Rev.1).

14 Barbieri, M. Teresita de, "Certezas y malos entendidos sobre la categoría género", en Guzmán, Laura y Pacheco Oreamuno, Gilda (eds.), *Estudios básicos de derechos humanos IV*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.

minismos de la igualdad, que se caracterizan por exigir el mismo reconocimiento de derechos y la modificación de condiciones que garanticen iguales oportunidades.[15] En cambio, las leyes sobre la violencia contra las mujeres enfatizan el elemento de la diferencia, es decir, el que se valore que "ser mujeres", o haber sido construidas como tales, se convierte en un factor que favorece la violencia y la discriminación.

B. Se han invertido esfuerzos materiales y humanos en sensibilizar y capacitar al personal jurisdiccional sobre temas de violencia de género; con todas las limitaciones que aún se advierten en cuanto a procesos de evaluación y fiscalización de tales acciones, entre ellas la de la transparencia de las decisiones judiciales.[16]

C. Se elaboraron herramientas metodológicas de apoyo a la función judicial, en particular, sobre la aplicación de la perspectiva de género y otras como la de discapacidad, infancia e interculturalidad.[17]

No obstante lo anterior, los ejercicios de análisis sobre el cumplimiento de la obligación de juzgar con perspectiva de género y, en específico, para que a través de esta se logre el objetivo de prevenir y combatir la violencia de género contra las mujeres, muestran resultados poco alentadores. Así lo indica la investigación realizada por la Red por la Ciudadanización de la Justicia, de la que daré algunos datos en este ejercicio, y lo corrobora la sentencia que reescribe la jueza Karla Quintana Osuna, originalmente emitida el 21 de enero de 2016 por el Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Decimocuarto Circuito, respecto al caso del homicidio cometido en contra de la joven de 21 años, Karina Rojas, por parte de su expareja, Alonso Elizalde, y otra mujer vinculada con él, Samara Herrajes.

---

15 Gil, Silvia L., *Nuevos feminismos. Sentidos comunes en la dispersión*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2011.

16 Informe "No es justicia", Red por la Ciudadanización de la Justicia, México, 2019, *noesjusticia.pdf (equis.org.mx)*

17 SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, SCJN, 2014.

III. Al análisis de fondo

Mi reflexión tiene como referencia los puntos que forman parte de la metodología propuesta en la tesis de la Primera Sala de la SCJN para juzgar con perspectiva de género,[18] pues a partir de estos es que analizo de forma comparativa la sentencia del tribunal colegiado en cuestión (amparo directo 174/2015. Relacionado con el amparo directo 265/2015) y la propuesta de su reescritura, elaborada por la jueza Karla I. Quintana Osuna. El propósito de ello es destacar y comentar aquellas razones y elementos por las que solo en la segunda se cumple cabalmente con la referida obligación, además de señalar respaldos teóricos y prácticos que justificarían su argumentación.

3.1. Los poderes entre Karina, Alonso, Samara, Bianca y los tribunales

Las relaciones humanas son relaciones de poder, no hay manera de evadirlo, porque se nace con él; lo que ocurre es que, mediante los procesos de socialización, creamos estructuras y formas que van moldeando su expresión.[19] El poder no es algo negativo por sí mismo, se trata solo de una fuerza; sin embargo, la cultura patriarcal —como la que subsiste en México y que se sustenta en la supremacía del *sujeto universal* (hombre, racional, adulto, racializado, blanco y europeo, propietario, libre, sin discapacidad, heterosexual[20])— da cabida al establecimiento de relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres con motivo de su sexo y su género, y también con base en el cruce que resulta de estas dos características de identidad con otras como la edad, la identidad racializada y la cultural, o el ingreso económico, que es un elemento de contexto.[21]

---

18 Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género, *cit*.

19 Foucault, Michel, "El sujeto y el poder", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 50, núm. 3, julio-septiembre de 1988, pp. 3-20.

20 Segato, Rita Laura, *La guerra contra las mujeres*, Buenos Aires, Prometeo, 2016.

21 Crenshaw, Kimberlé, "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory

Esta desigualdad de poder se naturaliza mediante el solo acto de la repetición y se convierte en la razón principal por la que durante siglos ha quedado justificado el sometimiento y la opresión de distintas personas y grupos —como el de las mujeres— por parte de ese sujeto universal. Es así como, de la existencia de poder en todas las personas, llegamos hacia la desigualdad y, posteriormente, hacia un uso abusivo de aquel, llamado "violencia" en el campo del derecho.

Ahora bien, ¿dónde se ve el ejercicio de poder en un conflicto? Un requisito básico para lograrlo será ponernos en perspectiva, es decir, poner atención a aquello que tal vez se muestra evidente y obvio, y que, por eso mismo, podría pasar desapercibido. Tal es el caso de los roles de género y la condición económica de las personas que están involucradas: ¿tiene esto alguna influencia en la forma en que se dieron los hechos? Esa sería la pregunta a formular.

Para dar respuesta a ese interrogante, un análisis con perspectiva de género como el que hace la jueza Karla Quintana atiende al paso que consiste en "Identificar si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia",[22] superar el estudio tradicional-formalista del conflicto (el que solo pone atención en las circunstancias de tiempo, modo y lugar) y realizar una revisión contextual de los hechos, poniendo especial atención en las características de las personas que están involucradas.

El contexto se refiere al entorno (material, físico, geográfico, relacional, político, etc.) que rodea a la situación en donde se da un conflicto determinado, como la comisión de un delito,[23] y que ayuda a comprender los elementos subjetivos y objetivos de las conductas desplegadas.

---

and Antiracist Politics" (artículo 8), *University of Chicago Legal Forum*, Chicago, vol. 1989, núm. 1, pp. 139-167; Davis, Angela, *Mujeres, raza y clase*, Madrid, Akal, 2004; Lugones, María, "Colonialidad y género", *Tábula Rasa*, núm. 9, 2008, pp. 73-101.

22 Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género, *cit*.

23 Serrano, Sandra *et al., Violaciones, derechos humanos y contexto: herramientas propuestas para documentar e investigar. Manual de análisis de contexto para casos de violaciones a los derechos humanos*, México, FLACSO, 2017.

La valoración contextual se relaciona con las reflexiones feministas en torno al "conocimiento situado y encarnado".[24] Estas cuestionan el carácter universal, atemporal, imparcial, racional, objetivo y absoluto de los saberes humanos. Afirman que el conocimiento —desde luego, el que se genera al analizar un caso— es un producto cultural influido y limitado por las condiciones espacio-temporales en el que se da, así como por las características (entre ellas de género), intereses y necesidades de los cuerpos y grupos que lo crean. Proponen, en su lugar, apelar a una objetividad relacional, que resulta de un empirismo contextual y consensuado, donde se reconoce la subjetividad, emotividad, parcialidad, singularidad y finitud de lo humano.[25]

La jueza Quintana destaca, desde un inicio, elementos relevantes de contexto y señala, además de la relación sentimental que hubo entre Karina y Alonso, la que él podría tener con Samara (segunda persona señalada como responsable); la condición de género de Samara, Karina y su madre, y Bianca, quienes eran mujeres; el embarazo de Karina, no deseado por su expareja; el que Alonso fuera un estudiante universitario e hijo de un profesor universitario; la asistencia legal particular al que este último tuvo acceso desde un inicio y con la que solo contó la madre de Karina en etapas avanzadas del proceso.

La lectura contextual de estos datos, en su conjunto, revelan condiciones de desigualdad y distintas relaciones de poder que subsisten con base en roles y estereotipos de género. Su revisión permite cumplir con los pasos ii) y iv) de la tesis para juzgar

---

24 Haraway, Donna, "Situated Knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective", *Feminist Studies,* vol. 14, núm. 3, otoño de 1988, pp. 575-599, *https://doi.org/10.2307/3178066*

25 Longino, cit. por Castañeda, Patricia, "Perspectivas y aportes de la investigación feminista a la emancipación", AA. VV., *Otras formas de (des)aprender. Investigación feminista en tiempos de violencia, resistencias y decolonialidad*, España, Lankopi, 2019, pp. 19-40; Blázquez, Norma *et al.* (coords.), *Investigación feminista. Epistemología, metodología y representaciones sociales*, México, UNAM-Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades-Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias-Facultad de Psicología, 2012.
Crenshaw, Kimberlé, *op. cit*., pp. 139-167; Davis, Angela, *op. cit*.; Lugones, María, *op. cit*., pp. 73-101.

con perspectiva de género de la Primera Sala,[26] que se refieren a "[...] cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género [...]", así como "[...] cuestionar la neutralidad del derecho aplicable y evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género [...]". Analizo a continuación, con mayor detenimiento, cada una de estas situaciones.

3.2. El poder de un sentimiento

Karina tuvo una relación sentimental con Alonso un par de meses entre 2007 y 2008, y es precisamente ese afecto —por si no lo quisiéramos llamar amor— el elemento de desventaja que motivó que ella tuviera confianza en acudir al lugar donde le privaron de la vida; la cita la había hecho con alguien por quien ella tenía o había tenido algún afecto, y el propósito era acordar los términos en que formarían una familia (si vivirían juntos o se casarían).[27]

La sentencia del tribunal colegiado, sin fundamento ni motivación alguna, sostiene que el dato de la "relación sentimental" es el que indica que los hechos no fueron suscitados por razones de género. La afirmación no solo es infundada en términos legales, sino que carece de toda lógica, por cuanto una relación sentimental (de pareja o, en ese caso, ser "novios") implica necesariamente roles y atribuciones de género. En otras palabras, en una relación sentimental reproducimos las creencias y prácticas sobre lo que se considera que puede y debe hacer un hombre y una mujer.

La sentencia de la jueza Quintana, apoyada en los datos del *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género*, de 2014, da cuenta de cómo la confianza derivada de relaciones de afecto es un factor

[26] Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género, *cit*.

[27] Recurso de Inconformidad 411/2016; *idem*.

presente en gran parte de las muertes violentas contra las mujeres,[28] es decir, se les priva de la vida porque el afecto se convierte en el factor de riesgo que facilita la comisión del delito, como sucedió con Karina.

De igual forma, en el caso de Samara, que alegaba haber sido obligada por Alonso para colaborar en el homicidio, se omitió en el análisis y valoración de las pruebas la consideración sobre la existencia y tipo de relación de poder que había entre ambas personas.[29] Sobre esto, es importante señalar que en forma alguna se pretende justificar la intervención de Samara en el asesinato de Karina; sencillamente se contextualiza el hecho a partir del análisis de género, para dimensionar el grado de responsabilidad que tiene en el delito.

Los estudios sobre los afectos y las emociones son recientes y su revisión es necesaria para comprender cómo un vínculo sentimental de cualquier tipo (amor, pasión, amistad, cariño, etc.) es también resultado de las construcciones culturales. No es que nos coloquen el afecto, pues las personas tenemos capacidades afectivas como parte de la propia condición de humanidad, lo que ocurre es que esa cualidad se va configurando conforme a las reglas de la socialización. En otras palabras, aprendemos y enseñamos patrones emo-afectivos (sobre el amor, el dolor, la vergüenza, la culpa, el odio, etc.).[30] No solo eso, la reiteración de esos patrones da como resultado la creación de ideologías sobre los afectos, por ejemplo, odiar a las personas inmigrantes como una expresión de amor a la nación.[31]

Respecto a las prácticas de afecto, Marcela Lagarde explica que el amor se ha impuesto como un mandato para la vida de las mujeres y que, con base en él, se les enseña a perseguir un ideal de pareja y de familia donde asumen como "natural" la en-

---

28 Quintana Osuna, Karla I., "Acuerdo del 21 de enero de 2016, del Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Decimocuarto Circuito en el juicio de amparo directo 174/2015 sobre el homicidio de una mujer motivado en razones de género", en esta obra, párr. 28.

29 *Ibidem,* párr. 33.

30 Ahmed, Sara, *La política cultural de las emociones,* México, UNAM, 2004.

31 Sandoval, Chela, *Metodología de la emancipación,* México, UNAM, 2015.

trega total e incondicional hacia la otra persona, además de una confianza ciega en torno al ser amado —y que, se supone, les ama de igual forma—.[32] Con este mandato del amor y sus mitos minimizan o justifican los actos de violencia, lo que les coloca en un riesgo constante frente a un agresor, a quien están unidas por una relación sentimental. Esta sería, por tanto, una forma de entender el vínculo de poder que se tejía entre Karina y Alonso, sin descartar que pudiera haber sido similar al que este último tenía con Samara.

3.3. El embarazo de Karina y el rol de una paternidad no deseada

Karina informó a Alonso sobre su embarazo y entre las pruebas de ello consta que él le había pedido que interrumpiera la gestación y que incluso la habría obligado, antes de los sucesos en la finca, a introducirse cuatro pastillas "Cytotec" vía vaginal para que abortara, sin lograrlo. Posteriormente, en el cuerpo de Karina se hallaron rastros de perforación en su útero. No se tienen mayores datos respecto a las razones por las que la víctima habría querido continuar con el embarazo, así como los motivos que tendría su victimario para rechazarlo; sin embargo, dado el tipo de violencia sexual que se ejerció sobre su cuerpo, sí era posible presumir que el embarazo (con todo lo que este representaba) habría sido un factor de género que motivó el homicidio.

La sentencia de la sala colegiada mixta omite cualquier tipo de análisis sobre este hecho y el tribunal colegiado también incumple con su obligación de verificar que el juzgado de origen lo haya considerado. La sentencia de la jueza Karla Quintana señala que, si bien hay falta de claridad respecto al contexto que rodeaba a la víctima y a sus agresores, era cierto que Alonso (paternidad no deseada) no quería que Karina continuara el embarazo, razón por la que la violentó verbal y psicológicamente en sucesos previos a aquel en donde le privaron de la vida (a los que la sala consideró "desavenencias" entre la pareja, en lugar de violencia).

[32] Lagarde, Marcela, *Claves feministas para la emancipación del amor*, Managua, Puntos de Encuentro, 2001.

Además, unos dictámenes periciales indicaron que la causa de la muerte habría sido la perforación del útero y otros que se habían encontrado restos fetales en el cuerpo de la víctima. En síntesis, no había duda probatoria respecto a la existencia del embarazo, ni en cuanto a que varios de los actos de violencia fueron ejecutados con el fin de interrumpirlo.[33]

En el análisis de un factor como el embarazo es preciso comprender que el ejercicio de la sexualidad y la reproducción se aprende y socializa con base en roles y estereotipos de género.[34] Es cierto que de los debates —no agotados— entre los distintos feminismos destaca el que se refiere a las cuestiones sexuales y reproductivas.[35] No obstante, un punto de acuerdo consiste en que el cuerpo de las mujeres se construye como un objeto sexual del cual pueden y deben disponer los hombres; en contrapartida, a los hombres se les enseña que tienen derecho a gozar del cuerpo de las mujeres y a disponer de él libremente. De igual forma, en las mujeres se instaura una vocación maternal que implica, desde luego, que aprendan que el deseo de ser madres es algo natural, que no busquen por ningún medio acabar con un producto de la concepción, y que por las hijas/os deben darlo todo, incluso la vida.[36] Para los hombres, el rol de género equivalente a "hacerse cargo de sus hijos/as" consiste en asumir el papel de proveedores materiales.

---

33 Quintana Osuna, Karla I., *op. cit.*, párr. 29.

34 Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales,* Bogotá, Profamilia, 2010; Tena, Olivia, "Un enfoque feminista de derechos humanos para el análisis de modelos de educación sexual para adolescentes: estudio de caso", en Jarquín, María E. (coord.), *El campo teórico feminista. Aportes epistemológicos y metodológicos*, México, CEICH-UNAM, 2016, pp. 385-410.

35 Barbieri, M. Teresita de, *op. cit*.

36 Undurraga, Verónica y Cook, Rebecca, "Incorporación constitucional del derecho internacional y del derecho comparado de los derechos humanos: la sentencia C-355/2006 de la Corte Constitucional de Colombia", 2009. Publicado originalmente como: "Constitutional Incorporation of International and Comparative Human Rights Law: The Colombian Constitutional Court Decision C-355/2006", en Williams, Susan H. (ed.), *Constituting Equality: Gender Equality and Comparative Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

En el caso de Karina, varios de los actos de violencia extrema sobre su cuerpo estuvieron vinculados al estado de embarazo y al propósito de lograr la interrupción de este, incluso en contra de la voluntad de la víctima. Tal condición asociada a la relación sentimental entre la víctima y su agresor constituían elementos para deducir, aun con las poco más de 180 pruebas que fueron desechadas alegando su inconstitucionalidad, que el delito fue cometido con premeditación, alevosía y ventaja.

De este modo, se omitió por completo el análisis de uno de los datos más relevantes que permitían la lectura de género del caso.

3.4. La visión interseccional del análisis de género: desigualdades materiales entre Karina y su madre, y el agresor

Otros factores a considerar para dar cumplimiento a la obligación de juzgar con perspectiva de género eran las diferencias de clase y nivel educativo que había entre Karina y Alonso, así como entre la madre de ella y este último. Esas diferencias permiten identificar condiciones de desigualdad material que influían tanto en la relación sentimental como en las posibilidades de acceder a la justicia.

A diferencia de la sentencia del tribunal colegiado, que no hace mención alguna respecto a la influencia que la diferencia de clase social y nivel educativo entre ellos pudo haber tenido en las relaciones de poder que subsisten en este conflicto, en la sentencia de la jueza Quintana se trata de factores relevantes:[37] Alonso era estudiante universitario y Karina solo tenía estudios técnicos; el padre de él era profesor universitario, la madre de ella trabajadora de limpieza. Ambas condiciones suponen posicionamientos y recursos desiguales para afrontar la realidad, que obligan a hacer un análisis interseccional del género con otros factores de identidad y de contexto.

Los feminismos decoloniales, descoloniales y poscoloniales nos permiten comprender que los atributos, roles y funciones de género se crean y, por lo mismo, se explican también a partir de

[37] Quintana Osuna, Karla I., *op. cit.*, párr. 32.

su intersección (interacción) con características como la raza-etnia y la clase; y agregaríamos aquí, la educación a la que puedes acceder.[38] Fue así como se agregó el elemento de interseccionalidad a la aplicación de la perspectiva de género.

Ange Marie Hancock[39] elabora una explicación que incluye teoría normativa e investigación empírica, en la que sugiere tomar en cuenta seis presupuestos básicos para determinar cómo esta interseccionalidad de categorías se relaciona con problemáticas de justicia distributiva, poder y Gobierno. Los presupuestos son:

a) en todo proceso político complejo está implicada más de una categoría de diferencia;
b) hay que considerar todas las categorías, aunque las relaciones entre aquellas sean variables y conformen una pregunta empírica abierta;
c) cada categoría tiene su propia configuración interna y es diferente a las demás;
d) las categorías son el producto de procesos sociales —individuales e institucionales— que debemos cuestionar en ambos niveles;
e) las investigaciones interseccionales revisan las categorías en varios niveles de análisis y sus interacciones mutuas, y
f) la interseccionalidad aún requiere desarrollos teóricos y empíricos.

Lo que nos permite este test es entender que no se privó de la vida a una "mujer" en sentido general, sino a una mujer de 21 años que estaba en desventaja frente a su agresor, no solo por efecto de su relación sentimental, sino porque su preparación educativa y sus recursos económicos le colocaban en distintas posiciones de poder ante situaciones como el decidir sobre su propio cuerpo (continuar o no el embarazo), así como asumir roles de maternidad o paternidad.

De igual forma, la visión interseccional permite comprender la desigualdad material que existe entre Alonso y Bianca, la ma-

[38] Crenshaw, Kimberlé, *op. cit.;* Davis, Angela, *op. cit*. y Lugones, María, *op. cit*.

[39] Hancock, Ange Marie, "Intersectionality as a Normative and Empirical Paradigm", *Politics and Gender*, vol. 3, núm. 2, junio de 2007, pp. 248-254, *https://doi.org/10.1017/S1743923X07000062*

dre de Karina, que impacta de forma directa en el acceso a la justicia: recordemos que el delito tuvo lugar en 2007 y que la sentencia del tribunal colegiado se emitió en el 2016; lo que indica que Bianca, sin contar con una asistencia legal particular desde un inicio, se vio inmersa en instancias judiciales durante casi 10 años de su vida. Tanto la sala colegiada mixta como el tribunal colegiado omiten hacer cualquier consideración respecto a las dificultades materiales, temporales y humanas que supone para una mujer que se dedica al trabajo doméstico sostener las vías judiciales, frente a la posición de ventaja que tiene un estudiante universitario, por su propia condición económica y las características del contexto de su padre (profesor universitario, además de que la familia cuenta con una finca de descanso).

Como lo explica la jueza Karla, hay total indiferencia respecto al hecho de que esas condiciones influyeron para que Bianca no pudiera contar (pagar) desde un inicio con una defensa adecuada (formal y material), lo que impidió que se recurrieran en tiempo actuaciones ministeriales (como el arraigo inconstitucional) que alargaron los procesos.

Esta problemática coincide con los resultados de la investigación de la Red por la Ciudadanización de la Justicia, en cuanto a que en el 85% de las sentencias y/o resoluciones judiciales revisadas para ese ejercicio no se tuvo en cuenta cómo influyeron los estereotipos de género y otras características de identidad y de contexto de las personas involucradas en el conflicto.[40]

3.5. La indiferencia ante la violencia

Como indica la sentencia de la jueza Quintana, había información suficiente para determinar las motivaciones de género en el homicidio de Karina; sin embargo, si la sala colegiada mixta hubiera considerado que no existían pruebas suficientes debido a que varias habían sido invalidadas a causa del arraigo inconstitucional al que fueron sometidas las personas agresoras, era su obligación ordenar, de oficio, la diligencia de varias pruebas cuya producción o reproducción fuera aún posible, incluyendo nuevas

[40] Red por la Ciudadanización de la Justicia, *op. cit*.

periciales y declaraciones, a fin de aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género.[41] Esto corresponde al tercer punto de la tesis de la SCJN, que indica: "En caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones".[42]

En contraposición a lo anterior, tanto la sala colegiada mixta como el tribunal colegiado se limitan al análisis del último hecho de la cadena de actos de violencia de la que daban cuenta los relatos de los hechos, así como las pruebas que no habían sido invalidadas (me refiero al homicidio de Karina). Omiten hacer cualquier consideración sobre la violencia ejercida previamente por parte de Alonso hacia la víctima o sobre el maltrato constante que provocaba miedo en ella, así como sobre el primer intento de que ella abortara. De igual forma, evitan hacer cualquier análisis respecto a la existencia o inexistencia de una relación de dominación por razón de género entre Alonso y Samara.

Lo que se advierte en la actuación de la sala colegiada mixta y del tribunal colegiado es una problemática detectada también en la investigación de la Red por la Ciudadanización de la Justicia: en el 47% de los casos ni siquiera se valoran las situaciones de violencia que se advierten expresamente en los relatos de los hechos y las valoraciones de las pruebas; y en el 80% de las sentencias revisadas, las personas juzgadoras analizaron las situaciones de violencia contra las mujeres de forma aislada y restrictiva, sin considerarlo como parte de un problema social estructural.[43]

Estamos, de este modo, no solo ante una ceguera de género como la que han denunciado los movimientos feministas, sino ante la indiferencia e inacción absoluta frente a la violencia contra la mujer por parte de las y los funcionarios judiciales.[44] Esto

---

41 Quintana Osuna, Karla I., *op. cit.,* párr. 30.

42 Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género, *cit*.

43 Red por la Ciudadanización de la Justicia, *op. cit*.

44 Peñas de Fago, María Angélica, "Violencias institucionalizadas. El discurso judicial sobre las mujeres", *Ex Aequo*, núm. 31, 2015.

supone un incumplimiento de las obligaciones constitucionales y convencionales en materia de protección y garantía de los derechos humanos y tiene entre sus consecuencias, como lo indica la jueza Karla, la creación de impunidad, en donde se da el mensaje a la sociedad de que la violencia es un acto tolerado y aceptado, frente al cual no hay responsabilidades.[45]

La sentencia del tribunal colegiado es un mensaje que crea un precedente respecto a que "no pasa nada o pasa muy poco por matar a una mujer" y no se dirige solo a Alonso, sino que tiene efectos en todas las personas: a los cuerpos socializados como hombres-masculinos se les informa que pueden seguir con las prácticas de violencia y discriminación hacia las mujeres, incluso las más extremas; a los cuerpos socializados como mujeres-femeninas se les indica que este tipo de situaciones no serán leídas como lo que son: violencia. Además, se les informa que su miedo resulta irrelevante y que no tendría caso acudir a la justicia, porque esta nunca hará un análisis de género del caso, uno que favorezca el combate a las prácticas y las estructuras de poder que justifican la violencia de género contra las mujeres.

3.6. La fundamentación y motivación con perspectiva de género. Formalismo mágico y astrología jurídica

El quinto paso de la tesis de la SCJN se refiere a la aplicación de los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas. Sobre este tema, como lo refiere la sentencia de la jueza Quintana, el tribunal colegiado dio por cumplida la sentencia de amparo con la emisión de dos nuevas sentencias por parte de la sala colegiada mixta, que, en contravención a su propia resolución, carecían de toda perspectiva de género. Esas decisiones ejemplifican dos problemas que se refieren a las prácticas judiciales:

A la primera, Francisca Pou la denomina "formalismo mágico", y consiste en suponer que la sola invocación de un principio o del marco legal tiene como efecto la garantía de que se está

[45] Quintana Osuna, Karla I., *op. cit.*, párr. 14.

aplicando la perspectiva de género.[46] Las sentencias en cuestión citan precedentes en materia de género, así como la tesis de la Primera Sala de la SCJN sobre la obligación de juzgar con perspectiva de género y otra más en la materia; sin embargo, en su argumentación está ausente el nexo lógico respecto a cómo hicieron operativos los contenidos de ese marco normativo para llegar a la conclusión de que el homicidio no fue motivado por razones de género. La práctica del formalismo mágico fue identificada en el 79% de las sentencias que se revisaron en la investigación de la Red por la Ciudadanización de la Justicia, en las que se hace un uso enunciativo, mas no sustantivo, del marco normativo protector de derechos humanos.[47]

A la segunda práctica yo la he llamado "astrología jurídica", y con ella me refiero a la construcción de una argumentación jurídica en donde todas las premisas, pruebas y presupuestos, así como la interpretación del marco normativo, apuntarían a una conclusión lógica y concatenada contraria a la que efectivamente se llega. Esta deficiencia argumentativa surge, entre otras cosas, debido a que se intenta aplicar una argumentación basada en el modelo del silogismo aristotélico (premisa mayor, premisa menor y conclusión) a la solución de conflictos de derechos que no son reglas de todo o nada, sino principios, como los derechos humanos. Las violaciones a derechos humanos requieren otro tipo de argumentación, una que permita entender tanto los alcances del derecho como las motivaciones para justificar las afectaciones a este, con base, desde luego, en medios probatorios y en la aplicación e interpretación coherente e integral del marco normativo.

El modelo que nos ayuda a entender los elementos de este tipo de argumentación es el de Stephen Toulmin.[48] Para él, un argumento no se refuta como falso o verdadero, sino como fuerte o débil, dependiendo de las garantías (razones o motivaciones, esto es, el nexo lógico) y los respaldos (lo que sustenta a las garantías,

---

46 Pou, Francisca, "Argumentación judicial y perspectiva de género", en Cruz Parcero, Juan *et al.* (eds.), *Interpretación y argumentación jurídica en México,* México, Fontamara, 2014, pp. 123-154.

47 Red por la Ciudadanización de la Justicia, *op. cit*.

48 Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, 2a. ed., España, Ariel, 2003.

como podría ser un medio probatorio, un criterio interpretativo, una norma, las estadísticas oficiales, etc.) que sustentan mi afirmación (pretensión), por ejemplo, que el caso ameritaba la perspectiva de género. Deduzco la astrología jurídica tras verificar, con base en este modelo que es común en las prácticas judiciales, que se construyeron argumentos que carecen del nexo lógico y que suponen que la relación entre los hechos, las pruebas y el derecho es algo que se entiende como implícito.

En las sentencias en cuestión, como lo señala la sentencia de la jueza Quintana, los elementos fácticos, probatorios y normativos permitían deducir que el homicidio se había cometido con premeditación, ventaja, alevosía y traición (con fundamento en la legislación penal de Yucatán, vigente al momento de los actos):

A. La sala reconoció que había o hubo un lazo sentimental entre el victimario y la víctima; y acreditó este elemento mediante la declaración del victimario, la denuncia de la madre de la víctima y testimonios de amigos/as y familiares de Karina. En este caso, la confianza sería el elemento para presumir la existencia de ventaja y traición en razón del género.
B. Sobre las condiciones de la muerte señaló que había sido por asfixia; que estaba embarazada; que perdió al producto del embarazo; que no tenía útero, lo tenía perforado o no era posible analizarlo, lo cual confirma que algo había pasado con este órgano del cuerpo de Karina.
C. La víctima medía 1.55 mts., era de complexión delgada, y en el delito habían participado dos personas (un hombre y una mujer), lo que daba cuenta de la superioridad en fuerza física por parte de su victimaria y victimario.
D. El cuerpo fue encontrado desnudo y envuelto en bolsas de basura, elementos que llevan a presumir la premeditación.

De manera sorprendente, y utilizando una argumentación carente de motivación que parecería más inspirada por los astros que por el derecho, la sala realiza un análisis ilógico y desconcatenado de todos los elementos fácticos, normativos y de convicción que previamente habría admitido como válidos. Es así como llega a la conclusión de que no existía una relación de confianza, sino "desavenencias" entre la pareja; que no había razones de gé-

nero en el homicidio y que tampoco acreditaron los elementos de la calificación del delito.

Ni qué decir de la posibilidad de que la autoridad responsable hubiera sido capaz de cumplir con la obligación de identificar otras afectaciones a derechos humanos en este conflicto, como sería el derecho a la integridad, la libertad sexual y reproductiva, y el acceso a la justicia. Las prácticas de astrología jurídica también fueron documentadas por la investigación de la Red por la Ciudadanización de la Justicia: en el 70% de los asuntos revisados no se valoraron las pruebas ofrecidas desde una perspectiva de género; 64% de las sentencias no identificaron adecuadamente los derechos en conflicto ni las afectaciones a otros derechos humanos, y el 84% de las sentencias no logran explicar sus propios argumentos, incluso cuando afirman haber juzgado con perspectiva de género.[49]

IV. A manera de conclusión

Los roles y estereotipos de género, así como las relaciones de poder y las situaciones de violencia que había entre las personas involucradas en el conflicto, pasaron inadvertidos tanto para la sala colegiada mixta del Tribunal Superior de Justicia de Yucatán como para el tribunal colegiado. Más aún, su análisis con perspectiva de género dedujo justo aquello que habría sido imposible concluir bajo esa mirada: "que no estaba involucrado un tema de género y [...] que se trataba de un homicidio sin agravantes"; "que no existen razones de género en el delito cometido y que el fallo condenatorio que emitió atiende a la perspectiva de género de la ofendida, de la víctima y de la coacusada".[50]

La sentencia de la jueza Quintana puede llegar a conclusiones distintas no por un acto de raciocinio extraordinario, sino gracias a la aplicación de los pasos que fueron sugeridos en la tesis sobre juzgar con perspectiva de género de la SCJN.[51] Esto indica que,

---

49 Red por la Ciudadanización de la Justicia, *op. cit*.

50 Quintana Osuna, Karla I., *op. cit*.

51 Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género, *cit*.

como afirma Francisca Pou, la aplicación de esta perspectiva en el acceso a la justicia debe ser entendida como la tarea ordinaria de una o un juzgador que consiste simplemente en cumplir con los mandatos que le fijan las leyes.

Fuentes de consulta

Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género. Tesis de jurisprudencia, Décima Época, 1a./J. 22/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 29, t. II, abril de 2016, p. 836. Registro digital: 2011430.

Ahmed, Sara, *La política cultural de las emociones,* México, UNAM, 2004.

Amorós, Cecilia, *Feminismo. Igualdad y diferencia*, México, UNAM, 2001.

Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, 2a ed., España, Ariel, 2003.

Azaola, Elena, "La violencia de hoy, las violencias de siempre", *Desacatos*, 2012.

Barbieri, M. Teresita de, "Certezas y malos entendidos sobre la categoría género", en Guzmán, Laura y Pacheco Oreamuno, Gilda (eds.), *Estudios básicos de derechos humanos IV*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.

Bartlett, Katharine, "Feminist Legal Methods", *Harvard Law Review,* Massachusetts, vol. 103, 1990.

Blázquez, Norma *et al.* (coords.), *Investigación feminista. Epistemología, metodología y representaciones sociales*, México, UNAM-Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades-Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias-Facultad de Psicología, 2012.

Butler, Judith, *Deshacer el género*, Barcelona, Paidós, 2002.

Castañeda, Patricia, *Metodología de la investigación feminista*, Guatemala, Fundación Guatemala-Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales,* Bogotá, Profamilia, 2010.

Crenshaw, Kimberlé, "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics" (artículo 8), *University of Chicago Legal Forum*, Chicago, vol. 1989, núm. 1.

Davis, Angela, *Mujeres, raza y clase*, Madrid, Akal, 2004.

Derecho humano a la igualdad jurídica. Diferencias entre sus modalidades conceptuales. Tesis de jurisprudencia, Décima Época, 1a./J. 126/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, lib. 49, t. I, diciembre de 2017, p. 119. Registro digital: 2015678.

Derecho humano a la igualdad jurídica. Reconocimiento de su dimensión sustantiva o de hecho en el ordenamiento jurídico mexicano. Tesis de jurisprudencia, Décima Época, 1a./J. 125/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, lib. 49, t. I, diciembre de 2017, p. 121. Registro digital: 2015679.

Derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional. Tesis de jurisprudencia, P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 5, t. I abril de 2014, p. 202. Registro digital: 2006224.

Foucault, Michel, "El sujeto y el poder", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 50, núm. 3, julio-septiembre de 1988.

Gargallo, Francesca, *Feminismos desde Abya Yala. Ideas y proposiciones de las mujeres de 607 pueblos en nuestra América*, México, Corte y Confección, 2014.

Gil, Silvia L., *Nuevos feminismos. Sentidos comunes en la dispersión*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2011.

Hancock, Ange Marie, "Intersectionality as a Normative and Empirical Paradigm", *Politics and Gender*, vol. 3, núm. 2, junio de 2007, *https://doi.org/10.1017/S1743923X07000062*

Haraway, Donna, "Situated Knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective", *Feminist Studies,* vol. 14, núm. 3, otoño de 1988, *https://doi.org/10.2307/3178066*

Informe "No es justicia", Red por la Ciudadanización de la Justicia, México, 2019, *noesjusticia.pdf (equis.org.mx)*

Lagarde, Marcela, *Claves feministas para la emancipación del amor*, Managua, Puntos de Encuentro, 2001.

Longino, cit. por Castañeda, Patricia, "Perspectivas y aportes de la investigación feminista a la emancipación", AA. VV., *Otras formas de (des)aprender. Investigación feminista en tiempos de violencia, resistencias y decolonialidad*, España, Lankopi, 2019.

Lugones, María, "Colonialidad y género", *Tábula Rasa*, núm. 9, 2008.

Mantilla, Julissa, "La importancia de la aplicación del enfoque de género al derecho: asumiendo nuevos retos", *Themis Revista de Derecho*, vol. 63, 2013.

Núñez Rebolledo, Lucía, "El giro punitivo, neoliberalismo, feminismos y violencia de género", *Política y Cultura*, núm. 51, enero-junio de 2019.

ONU Mujeres, OACNUDH, Modelo de Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidios/feminicidios), 2014.

Paredes, Julieta, *Hilando fino desde el feminismo comunitario*, México, Cooperativa El Rebozo, 2010.

Peñas de Fago, María Angélica, "Violencias institucionalizadas. El discurso judicial sobre las mujeres", *Ex Aequo*, núm. 31, 2015.

Pou, Francisca, "Argumentación judicial y perspectiva de género", en Cruz Parcero, Juan *et al.* (eds.), *Interpretación y argumentación jurídica en México,* México, Fontamara, 2014.

Quintana Osuna, Karla I., "Acuerdo del 21 de enero de 2016, del Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Decimocuarto Circuito en el juicio de amparo directo 174/2015 sobre el homicidio de una mujer motivado en razones de género", en esta obra.

Recurso de Inconformidad 411/2016.

Sandoval, Chela, *Metodología de la emancipación,* México, UNAM, 2015.

SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, SCJN, 2014.

Segato, Rita Laura, *La guerra contra las mujeres*, Buenos Aires, Prometeo, 2016.

Serrano, Sandra *et al., Violaciones, derechos humanos y contexto: herramientas propuestas para documentar e investigar. Manual de análisis de contexto para casos de violaciones a los derechos humanos*, México, FLACSO, 2017.

Tena, Olivia, "Un enfoque feminista de derechos humanos para el análisis de modelos de educación sexual para adolescentes: estudio de caso", en Jarquín, María E. (coord.), *El campo teórico feminista. Aportes epistemológicos y metodológicos*, México, CEICH-UNAM, 2016.

Undurraga, Verónica y Cook, Rebecca, "Incorporación constitucional del derecho internacional y del derecho comparado de los derechos humanos: la sentencia C-355/2006 de la Corte Constitucional de Colombia", 2009. Publicado originalmente como: "Constitutional Incorporation of International and Comparative Human Rights Law: The Colombian Constitutional Court Decision C-355/2006", en Williams, Susan H. (ed.), *Constituting Equality: Gender Equality and Comparative Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Instrumentos de organismos internacionales

CEDAW, 2018. Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de México. Naciones Unidas. CEDAW/C/MEX/CO/9.

CEDAW, 2012. Observaciones finales sobre el séptimo y octavo informes periódicos de México. Naciones Unidas. CEDAW/C/MEX/CO/7-8.

CEDAW, 2006. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de México. Naciones Unidas. CEDAW/C/MEX/CO/6.

CEDAW, 2002. Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de México. Naciones Unidas. Suplemento No. 38 (A/57/38).

CEDAW, 1998. Observaciones finales sobre el tercero y cuarto informe periódico de México. Naciones Unidas. Suplemento No. 38 (A/53/38/Rev.1).

Resumen
de la resolución original

Datos. Sentencia del recurso de apelación 1094/2016, dictado por la Octava Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, el 3 de febrero de 2017. Sentencia del fuero local de la Ciudad de México.

Hechos El 15 de junio de 2014, cinco amigos y colegas (tres mujeres y dos hombres) se reunieron en un restaurante para comer y celebrar la obtención de un premio. Después de eso regresaron a laborar. Alrededor de las 20:00 horas continuaron con el festejo en la casa de uno de los jóvenes, el cual compartía departamento con otro joven, quien se sumó al festejo. Tomaron cerveza y mezcal.

Bajo esas circunstancias, una de las jóvenes que estaba en estado de ebriedad fue abusada sexualmente por el compañero de departamento de su colega. La víctima presentó la denuncia ante el Ministerio Público por el delito de violación cometido en su contra. El 15 de noviembre de 2016, el juez quincuagésimo penal de la Ciudad de México emitió un auto en el cual *negó* la orden de aprehensión en contra del imputado, ya que consideró que no se acreditó el delito de violación equiparada. Inconforme con tal determinación, el 26 de noviembre de 2016, el Ministerio Público interpuso un recurso de apelación. En sus agravios solicitó que se dejara sin efectos la resolución recurrida a fin de que se librara la orden de aprehensión referida.

Determinación La sentencia de apelación confirmó la negativa a emitir la orden de aprehensión por mayoría de votos: votaron a favor un magistrado y una magistrada, mientras que la otra magistrada votó en contra y emitió su voto particular. Para la mayoría, no existieron elementos suficientes para dictar la orden de aprehensión por el delito de violación equiparada. En efecto, consideraron que,

a pesar de que la víctima estaba muy tomada, no hubo prueba suficiente para corroborar que el estado etílico en el que se encontraba la volvió "incapaz de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pudo resistirlo".

Sentencia
del recurso de apelación 1094/2016
sobre una mujer víctima de violación

Clara Lucía Reyes Núñez
Joy Monserrat Ochoa Martínez

En la Ciudad de México, a 3 de febrero de 2017, se resuelve el toca de apelación 1094/2016.

I. HECHOS

1. El 15 de junio de 2014, Sofía Mendoza se reunió con Andrea Ovando, Carlos García, Alfredo Negrete y Leticia Cruz[1] para celebrar la obtención de un premio. A las 14:00 horas fueron a un restaurante a comer tlayudas, donde Sofía bebió aproximadamente cinco tarros de cerveza de 500 mililitros. Después regresaron al Laboratorio de Cartografía Digital de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) para continuar con sus actividades.

2. Alrededor de las 20:00 horas, Sofía y las personas antes referidas fueron al departamento de Carlos (el cual cohabitaba con Eduardo Müller) donde consumieron 10 paquetes de seis cervezas.[2] A dicha reunión se sumó Eduardo, quien sacó una botella de mezcal de la cual Sofía consumió tres "caballitos" y después de ello quedó inconsciente.[3]

3. A la mañana siguiente, Sofía despertó desorientada y observó que su ropa estaba manchada de vómito, al igual que una bolsa de dormir que estaba en el piso. Luego fue al baño y se percató de que su toalla sanitaria tenía mucho líquido, su cabello estaba enredado y que le dolía todo el cuerpo, específicamente la cadera y la vagina.[4] Posteriormente regresó a la sala y tiempo después Eduardo salió de su recámara y le preguntó si estaba mejor, a lo cual ella respondió que sí. Finalmente, Carlos la acompañó a que tomara el transporte público.[5]

---

1 Los nombres de todas las partes en el proceso penal fueron modificados para el presente trabajo académico.

2 Declaración ministerial de Sofía Mendoza, causa penal 2050/2016, fojas 7, 13 y 14.

3 *Idem*.

4 *Ibidem*, fojas 8 y 19.

5 *Ibidem*, foja 8.

4. El 4 de noviembre de 2014, Andrea le comentó a Sofía que en la reunión del 15 de junio de 2014 Eduardo "se había aprovechado de ella". Específicamente, le mencionó que cuando sus compañeros se fueron la dejaron dormida en la sala mientras que ella y Carlos se fueron a dormir a una recámara.[6] Minutos después, Andrea escuchó ruidos en la sala, por lo cual salió y vio que Eduardo estaba realizando actos sexuales sobre Sofía. Ante ello, Carlos salió de la habitación y le dijo a Eduardo que no estaba bien lo que estaba haciendo porque Sofía estaba ebria. En respuesta, Eduardo le preguntó: "¿Entonces la dejo?", y fue en ese segundo cuando Sofía dijo: "no, no".[7]

5. Al escuchar el relato anterior, Sofía buscó a Eduardo en compañía de Andrea y Carlos para reclamarle lo sucedido. Eduardo le contestó que era la primera vez que había hecho eso y que tendría que vivir con esa culpa toda su vida. Por esa razón, Sofía presentó su denuncia ante el Ministerio Público por el delito de violación cometido en su contra.[8]

6. El 15 de noviembre de 2016, el juez quincuagésimo penal de la Ciudad de México emitió un auto en el cual *negó* la orden de aprehensión en contra de Eduardo Müller, ya que consideró que no se acreditó el delito de violación equiparada.[9] Inconforme con tal determinación, el 26 de noviembre de 2016, el Ministerio Público interpuso un recurso de apelación. En sus agravios solicitó que se quedara sin efectos la resolución recurrida a fin de que se librara la orden de aprehensión referida.

II. CUESTIONES PREVIAS PARA RESOLVER

7. Antes de realizar el estudio de fondo, se reseñan las consideraciones expuestas por el juez de primera instancia en la resolución recurrida:

A. Las declaraciones de los testigos Andrea Ovando, Carlos García, Alfredo Negrete y Leticia Cruz no son suficientes para acreditar el estado de inconsciencia de la ofendida cuando ocurrió el hecho delictivo. En un primer momento, los testigos no indicaron la cantidad de alcohol que esta ingirió, y si bien el Ministerio Público obtuvo las ampliaciones de las declaraciones de tales testigos, en las cuales sí precisaron la cantidad de alcohol que consumió la ofendida, los mismos no concuerdan con lo referido por ella.[10]

Andrea Ovando, Carlos García, Alfredo Negrete y Leticia Cruz enfatizaron que en el restaurante cada uno bebió entre tres y cuatro tarros de cerveza de aproximadamente 355

6 *Ibidem*, foja 10.

7 *Idem*.

8 *Ibidem*, foja 12.

9 *Ibidem*, foja 1.

10 *Ibidem*, foja 90.

mililitros. Ello difiere con lo expresado por la ofendida, quien mencionó que en ese lugar bebió cinco tarros de medio litro.[11]

Luego, tales testigos mencionaron que antes de llegar al departamento compraron 10 paquetes de seis cervezas. No obstante, Andrea y Alfredo omitieron decir cuántas cervezas ahí consumió la ofendida. Carlos mencionó que cada uno bebió aproximadamente cinco litros de cerveza y Leticia indicó que en el departamento cada uno bebió más de un paquete de cerveza. Esto difiere de lo narrado por la ofendida, quien mencionó que en el departamento únicamente bebió una o dos cervezas.[12]

Además, los referidos testigos mencionaron que en ese lugar la ofendida tomó tres "caballitos" de mezcal. Esto difiere con la declaración de la ofendida, quien refirió que únicamente bebió "un mezcal".[13] Si bien Andrea indicó que la ofendida se tomó los mezcales de manera rápida y continua, ello no se corroboró con el dicho de la ofendida. Además, las declaraciones de Alfredo y Andrea carecen de credibilidad, porque son idénticas en su parte final, por lo cual pueden derivar de un aleccionamiento.[14]

B. En el informe técnico de alcoholemia suscrito por la licenciada en Psicología con especialidad en comunicación, criminología y poder, se indicó que la ofendida bebió cuatro tarros de cervezas con 5% de alcohol, aproximadamente. Sin embargo, tal cantidad es subjetiva, porque ninguno de los testigos la precisó.[15]

Asimismo, se concluyó que la ofendida tenía 7.8% de concentración de alcohol en su sangre, mismo que impidió su resistencia al hecho delictivo. Sin embargo, el juez consideró que tal grado puede producir la muerte. Por ello, se generó duda acerca de la veracidad de tal informe, más aún si dos testigos indicaron que la ofendida emitió gemidos por 20 minutos y mantuvo las piernas flexionadas en la cintura del inculpado, lo cual no sería posible si esta se hubiese encontrado con el grado de alcohol referido en el informe.[16] Además, tal prueba carece de valor porque no tiene las características de un dictamen, pues no se mencionaron ni los hechos ni las circunstancias que fundamentaron sus conclusiones.[17]

C. Existe duda respecto a si la ofendida pudo resistir el hecho, ya que dos testigos señalaron que escucharon cuando ella emitió gemidos y porque, al ver que estaba con

11 *Ibidem*, fojas 90-98.

12 *Idem*.

13 *Idem*.

14 *Ibidem*, foja 91.

15 *Ibidem*, foja 95.

16 *Ibidem*, fojas 95 y 96.

17 *Ibidem*, foja 95.

el inculpado, Carlos lo cuestionó, y el inculpado preguntó si la dejaba, pero la ofendida contestó que no. Tan es así que los testigos pensaron que había consentimiento en la relación sexual y por eso volvieron a su habitación.[18]

D. La declaración de la víctima se encuentra aislada, porque no existen pruebas idóneas que corroboren su dicho, es decir, que no pudo resistir la cópula, elemento indispensable para integrar el cuerpo del delito de violación equiparada.[19]

III. ESTUDIO DE FONDO

8. En el caso concreto, la litis consiste en determinar si se encuentran acreditados los elementos del cuerpo del delito de violación equiparada previsto en el artículo 175, fracción I, y artículo 174, párrafo segundo, en concordancia con los artículos 15, 17, fracción I, 18, párrafo primero, y 22 del Código Penal para el Distrito Federal. Asimismo, dado que el presente caso versa sobre un hecho constitutivo de violencia contra las mujeres, este será analizado bajo la aplicación del método para juzgar con perspectiva de género.

1.1. Obligaciones de todas las autoridades de juzgar con perspectiva de género

9. A partir de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, en nuestro país se integraron al parámetro de control de regularidad constitucional los derechos humanos contenidos en tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano.

10. Asimismo, en el expediente varios 912/2010, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) determinó, entre otras cosas, la vinculatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el Poder Judicial en casos contra el Estado mexicano en su totalidad y no solo en sus puntos concretos de resolución.[20] Igualmente, en ese mismo precedente se asentó el carácter orientador de la jurisprudencia emitida por dicho organismo internacional en las sentencias en las que México no hubiera sido parte en el litigio, siempre que fuera más favorecedora para la persona.[21] Posteriormente, abundó dicha consideración en

18 *Ibidem*, foja 97.

19 *Ibidem*, foja 98.

20 Véase el criterio de rubro: Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Son vinculantes en sus términos cuando el Estado mexicano fue parte en el litigio. Tesis aislada P. LXV/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, *Novena Época*, lib. III, t. 1, diciembre de 2011, p. 556.

21 Véase el criterio de rubro: Criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando el Estado mexicano no fue parte. Son orientadores para los jueces mexicanos siempre que sean más favorables a la persona en términos del artículo 1o. de la Constitución Federal. Tesis aislada P.

precedentes tales como la contradicción de tesis 293/2011 y el expediente varios 1396/2011.[22]

11. Por otro lado, cabe mencionar que en el amparo directo en revisión 2655/2013, la Primera Sala refirió que impartir justicia con perspectiva de género constituye un mecanismo para garantizar el respeto efectivo y protección de los derechos humanos de las mujeres, niñas y adolescentes.[23]

12. Dentro del *corpus iuris* y la práctica estatal internacional encaminados a la lucha contra la violencia de género ejercida sobre mujeres, niñas y adolescentes, destaca la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, cuyo artículo 1 define a la violencia contra las mujeres como "todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, *sexual* o sicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada" (cursivas añadidas).[24]

13. Asimismo, el citado instrumento prescribe, en su artículo 4, inciso c), el deber de los Estados parte de proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya sea que se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares, conforme a su legislación nacional.[25]

14. De igual forma, cobra importancia la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (mejor conocida como CEDAW, por sus siglas en inglés), ratificada por el Senado mexicano en diciembre de 1980, que define a la discriminación contra la mujer y señala qué acciones deben llevar a cabo los Estados parte para erradicarla.

15. Como bien lo señala el amparo directo en revisión 2655/2013, con la CEDAW se introdujo la perspectiva de género en el actuar institucional con el objeto de evitar tratos y prácticas discriminatorios, además de que se amplió la responsabilidad de los Estados

---

LXVI/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, lib. III, t. 1, diciembre de 2011, p. 550.

22 *Cfr.* Cervantes Alcayde, Magdalena, "La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos y la limitación de su alcance vía interpretación constitucional en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XLX, núm. extraordinario, 2019, pp. 19-41.

23 Primera Sala de la SCJN, amparo directo en revisión 2655/2013, 6 de noviembre de 2013, párr. 48.

24 Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, Asamblea General de las Naciones Unidas, 85ª sesión plenaria, 20 de diciembre de 1993.

25 *Idem*.

parte para proteger a las mujeres incluso contra actos que cometen personas privadas, ya que la discriminación contra las mujeres no solo ocurre en la esfera estatal.[26] Es bien sabido que este ordenamiento no enuncia explícitamente el tema de la violencia en contra de las mujeres, niñas y adolescentes. Inclusive, la palabra "violencia" no se menciona ni una sola vez en todo el ordenamiento.

16. Sin embargo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) ha emitido una serie de recomendaciones generales que demarcan el alcance jurídico de dicha Convención y su ámbito de aplicación para combatir, erradicar y prevenir la violencia contra las mujeres, niñas y adolescentes.

17. En 1992, el Comité CEDAW emitió su Recomendación general 19, la cual estableció que "la violencia contra la mujer incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Se incluyen actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o *sexual,* las amenazas de estos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad".[27] Esta definición ha sido retomada en múltiples instancias jurídicas como la más ampliamente aceptada a nivel internacional sobre el tema.

18. En su Recomendación general 33, el Comité CEDAW señaló que el derecho de acceso de las mujeres a la justicia es pluridimensional, ya que abarca la justiciabilidad, la disponibilidad, el acceso, la buena calidad, el suministro de recursos jurídicos para las víctimas y la rendición de cuentas de los sistemas de justicia.[28]

19. También se señaló que "uno de los componentes esenciales para asegurar el acceso a la justicia de las mujeres es la buena calidad de los sistemas legales la cual requiere que estos se ajusten a las normas internacionales de competencia, eficiencia, independencia e imparcialidad y que provean, de manera oportuna, recursos apropiados y efectivos que se ejecuten y den lugar a una resolución sostenible de la controversia en la que se tengan en cuenta las cuestiones de género para todas las mujeres". Así, "la aplicación de recursos requiere que los sistemas de justicia ofrezcan a las mujeres una protección viable y una reparación significativa de cualquier daño que puedan haber sufrido".[29]

20. También se analizaron los diversos obstáculos que se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, y que constituyen violaciones persistentes a

---

26 Primera Sala de la SCJN, amparo directo en revisión 2655/2013, *cit.*, párr. 50.

27 Comité CEDAW, Recomendación general núm. 19. La violencia contra la mujer, 11 periodo de sesiones, 1992, p. 1.

28 Comité CEDAW, Recomendación general núm. 33. Sobre el acceso de las mujeres a la justicia, 3 de agosto de 2015, párr. 1.

29 *Ibidem*, párr. 13.

los derechos humanos de las mujeres, entre los que se encuentran los estereotipos de género.[30] Los estereotipos y los prejuicios de género en el sistema judicial tienen consecuencias de gran alcance para el pleno disfrute de los derechos humanos de las mujeres, ya que pueden socavar el acceso a la justicia y afectan particularmente a las mujeres víctimas y supervivientes de la violencia. Además, distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos.[31]

21. Los jueces frecuentemente adoptan normas inflexibles sobre lo que consideran un comportamiento apropiado de las mujeres y sancionan a las que no se ajustan a esos mandatos. El establecimiento de estereotipos también afecta la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, además de que comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia en todas las esferas de la ley. Lo anterior ocurre tanto en las fases de investigación y juicio como en la emisión de la sentencia. Igualmente, pueden dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes.[32]

22. Por otro lado, respecto al ámbito particular del derecho penal, la Recomendación general 33 explica que algunos códigos y leyes penales o códigos de procedimiento penal pueden resultar discriminatorios contra la mujer cuando evitan penalizar o actuar con la debida diligencia para prevenir y proporcionar recursos efectivos por delitos que afecten desproporcionada o únicamente a las mujeres.[33]

23. Ahora bien, cabe mencionar que la relatora especial sobre la violencia contra la mujer de la Organización de las Naciones Unidas ha referido que, además de las relaciones históricas de poder, la cuestión de la sexualidad femenina es otra causa de violencia contra la mujer, ya que esta frecuentemente se utiliza como instrumento para regular su conducta sexual. Así, se precisa que la violación es una forma de agresión a la sexualidad femenina.[34]

24. En la doctrina, autoras como Susan Brownmiller han señalado que, a lo largo de la historia, la violación ha tenido la función crítica de ser un proceso consciente de intimidación por medio del cual los hombres mantienen a las mujeres en un estado de temor.[35]

---

30 *Ibidem*, párr. 3.

31 *Ibidem*, párr. 26.

32 *Ibidem*, párrs. 26 y 27.

33 *Ibidem*, párr. 47.

34 Informe preliminar presentado por la relatora especial Radhika Coomaraswamy sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, de conformidad con la resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN. 4/1995/42, 22 de noviembre de 1994, párr. 58.

35 Brownmiller, Susan, *Against our Will: Men, Women and Rape*, Estados Unidos, Fawcett Columbine, 1993, p. 15.

Por su parte, Liz Kelly afirma que el poder de los hombres sobre las mujeres en sociedades patriarcales se produce cuando estos asumen derechos de acceso e intimidad sexual con mujeres y, por tanto, consideran que ciertos niveles de fuerza, coerción o abuso están justificados.[36]

25. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado reiteradamente que la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres, cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima.[37] Del mismo modo, apuntó que "la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho".[38]

26. Dentro del marco jurídico nacional tiene especial relevancia la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, la cual define a la violencia *sexual* en la fracción V de su artículo 6 como: "cualquier acto que degrada o daña el cuerpo y/o la sexualidad de la víctima y que por tanto atenta contra su libertad, dignidad e integridad física. Es una expresión de abuso de poder que implica la supremacía masculina sobre la mujer, al denigrarla y concebirla como objeto".[39]

27. En esta misma línea, resulta imprescindible mencionar algunas disposiciones de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (mejor conocida como Convención de Belém do Pará), la cual fue ratificada por el Senado mexicano en noviembre de 1996.

28. El artículo 1 del citado ordenamiento define a la violencia contra la mujer como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, *sexual* o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado" (cursivas añadidas). Por su parte, el artículo 2 indica que este tipo de violencia "incluye la violencia física, *sexual* y psicológica" (cursivas añadidas) y que esta puede ser "perpetrada

---

36 Kelly, Liz, *Surviving Sexual Violence (Feminist Perspectives),* Cambridge, Polity Press, 2013, p. 58.

37 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215, párr. 119; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216; Comité CEDAW, Recomendación general 33…, *cit.*, párr. 109.

38 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México*…, *cit.,* párr. 100.

39 Ley General de Acceso de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de febrero de 2007.

por cualquier persona y que comprende, entre otros, *violación*, abuso sexual, etc." (cursivas añadidas).[40]

29. A su vez, el artículo 3 consagra el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado. En consonancia, los incisos f) y g) del artículo 4 enuncian los derechos a la igualdad de protección ante la ley y el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que amparen a la mujer contra actos que violen sus derechos.[41]

30. Finalmente, el inciso b) del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará establece el deber de los Estados parte de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.[42]

31. En otro orden de ideas, en la citada Recomendación general 33 del Comité CEDAW se exhorta a que se revisen las normas sobre pruebas y su aplicación específicamente en casos de violencia contra la mujer, a fin de que se adopten medidas que tomen en cuenta los derechos de las víctimas y los y las defensoras a un juicio justo en los procesos penales, para asegurar que no se restrinjan excesivamente los requisitos probatorios y que no sean demasiado inflexibles o que estén influenciados por estereotipos de género.[43]

32. Por todo lo anterior, tal como lo apuntó el amparo directo en revisión 2655/2013,

> […] derivado de la normativa internacional, el derecho humano de la mujer a una vida libre de violencia y discriminación, trae aparejado el deber del Estado de velar porque (sic) en toda controversia jurisdiccional donde se denuncie una situación de violencia, discriminación o vulnerabilidad por razones de género, esta sea tomada en cuenta a fin de visibilizar si la situación de violencia o discriminación de género incide en la forma de aplicar el derecho al caso concreto, pues de no hacerlo, esto es, de no considerar la especial condición que acarrea una situación de esta naturaleza puede convalidar una discriminación de trato por razones de género.[44]

33. Así, la Primera Sala indicó que

> […] el derecho de la mujer a una vida libre de discriminación y de violencia se traduce en la obligación de toda autoridad de actuar con perspectiva de género, de ahí que tratándose

---

40 Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará", firmada en la ciudad de Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994.

41 *Idem*.

42 *Idem*.

43 Comité CEDAW, Recomendación general núm. 33…, *cit.*, párrs. 47-51.

44 Primera Sala de la SCJN, amparo directo en revisión 2655/2013…, *cit.*, párr. 56.

de autoridades jurisdiccionales, a fin de satisfacer los derechos humanos de la mujer a una vida libre de discriminación, deben impartir justicia de acuerdo a las circunstancias del género y eliminar barreras y obstáculos preconcebidos en la legislación respecto a las funciones de uno u otro género, que materialmente pueden cambiar la forma de percibir, valorar los hechos y circunstancias del caso.[45]

34. Aunado a ello, la Primera Sala indicó que el protocolo emitido por la SCJN para juzgar con perspectiva de género establece un método que debe ser aplicado en todos los casos, aun cuando las partes involucradas en el litigio no lo hayan contemplado en sus alegaciones.[46] Lo anterior siempre que el o la juzgadora adviertan que en el caso puede existir una situación de violencia o vulnerabilidad por género que obstaculice la impartición de justicia de manera completa, sin respeto al derecho de igualdad en su ámbito sustancial y no meramente formal.[47]

1.2. Elementos de la descripción típica del delito de violación equiparada previsto en el artículo 175, fracción I, del Código Penal para el Distrito Federal y parámetros de valoración probatoria conforme al método para juzgar con perspectiva de género

35. Para analizar si se encuentra acreditado el cuerpo del delito de violación equiparada y la probable responsabilidad[48] del imputado en su comisión, es necesario verificar el contenido del artículo 175 del Código Penal para el Distrito Federal,[49] que lo contempla, y el cual establece lo siguiente:

> **Artículo 175.** Se equiparará a la violación y se sancionará con la misma pena, al que:
>
> **A.** Realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo;
>
> **B.** Introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano distinto del pene en una persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo.
>
> Si se ejerciera violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad.

45 *Ibidem*, párr. 59.

46 *Ibidem*, párr. 39; SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, México, SCJN, 2013, p. 77.

47 Primera Sala de la SCJN, amparo directo en revisión 2655/2013…, *cit.*, párr. 68.

48 Véase Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, publicado el 29 de agosto de 1931, art. 22.

49 Código Penal para el Distrito Federal, publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, el 16 de julio de 2002.

36. Como se observa, el tipo penal de violación equiparada en estudio se compone de elementos objetivos, subjetivos y normativos, los cuales se deben comprobar para acreditar el cuerpo del delito. En relación con los objetivos, se advierte que es una conducta de acción[50] consiste en tener cópula con una persona que por cualquier motivo no pueda resistirlo (condición específica del sujeto pasivo). En este sentido, se trata de un delito de consumación instantánea[51] en el cual el bien jurídico tutelado es la libertad sexual.

37. Luego, el elemento subjetivo requiere que la conducta sea dolosa, es decir, que el sujeto activo lo realice por sí[52] y que conozca y quiera cometer el hecho delictivo, es decir, tener cópula con alguien que no pueda evitarlo.[53] Respecto al elemento normativo, el artículo 174, párrafo II, del Código Penal para el Distrito Federal indica que "se entiende por cópula la introducción del pene en el cuerpo humano por vía vaginal o anal".

38. A propósito del tipo penal, la SCJN ha analizado la constitucionalidad del delito de violación equiparada. Específicamente, ha indicado que tal figura permite estudiar aquellos casos en los cuales la violencia física o moral no es el medio indispensable para cometer la violación (a diferencia del tipo penal básico);[54] por el contrario, en estos supuestos la víctima se encuentra en estado de indefensión, ya sea por "discapacidad física o intelectual, permanente o transitoria; *inconsciencia* o estados asimilables –sean inducidos o voluntarios– de la víctima" (cursivas añadidas).[55]

39. En este sentido, la conducta penada consiste en que una persona tome ventaja de contextos específicos que obstaculizan que otra pueda dar voluntariamente su consentimiento para participar en el acto sexual, ya sea porque la víctima en ese momento no tenga la capacidad para entender lo que sucede.[56] Así, los bienes jurídicos tutelados protegidos en el referido tipo penal son "la libertad y la seguridad sexuales", los cuales se relacionan, a su vez, con el derecho al libre desarrollo de la personalidad.[57]

---

50 *Ibidem*, art. 15.

51 *Ibidem*, art. 12.

52 *Ibidem*, art. 22.

53 *Ibidem*, art. 18.

54 *Ibidem*, art. 174.

55 Primera Sala de la SCJN, amparo directo en revisión 1260/2016, 28 de septiembre de 2016, párr. 67.

56 *Ibidem*, párr. 68.

57 *Ibidem*, párrs. 70 y 72. Tales consideraciones quedaron plasmadas en la tesis de rubro: Violación equiparada prevista en el artículo 175 del Código Penal para el Distrito Federal (aplicable para la Ciudad de México). Sentido y alcance de la incapacidad de resistencia de la víctima. Tesis aislada 1a. XCIII/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. 72, t. I, noviembre de 2019, p. 380.

40. Aunado a lo anterior, la SCJN ha establecido un estándar de valoración probatoria para los casos que impliquen un tipo de violencia sexual contra la mujer. Sobre ello, se enfatizó que "la violencia sexual tiene causas y consecuencias específicas de género, ya que es utilizada como forma de sometimiento y humillación y método de destrucción de la autonomía de la mujer".[58] Tal estándar se compone de los siguientes elementos que se deben considerar al valorar la declaración de una víctima de violación:

A. Los delitos sexuales regularmente son de realización oculta, es decir, se materializan únicamente en presencia de la víctima y no de otras personas. Por tanto, su comprobación acepta medios de prueba diversos a otros delitos.[59]

B. La declaración de la víctima tiene un valor preponderante, ya que la naturaleza de esos delitos impide que prevalezcan pruebas documentales.[60]

C. La violencia sexual tiene un impacto traumático en las víctimas, en consecuencia, el relato de las conductas ilícitas puede tener algunas inconsistencias, las cuales deben ser evaluadas razonablemente.[61]

D. Los aspectos subjetivos de la víctima, como son la edad o pertenecer a grupo en condición de vulnerabilidad o históricamente discriminado, se deben analizar por los juzgadores para verificar su impacto en el hecho delictivo.[62]

E. Se deben analizar debidamente las pruebas circunstanciales, las presunciones e indicios para obtener conclusiones sólidas.[63]

41. Al respecto, el alto tribunal indicó que tal estándar tiene la finalidad de que "la impartición de la justicia permita no solo analizar adecuadamente las pruebas ofrecidas por la víctima, sino que impidan la impunidad de tales crímenes y sean capaces de reparar adecuadamente el daño causado".[64] De tales consideraciones derivó la tesis de rubro Tortura en su vertiente de violación sexual. El análisis probatorio relativo debe realizarse con perspectiva de género.[65]

---

58 Pleno de la SCJN, expediente varios 1396/2011, 11 de mayo de 2015, p. 74.

59 *Ibidem*, p. 75.

60 *Idem*.

61 *Ibidem*, p. 76.

62 *Idem*.

63 *Idem*.

64 *Ibidem*, p. 81.

65 Tesis aislada P.XXIII/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 22, t. I, 22 de septiembre de 2015, p. 238.

42. Asimismo, es necesario precisar que, si bien en el precedente del cual derivó el antedicho criterio se analizó la violación sexual como una forma de tortura, el estándar es aplicable a todos los casos que involucren violencia sexual contra la mujer. Lo anterior de conformidad con lo expuesto en el apartado anterior.

1.3. Análisis del caso en concreto

43. Ahora bien, dado que estamos ante un caso de violencia sexual contra la mujer, es necesario verificar, conforme a los parámetros expuestos, si existen pruebas suficientes que acrediten el cuerpo del delito de violación equiparada y la probable responsabilidad del inculpado, requisitos indispensables para emitir una orden de aprehensión de conformidad con el artículo 16 de la Constitución general.

44. Con relación al elemento objetivo de conducta de acción, consistente en realizar cópula con una persona que por cualquier motivo no pueda resistirlo, se demuestra que sí quedó acreditado, toda vez que el testigo Carlos García y la testigo Andrea Ovando, e incluso el inculpado, declararon que sí existió un acto sexual entre este último y la víctima.

45. Efectivamente, en su primera declaración ante el Ministerio Público, Andrea Ovando manifestó que observó cuando "Eduardo realizaba cópula con la pasivo, quien se encontraba en completo estado de ebriedad".[66] Por su parte, Carlos García señaló que el día de los hechos la ofendida fue la única que estaba mal debido al alcohol que consumió, por lo cual decidieron acostarla en un *sleeping bag* y que después de que todos sus compañeros se fueron escuchó que la ofendida hacía ruidos, por lo cual salió de su habitación y vio que el inculpado "se encontraba de rodillas frente a [la ofendida] con las piernas a cada lado de [su] cintura […] y que ambos estaban semidesnudos".[67]

46. Asimismo, el inculpado señaló en su declaración que el día de los hechos salió de su habitación y vio que la ofendida estaba vomitando en la sala y pensó que se estaba ahogando. Así, le ayudó a limpiarse el vómito y la besó para después acostarse los dos en el saco de dormir que estaba en el piso. En ese momento los testigos Carlos y Andrea los "encuentran teniendo relaciones sexuales".[68]

47. Ahora bien, la calidad específica de la sujeto pasivo también quedó demostrada, porque de las declaraciones de los cuatro testigos que estuvieron presentes el día de los hechos se demuestra que la ofendida sí ingirió bebidas alcohólicas hasta quedar inconsciente. Por ello no era posible que pudiera resistir la cópula impuesta.

---

66 Causa penal 2050/2016, *cit.*, foja 32.

67 *Ibidem*, foja 40.

68 *Ibidem*, fojas 80 y 81.

48. Al respecto, Andrea Ovando señaló que la ofendida estuvo bebiendo alcohol desde la hora de la comida y que aproximadamente a las 23:00 horas vio que "estaba muy tomada, ya que se puso a llorar y balbuceaba […] no se le entendía lo que decía, por lo que se decidió que se quedara en el departamento a dormir, pensando que era seguro. […] Alfredo cargó a Sofía y la llevó hasta la sala, ya que [ella] no se podía mantener de pie de lo tomada que estaba".[69]

49. En la misma línea, Carlos García señaló que después de comer y beber algunas cervezas fueron a laborar y luego llegaron a su departamento donde continuaron consumiendo alcohol. Aproximadamente a las 22:00 horas llegó el inculpado, quien sacó una botella de mezcal y se la ofreció a la ofendida, quien bebió dicho líquido. Además, enfatizó que la ofendida "fue la única que se puso mal [y que] ya estaba tan tomada que decidieron acostarla para que se durmiera".[70]

50. Igualmente, Alfredo Negrete indicó que alrededor de las 14:00 horas fue con sus compañeros a un restaurante de tlayudas en el cual consumieron alcohol, después regresaron al trabajo, tras lo cual se dirigieron al departamento de Carlos en donde continuaron bebiendo cerveza. A ese lugar llegó el inculpado, aproximadamente a las 22:00 horas, tiempo en el que la ofendida "ya estaba alcoholizada, pues notó que estaba mareada y decía frases sin sentido".

51. Aunado a ello, señaló que el inculpado era el único que estaba interactuando con la ofendida, por lo cual sacó de su habitación una botella de mezcal y se la ofreció, siendo ellos dos los únicos que consumieron esa bebida. Posteriormente, observó que la ofendida "quedó tendida sobre la mesa inconsciente". Entonces, él la cargó y la acostó en una bolsa de dormir en la sala. En ese momento, la ofendida "empezó a decir incoherencias, a moverse con desesperación y a llorar". Su compañera Leticia la tranquilizó hasta que se quedó dormida.[71]

52. Por su parte, Leticia Cruz reiteró que el día de los hechos la ofendida y sus compañeros estuvieron bebiendo alcohol en el restaurante de tlayudas y luego en el departamento de Carlos, a donde llegó el inculpado. Este le ofreció mezcal a la ofendida, quien ingirió "tres caballitos" de manera rápida y continúa. "Posterior a eso, vio como (sic) Sofía se puso muy mal, la veía como (sic) se quedaba inconsciente en la mesa, como dormida, pero de pronto lloraba y hablaba sin que se le entendiera […] por lo que […] la acostaron en sleeping bag y […] al poco tiempo se quedó dormida y ellos se fueron".[72]

---

69 *Ibidem*, foja 36.

70 *Ibidem*, fojas 38 y 39.

71 *Ibidem*, foja 44.

72 *Ibidem*, foja 49.

53. No pasa desapercibido que el juez de primera instancia consideró que tal elemento no quedó acreditado porque había inconsistencias entre las declaraciones de los testigos respecto a la cantidad de alcohol que ingirió la ofendida. Al respecto, se observa que la cantidad señalada por la ofendida no es idéntica a la referida por los testigos.

54. Sin embargo, no existe una diferencia desproporcional respecto a la cantidad que describen los mismos. Efectivamente, la ofendida mencionó que ingirió cinco tarros de aproximadamente 500 mililitros de cerveza en el restaurante, una o dos cervezas en el departamento y "un mezcal". Por su parte, los testigos mencionaron que la ofendida consumió entre tres o cuatro tarros de cerveza de aproximadamente 355 mililitros en el restaurante, mientras que en el departamento consumieron 10 paquetes de seis cervezas entre cinco personas, incluida la ofendida, quien fue la única que también consumió "tres mezcales".[73]

55. En este sentido, se debe reconocer que las declaraciones de los testigos no son exactas, toda vez que recuerdan los hechos de manera diversa. Sin embargo, todos los testigos fueron coincidentes en precisar las circunstancias esenciales en torno al estado de inconsciencia en el que se encontraba la ofendida. Además, las inconsistencias en el relato de la ofendida no deben ser fundamento para restarle valor probatorio a su declaración, ya que el juzgador debe evaluar razonablemente las inconsistencias del relato de la víctima de conformidad con la naturaleza traumática de los hechos.[74]

56. Al respecto, cabe mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "las declaraciones brindadas por las víctimas de violencia sexual se refieren a un momento traumático de ellas, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos".[75] En este sentido, tales imprecisiones no se traducen en la falsedad de las declaraciones ni significan que los hechos narrados carezcan de verosimilitud.[76]

57. Así, se advierte que el juez de primera instancia no consideró que el testimonio de la víctima es fundamental y tiene valor probatorio conforme al artículo 255 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ya que ella vivió los hechos sobre los cuales declaró sin que se advierta que actuara motivada por engaño, error o soborno.

58. Conjuntamente, no consideró que el testimonio de la víctima se corroboró con otros elementos de prueba, como fueron las declaraciones antes expuestas de Andrea Ovando, Carlos García, Alfredo Negrete y Leticia Cruz, el dictamen de psicología practicado a la ofendida, suscrito por la psicóloga Valeria Álvarez y la impresión diagnóstica signada por

---

73 *Ibidem*, fojas 32-49.

74 Pleno de la SCJN, expediente varios 1396/2011…, *cit.,* pp. 75 y 76.

75 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, núm. 289 párr. 150.

76 *Idem*.

una psicóloga del Centro de Terapia de Apoyo a Víctimas de Delitos Sexuales. Entonces, no valoró debidamente la prueba circunstancial y las presunciones e indicios para extraer conclusiones consistentes en el acto de violencia sexual sufrida por la ofendida.

59. Efectivamente, en el dictamen en materia de psicología, emitido el 5 de noviembre de 2015 por la psicóloga Valeria Álvarez, se indicó que, con base en las entrevistas que se le practicaron a la ofendida, se advierten emociones de "inseguridad, tristeza, ansiedad, confusión y enojo", las cuales han permanecido desde que fue violentada sexualmente.[77] Aunado a ello, se mencionó que "la sintomatología física y emocional, junto con su narración [demuestran] que fue víctima de una violación sexual donde no pudo resistir el acto".[78] Además, se reconoce que "la pérdida de memoria se asocia al impacto emocional que sufre una persona después de haber vivido un evento traumático".[79]

60. En tal dictamen se concluyó que la ofendida tiene síntomas relacionados con el evento negativo del que fue objeto, como son "maltrato psicológico que desencadenó *flashbacks*, ansiedad, hipervigilancia, miedo a permanecer sola y ruptura de redes de apoyo".[80] Conforme a lo anterior, se determinó que la ofendida sufre un "trastorno de estrés postraumático severo y desorden de fatiga postraumática crónico".[81] En consecuencia, tal dictamen adquiere valor probatorio, porque en el mismo se precisaron las alteraciones emocionales derivadas de los hechos de violencia sexual que se cometieron en su perjuicio.

61. Luego, en la impresión diagnóstica emitida el 22 de septiembre de 2015 por Cristina Arreola, psicóloga del Centro de Terapia de Apoyo a Víctimas de Delitos Sexuales, se asentó que la principal afectación de la ofendida se encuentra en el área psicosocial, pues "presenta la sensación de sentirse etiquetada".[82] Incluso, la ofendida indicó que los profesores del inculpado le "echan la culpa diciendo que en ningún momento pus[o] resistencia alguna", sus compañeros de trabajo se han distanciado de ella, por lo cual se siente "sola y avergonzada".[83] Incluso, los maestros de la ofendida le han señalado que ha bajado "la calidad de [su] rendimiento" y que después de los hechos ocurridos ella presenta "rechazo al sexo opuesto".[84] Tal medio de prueba expone indicios de las consecuencias directas de la violencia sexual que sufrió la ofendida.

---

77 Causa penal 2050/2016, *cit.*, foja 76.

78 *Idem*.

79 *Idem*.

80 *Ibidem*, foja 77.

81 *Idem*.

82 *Ibidem*, foja 74.

83 *Ibidem*, foja 75.

84 *Idem*.

62. Además, el juez de primera instancia no consideró que la violencia sexual que sufrió la víctima y las circunstancias en las cuales esta ocurrió requieren medios de prueba diversos a otros ilícitos. Aunado a ello, debe reconocerse el valor fundamental que tiene la declaración de la víctima en este contexto. Conforme a lo antes expuesto, se advierte que el testimonio de la víctima no es una afirmación aislada, en razón de que se robusteció con diversos medios de prueba que permiten comprobar el cuerpo del delito imputado y la probable responsabilidad del inculpado en su comisión.

63. En este sentido, se reitera que el parámetro de valoración probatoria en los casos que involucren actos de violencia sexual en contra de las mujeres tiene la finalidad de evitar que los estereotipos y los prejuicios de género se proyecten en el sistema judicial e impacten de manera negativa en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia.[85]

64. Por otra parte, los medios de prueba antes reseñados también son suficientes para sostener la probable responsabilidad del inculpado, ya que no existe ninguna causa de licitud que ampare la conducta dolosa imputada.[86] Efectivamente, la declaración del inculpado es insuficiente para demostrar que existió un consentimiento explícito de la víctima para realizar el acto sexual. Ciertamente, a diferencia del material probatorio presentado por la parte acusadora, la afirmación del inculpado sí se encuentra aislada, al no existir otras pruebas que corroboren que la ofendida se encontraba en condiciones óptimas para otorgar su consentimiento, ya que incluso él mismo refirió que la víctima estuvo ingiriendo bebidas alcohólicas.[87]

65. Específicamente, el inculpado señaló que, luego de tomar bebidas alcohólicas en el departamento, se retiró a su habitación, y que después de escuchar ruidos en la sala vio que la ofendida estaba vomitando, por lo cual le ayudó a limpiarse. Después indicó que la besó y que se acostaron juntos en un saco de dormir. Luego, los testigos Carlos y Andrea los vieron en el acto sexual.[88] Por ello, Carlos le dijo: "wey no mames, Sofía está peda", a lo que el inculpado contestó: "sarcásticamente '¿Entonces me voy?' Y que en ese momento Sofía apretó su brazo […] y contestó 'no, no'".[89]

66. Ante ello, el inculpado consideró que la expresión de la ofendida fue una "aceptación clara, categórica y expresa del consentimiento del acto sexual". No obstante, señaló que la ofendida "pretende hacer creer que no recuerda nada, contrario a ello, [el alcohol] no

85 Comité CEDAW, Recomendación general *núm.* 33…, *cit.*, párr. 26.

86 Véase Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, art. 122, párr. 4.

87 Causa penal 2050/2016, *cit.*, foja 80.

88 *Ibidem*, fojas 80 y 81.

89 *Ibidem*, foja 82.

la puso en estado de inercia e indefensión absoluta".[90] Tal afirmación del inculpado se desvirtuó con las declaraciones de los testigos, quienes señalaron que la ofendida estaba en tal estado de ebriedad que hasta balbuceaba palabras sin que estuviera consciente.[91] También cabe precisar que no le asiste la razón al inculpado cuando afirma que la víctima "era una mujer impúber al momento en que teníamos relaciones sexuales y por tanto aceptó [su relación sexual]",[92] en virtud de que dicha apreciación está fundamentada en un estereotipo negativo de género.

67. Por todo lo expuesto, se deduce que el juez de primera instancia no realizó un ejercicio razonable sobre el material probatorio existente para acreditar el cuerpo del delito de violación equiparada y la probable responsabilidad del inculpado en su comisión.

68. Esto es así porque la declaración de la víctima se encuentra corroborada con diversos medios de prueba que son suficientes para acreditar la conducta imputada al inculpado, los cuales precisan el estado de ebriedad e inconsciencia en el que se encontraba la ofendida para resistir la imposición de la cópula.

IV. DECISIÓN

Por las consideraciones anteriores, se revoca el auto que niega el libramiento de la aprehensión, dictado en la causa penal 2050/2016.

Por todo lo expuesto y fundado, se resuelve:

PRIMERO. Se revoca el auto que niega el libramiento de la orden de aprehensión emitido el 20 de octubre de 2016 en contra de Eduardo Müller por el delito de violación equiparada, dictado por el juez quincuagésimo penal de la Ciudad de México en la causa penal 2050/2016.

SEGUNDO. Notifíquese, con testimonio autorizado de la presente resolución, y remítase el expediente original al juez quincuagésimo penal de la Ciudad de México, para efecto de que emita un nuevo auto en el cual se pronuncie sobre la emisión de la orden de aprehensión solicitada conforme a las consideraciones expuestas en esta sentencia.

---

90 *Idem*.

91 Declaración ministerial de la testigo Andrea Ovando; declaración ministerial de Alfredo Negrete y declaración ministerial de Leticia Cruz en la causa penal 2050/2016, *cit.*, fojas 32, 46 y 48, respectivamente.

92 *Ibidem*, fojas 83 y 87.

Comentario
a la sentencia de la apelación 1094/2016 sobre la violación por conocidos y la cultura de la violación

Geraldina González de la Vega Hernández

I. La sentencia

La resolución[1] que confirma la negativa a la orden de aprehensión en contra de Eduardo Müller[2] por el delito de violación equiparada[3] en contra de Sofía Mendoza revela una serie de mitos y estereotipos detrás de la violencia sexual que viven las mujeres en su vida cotidiana, más aún al tratarse de un caso de violación por un conocido. Tanto la argumentación del juez de primera instancia como la de la magistrada y el magistrado de segunda instancia, que votaron a favor la resolución, refleja la ausencia de perspectiva de género y el reforzamiento de la cultura de la violación bajo la cual actúa el imputado.

La Sala Penal de la Ciudad de México, que emite la resolución original que se reescribe en este libro, determina confirmar un

---

1 De fecha 3 de febrero de 2017.

2 Los nombres de las partes en el proceso penal y los de las y los testigos fueron modificados para los propósitos del presente trabajo académico.

3 Artículo 175. Se equipará a la violación y se sancionará con la misma pena, al que:

A. Realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo;

B. Introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano distinto del pene en una persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo.

Si se ejerciera violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad.

auto del juez de lo penal que considera que no existen suficientes pruebas para acreditar los elementos del delito de violación equiparada —a pesar de contar con el testimonio de la víctima y de cuatro testigos sobre el estado etílico en que se encontraba la sobreviviente de violación al momento de la relación sexual, por lo que no era posible emitir su consentimiento— y, por ende, niega la orden de aprehensión.

No fue posible tener acceso a la determinación recurrida; no obstante, en el texto del recurso se transcriben los argumentos torales por virtud de los cuales el juez fundó y motivó el sentido de su resolución. Las siguientes líneas se dedican al análisis de ambas consideraciones, que coinciden en cuanto a que el testimonio de la víctima, en su opinión, no basta para acreditar datos suficientes del tipo penal de violación equiparada y de la responsabilidad del imputado, pues los testimonios de cuatro personas no lo corroboran.

II. Hechos[4]

Una tarde de mayo, Sofía y cuatro amigos y amigas (Andrea, Carlos, Alfredo y Leticia) van a comer, consumen varias cervezas. Posteriormente regresan a la universidad y más tarde pasan a comprar más cervezas y van al departamento de Carlos. Carlos comparte departamento con Eduardo. Eduardo llega y convive con los amigos de Carlos, llevando una botella de mezcal no comercial.

Sofía, quien ya había consumido varias cervezas, se toma alrededor de tres "caballitos" de mezcal, ante lo cual los amigos se dan cuenta de que ya está muy embriagada. Sofía llora y su habla no es coherente, por lo que la llevan a la sala para que se sienta mejor. Carlos le presta una bolsa de dormir y allí la acuestan. Sofía se queda dormida. Eduardo se va a su recámara. Los cuatro amigos se quedan todavía un rato. Más tarde Alfredo y Leticia se van. Andrea se queda en el departamento a dormir

[4] Los hechos aquí narrados se desprenden de las coincidencias en las historias de cinco personas (la víctima y cuatro testigos).

con Carlos en otra recámara. Después de un rato, Andrea escucha gemidos y piensa que Sofía no está bien, por lo que sale y alcanza a ver a Eduardo encima de ella, ambos sin pantalones ni ropa interior, ella con las piernas levantadas. Andrea regresa a la recámara y le informa a Carlos. Carlos sale y le dice a Eduardo que "eso no está chido, porque Sofía está muy tomada". Se escucha que Sofía alcanza a decir "no, no", y Andrea y Carlos interpretan que Sofía está "consintiendo" la relación, por lo que se regresan a dormir.

En octubre del mismo año, Andrea y Sofía están conversando y Andrea se refiere a esa noche. Sofía no sabe de qué habla y Andrea le cuenta que ella vio cuando Sofía y Eduardo tenían sexo en la sala. Sofía no sabía esto y se altera. Más tarde se confronta con Eduardo en su departamento. Andrea y Carlos están en la recámara, no escuchan la conversación. Sofía dice que Eduardo aceptó lo que hizo. Más tarde, Sofía presenta una denuncia por violación ante el Ministerio Público en contra de Eduardo.

Las declaraciones de la víctima,[5] así como de los cuatro testigos, coinciden en cuanto a que Sofía bebió mucho y que, por

[5] Acervo probatorio que consta en la resolución estudiada:
- *a)* Declaración de la víctima (Sofía), así como tres ratificaciones por comparecencia y dos por escrito ante el Ministerio Público, en donde la víctima confirma la declaración inicial.
- *b)* Declaración de Andrea y ratificación por comparecencia ante el Ministerio Público.
- *c)* Declaración de Carlos y ratificación por comparecencia ante el Ministerio Público.
- *d)* Declaración de Alfredo y ratificación por comparecencia ante el Ministerio Público.
- *e)* Declaración de Leticia y ratificación por comparecencia ante el Ministerio Público.
- *f)* Certificado de estado psicofísico de Sofía, donde no se comprueban huellas físicas de una violación, pues no estuvo de acuerdo con realizarse el examen, ya que había pasado mucho tiempo.
- *g)* Diversos escritos relacionados con la solicitud de diagnósticos clínicos psicológicos.
- *h)* La resolución del Tribunal Universitario y de la Comisión de Honor de la UNAM en la que se sustanció un procedimiento en contra del imputado por los mismos hechos. En este expediente constan la

esta razón, la llevaron a dormir a la sala en una bolsa de dormir. No coinciden en los mililitros de alcohol que consumió Sofía, lo cual le parece sospechoso tanto al juez de la causa como a los magistrados integrantes de la Sala, pues consideran que pudieron haber sido aleccionados. Inclusive el imputado también refiere que Sofía había bebido mucho.

---

declaración de Sofía en los mismos términos que la realizada ante el ministerio público, así como las declaraciones de Andrea y Carlos (en las que claramente se aprecia que se busca culpar a la víctima por haber consumido demasiado alcohol y a dar por hecho que al decir "no, no" ella consintió la relación sexual).

i) Copia de la resolución del Tribunal Universitario y de la Comisión de Honor en la que se determinó expulsar definitivamente al alumno Eduardo Müller.

j) Dictamen en psicología por parte de la perito oficial que concluye que no se detectaron alteraciones psicológicas, emocionales y/o conductuales atribuibles a una agresión sexual, junto con su dictamen de supervisión.

k) La impresión diagnóstica de la psicóloga del Centro de Terapia de Apoyo a Víctimas de Delitos Sexuales, que concluye que sí existen alteraciones en el área psicosocial.

l) Dictamen en materia de psicología por perita externa que concluye que la víctima presenta alteraciones en las emociones y sintomatología, congruentes con la agresión sexual. Asimismo, se anexa la ratificación del dictamen.

m) El informe técnico de alcoholemia que concluye que "por términos medios, la alcoholemia desciende 0.15 g/l por hora. Así que de acuerdo a los horarios y el tiempo transcurrido (cronodiagnóstico) que fueron las 12:00 p.m. (sic), horario aproximado en el que ocurre la agresión sexual, la alcoholemia solo pudo disminuir como máximo 0.3 g/l, lo cual es de 7.8 g/l. Rangos métricos para los cuales la víctima debió presentar diversos de los siguientes síntomas: embriaguez profunda, inconsciencia, ataxia, disartria, grave deterioro mental, diplopía, vómito y nauseas (sic), abulisión de los reflejos, parálisis, hipotermia, puede producir la muerte. En virtud que más de 3g/l de concentración de alcohol de sangre en una persona, presentaría los síntomas anteriores y al encontrarse la víctima en un grado mayor a esta cantidad de concentración alcohol en la sangre, tendría como resultado que la víctima se encontraba en un estado tal de embriaguez al momento de agredir (sic) la agresión sexual, que le impidió resistir la comisión del delito en su persona". Este informe fue ratificado.

n) Declaración por escrito del imputado (Eduardo), así como la posterior declaración preparatoria ante el juez de origen.

El juez de origen determinó que no quedaron debidamente demostrados los elementos del delito de violación equiparada, pues considera que son insuficientes para comprobar la calidad específica que requiere "la pasivo", relativa a que se encuentre en una situación en que sea "incapaz de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo", pues las pruebas no bastan para "corroborar el estado etílico que a su vez la colocó en el estado de inconsciencia en que esta relata se encontraba durante la cópula ejecutada por el indiciado en su cuerpo".

Los elementos del tipo penal de violación equiparada requieren comprobar la conducta, es decir, el tener cópula con otra persona con una calidad específica (no tener la capacidad de comprender el significado del hecho o no poder resistir o evitar la conducta), así como comprobar que se realizó con dolo o intención a sabiendas de que con quien la realiza no tiene capacidad de comprenderlo o resistirlo. En la argumentación de la resolución combatida se menciona solamente la calidad de la víctima, es decir, si la víctima *realmente* estaba en condiciones de no poder comprender o resistir la cópula, pero no se verifica la intención del imputado al tener relaciones con una persona que, según lo dicho por cuatro testigos y la propia víctima, no estaba en condiciones de consentir el acto sexual. Es decir, la juzgadora se concentra en el *actus rea* (elementos objetivos) y pasa por alto la comprobación de la *mens rea*, es decir, la intención del agente, para irse de lleno a la cantidad de cervezas ingeridas por la víctima. Es decir, la revictimiza cuestionando la veracidad de su embriaguez, ergo, su incapacidad para consentir una relación sexual.

La sentencia recurrida se pelea con los mililitros de alcohol consumido por la víctima, comparando las declaraciones de los cuatro testigos a varios meses de distancia de los hechos, como si cualquier joven —cualquier persona— pudiera recordar de manera exacta si su amiga consumió tres, cuatro o cinco cervezas y de cuántos mililitros era cada una. La magistrada y el magistrado de la Sala penal concluyeron que "[...] las declaraciones de los testigos no corroboran la cantidad de alcohol que consumió la ofendida, para establecer que se encontraba *inconsciente*, entendiéndose esto como una ausencia total con el mundo exterior en

que no existe respuesta a los estímulos sensoriales, estado que le hubiese impedido resistir el hecho [...]" (cursivas añadidas) y que

> [...] la declaración de la ofendida Sofía, continúa apreciándose como un dicho aislado y singular ya que no obran hasta el momento, probanzas idóneas que robustezcan su atesto, encontrándose ante la imputación de la denunciante frente a la negativa del indiciado Eduardo, por lo que se determina que estamos ante la insuficiencia probatoria para acreditar la existencia de la causa por la cual la pasivo no pudo resistir la cópula, que se realizó en ella, como calidad específica de la pasivo y a su vez como elemento normativo que integra el cuerpo del delito de violación equiparada.

Es relevante apuntar que el tipo penal no exige inconsciencia, sino incapacidad para comprender o repeler el acto, lo cual puede suceder aun cuando la persona esté consciente, pero intoxicada. El juez de primera instancia se basa en prejuicios para determinar que Sofía no necesariamente estaba *tan alcoholizada* como dice haber estado —*incapaz de comprender o resistir la cópula*—, pues los testimonios no corroboran la cantidad de mililitros consumidos, como si realmente ese fuera el *quid* y no la incapacidad de tener sexo consentido.

La norma penal no exige cantidades de alcohol o sustancia alguna en la sangre para demostrar que la víctima del delito se encontraba en un estado tal que le impedía repeler o comprender la agresión; sino, justamente, comprobar que la víctima no pudo comprender o resistir el hecho, y los testimonios de la víctima (el cual goza de preponderancia según jurisprudencia aplicable),[6] y

[6] Delitos sexuales (violación). Al consumarse generalmente en ausencia de testigos, la declaración de la ofendida o víctima de este ilícito constituye una prueba fundamental, siempre que sea verosímil, se corrobore con otro indicio y no existan otros que le resten credibilidad, atento a los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia. Tesis aislada XXVII.3o.28 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 37, t. II, diciembre de 2016, p. 1728. Registro digital: 2013259.
Véase también la tesis de rubro: Violencia sexual contra la mujer. Reglas para la valoración de su testimonio como víctima del delito.

de cuatro testigos, lo corroboran. La violación equiparada tiene que ver con la incapacidad de la víctima de violación de consentir *de manera libre* el acto, ya sea porque no puede resistirlo o porque no lo comprende, y lo que toca probar es precisamente *que no puede*, aunque parezca redundante.

Entonces, si lo que se requiere es probar la incapacidad de resistir o comprender el hecho, en mi opinión, ello queda, *en ese momento procesal* (etapa de dictado de la orden de aprehensión) demostrado por parte de los testigos y la propia víctima, al referir que Sofía, después de consumir el mezcal, se tuvo que ir a recostar a la sala por estar muy alcoholizada, pues, en todo caso, la razón por la que la víctima no podría haber resistido no son los mililitros de alcohol, sino que los testimonios coindicen en que ella había perdido el sentido y la orientación, sin que se requiera de un dictamen pericial, ya que, de acuerdo con una valoración desde la sana crítica, cualquier adulto ha visto a una persona muy bebida y sabe qué capacidad tiene para consentir una relación sexual. *El problema aquí es el prejuicio de que Sofía, al haber bebido tanto alcohol, es responsable de lo que le pasó* (estereotipo 1: la chica puta).

Ahora, si son tan importantes los mililitros de alcohol en la sangre para acreditar el tipo penal, ¿qué habría sucedido si la víctima hubiera sufrido un desmayo porque se le bajó la presión? ¿O si hubiera perdido el conocimiento por un episodio de hipoglucemia? ¿Qué habría sucedido si Sofía, en lugar de varias cervezas y mezcales, hubiera consumido alguna droga[7] y nadie la hubiera

Tesis aislada 1a. CLXXXIV/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 48, t. I, noviembre de 2017, p. 460. Registro digital: 2015634.

[7] Existe la práctica de drogar a mujeres para violarlas. De acuerdo con los estándares de la magistrada y el magistrado que juzgaron el presente caso, ¿cómo debía probarse esto? Me parece que la cuestión aquí nos coloca ante un problema de los tipos penales, de violación simple y de violación equiparada, debido a que el primero exige violencia moral o física; si se usa una droga para violar a una mujer (*rape drug*) no hay ninguna de las dos, pero para acreditar la violación equiparada les juzgadores, en el presente caso, exigen exámenes de sangre. ¿Cómo se acredita la imposibilidad de comprender o repeler el hecho si no es a través de la acreditación de la anulación de la capacidad de consentir? Y si no se prueba esto, ¿entonces

visto? ¿El juez pediría que los testigos dijeran las causas exactas de la pérdida de consciencia? ¿O sería suficiente para librar la orden de aprehensión que cuatro testigos y la víctima declarasen que ella no tenía la capacidad de comprender y resistir el hecho? Más aún, ¿por qué quienes juzgaron este caso no cuestionaron la intención del imputado de tener relaciones sexuales con una mujer que no tenía capacidad de comprender ni resistir el hecho? La sentencia recurrida no discute con el dolo; lo da por no existente, dado que asume que Sofía *podría haber resistido el hecho, porque no estaba tan ebria y dijo "no, no"*.

En una parte de su argumentación, el juez de la causa cuestiona el hecho de que Sofía pudiera pronunciar las palabras "no, no", pues opinó —según el dictamen de expertos— que la cantidad de alcohol que se dice que consumió le hubiera impedido hacerlo y, en el mismo sentido, cuestionó que pudiera tener las piernas levantadas sobre las espaldas de su violador, como algunos testimonios señalan.

En la sentencia de apelación, el análisis de la intención de Eduardo de tener sexo con una mujer completamente alcoholizada brilla por su ausencia (estereotipo 2: privilegio/objetivización). Tal circunstancia, de acuerdo con el tipo penal de violación equiparada, es suficiente, porque en ese momento Eduardo solamente sabía que Sofía estaba muy ebria y tampoco conocía la cantidad de mililitros de alcohol que tenía en la sangre como para saber si ella estaba en condiciones de consentir esa relación. Tan es así que nunca le pregunta a ella (la conversación que inclusive su deposado narra es entre él y Carlos). ¿Por qué no le preguntó *a ella* si deseaba continuar con la relación o no? ¿Por qué asumen los dos amigos que un balbuceo de una mujer absolutamente alcoholizada de dos "no" implica consentimiento? ¿Cómo podemos introducir el estándar de razonabilidad en los casos de violaciones como la perpetrada en contra de Sofía? Se considera a Sofía como una mera espectadora de su propia violación —o, según Eduardo, relación sexual— (estereotipo 3: "no" es un "quizá" o un "no pares").

la víctima sí consintió? Y como no hubo ningún tipo de violencia, ¿no hay violación?

En suma, parece que el juez considera que el elemento del tipo penal es la comprobación de la cantidad real de alcohol que tenía la víctima en la sangre y no el hecho de que una persona tome ventaja de contextos específicos que obstaculizan que otra pueda dar voluntariamente su consentimiento para participar en el acto sexual.[8]

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha explicado que "la norma penal que describe la violación sexual equiparada [...] reprocha el aprovechamiento que hace el sujeto activo de ciertas circunstancias que impiden la producción voluntaria de una decisión respecto a la participación del sujeto pasivo en la cópula, sea porque le es inexigible jurídicamente oponerse a esta, sea porque la víctima no tiene la habilidad o capacidad para comprender lo que está ocurriendo". Esto es justo lo que en este caso acontece: Sofía, con varias cervezas y mezcales, no tenía la capacidad de consentir el acto, y Eduardo jamás verifica que esto no sea así, comprobándose su responsabilidad (estereotipo 4: "el tipo es un gran seductor").

El Ministerio Público alega que la resolución judicial eleva el estándar probatorio, el cual no se requiere en esta etapa procesal. Asimismo, señala lo evidente: no importa el número de cervezas bebidas por Sofía, sino el testimonio de cuatro personas sobre su estado de ebriedad. No obstante, en mi opinión, incurre en algunos errores: decir que los testigos no saben declarar y que por eso no coinciden los datos de las cervezas bebidas, y mencionar que no se ha demostrado que la ofendida haya tenido interés personal en perjudicar al acusado.

Respecto del primero, me parece que es obvio que una persona no recuerde lo que bebió después de haber transcurrido meses y años. Lo relevante es el estado en que Sofía se encontraba y en ello coinciden todos los testimonios, inclusive en el tiempo. El segundo (estereotipo cinco: denuncia falsa), parte de un prejuicio que, si bien no se menciona en la resolución recurrida, sí es frecuente y subyace en el pensamiento patriarcal y me parece un desatino mencionar en la apelación: las mujeres que denuncian

[8] Primera Sala de la SCJN, amparo directo en revisión 1260/2016, 28 de septiembre de 2016, párr. 68.

una violación por parte de un conocido "se arrepintieron por no haber sido castas y pretenden recuperar su reputación dañando la de él". El tercero, abonar al estado psicológico de las víctimas o sobrevivientes de una violación: todas deben presentar algún tipo de estrés o temor. Sabemos que ello no siempre es así, porque las mujeres no somos todas iguales (estereotipo seis: las mujeres víctimas de violación sufren y ya no pueden tener una vida "normal").

La argumentación de la Sala no agrega mucho a la del juez de primera instancia, pero sí corrige la determinación en cuanto a que la declaración de una denunciante adquiere valor probatorio preponderante, pero concluye la insuficiencia probatoria del testimonio de Sofía, ya que no les concede valor probatorio a los testimonios de los cuatro amigos, pues *se contradicen en los mililitros consumidos.* Asimismo, descarta el valor probatorio del dictamen pericial de alcoholemia, pues no fue emitido por perito en la materia, lo cual parece razonable. Sin embargo, en esta etapa procesal es necesario contar con indicios que permitan acreditar el cuerpo del delito y la responsabilidad, y de los testimonios puede concluirse que no es claro que haya habido respeto a la autonomía sexual de Sofía por parte de Eduardo. A la Sala le importan mucho los mililitros de alcohol, pero muy poco si la víctima podía dar su consentimiento. No hay una reflexión sobre esto.

Al igual que en la resolución recurrida, la Sala no se detiene a analizar el dolo del imputado, lo cual, en todo caso, me parece que deriva en lo que algunas autoras feministas han llamado *Himpathy* o "elpatía", es decir, la empatía entre hombres desde el pacto de masculinidad[9] que reenmarca la violencia de los hombres hacia las mujeres, transformándolos desde la perspectiva de la masculinidad hegemónica.[10]

[9] Ha sido Celia Amorós quien ha explorado esta idea que se trata de una alianza entre varones basada en la complicidad, en las actitudes machistas, la cual implica que entre todos se cuidan las espaldas, la reputación, un poco para permitir que siga la impunidad de la violencia machista. Amorós, Celia, "Violencia contra las mujeres y pactos patriarcales", en Maquieira, Virginia y Sánchez, Cristina (comps.), *Violencia y sociedad patriarcal*, Madrid, Pablo Iglesias, 1990.

[10] Tomo algo de la definición de Kate Manne en su libro *Entitled. How Male Privilege Hurts Women*, Nueva York, Crown, 2020.

La resolución es una muestra de la cultura de la violación como un fenómeno sociopolítico, pues dos instancias jurisdiccionales refuerzan creencias relacionadas con la posibilidad de disponer de los cuerpos de las mujeres, más si "no se cuidan". Se reflexionará sobre esto en apartados siguientes.

III. Modelos para sancionar la violación

El caso que analizamos es relevante, porque pone el acento precisamente en la discusión sobre dónde debe focalizarse la atención en el delito de violación: en el uso de la violencia (modelo basado en la coerción) o en el consentimiento (modelo basado en el consentimiento). Existen algunas diferencias entre posturas feministas[11] con respecto a qué elemento debe probarse en los casos de violación. Por un lado, se propone eliminar el elemento de la violencia (Susan Estrich), pues se considera que pueden existir violaciones sin uso de la fuerza y usar ese estándar obliga a demostrar la resistencia de la víctima, pues, al final, lo que se comprueba es que la fuerza es usada para superar la ausencia de consentimiento; por el otro, se propone eliminar el consentimiento (Catharine MacKinnon), ya que este puede otorgarse gracias al sistema de dominación masculina sobre las mujeres desde su visión de cómo deben ser las prácticas sexuales, lo cual no implica que sea una relación sexual conforme con la dignidad de la víctima.

Como punto medio, existe la propuesta de separar dos tipos de violación: uno agravado que contemple el uso de la fuerza (violación agravada) y otro entendido como asalto sexual (*sexual assault*), que contemple como elemento el consentimiento

[11] Es conocida la postura desde el feminismo radical representado por Catharine MacKinnon, para quien debe eliminarse el elemento del consentimiento y definir la violación como el sexo forzado o con violencia, pues la socialización basada en una perspectiva patriarcal del sexo hace que las mujeres consientan relaciones violentas para responder a la dominación masculina. Es famosa su frase: "políticamente, yo llamo violación siempre que una mujer tiene sexo y se siente violada", en su obra *Feminismo inmodificado*.

(que se trata de la violación por conocido), como propone Joan McGregor,[12] porque, en su opinión, al distinguir analíticamente ambas ofensas no se subestima el terror y daño extremo en los casos de violación agravada, además de que redefinir la "fuerza" para los casos de violación no agravada es difícil, puesto que no siempre se podrá definir legalmente la intimidación que puede sentir una mujer ante un hombre.

En México, el tipo penal solamente exige la violencia (física o moral), es decir, adopta un modelo mackinnoniano. El consentimiento no juega ningún papel en la violación, dado que se asume que, si hubo violencia, no hubo consentimiento, y aunque el concepto de violencia en México es bastante amplio y contempla la moral a través de la que se ha interpretado el entendimiento feminista sobre el contexto, manda al extremo de la violación equiparada las violaciones con alcohol o drogas, que también son comunes, sobre todo en contextos juveniles.

Si Sofía o el Ministerio Público hubieran podido demostrar que se hizo uso de violencia física o moral, quizá hubiesen optado por consignar por violación simple.[13] No obstante, la cuestión en este caso es que Sofía "solamente" no consintió la relación, pero, al no ser el consentimiento un elemento del tipo penal de violación simple, se tiene que demostrar que Sofía tenía incapacidad de resistir o comprender el hecho, lo cual eleva en cierta medida el estándar, ya que se exige que la víctima no solo no consienta la relación, sino que además *no pueda* repelerla o comprenderla y, para ello, debe probarse que se encontraba en algún estado psíquico o físico o, como muestra de manera muy clara el amparo directo en revisión 1260/2016, que la víctima se encontraba en un contexto que le impedía realizar una oposición manifiesta o llegar a la comprensión del hecho.

[12] Véase McGregor, Joan, "Why When She Says No She Doesn't Mean Maybe and Doesn't Mean Yes: A Critical Reconstruction of Consent, Sex, and the Law", *Legal Theory*, vol. 2, 1996, p. 190. También vale la pena leer el comentario a esta propuesta que hace West, Robin, "A Comment on Consent, Sex, and Rape" en el mismo número de esa revista.

[13] O si el tipo penal mexicano admitiera la comprobación de la ausencia de consentimiento.

Y es justo lo que falta en las resoluciones de primera y segunda instancia: el análisis del contexto en el que Sofía se encontraba, más allá de si se tomó tres o seis cervezas. Lo cierto es que los testimonios de sus cuatro amigos corroboran que Sofía —cervezas más, cervezas menos— no estaba en capacidad de dar su consentimiento a la relación sexual que le fue forzada, aprovechándose el agresor del contexto de desigualdad en el que él y ella se encontraban.

En este sentido, es relevante destacar que el bien jurídicamente tutelado en los delitos sexuales es la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual. Ello entendiéndose que, fundamentalmente, se parte del concepto de autonomía para el ejercicio de los derechos sexuales, y que el realizar actos sexuales necesariamente implica una voluntad y, por tanto, el consentimiento.

En su texto *The Wrongness of Rape*[14] (Lo injusto de la violación), John Gardner reflexiona, a partir de lo que él llama "caso puro"[15] de violación, qué es lo que hace que la violación sea injusta para las mujeres (o los hombres), y concluye que no es el daño ni tampoco el "robo" del cuerpo, entendido como propiedad de la persona, sino, desde una perspectiva kantiana, el uso de la persona como medio, la objetivización[16] de la víctima por parte del violador al tratarle como depositaria de un valor de uso. Gardner concluye que en realidad lo que está mal con la violación es el *mero uso de las personas y sus cuerpos*.

---

14 Gardner, Peter, *The Wrongness of Rape. Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

15 Según el autor, se trata de un caso en donde no hay propiamente daño desde la perspectiva liberal: la víctima está inconsciente y no se entera nunca, no se comete ningún acto de violencia en su cuerpo que pueda ser visible, el violador usa preservativo, por lo que no puede haber ni transmisión de alguna enfermedad ni un embarazo y, además, muere atropellado al salir del lugar, sin haberle comentado a nadie el crimen que cometió.

16 Vale la pena referir el texto que el mismo Gardner cita y que abunda sobre la cuestión de la objetivización de las personas: Nussbaum, Martha, "Objectification", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 24, 1995, p. 249.

Sobre el consentimiento se ha escrito mucho, desde el feminismo[17] y la filosofía,[18] y no hay espacio aquí para exponer ampliamente sobre ello. Quizá valdría la pena enfatizar solamente que consentir consiste en[19] encontrarse en un estado mental factual de aquiescencia, es decir, aquel que sucede como manifestación objetiva (como expresión) o como una actitud subjetiva (un estado mental). Por ello, es posible consentir como expresión, por ejemplo, acceder a una relación sexual cuando hay violencia de por medio (miedo a ser asesinada o lastimada), sin que esto implique un estado mental de aquiescencia. En este sentido, Joan McGregor explica que, particularmente en cuestiones sexuales, las razones para consentir deben estar basadas en bienes positivos que se obtendrán del encuentro y no en evitar males.[20]

---

17 Destacaría: Estrich, Susan, *Real Rape. How the system victimizes women who say no*, Harvard, Harvard University Press, 1987. Estrich pone el acento en la responsabilidad del imputado, más que en la intención de la mujer, pues señala que no se debe juzgar si se le cree a ella, sino más bien si él tenía razones para creer que ella estaba consintiendo. Por ello, distingue entre distintos tipos de violadores: negligente, irrazonable, imprudente o temerario. Estrich explica que el estándar de consentimiento permite a cada mujer decir sí o no, para definir todos los límites del sexo permisible por sí misma. Otro clásico sobre el tema es el texto de Brownmiller, Susan, *Against Our Will. Men, Women and Rape*, Nueva York, Simon and Schuster, 1975. En este, la autora rastrea lo que llama "la primera violación" y reconstruye su poder para mantener a las mujeres en un estado perpetuo de miedo.

18 Véase el magnífico texto de Westen, Peter, *The Logic of Consent. The Diversity and deceptiveness of consent as a defense to criminal conduct*, Nueva York, Routledge, 2004, en donde deconstruye el concepto a partir del ejemplo de la violación y resultan muy iluminadoras las diferencias entre el consentimiento como una expresión y como un estado mental, y el desarrollo que realiza del consentimiento legal opuesto al factual, entendido como aquel que se construye desde la norma: "El consentimiento es relevante por su labor normativa. Tiene la 'magia moral y legal' de transformar las relaciones morales y legales entre las personas. Transforma crímenes en relaciones, solo ciertas concepciones legales del consentimiento transforman delitos en acciones legales" (traducción propia). Y precisamente esto es lo que se convierte en el núcleo de la discusión probatoria en los casos de violación en una cita, pues se trata de distinguir entre una relación consentida y una violación, a pesar de la obviedad. Justo esa es la complejidad.

19 Se sigue la definición propuesta por Westen, Peter, *op. cit*.

20 McGregor, Joan, *Is it Rape? On acquaintance rape and taking women's consent seriously*, Nueva York, Routledge, 2016, p. 239. Precisamente en esta

Ahora bien, es verdad que el asunto que nos ocupa es uno de violación equiparada, en términos de la fracción I del artículo 175: "realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo", y en el cual se debe comprobar la incapacidad de resistir o comprender el hecho; sin embargo, en este caso se trata de un tipo de incapacidad circunstancial, que no amerita un estándar alto en el que se deba comprobar un nivel de inconsciencia absoluto.

La víctima se encontraba en estado de ebriedad y, por esta razón, no pudo resistir ni consentir la cópula. En esta fracción no entra la violencia como medio comisivo, pero sí el tema del consentimiento, pues lo que se requiere comprobar es que la mujer no tenía la capacidad para decidir lo que se quiere o se acepta a partir de opciones, circunstancias y valoraciones, cuando se tiene conocimiento de las consecuencias,[21] aun cuando hubiera accedido a la relación. Es decir, Sofía pudo haber aceptado la conducta sexual impuesta por Eduardo, pero no consentirla (un estado mental de aquiescencia), debido a la situación en que se encontraba. La Primera Sala de la Corte mexicana concluye que "la equiparación supone el entendimiento de que las conductas descritas por la norma penal que la contempla *deben ser tratadas como* una violación sexual, aun en ausencia de la violencia moral

cuestión entra el estándar de "mujer razonable" para la valoración del consentimiento ante el tipo de encuentro para que sea el imputado quien proporcione evidencia del por qué asumió que la víctima consentía, si en las circunstancias del caso, una mujer razonable no lo hubiera hecho. Si encontramos un hecho ante el que personas razonables no consentirían normalmente, se puede presumir que fue realizado sin el consentimiento de una, salvo prueba en contrario. La presunción se invierte y es el imputado quien debe probar por qué asumió que ella consentía a algo que la generalidad de las mujeres no consentiría. Acá vale la pena mencionar el caso conocido como *Texas condom rape case*, en el que una mujer víctima de violación por parte de un extraño, sabiendo que no tenía más opción que dejarse violar para preservar su vida, solicitó al violador usar un preservativo para no contraer alguna enfermedad de transmisión sexual y no quedar embarazada. Al respecto, véase Luz, Carla M. y Weckerly, Pamela C., "The Texas 'Condom-Rape' Case: Caution Construed as Consent", *UCLA Women's Law Journal*, vol. 3, núm. 95, 1993, pp. 95-104.

[21] Se cita el párrafo 69 del amparo directo en revisión 1260/2016.

o física como medios comisivos, pues estas conductas atentan *similarmente* contra los bienes jurídicamente tutelados por la norma penal impugnada: la libertad y la seguridad sexuales".

IV. La violación por conocidos y la cultura de la violación

La sentencia que aquí se comenta estudia un caso de violación por conocidos (*acquaintance rape*), pues Sofía y Eduardo se conocían a través de amigos y la violación sucede en la casa de él, un lugar presumiblemente seguro, donde ella se encontraba por ser amiga de su compañero de apartamento.

Por *date rape* o *acquaintance rape* se entiende la violación no agravada, es decir, las relaciones sexuales no consensuadas que no son realizadas con daños físicos o con una amenaza explícita de un daño físico.[22] Es sabido que la gran mayoría de las violaciones no son perpetradas por un extraño que asalta a su víctima en un callejón oscuro, sino que son cometidas por novios, esposos, amigos, familiares. Precisamente en estos casos, en la Ciudad de México, se ha recurrido más al elemento violencia entendida como violencia moral, pues se trata de conductas toleradas por la víctima atemorizada o sometida por determinadas circunstancias relacionadas con alguna condición de sometimiento.[23] Se trata de

---

22 Pineau, Lois, "Date Rape: A feminist analysis", *Law and Philosophy*, vol. 8, núm. 2, agosto de 1989, pp. 217-243.

23 Véase la tesis de rubro: Violación. El análisis de la violencia moral como elemento de este delito, debe abarcar el contexto integral de los hechos denunciados por la víctima, incluyendo su posible estado de miedo, derivado de una relación de sometimiento precedente con su agresor. Tesis aislada II.2o.P.37 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 31, t. IV, junio de 2016, p. 3037. Registro digital: 2011935.
Dicha tesis derivó del amparo directo 243/2015, en el que el Tribunal determinó que la autoridad responsable no valoró adecuadamente las pruebas fundamentalmente por lo que respecta a la violencia moral ejercida en contra de una mujer víctima de violación por parte de quien fuere su pareja: "[...] se hizo solo una apreciación parcial o incompleta del material probatorio, y además apartándose de la racionalidad lógica de apreciación que en esta clase de sucesos debe imperar, pues la responsable ignoró en

relaciones sexuales bajo coerción, en las que las mujeres aceptan tenerlas, aunque no consientan en ellas (en el sentido explicado arriba). Muchas víctimas de este tipo de violación inclusive no ven a la relación sexual como una violación, sino que les parece que no debió ser, que fue incómoda, que les degradó como personas, pero que no se iguala a una violación, porque se nos ha socializado en que estas son cometidas con lujo de violencia, por extraños, en circunstancias extraordinarias.

La violación por conocidos se recarga en lo que se ha llamado "cultura de la violación", es decir, aquellas creencias complejas que refuerzan como *natural* la agresión sexual masculina y apoyan la violencia contra las mujeres,[24] que dibujan la sexualidad como violenta, que condonan el terrorismo físico y emocional contra la mujer y se presenta como norma. En la cultura de la violación se percibe un continuo de amenazas violentas hacia las mujeres que van desde comentarios con tono sexual a tocamientos o hasta la violación. Una sociedad en donde existe y reina la cultura de la violación es aquella en la cual la violencia sexual contra las mujeres se reproduce y representa como la norma, y se arraiga en sus instituciones tanto políticas como jurídicas o sociales.

Bajo el manto de esta cultura de la violación se cometen actos que son mirados simplemente como "mal sexo" por quienes no

---

absoluto el efecto generado por un estado de miedo derivado del sometimiento procedente de una relación irregular y violenta [...] las referidas amenazas que le hizo * a la hoy quejosa en relación a que le causaría algún mal a ella o a su familia, o que enseñaría los videos con las relaciones promiscuas que había tenido con el activo y la esposa de este, ocasionaron una violencia moral soportada en los propios antecedentes de la relación de la que se infiere un marcado sometimiento violento tanto físico como moral que justifica un miedo respecto de la causación de perjuicios diversos de manera potencial sobre la víctima tanto en su integridad como en su dignidad y condición de mujer (respecto de lo cual no se debe perder de vista el entorno sociocultural en el que se desenvuelve siendo esta la comunidad de Santa Cruz Quetzalapa, que es cercana a la municipalidad de Tenancingo, Estado de México y en donde vive con su madre) que vencieron su resistencia, tan fue así que accedió a entrevistarse y a soportar los acontecimientos que se dieron en específico [...]".

24 Buchwald, Emilie *et al., Transforming a Rape Culture*, Mineápolis, Milkweed Editions, 2005. Se sigue su concepto de cultura de la violación.

deciden removerse el velo, pero que, ante la ausencia de consentimiento o al haber sido obtenidos por vía de la violencia moral, son violación, pues se trata del uso del cuerpo de una mujer para la satisfacción de un hombre (o varios).

La cultura de la violación descansa en varios mitos y estereotipos que refuerzan la creencia de que la violencia sexual es inevitable, forma parte de las relaciones entre hombres y mujeres, y, sobre todo, es atribuible a la mujer, siempre y cuando no haya sido cuidadosa, honesta, casta, precavida, decente. En efecto, la cultura de la violación etiqueta a las mujeres como santas, castas, honestas, decentes y virginales, por un lado, y como putas, indecentes, perdidas, deshonestas, por el otro. Y conforme a esos estándares se juzga su violación.

En la cultura de la violación *las chicas* deben ser las puras, las responsables, las que ponen el freno en todas las prácticas sexuales adolescentes, a pesar de sus propios deseos. Las mujeres tienen la responsabilidad de ser las guardianas de la sexualidad.[25]

De acuerdo con Grubb y Turner,[26] existen varios mitos que refuerzan la revictimización en los casos de violación y que se encuentran recargados en los roles de género. El caso de Sofía refuerza varios de estos mitos. Kate Harding destaca siete que, en mi opinión, subyacen en las dos resoluciones que aquí fueron analizadas: *i)* ella se lo buscó; *ii)* no fue realmente violación; *iii)* él no quiso violarla; *iv)* ella quiso tener relaciones sexuales con él; *v)* ella miente; *vi)* la violación es un evento trivial (para la mujer que *ya no es virgen*), y *vii)* la violación es un evento desviado cometido por personas enfermas (no esto que denuncias).

Estos mitos alimentan varios estereotipos. En el caso analizado pudimos identificar los siguientes: *i)* la chica puta; *ii)* el privilegio sobre los cuerpos (*entitlement*); *iii)* él no es parte del flirteo; *iv)* el tipo es un seductor; *v)* la chica arrepentida (de una noche

25 Harding, Kate, *Asking for It. The Alarming Rise of Rape Culture and What We Can Do About it?*, Minnesota, Da Capo, 2015.

26 Grubb, Amy Rose y Turner, Emily, "Attribution of blame in rape cases: A review of the impact of rape myth acceptance, gender role conformity and substance use on victim blaming", *Aggression and Violent Behavior*, vol. 17, núm. 5, septiembre de 2012, pp. 443-452.

de copas); *vi)* la víctima perfecta (no se puede tener una vida después de una violación).

V. Conclusiones

La cultura de la violación es el arraigo estructural de la misoginia como el brazo ejecutor del patriarcado, es el sistema de dominación que por siglos ha buscado[27] subordinar a las mujeres bajo el yugo del sexismo. La oleada de denuncias de violencia sexual no es producto de una guerra entre hombres y mujeres, sino el despertar de la opresión que bajo la amenaza de la violencia sexual persigue a las mujeres a lo largo de sus vidas. Los hombres que violan no son "manzanas podridas" ni "enfermos", son *hijos sanos del patriarcado* y se valen de estos mecanismos coercitivos *vis-à-vis* las normas y expectativas sexistas y de los roles sociales que gobiernan, para velar por el orden dentro del sistema patriarcal y conservar el privilegio.[28]

Las personas juzgadoras tienen el deber de impartir justicia con perspectiva de género,[29] lo que implica para los casos de violación, entre otras cuestiones:

1. Desentenderse de los mitos alimentados por el patriarcado con respecto a la sexualidad y, sobre todo, a la violación.

---

27 Véase Brownmiller, Susan, *op. cit*.

28 Manne, Kate, *Down Girl. The logic of misogyny*, Nueva York, Oxford University Press, 2017. La autora define la misoginia como la rama de cumplimiento de la ley del orden patriarcal, que tiene la función de fiscalizar y aplicar sus normas y expectativas, y el sexismo, como la rama justificatoria del orden patriarcal, que consiste en la ideología que tiene la función general de racionalizar y justificar las relaciones sociales patriarcales.

29 La Convención para Eliminar la Violencia contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) en su art. 5 es muy clara con respecto a la obligación de los Estados de eliminar estereotipos. En el mismo sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha emitido la siguiente tesis de jurisprudencia: Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género. Tesis de jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 29, t. II, abril de 2016, p. 836. Registro digital: 2011430.

2. Eliminar cualquier prejuicio y no utilizar ningún estereotipo en la víctima, mucho menos su historia sexual.
3. Analizar el contexto desde una perspectiva en donde la víctima y su presunto agresor han sido socializados bajo una cultura de la violación.
4. Hacer la pregunta por la mujer desde el estándar de *mujer razonable:* ¿habría dado su consentimiento a una relación sexual bajo esas condiciones? Tomando en cuenta que esto implica no estereotipar a ninguna de las partes.[30]
5. Utilizar un modelo de sexo comunicativo[31] en donde el presunto agresor pueda declarar cómo es que presumió el consentimiento de su víctima, desde el estándar de un *hombre razonable* y más allá de la costumbre sexista.

Fuentes de consulta

Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género. Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género. Tesis de jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 29, t. II, abril de 2016, p. 836. Registro digital: 2011430.

Amorós, Celia, "Violencia contra las mujeres y pactos patriarcales", en Maquieira, Virginia y Sánchez, Cristina (comps.), *Violencia y sociedad patriarcal*, Madrid, Pablo Iglesias, 1990.

30 Con esto quiero decir que no se debe caer en el estereotipo de que él es un gran seductor y ella una mujer inocente que simplemente "cayó ante sus encantos".

31 Esta propuesta la trabaja Pineau, Lois, *op. cit*. Allí contrasta el modelo de seducción agresiva, que ella considera imperante, y el modelo de sexualidad comunicativa, que exige que la pareja se asegure del continuo consentimiento e involucramiento mutuo. La propuesta de Pineau reside en que este modelo invertiría la carga de la prueba al agresor, por cuanto debería demostrar que estaba pendiente de los gestos comunicativos de su pareja. Así, si la norma fuera el modelo de sexualidad comunicativa y el modelo de la sexualidad agresiva opera como presunción contra el consentimiento, se debe comprobar por qué el agresor consideró que la víctima estaba consintiendo.

Amparo directo en revisión 1260/2016, 28 de septiembre de 2016.

Brownmiller, Susan, *Against Our Will. Men, Women and Rape*, Nueva York, Simon and Schuster, 1975.

Buchwald, Emilie *et al., Transforming a Rape Culture*, Mineápolis, Milkweed Editions, 2005.

Delitos sexuales (violación). Al consumarse generalmente en ausencia de testigos, la declaración de la ofendida o víctima de este ilícito constituye una prueba fundamental, siempre que sea verosímil, se corrobore con otro indicio y no existan otros que le resten credibilidad, atento a los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia. Tesis aislada XXVII.3o.28 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 37, t. II, diciembre de 2016, p. 1728. Registro digital: 2013259.

Estrich, Susan, *Real Rape. How the system victimizes women who say no*, Harvard, Harvard University Press, 1987.

Gardner, Peter, *The Wrongness of Rape. Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Grubb, Amy Rose y Turner, Emily, "Attribution of blame in rape cases: A review of the impact of rape myth acceptance, gender role conformity and substance use on victim blaming", *Aggression and Violent Behavior*, vol. 17, núm. 5, septiembre de 2012.

Harding, Kate, *Asking for It. The Alarming Rise of Rape Culture and What We Can Do About it?*, Minnesota, Da Capo, 2015.

Manne, Kate, *Entitled. How Male Privilege Hurts Women*, Nueva York, Crown, 2020.

Luz, Carla M. y Weckerly, Pamela C., "The Texas 'Condom-Rape' Case: Caution Construed as Consent", *UCLA Women's Law Journal*, vol. 3, núm. 95, 1993.

Manne, Kate, *Down Girl. The logic of misogyny*, Nueva York, Oxford University Press, 2017.

McGregor, Joan, "Why When She Says No She Doesn't Mean Maybe and Doesn't Mean Yes: A Critical Reconstruction of Consent, Sex, and the Law", *Legal Theory*, vol. 2, 1996.

McGregor, Joan, *Is it Rape? On acquaintance rape and taking women's consent seriously*, Nueva York, Routledge, 2016.

Nussbaum, Martha, "Objectification", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 24, 1995.

Pineau, Lois, "Date Rape: A feminist analysis", *Law and Philosophy*, vol. 8, núm. 2, agosto de 1989.

Violación. El análisis de la violencia moral como elemento de este delito, debe abarcar el contexto integral de los hechos denunciados por la víctima, incluyendo su posible estado de miedo, derivado de una relación de sometimiento precedente con su agresor. Tesis aislada II.2o.P.37 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 31, t. IV, junio de 2016, p. 3037. Registro digital: 2011935.

Violencia sexual contra la mujer. Reglas para la valoración de su testimonio como víctima del delito. Tesis aislada 1a. CLXXXIV/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 48, t. I, noviembre de 2017, p. 460. Registro digital: 2015634.

Westen, Peter, *The Logic of Consent. The Diversity and deceptiveness of consent as a defense to criminal conduct*, Nueva York, Routledge, 2004.

SECCIÓN III
SENTENCIA EN MATERIA LABORAL

Resumen
de la resolución original

Datos

Sentencia del amparo directo 20/2013, dictado por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Vigésimo Primer Circuito, el 16 de mayo de 2013, en Chilpancingo, Guerrero. Sentencia del fuero local del estado de Guerrero.

Hechos

El 14 de agosto de 2008, una trabajadora del hogar demandó a su empleadora por despido injustificado, por lo que solicitó el pago de una indemnización, salarios caídos, horas extras y otras prestaciones. La empleada señaló que comenzó a trabajar en el domicilio en enero de 2001; que ganaba un sueldo semanal de $700.00 pesos y que trabajaba de lunes a sábado, de 8:00 a.m. a 8:00 pm. El sábado 28 de junio de 2008, sin justificación alguna, la empleadora la despidió.

El 15 de agosto de 2008, la trabajadora del hogar entabló una demanda laboral. En su contestación, la demandada formuló diversas excepciones y defensas y ofreció a la demandante nuevamente el trabajo. Después de ser informada del ofrecimiento de trabajo efectuado por la empleadora, la trabajadora lo aceptó. El 11 de diciembre de 2008 la empleada fue reinstalada en su trabajo, pero el 19 de diciembre de 2008 la demandante presentó un escrito mediante el cual informó que fue despedida nuevamente de su empleo.

El 30 de mayo de 2012, la Junta Local de Conciliación y Arbitraje dictó el laudo 412/2008, en contra del cual se interpuso una demanda de amparo directo.

Determinación

El tribunal colegiado negó el amparo argumentando, entre otras cosas, que la oferta de trabajo había sido de buena fe, por lo cual era a la empleada quejosa a quien le correspondía probar que había sido despedida de manera injustificada.

Sentencia
al amparo directo 20/2013 sobre una trabajadora del hogar despedida injustificadamente

Lucina Bringas Calvario

Chilpancingo, Guerrero. Acuerdo del Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Vigésimo Primer Circuito, correspondiente a la sesión ordinaria de 16 de mayo de 2013.

VISTOS para resolver, los autos del juicio de amparo directo 20/2013, y,

R E S U L T A N D O

1. PRIMERO. Demanda de amparo directo. Por escrito presentado el 25 de octubre de 2012, ante la Junta Local de Conciliación y Arbitraje con residencia en Chilpancingo, Guerrero, y recibido en la oficina de correspondencia común de los Tribunales Colegiados Primero y Segundo en Materias Civil y de Trabajo del Vigésimo Primer Circuito, Lucía Romero, a través de su apoderado legal, José Solís, solicitó el amparo y protección de la justicia federal contra la autoridad y por el acto que a continuación se indican:

Autoridad responsable: Junta Local de Conciliación y Arbitraje con residencia en Chilpancingo, Guerrero.

Acto reclamado:

El laudo de 30 de mayo de 2012, dictado en los autos del expediente laboral número 412/2008.

2. La parte quejosa manifestó violadas sus garantías individuales contenidas en los artículos 14, 16, 17 y 123, apartado "B" (sic), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

3. SEGUNDO. Tercera perjudicada. La parte quejosa señaló con tal carácter a Paulina Dueñas, quien fue emplaza por conducto de la autoridad responsable.

4. TERCERO. Trámite de la demanda. Correspondió el conocimiento del asunto a este Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Vigésimo Primer Circuito; por auto de presidencia de 21 de enero de 2013 se registró la demanda como amparo directo 20/2013 y se admitió; se tuvo por reconocido el carácter a la tercera perjudicada, Paulina Dueñas, y se dio la intervención que legalmente corresponde al agente del Ministerio Público de la Federación adscrito, quien no formuló opinión ministerial.

5. El 15 de febrero de 2013 se turnaron los autos a la magistrada Lucina Bringas Calvario, para la elaboración del proyecto de sentencia, y,

CONSIDERANDO

6. PRIMERO. Competencia. Este Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Vigésimo Primer Circuito es competente para conocer del presente juicio de amparo directo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 107, fracción V, inciso d), de la Constitución general de la república, 158 de la Ley de Amparo, vigente hasta el 2 de abril de 2013, que sigue aplicándose a los asuntos que estaban en trámite, de conformidad con lo dispuesto en el artículo transitorio tercero, del decreto por el que se expide la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, vigente a partir del tres siguiente, así como el artículo 37, fracción I, inciso d), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en atención a que fue promovido en contra de un laudo pronunciado por la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de Chilpancingo, Guerrero, que pertenece al ámbito de competencia por materia de este tribunal; de conformidad con los puntos primero, fracción XXI; segundo, fracción XXI, punto 1, y tercero, fracción XXI, del Acuerdo General 3/2013 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de febrero de 2013, relativo a la determinación del número y límites territoriales de los circuitos en que se divide la República mexicana, y al número, a la jurisdicción territorial y especialización por materia de los tribunales colegiados y unitarios de circuito y de los juzgados de distrito.

7. SEGUNDO. Oportunidad. En términos de los artículos 17, 18 y 31 de la Ley de Amparo, la demanda fue presentada en tiempo, pues la resolución reclamada fue dictada el 30 de mayo de 2012 y notificada a la quejosa personalmente, el lunes 8 de octubre de 2012, notificación que surtió sus efectos ese mismo día, de conformidad con lo dispuesto en el precepto 747, fracción I,[1] de la Ley Federal del Trabajo.

8. En consecuencia, el término de 15 días, previsto en el artículo 21 de la Ley de Amparo,[2] transcurrió del martes 9 al martes 30 de octubre de 2012, excluyéndose el 13, 14, 20, 21, 27 y 28 de dicho mes, por haber sido sábados y domingos, así como el viernes 12 del citado mes de octubre, por haber sido inhábil, de conformidad con lo señalado en la

---

1 Artículo 747. Las notificaciones surtirán sus efectos de la manera siguiente:
I. Las personales: el día y hora en que se practiquen, contándose de momento a momento, cualquiera que sea la hora en que se haya hecho la notificación, salvo disposición en contrario en la Ley; y […].

2 Artículo 21. El término para la interposición de la demanda de amparo será de quince días. Dicho término se contará desde el día siguiente al en que haya surtido efectos, conforme a la ley del acto, la notificación al quejoso de la resolución o acuerdo que reclame; al en que haya tenido conocimiento de ellos o de su ejecución, o al en que se hubiese ostentado sabedor de los mismos.

certificación secretarial asentada al pie de la demanda de garantías, en términos de lo establecido en el artículo 163 de la Ley de Amparo.[3]

9. En esas condiciones, el presente asunto se promovió dentro del término legal previsto, ya que la demanda de amparo fue presentada el jueves 25 de octubre de 2012.

10. TERCERO. Legitimación. El juicio de amparo se hizo valer por parte legítima, pues se encuentra firmado por José Solís, apoderado legal de Lucía Romero, carácter que se le reconoce en términos del artículo 13 de la Ley de Amparo,[4] por así tenerlo acreditado en el juicio laboral 412/2008, y esta última fue la actora en el juicio laboral de origen, por lo que cuenta con legitimación para promover el presente juicio.

11. CUARTO. Antecedentes. Para una mejor comprensión del asunto, se narran los antecedentes que dieron origen al presente juicio de amparo, señalando, en el momento oportuno, la síntesis de los conceptos de violación esgrimidos en la demanda:

12. A) Juicio laboral 412/2008 (primer laudo). Mediante escrito presentado el 14 de agosto de 2008, ante la Junta de Conciliación y Arbitraje con residencia en Chilpancingo, Guerrero, Lucía Romero, por propio derecho, demandó de Paulina Dueñas el pago y cumplimiento de las siguientes prestaciones:

A. Indemnización constitucional.

B. Prima de antigüedad.

C. La cantidad que resulte del importe de 20 días por cada año de servicios prestados.

D. Aguinaldo.

E. Vacaciones.

F. Prima vacacional.

G. Cuatro horas extras diarias laboradas por todo el tiempo que la actora trabajó.

H. Pago de los días de descanso obligatorios.

I. Salarios caídos.

J. Gastos de ejecución

---

[3] Artículo 163. La demanda de amparo contra una sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio, dictado por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, deberá presentarse por conducto de la autoridad responsable que lo emitió. Esta tendrá la obligación de hacer constar al pie del escrito de la misma, la fecha en que fue notificada al quejoso la resolución reclamada y la de presentación del escrito, así como los días inhábiles que mediaron entre ambas fechas; la falta de la constancia se sancionará en los términos del artículo siguiente.

[4] Artículo 13. Cuando alguno de los interesados tenga reconocida su personalidad ante la autoridad responsable, tal personalidad será admitida en el juicio de amparo para todos los efectos legales, siempre que compruebe tal circunstancia con las constancias respectivas.

13. Y como hechos fundatorios de su demanda, dijo lo siguiente:

HECHOS:

1.- En enero del año 2001 fui contratada por Paulina Dueñas, como trabajadora doméstica, en su domicilio particular ubicado en Calle Canuto Neri número 19 A, de la Colonia San Mateo de esta Ciudad Capital, trabajo que desde entonces y hasta el día en que fui despedida había realizado con dedicación y esmero, percibiendo un salario semanal de $700 pesos, el cual debe de servir de base para cuantificar las prestaciones reclamadas en el capítulo correspondiente.

2.- En ningún momento durante la relación laboral, había tenido inconveniente con el pago de mi salario, sin embargo, el día 28 de junio del año en curso, día en que me debería de pagar Paulina Dueñas, y sin justificación alguna me dijo "desde este momento estás despedida, por lo tanto, en este momento te vas", lo anterior me lo manifestó delante de otras personas, sin decirme, la causa de su actitud, ni la justificación legal del despido.

Tal actitud, me refieren agravio, ya que la misma constituye un despido injustificado, toda vez que en ningún momento se me dio aviso de la causa o causas por a que me despedía.

3.- Mi horario de trabajo era de lunes a sábados de 8.00 am a las 8.00 pm

14. Por acuerdo de 15 de agosto de 2008, la junta tuvo por recibida la demanda con el número 412/2008, señaló fecha para la celebración de la audiencia trifásica y ordenó emplazar a la demandada.

15. Seguido el juicio, la junta declaró cerrada la instrucción y ordenó turnar los autos para la elaboración del proyecto correspondiente, y el 1 de junio de 2010 dictó el laudo respectivo, en el que se determinó que la trabajadora no acreditó su acción y condenó a la patronal solo al pago de las prestaciones correspondientes a las vacaciones, prima vacacional y aguinaldo.

16. B) Juicio de amparo directo 807/2010. En contra del laudo, la trabajadora Lucía Romero promovió amparo directo, del que correspondió conocer a este órgano colegiado, bajo el número amparo directo 807/2010, y el 21 de septiembre de 2011 se dictó la ejecutoria correspondiente, en la que concedió la protección a la quejosa, para que la junta cumpliera los siguientes efectos:

A. Deje insubsistente el laudo reclamado.

B. Reponga el procedimiento y cite por su conducto a las testigos Alberta Juárez y Josefa Cruz, y, en caso de ser necesario, agote los medios necesarios para lograr su comparecencia.

C. Hecho lo anterior, en su oportunidad resuelva conforme a derecho proceda.

17. C) Juicio laboral 412/2008 (segundo laudo). En cumplimiento a la ejecutoria anterior, la junta repuso el procedimiento, la trabajadora se desistió de las testimoniales

por las que se concedió la protección y, cerrada la instrucción, el 30 de mayo de 2012, la junta dictó nuevo laudo, el cual constituye el acto reclamado en el presente juicio de garantías y, para una mayor comprensión, a continuación se sintetizan las consideraciones expuestas en dicha determinación:

A. Fijación de la litis.

La acción principal consistió en determinar si la actora fue despedida injustificadamente el 28 de junio de 2018 y, en consecuencia, si tiene derecho al pago de la indemnización de tres meses de salario prevista en el artículo 123, apartado A, fracción XXII, constitucional; o si, por el contrario, no existió el despido, como lo señala la demandada, quien formuló un ofrecimiento de trabajo.

B. Análisis de la oferta de trabajo.

La junta reseñó que en la etapa de demanda y excepciones, de 29 de octubre de 2008, el apoderado de la demandada hizo una oferta de trabajo a la actora, en los siguientes términos:

1. Domicilio: calle Canuto Neri número 19, colonia o barrio de San Mateo, de esta capital y entidad federativa (domicilio que la propia actora señala en su demanda como su centro de trabajo).

2. Actividades a realizar: las que corresponden a una trabajadora doméstica, regido por la Ley Federal del Trabajo, en el t*ítulo* sexto, correspondiente a la regulación de trabajos especiales, capítulo XIII (señalados por la actora en el hecho 1 de su demanda).

3. Salario: $700.00 pesos semanales, con pago semanal el *sábado*, *más el incremento que se autorice conforme a la ley* (también señalado por la actora).

4. Horario y días de descanso: de las 10:00 a las 15:00 horas y de las 17:00 a las 20:00 horas, de lunes a sábado (jornada semanal que siempre había laborado, con descanso los domingos, días de descanso obligatorio conforme a Ley Federal del Trabajo).

5. Ofrecimiento que dijo ser de buena fe, con todas las prestaciones que por ley le corresponde, con el pago de vacaciones, prima vacacional y aguinaldo que se generen, sin reconocer adeudo alguno y, además, con alta ante el Instituto Mexicano del Seguro Social.

En dicha audiencia, la actora aceptó la oferta y la diligencia de reinstalación se llevó a cabo el 11 de diciembre de 2008.

Sin embargo, en esa misma fecha la demandada compareció ante la junta responsable, manifestando que posterior a que Lucía Romero fue reinstalada, esta se retiró de su centro de trabajo, aproximadamente a las 11:00 horas de ese mismo día, argumentando que iba a dejar a su hijo a la esquina porque iban a recogerlo, y que inmediatamente regresaría,

lo que no aconteció, razón por la que la demandada, junto con otra persona de nombre Alejandra Vázquez comparecieron ante la autoridad laboral, para dejar constancia de ello.

Por su parte, el 7 de enero de 2019 recibió el escrito del apoderado de Lucía Romero, en el cual señaló que la actora había sido despedida por segunda ocasión.

Con lo anterior, la junta calificó como de buena fe el ofrecimiento, al estimar que se había realizado en los mismos términos y condiciones que venía desempeñando la actora; pues, aunque existía discrepancia en cuanto al horario señalado por la actora y la demandada,[5] este se encontraba ajustado a las jornadas máximas previstas en el artículo 61 de la Ley Federal del Trabajo.[6]

Ante ello, se revirtió la carga de la prueba sobre el despido, el cual ahora le correspondería a la trabajadora, y añadió que, si bien el apoderado de la trabajadora presentó escrito en el que alegó un segundo despido, ello era motivo de otro juicio, aunado a que no aportó pruebas de ello y se limitó a una simple manifestación. Lo anterior con apoyo en la jurisprudencia 2ª./J. 93/2007[7] de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: Ofrecimiento de trabajo. Su calificación cuando en el propio juicio se afirma un segundo despido posterior a la reinstalación del trabajador. Por tanto, procedió al estudio de las pruebas de la parte actora respecto al despido:

C. Análisis de los medios de prueba ofrecidos por la actora:

Prueba	Pronunciamiento
Confesional de la demandada Paulina Dueñas	No beneficia a la actora, porque la absolvente negó todas las preguntas, negando el despido
Inspección con cargo a la demandada	Desahogada en las instalaciones de la junta. No le beneficia a la actora porque "independientemente de que la parte demandada no haya exhibido documentación alguna se tiene que la accionante debió haber acreditado el despido que menciona y en tal caso no lo acreditó"
Instrumental de actuaciones y presuncional legal y humana	No le beneficiaba ni se les negaba valor probatorio, pues de los autos no se desprendía elemento con el cual se acreditara el despido de la actora

5 La accionante manifestó que tenía un horario de trabajo de 8:00 a.m. a las 8:00 p.m., de lunes a sábado, y la demandada lo ofreció de las 10:00 a las 15:00 horas y de las 17:00 a las 20:00 horas, de lunes a sábado.

6 Artículo 61. La duración máxima de la jornada será: ocho horas la diurna, siete la nocturna y siete horas y media la mixta.

7 Consultable en Tesis 2a./J. 93/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 989. Registro digital: 172461.

D. Se dijo que era pertinente señalar las pruebas de la demandada, Paulina Dueñas, siendo estas las siguientes:

Prueba	*Pronunciamiento*
Confesional a cargo de la actora Lucía Romero	Se resaltó que existieron respuestas de la actora que resultaban incongruentes con los hechos que manifestó en su demanda, así como en otras preguntas que le fueron formuladas, siendo estas las siguientes: 1. QUE DIGA LA FECHA EXACTA DE SU INGRESO A LA FUENTE DE TRABAJO CON LA DEMANDADA PAULINA DUEÑAS. La actora contestó: "Es que no tengo la fecha exacta, pero no fue la fecha que decía ahí". Y de su demanda se desprende que ingresó en enero, sin especificar el día, del año 2001. 5. QUE DIGA A QUÉ HORAS LLEGABA Y SE RETIRABA DEL DOMICILIO DE LA FUENTE DE LABORAL. Contestó: De nueve y media a siete y media. Pero en la pregunta 7 dijo que se retiró a las ocho de la noche. 6. QUE DIGA EL DÍA DE LA SEMANA QUE SE LE CUBRÍAN SUS PAGOS SEMANALES CON LA DEMANDADA. Contestó: A veces los domingos y a veces los lunes. Pero en su demanda dijo que laboraba de lunes a sábado. 7. QUE DIGA A QUÉ HORA DEL DÍA 28 DE JUNIO DEL AÑO EN CURSO SE RETIRÓ DE LA CASA DONDE LABORABA CON PAULINA DUEÑAS. Contestó: Me retiré a las ocho de la noche, fue sábado. Ello a pesar de que manifestó que su horario era de nueve y media a siete y media. 11. QUE DIGA QUÉ PERSONAS SE ENCONTRABAN EN EL MOMENTO EN QUE SUPUESTAMENTE FUE DESPEDIDA DE LA RELACIÓN LABORAL. Contestó: No había nadie. Sin embargo, en su capítulo de hechos de la demanda, la actora dijo que el despido ocurrió delante de otras personas.
Testimonial, a cargo de Alberta Juárez y Josefa Cruz[8]	No le beneficia a la oferente, en virtud de que la actora se desistió de esta prueba

[8] Ello en cumplimiento de la sentencia dictada en el juicio de amparo directo 807/2010 de este Tribunal Colegiado.

Con base en lo anterior, la junta determinó absolver a Paulina Dueñas del pago de la indemnización constitucional, prima de antigüedad y salarios caídos; en consecuencia, también absolvió a la demandada del pago de 20 días por cada año de servicios prestados, al depender de la procedencia de la acción principal.

Respecto al pago de vacaciones, prima vacacional, aguinaldo y horas extras, la junta analizó los siguientes medios de convicción:

Prueba	*Pronunciamiento*
Confesional de la actora Lucía Romero	No le beneficia y se le niega valor probatorio, pues la actora no reconoció que se le hubieran otorgado las prestaciones
Testimoniales a cargo de María José Guzmán y Guillermina Flores, ofrecidas por la demandada	Ambas testigos justificaron su presencia en el lugar de los hechos y coincidieron en que la demandada no llevaba documentos como controles de asistencia, recibos de salarios, ni prestaciones. **E.** María José Guzmán dijo que Paulina Dueñas cubría el salario, vacaciones y aguinaldo, al mismo tiempo que a la actora Lucía Romero, dándole la cantidad de $1,500.00 (un mil quinientos pesos m.n.), que les daba dos semanas de vacaciones y el horario era de lunes a sábado de 10 de la mañana a tres de la tarde y de cinco de la tarde a ocho de la noche. **F.** Guillermina Flores dijo que brindaba a la demandada Paulina Dueñas servicios de manicura, pedicura y tinte. Además, señaló que el horario de Lucía Romero era de "10:00 a 3:00 y de 5:00 a 8:00 de la noche" y que se dio cuenta de que la demandada sí pagó a la actora el aguinaldo y disfrutó de sus vacaciones. Si bien, el apoderado de la trabajadora cuestionó la veracidad de las testimoniales (tacha de testigos), la junta lo declaró improcedente, pues "independientemente de que las testigos trabajen directamente con ella, eso no quiere decir que exista parcialidad hacia la misma, sino al contrario sus testimonios si (sic) son indispensables en virtud de que se percataron de la relación laboral que aduce la actora y de las respuestas vertidas por cada una de ellas no conllevan expresiones que determine que existe parcialidad, además el apoderado de la actora no especifica en qué preguntas o respuestas observa o se aprecia el interés de las testigos en beneficiar a alguna de las partes".
Instrumental de actuaciones y la presuncional en su doble aspecto, legal y humana	Le beneficiaban y la junta les otorgó valor probatorio, pues consideró que de los autos del expediente existían elementos de los que se desprendía que Paulina Dueñas había pagado vacaciones, aguinaldo y prima vacacional a Lucía Romero.

Con lo expuesto, la junta condenó a la demandada al pago de aguinaldo y vacaciones solo por la cantidad proporcional, al considerarse que acreditó haberlas cubierto, y respecto de la prima vacacional, solo el monto del último año de servicios y lo proporcional, en razón de que la propia demandada reconoció dicho adeudo.[9]

En cuanto a las horas extras, se absolvió a Paulina Dueñas, en virtud de que con la prueba testimonial de Lucía Romero se acreditaba que esta no trabajó horas extras.

Por su parte, respecto al pago de días festivos, la junta señaló que le correspondía a la trabajadora probar que efectivamente había laborado esos días; sin embargo, con los medios de convicción que Lucía Romero aportó, ello no se demostraba; y si bien en la prueba de inspección la demandada Paulina Dueñas no exhibió los documentos correspondientes (registros de asistencia), al no contar con ellos, lo cierto es que, como se dijo, la carga de probar que laboró esos días le correspondía a la trabajadora.

Por último, se realizó el cálculo de las prestaciones a pagar por la demandada a la trabajadora.

18. Cabe señalar que, en el laudo impugnado, los puntos resolutivos fueron los siguientes:

> **PRIMERO.-** Que la actora del juicio Lucía Romero, no probó su acción principal y sí en parte las accesorias.
>
> **SEGUNDO.-** Que la demandada Paulina Dueñas, probó sus defensas y excepciones, motivo por el cual se le condena únicamente a cubrir las prestaciones detalladas en el considerando II de esta resolución.
>
> **TERCERO.-** Con copia de este fallo debidamente certificada, hágase saber al Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y del Trabajo, que se dio cumplimiento a su ejecutoria dictada en el Amparo Directo Laboral 807/2010.
>
> **CUARTO.-** Notifíquese personalmente la presente resolución a las partes en sus domicilios señalados en autos y cúmplase.

19. D) Conceptos de violación. Inconforme con la anterior determinación, Lucía Romero, por conducto de su apoderado legal, promovió juicio de amparo directo, cuyos argumentos se sintetizan a continuación:

---

[9] Dichos montos fueron los siguientes:
A. $300.00 (trescientos pesos 00/100 M.N.) por vacaciones, a razón de tres días, proporcionales;
B. $175.00 (ciento setenta y cinco pesos 00/100 M.N.) por prima vacacional, consistente en el 25%, con fundamento en el art. 80 de la ley en la materia;
C. $750.00 (setecientos cincuenta pesos 00/100 M.N.) por concepto de aguinaldo, a razón de 7.5 días, con fundamento en el art. 87 de la Ley Federal del Trabajo.

A. La quejosa controvierte la calificativa de buena fe de la oferta de trabajo, al estimar que es contrario a las jurisprudencias relativas al salario y horario, al segundo despido alegado y a los demás elementos a analizar para calificar la oferta laboral y, con ello, resulta incorrecto que se le trasladara a ella la carga de probar el despido.

B. Dice que el laudo es contario a los artículos 841 y 842 de la Ley Federal del Trabajo, pues, al valorar la prueba de inspección, la junta justificó que la demandada no exhibiera los documentos requeridos, ello a pesar de que había sido apercibida de que, en caso de no presentar la documentación, se tendrían como presuntamente ciertos los hechos señalados por la trabajadora en su demanda.

Sustentó lo anterior, entre otros criterios, en la jurisprudencia 2a./J. 26/2004,[10] de rubro: Patrón. Tiene obligación de conservar y exhibir en juicio los documentos que establece el artículo 804 de la Ley Federal del Trabajo, aunque se trate de una persona física.

C. La trabajadora sostiene que en el laudo se analizó de manera incorrecta la excepción de prescripción, pues considera que esta no es aplicable a las prestaciones consistentes en vacaciones, pago de horas extras, entre otras, previstas en el apartado B del artículo 123 constitucional. Estima que lo anterior es contrario a los artículos 841 y 842 de la Ley Federal del Trabajo.

D. Reitera que el laudo transgrede los numerales 841 y 842 de la Ley Federal del Trabajo, pero en razón de estimar que fue incorrecta la valoración que se hizo al testimonio de Guillermina Flores, pues esta solo acudía al domicilio de la demandada Paulina Dueñas de manera ocasional, por lo que no resultaba lógico que realmente le constaran los hechos que supuestamente dijo conocer (horarios de la trabajadora Lucía Romero y que a esta última se le habían pagado vacaciones, aguinaldo, y que había disfrutado de sus vacaciones).

20. QUINTO. Estudio de fondo. Este órgano colegiado, en suplencia de la queja, advierte que la junta omitió llevar a cabo un análisis integral de la situación social y dinámica real de las partes, en la cual la demandada ejercía una relación de poder sobre la actora y las testigos, lo que se tradujo en una determinación discriminatoria para la trabajadora. En ese contexto, los motivos de disenso expresados por la trabajadora quejosa, relativos a la ilegalidad de la calificativa de la oferta de trabajo, así como a la valoración de las de las pruebas de inspección y testimoniales, son fundados y suficientes para conceder la protección constitucional.

21. Para sostener lo anterior, en las siguientes líneas se retomará: *a)* el marco jurídico nacional e internacional, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la prohibición de la discriminación contra la mujer; *b)* lo relativo a las

[10] Consultable en la Tesis 2a./J. 26/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIX, marzo de 2004, p.353. Registro digital: 181911.

relaciones de poder y cómo los actos de discriminación también pueden ser cometidos por mujeres hacia mujeres; *c)* el contexto de las trabajadoras domésticas en México, y, con ello, *d)* el análisis de los argumentos de la trabajadora.

A) Marco jurídico en contra de la discriminación hacia la mujer

22. Tanto nuestra carta magna –normativa nacional– como diversos instrumentos internacionales consagran el derecho de las mujeres a no sufrir discriminación y, por consiguiente, establecen diversas directrices al Estado para garantizar dicha prerrogativa.

23. Por virtud de su reciente reforma de 2011 en materia de derechos humanos, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estableció, en su artículo primero,[11] de manera expresa, la prohibición de discriminación por razones de género, además de la obligación para las autoridades, en el ámbito de sus competencias, de "promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos".

24. En el ámbito internacional tenemos la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés),[12] en cuyo artículo 2[13] condena todo acto de discriminación en contra de la mujer y establece como

---

11 Artículo primero. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.
Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.
Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

12 Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1981. México la firmó el 17 de julio de 1980 y la ratificó el 23 de marzo de 1981. Véase *https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_en#EndDec*

13 Artículo 2. Los Estados Partes (sic) condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

una obligación para los Estados, entre otras cuestiones, la protección jurídica de las mujeres, sobre una base de igualdad con los hombres y que, a través de los tribunales y órganos competentes, se busque la protección efectiva de la mujer contra la discriminación.

25. Por su parte, en el Sistema Interamericano contamos con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará),[14] que consagra en su artículo 6[15] el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Incluye, entre otras problemáticas, la no discriminación y el derecho a ser valorada de una manera libre de *patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación*.

26. Esta directriz de protección de las mujeres respecto de actos de discriminación se ve reflejada en el Sistema Interamericano, no solo en la ya citada Convención de Belém do Pará y la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[16] sino también a través de la interpretación y contenido que ha dado a este instrumento internacional la Corte Interamericana, a través de sus sentencias, incluso algunas en las que se ha condenado al Estado mexicano.

---

a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
[…].
c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
[…].

14 Firmada el 19 de junio de 1998 y depositada ante la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos el 12 de noviembre del mismo año.

15 Artículo 6. El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:
a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

16 Pues en su art. 1 señala el compromiso de los Estados parte de respetar los derechos y libertades previstos en la convención, sin discriminación alguna, y en el artículo 24 consagra el derecho a la igualdad.
Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos
1. Los Estados Partes (sic) en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.
Artículo 24. Igualdad ante la Ley
Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

27. Por ejemplo, en el caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México,*[17] uno de los hechos resaltados por la Corte fue la existencia de una "cultura de discriminación"

[17] Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205, párrs. 398-402:
398. En el presente caso, el Tribunal constata que el Estado señaló ante el CEDAW que la "cultura de discriminación" de la mujer "contribuyó a que [los] homicidios [de mujeres en Ciudad Juárez] no fueran percibidos en sus inicios como un problema de magnitud importante para el cual se requerían acciones inmediatas y contundentes por parte de las autoridades competentes". Además, el Estado también señaló que esta cultura de discriminación contra la mujer estaba basada "en una concepción errónea de su inferioridad" (supra, párr. 132).
399. La Corte considera que estas declaraciones remitidas como prueba por el Estado, son coincidentes con su reconocimiento de responsabilidad en el sentido de que en Ciudad Juárez existe una "cultura de discriminación" que influenció en los homicidios de las mujeres en Ciudad Juárez. Asimismo, la Corte observa que como ya fue establecido supra, diferentes informes internacionales hicieron la conexión entre la violencia contra la mujer y la discriminación contra la mujer en Ciudad Juárez.
400. De otro lado, al momento de investigar dicha violencia, ha quedado establecido que algunas autoridades mencionaron que las víctimas eran "voladas" o que "se fueron con el novio", lo cual, sumado a la inacción estatal en el comienzo de la investigación, permite concluir que esta indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia. La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Al respecto, el Tribunal resalta lo precisado por la Comisión Interamericana en su informe temático sobre "Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia" en el sentido de que [l]a influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales.
401. En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (supra, párr. 398), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.
402. Por ello, el Tribunal considera que en el presente caso la violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación y declara que el Estado violó el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención, en relación con el deber de garantía de los derechos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Laura Berenice Ramos Monárrez, Esmeralda Herrera Monreal y Claudia Ivette González; así como en relación con el acceso a la justicia consagrado en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, en perjuicio de los familiares de las víctimas identificados en el párrafo 9 supra.

de la mujer, la cual influyó de manera directa en la forma de actuar de las autoridades correspondientes, basada en estereotipos de género, en los cuales se parte de una idea preconcebida de inferioridad de la mujer.

28. En ese tenor, al resolver el caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*[18] –si bien en un contexto de violencia sexual y denegación de acceso a la justicia, en el cual la víctima directa era una mujer indígena– la Comisión informó a la Corte la existencia de "formas de discriminación combinadas", justamente porque convergen el hecho de ser mujer, indígena y pobre, como una manera de acentuar los obstáculos del acceso a la justicia.

29. Ahora bien, en el caso de la normativa nacional, se han hecho importantes esfuerzos por incorporar en los cuerpos legislativos elementos que brinden protección a las mujeres, cobrando importancia la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.[19] En dicha ley se establece la no discriminación[20] como uno de los principios

---

18 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216, párr. 169: "En cuanto a la obligación específica de sancionar la violencia contra la mujer, la Comisión señaló que recibió 'información sobre los obstáculos que enfrentan las mujeres indígenas para acceder a la justicia, generalmente relacionados con la exclusión social y [l]a discriminación étnica'. Dichos obstáculos pueden ser particularmente críticos, ya que representan formas de 'discriminación combinadas', por ser mujeres, indígenas y pobres. Particularmente, en casos de violación sexual contra mujeres indígenas, los investigadores frecuentemente rebaten las denuncias, hacen recaer la carga de la prueba sobre la víctima, y los mecanismos de investigación son defectuosos, e incluso, amenazadores e irrespetuosos. El artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará obliga al Estado a actuar con debida diligencia al investigar y sancionar la violencia contra la mujer, generando obligaciones específicas y complementarias a las obligaciones del Estado respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana. En el presente caso, la señora Rosendo Cantú no contó con el acceso a los servicios médicos requeridos como víctima de violación sexual, y esta falta de diligencia en la disponibilidad y prestación de servicios ha contribuido con la impunidad. La Comisión solicitó al Tribunal que declare que el Estado falló en su deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, contenido en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. Asimismo, solicitó a la Corte que declare que 'la falta de una investigación imparcial de la tortura, y la impunidad de los responsables que se extiende hasta la fecha, constituye[n] un incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 1, 6 y 8 de la [Convención contra la Tortura]'".

19 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el jueves 1 de febrero de 2007.

20 Artículo 4. Los principios rectores para el acceso de todas las mujeres a una vida libre de violencia que deberán ser observados en la elaboración y ejecución de las políticas públicas federales y locales son:
I. La igualdad jurídica entre la mujer y el hombre;
II. El respeto a la dignidad humana de las mujeres;
III. La no discriminación, y
IV. La libertad de las mujeres.

para el acceso a una vida libre de violencia; se distinguen los tipos[21] y modalidades de violencia,[22] destacando, para los efectos del presente estudio, la modalidad de violencia laboral,[23] que es la que se ejerce por las personas que tienen un vínculo laboral, independientemente de la relación jerárquica, y que involucra actos tales como negar la contratación o permanencia de una persona, y que puede ser a través de un solo acto o conjunto de estos.

---

21 Artículo 6. Los tipos de Violencia contra las Mujeres son:
I. La violencia psicológica.- Es cualquier acto u omisión que dañe la estabilidad psicológica, que puede consistir en: negligencia, abandono, descuido reiterado, celotipia, insultos, humillaciones, devaluación, marginación, indiferencia, infidelidad, comparaciones destructivas, rechazo, restricción a la autodeterminación y amenazas, las cuales conllevan a la víctima a la depresión, al aislamiento, a la devaluación de su autoestima e incluso al suicidio;
II. La violencia física. Es cualquier acto que inflige daño no accidental, usando la fuerza física o algún tipo de arma u objeto que pueda provocar o no lesiones ya sean internas, externas, o ambas;
III. La violencia patrimonial.- Es cualquier acto u omisión que afecta la supervivencia de la víctima. Se manifiesta en: la transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, documentos personales, bienes y valores, derechos patrimoniales o recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades y puede abarcar los daños a los bienes comunes o propios de la víctima;
IV. Violencia económica. Es toda acción u omisión del agresor que afecta la supervivencia económica de la víctima. Se manifiesta a través de limitaciones encaminadas a controlar el ingreso de sus percepciones económicas, así como la percepción de un salario menor por igual trabajo, dentro de un mismo centro laboral;
V. La violencia sexual. Es cualquier acto que degrada o daña el cuerpo y/o la sexualidad de la víctima y que por tanto atenta contra su libertad, dignidad e integridad física. Es una expresión de abuso de poder que implica la supremacía masculina sobre la mujer, al denigrarla y concebirla como objeto, y
VI. Cualesquiera otras formas análogas que lesionen o sean susceptibles de dañar la dignidad, integridad o libertad de las mujeres.

22 Modalidades de la violencia
Capítulo I. De la violencia en el ámbito familiar (arts. 7, 8 y 9).
Capítulo II. De la violencia laboral y docente (arts. 10, 11, 12, 13, 14 y 15)
Capítulo III. De la violencia en la comunidad (arts. 16 y 17).
Capítulo IV. De la violencia institucional (arts. 19 y 20).
Capítulo V. De la violencia feminicida y de la alerta de violencia de género contra las mujeres (arts. 21, 22, 23, 24 y 25).

23 Artículo 10. Violencia laboral y docente: se ejerce por las personas que tienen un vínculo laboral, docente o análogo con la víctima, independientemente de la relación jerárquica, consistente en un acto o una omisión en abuso de poder que daña la autoestima, salud, integridad, libertad y seguridad de la víctima, e impide su desarrollo y atenta contra la igualdad.
Puede consistir en un solo evento dañino o en una serie de eventos cuya suma produce el daño. También incluye el acoso o el hostigamiento sexual.
Artículo 11. Constituye violencia laboral: la negativa ilegal a contratar a la víctima o a respetar su permanencia o condiciones generales de trabajo; la descalificación del trabajo realizado, las amenazas, la intimidación, las humillaciones, la explotación y todo tipo de discriminación por condición de género.

30. Es de resaltar que si bien es cierto que esta ley enfatiza la necesidad de buscar la igualdad entre el hombre y la mujer, también lo es que, al hablarse de los tipos y modalidades de violencia no se limita a un solo género como aquel que ejerce los actos de violencia.

31. Bajo el contexto anterior, es dable incorporar aspectos relativos a las relaciones de poder y cómo estas pueden influir en actos de discriminación contra la mujer, siendo actos que no son exclusivos de realización por parte de los hombres.

B) Relaciones de poder y actos de discriminación contra la mujer

32. Al escuchar la palabra "poder", es inevitable traer a la mente al teórico francés Michel Foucault, sobre todo tratándose del ámbito penal y recordando el método de *Vigilar y castigar* como una forma de ejercer dicho dominio. Al respecto, la socióloga costarricense Nancy Piedra Guillen, al retomar los postulados de Foucault desde una perspectiva feminista, parte de la idea de que "[t]odos estamos a su vez traspasados por las relaciones de poder. Ejercemos poder sobre otros y se ejerce poder sobre nosotros",[24] y advierte que "el género implica una relación social que está marcada por desigualdades".[25]

33. Y aunque el género no es el único elemento que puede implicar una situación de desigualdad, bajo esta lógica, en la cual la propia estructura de la sociedad se basa en relaciones en las cuales algunos ejercen poder sobre otros, resulta válido cuestionar si, en estas dinámicas de dominio, el género masculino es el único que puede ejercer el poder.

34. Sobre este tema, la antropóloga mexicana Marcela Lagarde y de los Ríos sostiene, por un lado, que, en razón de la condición política que vivimos las mujeres, estamos sometidas al poder en diversos ámbitos y niveles;[26] sin embargo, ello no implica que dicha dominación venga de un solo lado, sino que justamente ese poder patriarcal, al que están sometidas las mujeres, implica que desde la opresión genérica ellas también ejercen el poder.[27]

35. En ese sentido, en otra de sus obras agrega que la enemistad patriarcal también puede darse entre mujeres, ejerciendo este poderío a través de estatutos que tienen que ver con edad, raza, clase o, de manera general, con cualquier posicionamiento de superioridad de unas con otras. Ello porque "las mujeres deben competir por obtener reconoci-

---

24 Piedra Guillén, Nancy, "Relaciones de poder: leyendo a Foucault desde la perspectiva de género", *Revista de Ciencias Sociales (Cr),* San José, Universidad de Costa Rica, vol. IV, núm. 106, 2004, pp. 123-141, *https://www.redalyc.org/pdf/153/15310610.pdf*

25 *Idem*.

26 Véase Lagarde y de los Ríos, Marcela, *Los cautiverios de las mujeres. Madresposas, monjas, putas, presas y locas*, 5a. ed., México, UNAM, 2011, p. 142.

27 *Idem*.

miento social en su calidad de género, por alcanzar de manera fidedigna los estereotipos de ser mujer del mundo en el que viven".[28]

36. Además,

> [las] mujeres se miden entre sí patriarcalmente por la calidad de seres con quienes se relacionan, por sus posesiones, habilidades y poderes. En ese sentido, la competencia siempre esta medida por los otros. Conseguir, a la usanza patriarcal, un lugar en el mundo es un hecho complejo para las mujeres, a quienes se les configura tan semejantes, capaces e incapaces de las mismas cosas tan idénticas, que son intercambiables. Teóricamente cualquiera puede ser reemplazada por la otra, de ahí que se ejerza poder de mayores a menores de edad, de las adultas a las niñas, las adolescentes y las viejas, de madres a hijas, de suegras a nueras, de jefas a subordinadas, de maestras a alumnas, de patronas a empleadas, pero también se ejerce dominio entre pares, hermanas, compañeras, colegas, amigas.[29]

37. Es decir que esta dinámica de dominación no es un campo exclusivo de los hombres, sino que, al estar el poder patriarcal permeado en todos, se ve reflejado incluso en cómo las mujeres ejercemos el poder, "al estilo que lo hacen los hombres", en una usanza de opresión.

38. Ejemplos de estas relaciones, como la propia Lagarde y de los Ríos señala, se ven en el ámbito cotidiano y, para efectos de la presente resolución, debe hacerse énfasis en las que acontecen en el espacio laboral, sobre todo, tratándose de las trabajadoras domésticas.

C) Contexto de las trabajadoras domésticas en México

39. Hablar de trabajo doméstico implica el deber de observarlo desde una perspectiva distinta con la que generalmente se ven las relaciones laborales, no solo por el tipo de tareas que tienen que ver con el cuidado y la limpieza, sino también porque las labores domésticas no traen como consecuencia directa la generación de riqueza en la parte patronal. Abona a dicha condición sui géneris el que se deban desarrollar en un espacio físico que se ubica en el ámbito privado del empleador o de la empleadora.[30]

40. Dichas cuestiones no solo fueron tomadas en cuenta por el legislador mexicano para brindarles un capítulo dentro de los trabajos especiales en la Ley Federal del Trabajo,[31] sino que repercuten en la idea que se ha estado trayendo a colación, relativa a la

---

28 Lagarde y de los Ríos, Marcela, *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*, 2a. ed., España, J.C. Producción, 1997, p. 83.

29 *Idem*.

30 Véase Bautista, Marcelina, "El trabajo doméstico en México", *Defensor. Revista de Derechos Humanos,* México, núm. 1, año X, enero de 2012, p. 15.

31 Capítulo XIII
Trabajadores Domésticos

Artículo 331. Trabajadores domésticos son los que prestan los servicios de aseo, asistencia y demás propios o inherentes al hogar de una persona o familia.
Artículo 332. No son trabajadores domésticos y en consecuencia quedan sujetos a las disposiciones generales o particulares de esta Ley:
I. Las personas que presten servicios de aseo, asistencia, atención de clientes y otros semejantes, en hoteles, casas de asistencia, restaurantes, fondas, bares, hospitales, sanatorios, colegios, internados y otros establecimientos análogos; y
II. Los porteros y veladores de los establecimientos señalados en la fracción anterior y los de edificios de departamentos y oficinas.
Artículo 333. Los trabajadores domésticos que habitan en el hogar donde prestan sus servicios deberán disfrutar de un descanso mínimo diario nocturno de nueve horas consecutivas, además de un descanso mínimo diario de tres horas entre las actividades matutinas y vespertinas.
Artículo 334. Salvo lo expresamente pactado, la retribución del doméstico comprende, además del pago en efectivo, los alimentos y la habitación. Para los efectos de esta Ley, los alimentos y habitación se estimarán equivalentes al 50% del salario que se pague en efectivo.
Artículo 335. La Comisión Nacional de los Salarios Mínimos fijará los salarios mínimos profesionales que deberán pagarse a estos trabajadores.
Artículo 336. Los trabajadores domésticos tienen derecho a un descanso semanal de día y medio ininterrumpido, preferiblemente en sábado y domingo.
Mediante acuerdo entre las partes podrá acordarse la acumulación de los medios días en periodos de dos semanas, pero habrá de disfrutarse de un día completo de descanso en cada semana.
Artículo 337. Los patrones tienen las obligaciones especiales siguientes:
I. Guardar consideración al trabajador doméstico, absteniéndose de todo mal trato (sic) de palabra o de obra;
II. Proporcionar al trabajador habitación cómoda e higiénica, alimentación sana y suficiente y condiciones de trabajo que aseguren la vida y la salud; y
III. El patrón deberá cooperar para la instrucción general del trabajador doméstico, de conformidad con las normas que dicten las autoridades correspondientes.
Artículo 338. Además de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior, en los casos de enfermedad que no sea de trabajo, el patrón deberá:
I. Pagar al trabajador doméstico el salario que le corresponda hasta por un mes;
II. Si la enfermedad no es crónica, proporcionarle asistencia médica entre tanto se logra su curación o se hace cargo del trabajador algún servicio asistencial; y
III. Si la enfermedad es crónica y el trabajador ha prestado sus servicios durante seis meses por lo menos, proporcionarle asistencia médica hasta por tres meses, o antes si se hace cargo del trabajador algún servicio asistencial.
Artículo 339. En caso de muerte, el patrón sufragará los gastos del sepelio.
Artículo 340. Los trabajadores domésticos tienen las obligaciones especiales siguientes:
I. Guardar al patrón, a su familia y a las personas que concurran al hogar donde presten sus servicios, consideración y respeto; y
II. Poner el mayor cuidado en la conservación del menaje de la casa.
Artículo 341. Es causa de rescisión de las relaciones de trabajo el incumplimiento de las obligaciones especiales consignadas en este capítulo.
Artículo 342. El trabajador doméstico podrá dar por terminada en cualquier tiempo la relación de trabajo, dando aviso al patrón con ocho días de anticipación.

discriminación de la mujer, pues, al tratarse de labores distintas a las de otras personas y que deben desempeñarse en un espacio físico privado, esto impacta directamente en la situación de poder en la que podrían verse involucradas las personas que las desempeñan.

41. En primer lugar, debe decirse que el trabajo doméstico no es exclusivo de las mujeres, pues la Organización Internacional del Trabajo, con la emisión (en el 2011) del Convenio sobre las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos (núm. 189),[32] definió al "trabajador doméstico"[33] y no se ciñó a un solo género. No obstante, tratándose de los trabajadores domésticos, quienes representan una proporción significativa de la fuerza laboral son predominantemente mujeres.[34] Cabe señalar que el instrumento mencionado no ha sido ratificado por nuestro país, pero constituye una importante directriz, al representar el consenso de varios Estados sobre el tema.

42. Por su parte, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, retomando datos de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo de 2011, señaló que el trabajo del hogar en México esta feminizado, pues cerca de 2.2 millones de personas se dedican al trabajo del hogar, de las cuales 1 991 646 son mujeres y solo 189 452 son hombres.[35]

43. Con lo anterior, hablamos de labores que son desempeñadas preponderantemente por mujeres, las cuales, justamente por el tipo de actividades y espacio privado en el que se llevan a cabo, tradicionalmente se han asumido como no remuneradas, agregándoles la percepción de que estas no requieren de habilidades y competencias que deban adquirirse para su desempeño, sino que son de naturaleza innata en las

---

Artículo 343. El patrón podrá dar por terminada la relación de trabajo sin responsabilidad, dentro de los treinta días siguientes a la iniciación del servicio; y en cualquier tiempo, sin necesidad de comprobar la causa que tenga para ello, pagando la indemnización que corresponda de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49, fracción IV, y 50.

32 Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convenio 189, *https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189*

33 Artículo 1.
[…]
(b) la expresión trabajador doméstico designa a toda persona, de género femenino o género masculino, que realiza un trabajo doméstico en el marco de una relación de trabajo.

34 Véase OIT, *Trabajo doméstico. Nota de información núm. 1. Servicio sobre las condiciones de trabajo y del empleo. Hacia un trabajo decente para las/los trabajadoras/os domésticas/os*, OIT, 2010, *https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/-protrav/travail/documents/publication/wcms_156067.pdf*

35 Véase Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *30 de marzo. Día de las trabajadoras del hogar. Documento informativo sobre trabajadoras del hogar en México*, México, CONAPRED, 2011, p. 2, *https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/TrabsHogar_DI_2012-INACCS.pdf*

mujeres,[36] es decir, cargan con un estereotipo en razón del género y una "cultura de discriminación".[37]

44. A ello se agregan problemáticas tales como la discriminación múltiple, por su apariencia, su edad, su condición socioeconómica, su pertenencia étnica y su orientación sexual,[38] o, en palabras de la Corte Interamericana, "formas de discriminación combinadas" a las que están sujetas, lo cual hace visible la vulnerabilidad en la que pueden encontrarse las trabajadoras domésticas.

45. En este punto, es relevante la información de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo de 2011, de la que se desprende que el 67.1% de las trabajadoras domésticas tiene educación básica y solamente 6% tiene estudios de nivel medio superior y superior.[39]

46. Además, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, de nueva cuenta retomando datos de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo de 2011, destacó desigualdades en las condiciones laborales de las trabajadoras domésticas, entre ellas las siguientes:[40]

- El 32.2% gana un salario mínimo o menos.
- El 0.4% no recibe ingresos por el trabajo realizado.
- Sus jornadas laborales son extensas, por lo general, mayores a las previstas en la Ley Federal del Trabajo y sin que los empleadores les paguen horas extras.
- El 33% no descansa ni un solo día de la semana.
- Nueve de cada 10 trabajadoras no cuentan con contrato laboral.
- No tienen acceso a la seguridad social y, con ello, a las prestaciones relativas, tales como licencias de maternidad, derecho a pensiones o guarderías.
- El 36.3% recibe aguinaldo y solo 25.8% tiene vacaciones con goce de sueldo.

---

36 Véase OIT, *Trabajo doméstico. Nota de información núm. 1. Servicio sobre las condiciones de trabajo y del empleo. Hacia un trabajo decente para las/los trabajadoras/os domésticas/os*, OIT, 2010, *https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_156067.pdf*

37 Como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*.

38 Véase Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *op. cit.*

39 *Ibidem*, p. 11.

40 *Ibidem*, pp. 7-10.

47. Todo ese contexto reseñado, en el cual las trabajadoras del hogar se ven inmersas, en el marco de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y acorde a las directrices nacionales e internacionales mencionadas relacionadas con la prohibición de discriminación contra la mujer, conlleva que las autoridades laborales, al momento de estudiar casos en que haya trabajadoras del hogar involucradas, deben hacerlo con especial cuidado, intentando visibilizar si en su dinámica laboral existieron situaciones que se traduzcan en actos de violencia o discriminación, debiendo llevar a cabo un estudio lejos de estereotipos o prejuicios sobre las personas que desempeñan dichas labores, pues solo así se cumplirá con la obligación de los operadores de proteger sus derechos humanos, cuestión que, como se adelantó, se advierte que no llevó a cabo la junta responsable.

48. Esto es así porque de la lectura del laudo se advierte que la junta emitió su determinación sin tomar en consideración el contexto en el que la trabajadora desempeñaba sus labores, ni las condiciones de la parte patronal, ni la relación de poder existente entre esta última respecto a la propia trabajadora y una de las testigos (que también era su trabajadora), lo cual impactó en la forma en la que se abordó la problemática, dejando de lado aspectos importantes que repercuten en la verosimilitud de la defensa de la demandada, alejándose del principio de realidad. Ello aunado a que en los razonamientos de la responsable se dejaron de aplicar criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre los temas mencionados.

49. Todo lo anterior refleja no solo la ilegalidad del laudo, sino además su franca contravención a los principios del derecho laboral y a la jurisprudencia, alejando su determinación de la realidad.

D) Calificación de los conceptos de violación de la quejosa

50. Tomando en consideración lo señalado, como se adelantó, en primer lugar, son *fundados* los conceptos de violación esgrimidos por la trabajadora quejosa, en los que sostiene que fue ilegal la calificación de buena fe de la oferta de trabajo y, en consecuencia, que se le haya revertido la carga de la prueba sobre el despido, por las razones que a continuación se exponen.

51. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido lineamientos respecto a los elementos y medios de convicción que deben tomarse en cuenta al calificar la oferta de trabajo, de los cuales, para efectos de la resolución del presente asunto, deben traerse a colación las jurisprudencias 2a./J. 93/2007 y 2a./J. 180/2010, ambas de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubros y textos siguientes:

> Ofrecimiento de trabajo. Su calificación cuando en el propio juicio se afirma un segundo despido posterior a la reinstalación del trabajador. La calificación de buena o mala fe del ofrecimiento de trabajo se determina analizando los antecedentes del caso, la conducta de

las partes y las circunstancias relativas, de manera que habrá buena fe cuando aquellas situaciones permitan concluir que la oferta revela la intención del patrón de continuar la relación de trabajo y, por el contrario, *existirá mala fe cuando el patrón intenta burlar la norma que le impone la carga de probar la justificación del despido;* de ahí que deban atenderse todas las actitudes de las partes que puedan influir en esa calificación. Por ello, cuando en el juicio laboral el trabajador reinstalado con motivo de la *aceptación de la oferta de trabajo se dice nuevamente despedido y hace del conocimiento de la Junta tal circunstancia para justificar la mala fe del ofrecimiento en el mismo juicio donde se ordenó la reinstalación*, *ese hecho debe considerarse para la calificación de la oferta respectiva, debiendo inclusive, recibirse las pruebas con las que pretenda demostrar su aserto* (con fundamento en el artículo 881 de la Ley Federal del Trabajo, toda vez que se trata de hechos supervenientes acontecidos con posterioridad a la celebración de la audiencia), pues en caso de acreditarlo, será evidente que la oferta no se hizo con la finalidad real de reintegrarlo en sus labores, sino con la de revertirle la carga de la prueba, lo que además deberá ser objeto de análisis en el laudo que se emita para determinar, junto con otros factores, si dicho ofrecimiento de trabajo fue de buena o mala fe.[41] (Cursivas añadidas)

Oferta de trabajo. Su calificación depende de que el patrón acredite la jornada laboral, cuando modifique el horario de entrada o salida de la fuente de trabajo permitiendo que aquella deje de ser continua. La calificación del ofrecimiento de trabajo depende, entre otros factores, de los términos en que se efectúe, atendiendo a las condiciones fundamentales con que se preste el servicio como lo son el salario, el puesto o la categoría, así como la jornada y el horario de labores, ya que al no modificarse en perjuicio del trabajador y ser acordes con la Ley Federal del Trabajo, determinan la buena fe del ofrecimiento. Por otra parte, el patrón conserva su derecho a controvertir tales condiciones y a realizar la oferta en términos diferentes a los señalados por el trabajador en su demanda, situación que no provoca, por sí misma, mala fe en la oferta, sino que la calificación en este caso, *depende de que el patrón demuestre la veracidad de su dicho respecto del horario de trabajo*, cuando cambie la hora de entrada o salida de la fuente de trabajo permitiendo que la jornada deje de ser continua para convertirse en discontinua, pues a pesar de que el trabajo se ofrece con los derechos mínimos establecidos por la Ley Federal del Trabajo, esto es insuficiente para considerarlo de buena fe, ya que la aludida propuesta, *aunque constituye una disminución en el horario, puede generar perjuicio porque previsiblemente repercutirá en las actividades que el trabajador realiza en su vida cotidiana*.[42] (Cursivas añadidas)

52. Ahora bien, la junta, al analizar la oferta de trabajo, tenía la obligación de estudiar diversos elementos, tales como las condiciones que la trabajadora señaló en su demanda

41 Tesis 2a./J. 93/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 989. Registro digital: 172461.

42 Tesis 2a./J. 180/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, julio de 2011, p. 691. Registro digital: 161541.

y en las que fue ofrecido el trabajo, así como otras situaciones con las cuales pudiera advertirse la actitud de la parte patronal de no querer continuar con la relación laboral, como lo es un segundo despido, lo que en el caso no aconteció y que cobra mayor relevancia, tomando en cuenta la situación de poder existente entre la parte trabajadora y la patronal.

53. Ello porque la junta se limitó a estimar que la oferta fue de buena fe, a pesar de que de la confrontación de las condiciones de trabajo señaladas por la trabajadora y las ofrecidas por la parte patronal se constató una discrepancia en cuanto al horario, indicando que, al encontrarse ajustado a las jornadas máximas previstas en el artículo 61 de la Ley Federal del Trabajo, dicha diferencia resultaba legal.

54. De lo anterior se advierte, por un lado, que la determinación fue tomada en franca desatención a la jurisprudencia de la Segunda Sala, concretamente la transcrita 2a./J. 180/2010,[43] que establece la obligación del patrón de acreditar lo referente al horario cuando exista discrepancia en el mismo, lo que en el caso no sucedió.

55. Asimismo, como lo señala la jurisprudencia 2a./J. 93/2007[44] del alto tribunal, la autoridad laboral tiene obligación, ante el conocimiento de un segundo despido, de tomar en cuenta esta situación para valorar la oferta, incluso pudiendo recibir pruebas al respecto.

56. A pesar de ello, en el procedimiento de origen tanto la parte patronal como la trabajadora acudieron ante la junta responsable para señalar, por parte de Paulina Dueñas, que la trabajadora había abandonado la fuente de trabajo el mismo día de la reinstalación; mientras que Lucía Romero señaló que lo que en realidad había ocurrido es que había sido despedida por segunda ocasión, en esa misma data.

57. Tal situación no fue tomada en consideración por la junta responsable, a pesar de así dictarlo el criterio obligatorio de nuestro máximo tribunal y, sobre todo, omitió la consigna establecida en el artículo primero constitucional, relativa a que, en el ámbito de sus competencias, las autoridades deben "promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos". La junta no valoró que la actora señaló la existencia de un despido posterior, ni tampoco observó dicha situación desde la evidente relación de poder existente entre la parte patronal, Paulina Dueñas, y la trabajadora, Lucía Romero.

58. La necesidad de atender la problemática desde esa perspectiva es palpable, simplemente al reflexionar los datos que se mencionaron sobre las trabajadoras domésticas, tales como la brecha salarial que enfrentan y, por ende, las precarias condiciones económicas

---

43 Consultable en Tesis 2a./J. 180/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, julio de 2011, p. 691. Registro digital: 161541.

44 Consultable en Tesis 2a./J. 93/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 989. Registro digital: 172461.

que padecen. Con base en ello, fácilmente se deduce que resulta inverosímil que, en el contexto de un juicio laboral, en el que la trabajadora del hogar busca que sus derechos sean reconocidos y pagados, ella acepte un trabajo –justamente por la necesidad económica que tiene– para posteriormente abandonar el lugar de trabajo sin mayor explicación.

59. Sobre todo al considerar que la consecuencia de no verlo con ese debido cuidado tiene el alcance de deslindar a la parte que tiene el poder económico y fáctico –es decir, a la parte patronal– de la obligación de probar el despido y trasladar dicha carga de la prueba a quien, como se expuso, se encuentra en un plano de desigualdad –o sea, la parte trabajadora–.

60. En ese orden de ideas, como se adelantó, es *fundado* que la junta responsable hizo un incorrecto análisis de la oferta de trabajo, pues no solo omitió llevar a cabo el estudio desde una perspectiva en la que evaluara la situación real de las partes, sino que además dejó de aplicar la jurisprudencia del alto tribunal y, con ello, emitió una determinación que se traduce en un trato discriminatorio para la trabajadora.

61. Por otro lado, en su segundo concepto de violación, la quejosa, Lucía Romero, expuso que fue incorrecta la valoración que la responsable hizo respecto de la prueba de inspección, pues justificó que Paulina Dueñas no exhibiera los documentos requeridos, bajo el argumento de que, como consecuencia de la reversión de la carga de la prueba sobre el despido, le correspondía a la trabajadora probarlo y no a la parte patronal. Argumento que, conforme a lo resuelto en párrafos anteriores y las consideraciones que a continuación se exponen, también es *fundado*.

62. En primer lugar, debe señalarse que la quejosa apoya la ilegalidad de la valoración de la prueba de inspección en la jurisprudencia 2a./J. 26/2004[45], de rubro y texto siguientes:

> Patrón. Tiene obligación de conservar y exhibir en juicio los documentos que establece el artículo 804 de la ley federal del trabajo, aunque se trate de una persona física. El artículo 804 de la Ley Federal del Trabajo establece que el patrón tiene obligación de conservar y exhibir en juicio los documentos que en él se precisan; por otra parte, el artículo 10 del mismo ordenamiento dispone que "*patrón" es la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores. Consecuentemente, al tener la calidad de patrón, tanto las personas físicas como las morales tienen obligación de conservar y exhibir en juicio la documentación correspondiente*, sin que la negativa del vínculo laboral por parte de los patrones, personas físicas, imposibilite su cumplimiento, por lo que la falta de exhibición *de esa documentación actualiza la presunción de tener por ciertos los hechos expresados por el trabajador que tienden a demostrar la existencia de la relación laboral mediante la prueba de inspección,*

[45] Consultable en Tesis 2a./J. 26/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIX, marzo de 2004, p. 353. Registro digital: 181911.

> presunción que opera cuando esta prueba no se contrae exclusivamente al requerimiento de los documentos que correspondan al actor; sino a todos los trabajadores que laboran en el centro de trabajo o categoría, ello sin perjuicio de que la parte patronal pueda aportar pruebas para destruir la presunción que su conducta omisa genera en su contra. En cambio, cuando la negativa de la relación laboral conlleve implícita o expresamente a estimar que el demandado no tiene la calidad de patrón, porque no utiliza los servicios de ningún trabajador, no tiene obligación de exhibir documentación alguna, ni se produce la presunción legal indicada. (Cursivas añadidas)

63. Criterio que, como expone la quejosa, fue desatendido por la junta responsable, pero no solo eso, sino que, al igual que cuando se analizó lo relativo a la oferta de trabajo, es evidente que la junta no hizo su estudio desde la perspectiva que requería, de conformidad con el tipo de trabajo y condiciones sociales de la trabajadora.

64. Aunado a ello, como resultado de lo expuesto en esta sentencia sobre la oferta de trabajo, el argumento de que bastaba con que al revertirse la carga sobre el despido la actora era quien debía probarlo, ya deja de cobrar sentido, pues, como se dijo, fue incorrecta la calificación de la oferta y, en consecuencia, también lo es que se determinara que la actora Lucía Romero era quien debía demostrar el despido.

65. Con lo anterior tenemos que, de nueva cuenta, la autoridad laboral responsable no solo dejó de observar el problema a resolver desde las perspectiva en la cual la trabajadora se encuentra en una situación de desventaja, sino que, además, desatendió el criterio obligatorio de la Segunda Sala de la Suprema Corte, que establece la obligación de la parte patronal de guardar los documentos relativos a la relación laboral, aun cuando esta sea una persona física, y en caso de que no los presente en la prueba de inspección, deberán tenerse por presuntamente ciertos.

66. En consecuencia, al resultar *fundado* el concepto de violación, y ya que la propia parte patronal manifestó que no contaba con dicha documentación, al momento de valorar la prueba de inspección, la junta deberá tomar en cuenta dicha manifestación, así como la citada jurisprudencia 2a./J. 26/2004 y la situación real de la quejosa –consistente en que, atendiendo al principio de realidad, la parte patronal es la que puede allegarse de la documentación relativa a la relación laboral–, debiendo tener por presuntamente cierto lo señalado por la trabajadora en su demanda.

67. De igual manera, es también *fundado* el cuarto concepto de violación, en el cual la quejosa sostiene que la junta hizo una incorrecta valoración del testimonio de Guillermina Flores, pues ella solo acudía al domicilio de la demandada Paulina Dueñas de manera ocasional, por lo que no resultaba lógico que realmente le constaran los hechos que supuestamente dijo conocer (horarios de la trabajadora Lucía Romero y que se le había pagado a esta última vacaciones, aguinaldo y que había disfrutado de sus vacaciones).

68. Cabe señalar que, durante el desahogo de dicha probanza, el autorizado de la trabajadora expresó su inconformidad sobre dicha testimonial y, a pesar de ello, la junta la tomó como válida.

69. Debe destacarse que Guillermina Flores señaló que prestaba sus servicios de manicura y pedicura a la demandada Paulina Dueñas y, por ello, estaba en aptitud de manifestar que Lucía Romero tenía un horario de "10:00 a 3:00 y de 5:00 a 8:00 de la noche" y que se dio cuenta de que la demandada sí pagó a la actora el aguinaldo y disfrutó de sus vacaciones.

70. Tal y como se señaló, el estudio que llevó a cabo la junta sobre este medio de convicción también adolece de hacerse bajo una óptica en la cual atienda la situación real y de poder que tiene no solo la trabajadora actora, sino la propia testigo, con la parte patronal.

71. Ello porque, por un lado, la junta debió sopesar las actividades que la testigo dijo que realizaba, a saber, servicios de manicura y pedicura, los cuales, acorde a lo expresado por la Real Academia Española, se refieren al cuidado estético de las uñas de manos y pies,[46] labores que evidentemente no se pueden llevar a cabo de manera diaria, ni a toda hora, con lo cual resulta poco creíble que Guillermina Flores pudiera haber sido testigo del horario que diariamente desempeñaba la quejosa, o que le constara cuando disfrutaba de sus vacaciones, o si le fue pagado el aguinaldo, pues –por las propias actividades que desempeñaba– es lógico que no acudiera al domicilio de Paulina Dueñas todos los días, que también es el lugar de la fuente de trabajo.

72. Aunado a ello, y como lo externó el autorizado de la actora en el desahogo de la prueba testimonial, la imparcialidad de la testigo resulta algo cuestionable, y aunque el autorizado lo hizo bajo la idea de también ser trabajadora de la demandada Paulina Dueñas, debe destacarse que, al igual que con la actora, es visible la relación de poder que existe entre la patronal y esta testigo, pues no solo hay una relación de trabajo, sino de necesidad del mismo y, en consecuencia, resulta válido poner en tela de juicio que lo que expone la testigo pueda ser tomado en cuenta, pues, en realidad, no se tiene la certeza de si lo que expuso lo hizo con el afán de mantener su empleo.

73. En consecuencia, y al resultar *fundado* el motivo de disenso, debe concederse la protección para que la junta vuelva a valorar el medio de convicción bajo la perspectiva que se señala, tomando en consideración lo señalado por el autorizado de la actora.

74. Por último, es *infundado* el tercer concepto de violación, en el cual la quejosa sostiene que en el laudo se analizó de manera incorrecta la excepción de prescripción, pues considera que esta no es aplicable para las prestaciones consistentes en vacaciones, pago de horas extras, entre otros, previstos en el apartado B del artículo 123 constitucional.

---

[46] Real Academia Española, *https://www.rae.es/*

75. Primeramente, aunque la quejosa hizo referencia al apartado B del artículo 123 constitucional, debe entenderse que alude al apartado A, que es el que regula las relaciones de trabajo entre particulares, pues el B se refiere a los trabajadores al servicio del Estado.

76. Ahora bien, es infundado su argumento, pues –contario a lo señalado por la trabajadora quejosa– es correcto que la junta considerara que la acción para ejercer su derecho respecto del pago de las prestaciones aludidas se encontraba prescrito respecto del periodo más allá de 12 meses, pues el propio artículo 516[47] de la Ley Federal del Trabajo estable dicho plazo.

77. Es decir, la junta solo atendió al contenido de la norma y, por ende, su actuar resulta legal. Apoya dicha determinación la Tesis aislada 2a. LXVI/2002 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que establece que, tratándose de materia laboral, la prescripción solo atiende a la pérdida de derechos, tal y como aconteció en el caso de la actora. La tesis mencionada es de contenido siguiente:

> Prescripción en materia laboral. Solo se contempla la que se refiere a la pérdida de derechos por no ejercerlos en su oportunidad. Del concepto de prescripción proporcionado por la doctrina bajo las dos vertientes que comprende, esto es, por un lado, la adquisitiva y, por otro, la pérdida de un derecho por el simple transcurso del tiempo, se observa que en materia laboral únicamente se contempla el segundo supuesto, es decir, la prescripción negativa o pérdida de un derecho por no ejercerse oportunamente.[48]

78. En las relatadas circunstancias, debe concederse la protección solicitada para el efecto de que la responsable:

A. Deje insubsistente el laudo combatido.

B. De conformidad con los lineamientos de esta ejecutoria, emita uno nuevo en el que califique de mala fe la oferta de trabajo y, en consecuencia, determine que es carga de la demandada acreditar la inexistencia del despido.

C. Entre los medios de convicción que deberá valorar la responsable, al valorar la prueba de inspección, la junta deberá considerar que la demandada se encuentra obligada a presentar la documentación requerida y que, en caso de no hacerlo, se tendrán por presuntamente ciertos los hechos señalados por la actora en su demanda, de conformidad con lo expresado en la presente resolución.

---

47 Artículo 516. Las acciones de trabajo prescriben en un año, contado a partir del día siguiente a la fecha en que la obligación sea exigible, con las excepciones que se consignan en los artículos siguientes.

48 Consultable en Tesis 2a. LXVI/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, junio de 2002, p. 160. Registro digital: 186746.

D. La junta deberá restarle valor probatorio a la testimonial de Guillermina Flores, acorde a las consideraciones expresadas en la presente ejecutoria.

E. Reitere lo que no fue materia de la concesión.

SEXTO. Requerimiento y término para cumplir con la ejecutoria de amparo. El artículo 104 de la Ley de Amparo dispone que las ejecutorias de amparo deben ser puntualmente cumplidas y que deben notificarse sin demora a las partes; asimismo, aquel precepto legal prevé que en la notificación que se haga a las autoridades responsables se les requerirá para que cumplan con la ejecutoria dentro del plazo de tres días, bajo el apercibimiento de que, de no hacerlo así, sin causa justificada, se impondrá una multa.

Por tanto, con fundamento en lo anterior, se requiere a los integrantes de la autoridad responsable para el efecto de que, en el término de 22 días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la fecha de su notificación, den cumplimiento al fallo protector.

El plazo otorgado se estima razonable, en atención a que el término genérico de tres días es insuficiente para que la autoridad responsable emita un nuevo laudo.

Asimismo, hágaseles saber que, en caso de incumplimiento, con independencia de la imposición de la multa de mérito, se remitirá el expediente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para seguir el trámite de inejecución, mismo que puede concluir con la separación de su puesto y su consignación, en términos de lo previsto por el artículo 105 de la Ley de Amparo.

Por lo expuesto, fundado y motivado se resuelve:

ÚNICO. La **justicia de la Unión ampara y protege** a Lucía Romero contra el acto reclamado, consistente en el laudo dictado en el juicio laboral 412/2008, del índice de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje con residencia en Chilpancingo, Guerrero, el cual quedó precisado en el resultando primero de esta resolución. El amparo se concede para los efectos delineados en el quinto considerando de esta ejecutoria.

Notifíquese, anótese en el registro, envíese testimonio de esta resolución a la junta responsable para que se imponga de su contenido y devuélvanse los autos, y, en su oportunidad, archívese este asunto como concluido.

Comentario
al amparo directo 20/2013. Trabajo del hogar: de la marginación al reconocimiento

Alexandra Haas
Fabiola María Pérez Rodríguez

I. Introducción

Hasta hace poco, el marco jurídico mexicano hacía diferencias inexplicables —discriminatorias, inconstitucionales— entre las trabajadoras del hogar y el resto de los trabajadores del país. Este tipo de empleo se miraba con prejuicios tan antiguos como los que prevalecían en la época colonial. Hay quien afirma que, sin derechos y en la marginación, el trabajo del hogar remunerado es una forma moderna de esclavitud.

¿Por qué un trabajo para el que se emplea a una persona —casi siempre a una mujer— al interior de los hogares no merece el mismo tratamiento que el resto de las categorías laborales? ¿La privacidad de un hogar implica que la norma pública sea inaplicable?

Esta diferencia que históricamente hizo el derecho entre el ámbito público y el privado ya no es válida, ante la evidencia de que el hogar también es un espacio en el que las personas viven acoso, violaciones, actos de violencia, etc. En este sentido, el ámbito de los derechos laborales no se suspende dentro de los hogares cuando en ellos hay una relación laboral como cualquier otra, con sus derechos y obligaciones respectivas.

A pesar de ello, persistió en México un régimen de exclusión de derechos desde la legislación y las prácticas en relación con el trabajo del hogar remunerado. La alineación entre los tres pode-

res de la Unión que crearon, ejecutaron e interpretaron leyes discriminatorias, así como las y los empleadores que abogaron por mantener un sistema de marginación, tuvo como consecuencia que hoy, los 2.5 millones de personas que se dedican al trabajo del hogar[1] y sus familias vivan en extrema precariedad, enfrentando barreras concretas en el acceso a sus derechos.

Entre el 2018 y el 2019 se suscitaron una gran cantidad de cambios que iniciaron con una sentencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Esta tuvo un impacto determinante en la manera en la que los poderes ejecutivo y legislativo miraban este tema. De inmediato, las autoridades administrativas se alinearon con el criterio de la Corte —que consideró inconstitucionales la Ley Federal del Trabajo y la Ley del Seguro Social, que creaban el régimen especial de las trabajadoras del hogar— y, pocos meses después, se aprobaron reformas sustantivas que cambiaron por completo el andamiaje jurídico en esta materia. Para finalizar, pasados unos meses, se ratificó en el Senado el Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo, un reclamo de larga data de las organizaciones de trabajadoras del hogar y del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

Desafortunadamente, como se ha observado en muchos otros campos, los cambios legislativos no consiguen, de manera automática, que cambie la realidad. Persisten los prejuicios, los estereotipos y los estigmas, asociados tanto al machismo —la desvalorización del trabajo del hogar, remunerado y no remunerado— como al clasismo y al racismo —la idea de que ese trabajo lo realizan personas de menor valía por su tono de piel, su pertenencia étnica y su origen social—, que tienen un impacto mayúsculo en cómo viven las personas sus derechos en lo cotidiano.

El sector de la justicia, desafortunadamente, no escapa a esos prejuicios y estereotipos tan arraigados en nuestro país. Mucho antes de que la SCJN hubiera atraído y decidido el caso emblemático de 2018, otros tribunales tuvieron en sus manos la posibilidad

[1] Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Encuesta nacional de ocupación y empleo, 2019, *https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2020/EAP_Trabdom2020.pdf*

de cambiar el paradigma de discriminación que imperaba. Pudieron haber cuestionado, mediante el control de convencionalidad, la constitucionalidad de la legislación, pero no lo hicieron.

El objetivo del presente documento será realizar un breve análisis al amparo directo 20/2013 en materia laboral, emitido por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y del Trabajo del Vigésimo Primer Circuito en el Estado de Guerrero.

En los resolutivos de dicha sentencia, el tribunal no amparó ni protegió los derechos de una trabajadora del hogar. Reiteró el criterio determinado en el laudo de 2011 de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje, por considerar que la actora (la trabajadora del hogar) no había probado todas sus pretensiones, pero que, en sentido contrario, la demandada (la empleadora) había demostrado sus excepciones y defensas.

El tribunal, como instancia revisora del laudo, determinó no amparar a la demandante. Consideramos que ni la junta local ni el tribunal colegiado realizaron una interpretación a la luz de los derechos humanos, incorporando el control de convencionalidad.

Este documento se compone de tres apartados. En el primero se refiere los hechos del caso y el contexto del trabajo del hogar en México; en el segundo, abordaremos el tema de la falta de control de convencionalidad por parte de las autoridades encargadas de resolver el asunto. El tercer apartado versa sobre la carga de la prueba y busca explicar cómo, a través de ese mecanismo, se profundizan las desigualdades y desequilibrios procesales entre partes que nunca estarán en igualdad de circunstancias, como un tema fundamental en la relación entre las trabajadoras del hogar, sus empleadores y el Estado. Finalmente, se proponen algunas conclusiones generales.

II. El caso y su contexto

El juicio, que inició en 2008, fue resuelto con un primer laudo con violaciones procedimentales en 2010. A través de un primer amparo, en 2011, se dejó insubsistente el laudo y se ordenó a la junta la emisión de un nuevo laudo, el cual fue dictado en 2012 y sobre el cual recayó el amparo objeto de este estudio, en el 2013.

Se trata de un proceso que versa, principalmente, sobre la oferta de trabajo realizada a una trabajadora del hogar que se desempeñó durante ocho años en una residencia. Su despido, controvertido en un litigio ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, fue considerado indebido por un laudo que exigía que fuera reinstalada. Sin embargo, una vez aceptada la reinstalación, fue prontamente despedida de nueva cuenta. El amparo que presentó, y que fue resuelto por el tribunal colegiado, tenía como propósito señalar la mala fe de la oferta de trabajo, resultado del laudo.

La oferta del empleo y la posterior reinstalación incluyó condiciones laborales en función del régimen de "trabajos especiales", considerado así entonces por la Ley Federal del Trabajo. Para tal efecto, se ofreció mantener el salario (que había percibido); pagos semanales los sábados, como normalmente se le venían cubriendo, más el incremento al salario mínimo profesional que se autorizara a su categoría; prestación de servicios por tiempo indeterminado, con un horario de 10:00 a 15:00 horas y de 17:00 a 20:00 horas, de lunes a sábado, y descanso los domingos. La oferta también refería las demás prestaciones de ley, aguinaldo, vacaciones, prima vacacional, sin reconocimiento de adeudo alguno, así como el alta en el seguro social.

La junta consideró que el ofrecimiento se había realizado de buena fe y se procedió a la reinstalación de la trabajadora en el empleo el 11 de diciembre de 2008. Ese mismo día, la trabajadora, después de ser reinstalada, solicitó permiso para llevar a su hijo a su domicilio y señaló que regresaba. Posterior a esto, la demandada, a través de su representante, acudió a declarar ante la Junta de Conciliación y Arbitraje el abandono del empleo por parte de la trabajadora del hogar.

Días después, la trabajadora del hogar presentó un escrito alegando un segundo despido injustificado. La sentencia reconoció lo siguiente:

> [...] toda vez que el ofrecimiento fue calificado de buena fe y aceptado por la accionante, es procedente arrojarle la carga de la prueba a la parte actora, para acreditar que fue despedida injustificadamente de su trabajo, el día 28 de junio de 2008, respecto de la situación

> donde la actora aduce un segundo despido, dicha circunstancia es motivo de otro juicio, además debió haber aportado pruebas respecto de esta situación, lo cual no hizo, sino que únicamente se limitó a hacer una simple manifestación [...].[2]

Posteriormente citó la siguiente tesis jurisprudencial para "reforzar" su argumento:

> Ofrecimiento de trabajo. Su calificación cuando en el propio juicio se afirma un segundo despido posterior a la reinstalación del trabajador. *La calificación de buena o mala fe del ofrecimiento de trabajo se determina analizando los antecedentes del caso, la conducta de las partes y las circunstancias relativas,* de manera que habrá buena fe cuando aquellas situaciones permitan concluir que la oferta *revela la intención del patrón de continuar la relación de trabajo y, por el contrario, existirá mala fe cuando el patrón intenta burlar la norma que le impone la carga de probar la justificación del despido*; de ahí que deban atenderse todas las actitudes de las partes que puedan influir en esa calificación. Por ello, cuando en el juicio laboral el trabajador reinstalado con motivo de la aceptación de la oferta de trabajo se dice nuevamente despedido y hace del conocimiento de la Junta tal circunstancia para justificar la mala fe del ofrecimiento en el mismo juicio donde se ordenó la reinstalación, ese hecho debe considerarse para la calificación de la oferta respectiva, debiendo inclusive, recibirse las pruebas con las que pretenda demostrar su aserto (con fundamento en el artículo 881 de la Ley Federal del Trabajo, toda vez que se trata de hechos supervenientes acontecidos con posterioridad a la celebración de la audiencia), pues en caso de acreditarlo, será evidente que la oferta no se hizo con la finalidad real de reintegrarlo en sus labores, sino con la de revertirle la carga de la prueba, lo que además deberá ser objeto de análisis en el laudo que se emita para determinar, junto con otros factores, si dicho ofrecimiento de trabajo fue de buena o mala fe.[3] (Cursivas añadidas)

La junta determinó la existencia de un ofrecimiento de buena fe con base en los elementos determinados por la jurisprudencia, tales como los antecedentes del caso, la conducta de las partes

---

[2] Amparo directo en materia laboral 20/2013, p. 13.

[3] Tesis de jurisprudencia 2a./J. 93/2007, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 989. Registro digital: 172461.

y las circunstancias relativas, pues consideró que solo el ofrecimiento bastaba para determinar la intención de continuar con el empleo. Desde nuestro punto de vista, no consideró que las conductas, los antecedentes y los hechos recientes —entre otros, dar aviso urgente de abandono a la propia junta de conciliación— fueron indicativos de una conducta que pretendía burlar el objeto de la norma e invertir la carga de la prueba a la trabajadora del hogar.

La sentencia de amparo valoró el ofrecimiento del empleo (o reinstalación) como una oferta de buena fe; sin embargo, se observan diversas circunstancias que indican que dicho ofrecimiento estuvo viciado y preparado de manera ventajosa para que, en el momento oportuno, se invirtiera la carga de la prueba (por un supuesto abandono del empleo) en contra de la trabajadora del hogar.

Consideramos que esas circunstancias específicas —particularmente el contexto de los hechos controvertidos— deben ser tomadas en cuenta por quienes imparten justicia. Resulta especialmente delicado un caso cuando los medios de subsistencia de una persona están directamente relacionados con las actividades y derechos que demanda. En este caso, de acuerdo con los datos sociodemográficos disponibles, es fácil identificar la particular situación de discriminación que viven las trabajadoras del hogar.

De acuerdo con la Encuesta Nacional sobre Discriminación 2010, cuyos datos concretos sobre trabajadoras del hogar se sistematizaron en un cuadernillo específico, más del 90% de las trabajadoras del hogar en México no contaban con un contrato formal de trabajo, ni tenían acceso a las prestaciones laborales como aguinaldo o prima vacacional.[4] Además, el 50% de las personas encuestadas refirió que tenía jornadas de todo el día.

De acuerdo con el mismo documento, el mayor problema que percibían las trabajadoras del hogar en aquel momento era la falta de pago frente a un exceso de trabajo. Este es un sector particularmente vulnerable a la violación de sus derechos laborales

[4] Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), *ENADIS 2010. Resultados sobre trabajadoras domésticas*, México, CONAPRED, 2011, p. 34.

que, en el año en que se dictó la sentencia, ni siquiera tenía un sindicato.

Instancias judiciales habían señalado, en otros casos, que las trabajadoras del hogar debían tener flexibilidad respecto a los horarios (al no cobrar horas extras), porque —según sus argumentos— predomina "la convivencia con el núcleo familiar para el que laboran", sin reconocerle, a ella misma, la posibilidad de pedir flexibilidad para atender sus propios asuntos personales.[5]

III. El contexto constitucional: el control de convencionalidad *ex officio*

El 10 de junio de 2011 se publicó una reforma constitucional de gran calado. A partir de ese momento se actualizaron los preceptos de derechos humanos, se precisaron las jerarquías de normas y se aclaró el lugar que ocupan en nuestro sistema jurídico los instrumentos internacionales ratificados por México, entre otros cambios fundamentales. Esta reforma transformó (o debió hacerlo) radicalmente la impartición de justicia. Tal fue el alcance de esta reforma en derechos humanos —y el del amparo que se publicó unos días antes— que la propia SCJN determinó un cambio de Época del *Semanario Judicial de la Federación*.

Unos meses después de la publicación de la reforma mencionada, la propia Corte emitió un criterio que, de haber sido tomado en cuenta al momento de dictar la sentencia que se comenta, pensamos que habría cambiado el sentido de la sentencia. Dicho criterio versa sobre la obligatoriedad de aplicar control de convencionalidad *ex officio* por parte de las autoridades jurisdiccionales.

> Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad. De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito

[5] Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, amparo directo 5753/2005, *https://vlex.com.mx/vid/tribunales-colegiados-circuito-aislada-27183304*

de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no solo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, *en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior.* Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), *sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia*.[6] (Cursivas añadidas)

El control de convencionalidad planteado en el criterio expuesto anteriormente "consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), sus Protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que interpreta de manera 'última' y 'definitiva' el Pacto de San José".[7]

[6] Tesis aislada P. LXVII/2011, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, lib. III, t. I, diciembre de 2011, p. 535. Registro digital: 160589.

[7] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", *Estudios Constitucionales*, Chile, año IX, núm. 2, 2011, pp. 531-622.

En este caso, tanto la junta como el tribunal debieron haber realizado una interpretación conforme, entendida como la

> [...] respuesta efectiva a la doctrina del control de convencionalidad que desde hace cuatro años ha desarrollado de manera consistente la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que vincula al Poder Judicial de los Estados a "tener en cuenta" a la Convención Americana de Derechos Humanos (sic) y la interpretación que de la misma realiza la Corte interamericana en sus fallos; es decir, se trata de una tarea precisamente en clave hermenéutica.[8]

Todos los casos que vertían sobre los derechos y obligaciones de las trabajadoras del hogar y sus empleadores fueron oportunidades perdidas por los tribunales de realizar un análisis de la legislación vigente en materia de derechos laborales de las trabajadoras del hogar, su exclusión injustificada del régimen obligatorio de la seguridad social, el carácter injusto de los horarios que imponía en ese momento la Ley Federal del Trabajo y, en general, el trato discriminatorio y marginalizador —e inconstitucional— que daba el marco jurídico mexicano a este tipo de trabajo. En el caso particular del trabajo del hogar, se trata de un tipo de discriminación verdaderamente estructural, en el que las leyes y las instituciones eran explícitamente discriminatorias.

El tema central de esta sentencia —el que revela con mayor claridad la falta de atención a la jurisprudencia de la SCJN citada en este apartado— es el acceso de la trabajadora del hogar a la seguridad social. En el caso bajo análisis, ni la junta ni el tribunal colegiado realizaron el control de convencionalidad que les hubiera llevado a cuestionar por qué la ley aplicable hacía una distinción injusta a través del régimen especial al que adscribía a las trabajadoras del hogar.

Es verdad que el acceso a la seguridad social es una problemática que excede a las trabajadoras del hogar. Existen grandes desigualdades en el acceso a los servicios de salud, de cuidados, a las pensiones, entre otros, por la fragmentación de un sistema

---

[8] Caballero Ochoa, José Luis, "La cláusula de interpretación conforme y el principio pro-persona (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución)", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma,* México, IIJ-UNAM, 2011, serie Doctrina Jurídica núm. 609, p. 119.

que le otorga prestaciones, principalmente, a las personas que tienen un empleo formal. También está documentado en la Encuesta Nacional sobre Discriminación de 2017 que los perfiles de las personas que tienen acceso a empleos bien remunerados y formales, que son reconocidos por los sistemas de seguridad social, tienen componentes de tono de piel, género y pertenencia étnica que son relevantes en la práctica. Asimismo, está claro que el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), el sistema de seguridad social más amplio de nuestro país, está sobrepasado por un equilibrio financiero precario.

Sin embargo, las trabajadoras del hogar (cuyo perfil sociodemográfico acumula desventajas históricas) enfrentaban una barrera adicional: la formalidad legal de su exclusión de la seguridad social y, también por vía de ley, una jornada laboral más extensa que la de todos los demás trabajadores del país.

Años después, la SCJN determinó, en la histórica sentencia del amparo 9/2018, que:

> [...] la Ley del Seguro Social genera que la labor doméstica se encuentre excluida del régimen obligatorio del Seguro Social, lo cual perjudica desproporcionadamente a las mujeres pues, a pesar de haberse redactado en términos neutrales desde el punto de vista de género, la labor del hogar es realizada preponderantemente por mujeres, de ahí que sus efectos tengan un impacto negativo que afecta principalmente a las mujeres trabajadoras. El artículo 12, fracción I de la "[Ley del Seguro Social] permite a diversos trabajadores sujetos al régimen de trabajos especiales, entre los que se encuentra el trabajo doméstico, ser inscritos en el régimen obligatorio del IMSS, por lo que no se advierte razón alguna que justifique que la labor doméstica quede excluida del referido régimen de seguridad social. Por el contrario, se consideró que esa diferenciación implica de suyo una vulneración del Estado mexicano al principio de accesibilidad del derecho humano a la seguridad social. Se consideró que, con el referido trato discriminatorio, excluir al trabajo doméstico del régimen obligatorio del Seguro Social ha generado y permitido que se incremente la condición de vulnerabilidad de un grupo que es de por sí vulnerable: las mujeres trabajadoras del hogar [...].[9]

[9] SCJN, Segunda Sala, amparo directo 9/2018, 5 de diciembre de 2018, ponente Albero Pérez Dayán, *https://www.scjn.gob.mx/derechoshumanos/si-*

Sin embargo, en este caso no solo se aprecia una falta de análisis respecto del marco jurídico sustantivo, sino también sobre el tema procesal.

IV. La carga de la prueba

La trabajadora del hogar del caso en comento señaló que desde el año 2001 prestaba sus servicios a la demandada. En la inspección ofrecida a los documentos con los que debía contar la empleadora, esta argumentó que no contaba con ellos y que no tenía un contrato individual de trabajo, señalando que, dada la naturaleza de las funciones que desempeñaba en la intimidad de su hogar, no era necesario. Si bien este requisito de formalidad puede ser obviado, en ningún momento la junta previno a la demandada sobre las posibles afectaciones y violaciones en las que incurría por dicha omisión.

Asimismo, no presentó evidencia de pago de salarios, vacaciones, aguinaldos, ni ninguna otra prestación, mucho menos de registro de pagos ante el IMSS. La defensa de la demandada argumentó que no existía obligación de contar con dicha información, en relación con lo dispuesto en el artículo 804, fracción V, de la Ley Federal del Trabajo, el cual determina el periodo en el que deberán conservarse los documentos señalados.

Sin embargo, la junta consideró que podría presentar la documentación correspondiente a un año atrás, cosa que la demandada argumentó no llevar consigo el día de la audiencia. La junta no la apercibió ni multó ante dicha negativa. Esta situación, que al parecer puede encontrarse dentro de los límites de la ley, deja en desprotección a la demandante, dado que la carga de la prueba en ese entonces, respecto a la presentación del contrato individual de trabajo y sobre el pago de salarios y demás prestaciones, correspondía a la demandada, en ejercicio de la naturaleza protectora y tutelar del derecho laboral.

Durante el juicio laboral, la demandada no negó la relación laboral, pero sí la existencia de un contrato de trabajo; sin em-

tes/default/files/sentenciasemblematicas/resumen/2020-02/Resumen%20AD9-2018%20DGDH.pdf

bargo, sí fueron descalificados los años de servicio. La autoridad debió requerir de oficio la documentación que ofreció la trabajadora en su prueba inspeccional, puesto que no solo se estaba juzgando sobre la relación laboral, sino además sobre la calidad, cantidad y antigüedad en las prestaciones a las cuales legalmente tenía derecho.

Un elemento crucial de este caso es la carga de la prueba. La propia jurisprudencia señala que la reinstalación en el empleo tiene que ser de buena fe, esto es, revelar una verdadera intención por parte del patrón de continuar con la relación de trabajo y no una mera intención de burlar la carga de probar la justificación del despido, para después, de nueva cuenta, despedir a la trabajadora invirtiéndole la carga de probar su carácter injustificado.

Revertir la carga de la prueba no debe realizarse sin un análisis adecuado previo, y mucho menos cuando la persona que ahora debe probar es colocada en mayores desventajas que en las que se encontraba en un inicio del procedimiento. Es importante que la doctrina, la evolución legislativa y jurisprudencial comiencen a llevar al derecho hacia un concepto más evolucionado y protector de los derechos humanos. Incluso, deben distanciarse de las reglas probatorias tradicionales que no consideraron las condiciones de desventaja sistémica, histórica e interseccional que han enfrentado las mujeres, no solo por su condición de trabajadora subordinada, sino también por razones de género, y condiciones de empobrecimiento, como es el caso de las trabajadoras del hogar.

En los últimos años ha sido desarrollada, particularmente en Argentina y España, la teoría denominada “carga dinámica de la prueba”, misma que

> [...] es conocida como la posibilidad de trasladar esta carga de probar los hechos a la parte que está en mejores condiciones para hacerlo, es así que se ha establecido que la inversión de la prueba pretende determinar sobre quien pesan los esfuerzos de probar en función de las posibilidades de producir la prueba; es decir, parte del interrogante de quien (sic) es la persona que está en mejores condiciones para probar los hechos. Esta circunstancia, en el ám-

bito internacional, ha sido generada para la protección de los derechos humanos [...].[10]

La regla de la carga probatoria dinámica busca resolver las situaciones de desventaja e indefensión que se producen con la aplicación de las reglas tradicionales, incluso en materia civil y mercantil, donde históricamente se había partido de la premisa de la igualdad entre las partes. La desigualdad material entre las partes es considerada en la regla de la carga probatoria dinámica, buscando resolver el desbalance entre quien tiene la carga de probar y quien tiene la posibilidad de hacerlo.

El carácter evolutivo de los derechos humanos debe mostrar una correspondencia entre el desarrollo sustantivo y el procedimental. En este sentido, es necesario revalorar las reglas de la carga probatoria que permitan considerar el carácter sistémico de discriminación y las desventajas que enfrentan las mujeres y colectivos históricamente discriminados, como, en el presente caso, las trabajadoras del hogar. La teoría de la carga probatoria dinámica podría colaborar a que asuntos como el que se comenta sean resueltos compensando las desventajas particulares entre las partes, a fin de brindar una solución justa.

V. Conclusiones

A partir de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, se estableció que las normas secundarias debían leerse e interpretarse a la luz de los contenidos constitucionales y convencionales. En atención con ello, y para darle claridad al mandato, la SCJN señaló que los tribunales debían realizar el control de constitucionalidad *ex officio,* mediante el cual "los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior". Sin embargo, ni la Junta Local de

[10] Castañeda Quintana, Luisa Fernanda *et al.*, "El contexto como materialización de la prueba indiciaria en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Nueva Época,* Colombia, núm. 37, pp. 102 y 103.

Conciliación y Arbitraje ni el tribunal colegiado que conocieron de este caso valoraron las desigualdades estructurales entre las partes.

En los últimos años se lograron avances fundamentales, incluyendo la sentencia al amparo directo 9/2018 de la Segunda Sala de la SCJN, las reformas a la Ley Federal del Trabajo y la Ley del Seguro Social, para eliminar los regímenes especiales de supuesta protección a los derechos de las personas trabajadoras del hogar y la instrumentación de un programa piloto para la incorporación de las trabajadoras del hogar a la seguridad social en el IMSS. Sin embargo, la precariedad, la explotación y la falta de acceso a la justicia son problemas profundos que requieren de medidas de nivelación, igualación y acciones afirmativas, para remontar años de exclusión y de discriminación.

En lo que concierne a los órganos de impartición de justicia, es preciso observar que sus decisiones no son neutrales y están impregnadas de los mismos prejuicios, estereotipos y estigmas que suelen encontrarse en la sociedad. Por ello, al cambio legislativo, a la jurisprudencia de la SCJN y a las políticas públicas se debe sumar un esfuerzo sostenido de cambio cultural. Sin ello, no habrá manera de lograr que cambie la realidad para los 2.4 millones de trabajadoras del hogar.

Fuentes de consulta

Amparo directo en materia laboral 20/2013.

Caballero Ochoa, José Luis, "La cláusula de interpretación conforme y el principio pro-persona (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución)", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IIJ-UNAM, 2011, serie Doctrina Jurídica núm. 609.

Castañeda Quintana, Luisa Fernanda *et al.*, "El contexto como materialización de la prueba indiciaria en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Nueva Época,* Colombia, núm. 37.

CONAPRED, *ENADIS 2010. Resultados sobre trabajadoras domésticas*, México, CONAPRED, 2011.

Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, amparo directo 5753/2005, *https://vlex.com.mx/vid/tribunales-colegiados-circuito-aislada-27183304*

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", *Estudios Constitucionales*, Chile, año IX, núm. 2, 2011.

INEGI, *Encuesta nacional de ocupación y empleo*, 2019, *https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2020/EAP_Trabdom2020.pdf*

SCJN, Segunda Sala, amparo directo 9/2018, 5 de diciembre de 2018, ponente Albero Pérez Dayán, *https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/resumen/2020-02/Resumen%20AD9-2018%20DGDH.pdf*

Tesis aislada P. LXVII/2011, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, lib. III, t. I, diciembre de 2011, p. 535. Registro digital: 160589.

Tesis 2a./J. 93/2007, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 989. Registro digital: 172461.

SECCIÓN IV
SENTENCIA EN MATERIA DE INTERRUPCIÓN LEGAL DEL EMBARAZO

Resumen
de la resolución original

Datos. Sentencia del amparo indirecto 358/2015-3 emitida el 29 de mayo de 2015 por el Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Hidalgo. Sentencia del fuero común del estado de Hidalgo.

Hechos El 13 de enero de 2015, la quejosa, de 16 años, fue víctima de una violación de la cual quedó embarazada. El 20 de febrero del mismo año acudió ante el Ministerio Público a presentar una denuncia. Mediante un peritaje en materia de psicología se determinó que no se encontraban rasgos para determinar que ella hubiese sufrido violencia sexual. Asimismo, se le negó la autorización para la interrupción legal del embarazo, al considerar que no se cumplió cabalmente con los requisitos establecidos en el artículo 158, fracción II, del Código Penal del Estado de Hidalgo, específicamente el relativo a que el hecho delictivo se hubiere denunciado antes de tener conocimiento del embarazo. Inconforme, la víctima interpuso una demanda de amparo indirecto.

Determinación El juez segundo de distrito en el estado de Hidalgo determinó sobreseer el juicio respecto de la perito en psicología, al no considerarla como autoridad responsable para efectos del juicio (causal de improcedencia prevista en la frac. XXIII del art. 61, en relación con los numerales 1, frac. I, y 5, frac. II, de la Ley de Amparo). Asimismo, determinó negar el amparo respecto a los demás actos reclamados, al estimar que no se cumplieron los requisitos establecidos en el artículo 158, fracción II, del Código Penal para el Estado de Hidalgo para una interrupción legal del embarazo.

Sentencia del amparo indirecto 358/2015-3 del Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Hidalgo sobre la interrupción legal del embarazo en el delito de violación

Ana Gaitán Uribe

29 de mayo de 2015. VISTOS para resolver los autos del juicio de amparo 358/2015-3 y,

1. PRIMERO. Antecedentes. El 13 de enero de 2015, la quejosa, Carolina Pomelo, de 16 años,[1] fue víctima de una violación. Posterior a ello comenzó a sentir molestias como dolor de estómago y vómito, lo cual comentó a su mamá y esta la llevó al doctor, quien le dijo que tenía bichos y le recetó una medicina. Al no desaparecer las molestias, el 19 de febrero de 2015, su mamá le practicó una prueba de embarazo, misma que salió positiva, siendo hasta ese momento que Carolina Pomelo le comentó a su madre lo que le había ocurrido.

2. Por ello, el 20 de febrero del mismo año acudió ante la Agencia del Ministerio Público de la Unidad de Investigación sin Detenido, adscrita a la Coordinación General de Atención a la Familia y a la Víctima de Pachuca, Hidalgo, a presentar una denuncia por el delito de violación. Mediante peritaje en materia de psicología, de 4 de marzo de 2015, se concluyó que no se encontraban rasgos para determinar que hubiese sufrido violencia sexual. Asimismo, mediante acuerdos de 5, 6 y 19 de marzo de 2015 se le negó la autorización para la interrupción legal del embarazo, al considerar que no se cumplió cabalmente con los requisitos establecidos en el artículo 158, fracción II, del Código Penal para el Estado de Hidalgo, específicamente el relativo a que el hecho delictivo se hubiere denunciado antes de tener conocimiento del embarazo.

3. SEGUNDO. Conceptos de violación. Los conceptos de violación formulados por la parte quejosa no se transcribirán, sin que lo anterior releve a esta juzgadora de cumplir con los principios de congruencia y exhaustividad contenidos en los artículos 74 y

[1] El nombre de la víctima ha sido modificado para los propósitos del presente trabajo. La edad de la quejosa no se especifica en la sentencia original, pero fue obtenida de la información provista en la reasunción de competencia 114/2015, por la que la Suprema Corte de Justicia reasumió la competencia del caso.

75 de la Ley de Amparo. De igual manera, en términos del artículo 79, fracción II, de la Ley de Amparo, el estudio de los argumentos de la parte quejosa se realizará, en su caso, supliendo la deficiencia de la queja, toda vez que tiene la calidad de menor. Asentado lo anterior, en la demanda de amparo, la parte quejosa hizo valer, en síntesis, los siguientes conceptos de violación:

4. En su **primer concepto de violación**, la parte quejosa argumentó que la fracción II del artículo 158 del Código Penal para el Estado de Hidalgo es inconstitucional, pues limita la temporalidad para interrumpir el embarazo producto de una violación, pudiendo potencialmente causar un daño a su salud integral. Así, el Congreso del Estado de Hidalgo vulnera el derecho de mujeres y niñas, al no tomar en consideración diversos factores, como lo son los riesgos a su salud física, mental y social.

5. En su **segundo concepto de violación** precisó que la fracción II del artículo 158 en comento contiene rasgos discriminatorios, en los siguientes elementos:

A. Condiciona la interrupción legal del embarazo a la presentación de una denuncia, con lo cual se invade la vida privada de las mujeres.

B. Requiere la intervención del Ministerio Público o del juez o jueza para autorizar la interrupción legal del embarazo producto de una violación. Sin embargo, no hay justificación objetiva y razonable para hacerlo.

C. Supedita, sin fundamento objetivo y razonable, la autorización para interrumpir el embarazo producto de una violación a la condición de que tal hecho haya sido denunciado antes de tener conocimiento de la concepción. Esto representa una vulneración a la dignidad de las mujeres, al poner en duda su dicho al momento de denunciar y solicitar este servicio, de tal forma que, si las mujeres no denuncian antes de saber que de la violación resultó un embarazo, de acuerdo con el artículo reclamado, la autorización se negaría.

D. Requiere la comprobación del cuerpo del delito lo cual retrasa la prestación de un servicio que ha sido considerado como de emergencia en términos de la Ley General de Víctimas.

E. Además, señaló que la porción normativa que se impugna es discriminatoria, puesto que:

i) niega a las mujeres el acceso efectivo a la interrupción del embarazo producto de una violación en los supuestos en los cuales no se cumplan con los requisitos señalados, con lo cual se vulneran los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, y

ii) restringe los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia, a la integridad personal y a la no injerencia arbitraria del Estado en el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, así como al libre desarrollo de la personalidad y a la salud.

6. TERCERO. Estudio de fondo. Por razones metodológicas, los conceptos de violación de la quejosa se dividirán en aquellos correspondientes a cuestiones de constitucionalidad y aquellos referentes a cuestiones de legalidad.

I. Análisis de constitucionalidad

7. El artículo 158, fracción II, del Código Penal para el Estado de Hidalgo, a la letra, dispone:

> Artículo 158.- El aborto no será punible:
>
> […]
>
> II.- Cuando el embarazo sea resultado de hechos denunciados como posiblemente constitutivos del delito de violación o de la conducta típica prevista por el Artículo 182 de este Código, siempre que el aborto se autorice y practique dentro de los noventa días a partir de la concepción, y el hecho se haya denunciado antes de tenerse conocimiento de esta. En tales casos, deberá solicitarlo la mujer, bastará la comprobación del cuerpo del delito para que el ministerio público o el juez lo autorice, si aquella fuere de condición económica precaria, los gastos correspondientes serán a cargo del Estado;
>
> […].

I.1. Límite temporal de "noventa días a partir de la concepción"

8. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia desarrolló una herramienta argumentativa que permite comprobar la validez de las normas que incidan en el goce de un derecho humano. Dicha herramienta se ha denominado "test de proporcionalidad o de razonabilidad jurídica", y consiste en verificar los siguientes criterios: *a)* la identificación de una finalidad constitucionalmente legítima y admisible; *b)* la idoneidad y necesidad de la medida para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional de que se trata, y *c)* que la restricción en estudio sea proporcional en sentido estricto. En virtud de que el artículo en comento establece un límite temporal, se analizará su constitucionalidad a la luz del test de proporcionalidad.[2]

9. En cuanto al primer peldaño, consistente en la identificación de una finalidad constitucionalmente legítima y admisible, esta debe ser valorada ya sea con base en lo expuesto

---

[2] Véase también: Restricciones a los derechos fundamentales. Elementos que el juez constitucional debe tomar en cuenta para considerarlas válidas. Tesis de jurisprudencia 1a./J. 2/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. V, t. 1, febrero de 2012, p. 533. Registro digital: 160267. Y jurisprudencia de rubro: Garantías individuales. El desarrollo de sus límites y la regulación de sus posibles conflictos por parte del legislador debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica. Tesis de jurisprudencia P./J. 130/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 8. Registro digital: 170740.

en el proceso legislativo, o bien, conforme a lo expresado en el propio texto de la ley. No obstante, si el legislador omite expresar las razones por las cuales considera necesario emitir una norma, esto no conlleva que, por ese solo hecho, resulte inconstitucional el precepto legal, pues con ello no se determina inequívocamente el resultado del test de constitucionalidad respectivo.[3]

10. En el presente caso, al no encontrar la motivación en el proceso legislativo, partiremos de la presunción de que la finalidad es la protección de la vida en gestación, teniendo como primera consideración la incertidumbre biomédica de cuándo inicia la misma. En efecto, los instrumentos en materia de derechos humanos no definen el momento en el cual inicia la protección del derecho a la vida, ni desde qué momento el ser humano es sujeto de protección.[4] El único tratado internacional que hace referencia a un momento específico para el inicio de la protección del derecho a la vida es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece un momento a partir del cual, "en general", debe ser protegida la vida.

11. Por el contrario, la ciencia y la medicina consideran a la gestación como un acontecimiento largo y complejo, donde se desarrollan procesos, no eventos instantáneos, que se llevan a cabo en diferentes etapas de la diferenciación, el crecimiento y el desarrollo de un futuro nuevo ser humano. Por tanto, al no existir criterios biomédicos indiscutibles que permitan precisar el momento exacto en que el nuevo organismo en desarrollo, dentro del útero materno, pueda o deba empezar a considerarse persona o vida, parecería que un criterio temporal de "noventa días a partir de la concepción" para que una mujer pue-

---

3 Dada la posición constitucional del legislador, en virtud de su legitimidad democrática, no se exige que toda diferenciación normativa deba ser justificada en la exposición de motivos o bien, en todo el proceso legislativo, sino que es suficiente que la finalidad perseguida sea constitucionalmente aceptable. Sirven de apoyo las siguientes tesis: Leyes. Alcance del contenido de los documentos que integran el proceso legislativo para fijar su sentido. Tesis aislada P. III/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, febrero de 2005, p. 98. Registro digital: 179277; Norma tributaria. Supuesto de excepción en el que no se requiere que la autoridad emisora exponga los argumentos que justifican el trato diferenciado que aquélla confiere. Tesis de jurisprudencia P./J. 36/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, abril de 2010, p. 5. Registro digital: 164751; Fundamentación y motivación de leyes que dan trato desigual a supuestos de hecho equivalentes. No necesariamente derivan de la exposición de motivos de la ley correspondiente o del proceso legislativo que le dio origen, sino que pueden deducirse del precepto que lo establezca. Tesis aislada 2a. XXVII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, marzo de 2009, p. 470. Registro digital: 167712.

4 Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. Resuelta en Pleno el 28 de agosto de 2008, en donde –por mayoría de ocho votos de los señores ministros Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas y Silva Meza– se resolvió declarar infundadas las acciones de inconstitucionalidad y reconocer la validez de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, pp. 165 y 166.

da interrumpir su embarazo sería arbitrario e iría en perjuicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

12. En esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), al analizar la práctica generalizada de técnicas de reproducción asistida, determinó que la vida prenatal conlleva una protección gradual e incremental –y no absoluta–, por lo que el embrión no puede ser entendido como persona.[5] En efecto, los óvulos fecundados, los embriones y los fetos, en particular durante las primeras semanas del desarrollo, no poseen muchas de las características que reconocemos como constitutivas del ser humano. Incluso si durante el embarazo emergen gradualmente las características morfológicas, anatómicas y funcionales de un nuevo organismo humano, no es posible dibujar una línea absolutamente definida, ni científica ni ética, para definir el instante a partir del cual ese organismo se vuelve persona.[6]

13. No obstante, hay autores que sostienen que la humanidad está asociada a "cuando la corteza [cerebral] existe como una entidad funcional".[7] Los investigadores relacionan tal momento con el desarrollo de las conexiones nerviosas entre el tálamo y la corteza cerebral: estas conexiones permiten que las diversas aferencias sensoriales (táctiles, dolorosas, térmicas) que se concentran en el tálamo establezcan, desde allí, su gradual integración "consciente" a nivel de corteza. Dicha penetración de las fibras tálamo-corticales sucede entre la semana 23-27 del embarazo, pero el registro eléctrico cortical a los estímulos sensoriales no se detecta antes de la semana 28-29.[8]

14. En este sentido, desde un punto de vista clínico y legal, pero también filosófico y religioso, la ausencia de actividad cerebral se considera, de manera prácticamente universal, como criterio de muerte de un individuo, de manera que permite la remoción y

---

5 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación* in vitro*) vs. Costa Rica.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 257, párr. 256.

6 Véanse Álvarez-Díaz, Jorge Alberto, "El estatus del embrión humano desde el gradualismo", *Gaceta Médica*, México, vol. 143, núm. 3, 2007, p. 75; Soutullo, Daniel, "El pensamiento biológico y los embriones humanos", *Ludus Vitales, Revista de Filosofía y Ciencias de la Vida*, vol. X, núm. 18, 2002, p. 10, *http://www.pensamientocritico.org/dansou0903.htm;* Muñoz Rubio, Javier, "El discontinuo desarrollo embrionario-fetal", en Flores, Javier (comp.), *Foro sobre la despenalización del aborto: respuesta social frente a las controversias constitucional,* México, UNAM, 2009, pp. 269-271.

7 Véase Morowitz, Harold J. y Trefil, James S., *La verdad sobre el aborto. ¿Cuándo empieza la vida humana?,* Barcelona, Ediciones Martínez Roca, 1993, p. 22.

8 Véase Tapia, Ricardo, "Aspectos genómicos y neurobiológicos de la formación de la persona durante el desarrollo intrauterino", *Hoja Informativa GIRE*, octubre de 2009, *http://www.gire.org.mx/publica2/AspectosGenomicos_oct09.pdf* y Parliamentary Office of Science and Technology, House of Commons, *Fetal Awareness: Sentience, Pain and the Developing Fetus. Implications for Medical Practice,* Londres, *POST,* 1997.

donación de órganos para trasplantes.[9] Tales condiciones no están todavía constituidas a todo lo largo del primer trimestre del embarazo (dentro de las primeras 12 semanas), y solo empiezan a aparecer a partir de la semana 23-27, es decir, entre el final del segundo trimestre y el principio del tercer trimestre del embarazo.

15. Así, si bien el Estado no necesita soluciones sancionadoras, sino políticas de salud adecuadas (en particular, protocolos de atención médica para realizar los procedimientos necesarios de interrupción legal del embarazo), el legislador ordinario tiene libertad de calificación y configuración en lo que se refiere a materias de su competencia, como lo es la materia penal, para fijar un criterio temporal de 90 días para autorizar la interrupción del embarazo, considerando que en los primeros 90 días aún no hay una vulneración al derecho a la vida en gestación, pues el producto en cuestión no se encuentra íntegramente formado. La interrupción del embarazo se despenaliza únicamente para el periodo embrionario y no el fetal, considerando que todavía no se desarrollan las facultades sensoriales y cognitivas del producto de la concepción.

16. No obstante, si la vida en gestación fuera el único bien protegido por el criterio temporal, la restricción todavía podría ser desproporcional en estricto sentido, al limitar excesivamente los demás derechos en juego. En este marco, en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Suprema Corte) dispuso que el derecho a la vida no puede ser considerado de ningún modo como absoluto.

17. La normativa internacional no prohíbe categóricamente la privación de la vida, sino que establece condiciones que la rigen y determinan cuándo es ilícita la privación de este derecho fundamental.[10] De igual manera, la Corte IDH ha señalado que "[s]alvo algunos derechos que no pueden ser restringidos en ninguna circunstancia, como el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los derechos humanos no son absolutos".[11]

18. El derecho a la vida es un derecho relativo que tiene que ser armonizable con otro conjunto de derechos.[12] La interrupción del embarazo tiene muchas más implicaciones

---

9 "A definition of irreversible coma: report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to examine the definition of brain death", *JAMA*, 5 de agosto de 1968, pp. 337-340; Nathan, Sandra y Greer, David M., "Brain death", *Seminars in Anesthesia, Perioperative Medicine and Pain,* vol. 25, núm. 4, diciembre de 2006, pp. 225-231.

10 Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007..., *cit.,* pp. 162 y 163.

11 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184, párr. 174.

12 Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007..., *cit.*, p. 156.

que solo la vida intrauterina. En el presente caso, además del derecho a la vida, están en juego diversos derechos humanos que han sido incluidos como parte de los derechos reproductivos de la mujer, a saber: a la salud, a la igualdad y a la no discriminación, a la integridad personal y a la vida privada, a decidir el número e intervalo de hijos (derecho a la autonomía reproductiva), así como el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Todos de conformidad con el principio del interés superior de la niñez.

19. La quejosa es una niña de 16 años. Por ende, en aras del interés superior de la menor, una de las principales consideraciones es identificar el riesgo que un embarazo supone para una niña o adolescente en su vida y salud. En este sentido, de acuerdo con la definición proporcionada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), el concepto de salud debe entenderse en un sentido integral, es decir, como el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de afecciones o enfermedades. Dicha definición ha sido replicada en el artículo 1 bis de la Ley General de Salud.

20. Asimismo, en su Observación general 14, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determinó que el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano, sino que implica también la creación de un sistema de protección que brinde a las personas las mismas oportunidades para disfrutar del más alto nivel posible de salud. Así, en asuntos como el presente, además del derecho a la vida, se deben evaluar los riesgos a la salud para una adolescente en caso de continuar con un embarazo producto de una violación, en términos de pérdida de bienestar, pérdida de calidad de vida y de años de vida saludable.

21. Adicionalmente, la Corte IDH ha señalado que "[e]n esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna".[13] En relación con ello, de acuerdo con la OMS, las niñas embarazadas menores de 16 años corren un riesgo de defunción materna cuatro veces más alto que las mujeres de 20 a 30 años, y la tasa de mortalidad de sus neonatos es aproximadamente 50% superior.[14] Además, cabe enfatizar que si no se logra la protección de la vida de la madre, inevitablemente se desprotegerá la vida del producto, al estar inequívocamente vinculado a ella, por lo que el límite temporal en estudio tampoco sería idóneo para satisfacer el propósito constitucional de la vida en gestación.

22. En este tenor, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha apuntado lo siguiente:

---

13 Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, párr. 144.

14 OMS, "Embarazo en adolescentes: un problema culturalmente complejo", *Boletín de la Organización Mundial de la Salud*, vol. 87, junio 2009, pp. 405-484, *http://bit.ly/1iuHrwl*

> […] el derecho a la vida no puede entenderse de manera restrictiva, sino que de hecho requiere que los Estados adopten medidas positivas para su protección, incluyendo las medidas necesarias para evitar que las mujeres recurran a abortos clandestinos que pongan en peligro su salud y su vida especialmente cuando se trata de mujeres pobres. Agrega que el Comité ha considerado la falta de acceso de las mujeres a servicios de salud reproductiva, incluido el aborto, como una *violación del derecho de la mujer a la vida*, y que esto ha sido reiterado por otros comités como el Comité por la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La autora alega que en el presente caso, la vulneración del derecho a la vida se configuró en el hecho de que el Estado peruano no adoptó las medidas para que la autora obtuviera una interrupción segura de un embarazo por inviabilidad fetal. Afirma que la negativa a prestar el servicio de aborto legal la dejó entre dos opciones igualmente peligrosas para su vida e integridad: optar por buscar servicios de aborto clandestino –y por lo tanto altamente riesgoso–, o continuar con un embarazo peligroso y traumático, que puso en peligro su vida.[15] (Cursivas añadidas)

23. Así, el derecho a la salud guarda interdependencia con otros derechos humanos, como a la vida, a la vida privada y a una vida libre de violencia. En consecuencia, la delimitación de un plazo de 90 días como el requerido por el artículo 158, fracción II, del Código Penal para el Estado de Hidalgo debe permitir que se haga una debida ponderación de derechos.

24. No obstante, al establecer el límite temporal, el legislador pudo haber tomado en cuenta no solo el desarrollo del embrión, sino también la seguridad y facilidad de la interrupción del embarazo sin graves consecuencias para la salud de la mujer en dicho trimestre. Así, si bien tanto la OMS[16] como la National Abortion Federation[17] han dispuesto lineamientos para realizar de forma segura un aborto durante el segundo trimestre del embarazo, el legislador tiene la facultad discrecional para determinar que fuera de ese parámetro temporal, especialmente si la interrupción se realiza clandestinamente, cabe la posibilidad de que no sea posible asegurar la salud y vida de la madre.

25. En esta línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos identificó en el caso conocido como "*Baby Boy*" dos intereses que podrían formar la base de una reglamentación estatal legítima: la salud de la madre y su vida en el periodo subsiguiente a aproximadamente el fin del primer trimestre y la vida potencial del feto en el periodo

---

15 Comité de Derechos Humanos, 85 periodo de sesiones, 17 de octubre a 3 de noviembre de 2005. Dictamen, Comunicación núm. 1153/2003, párr. 3.3.

16 OMS, *Aborto sin riesgos: guía técnica y políticas para el sistema de salud*, 2a. ed., Montevideo, OMS, 2013.

17 National Abortion Federation, *Lineamientos sobre políticas clínicas 2012*, Washington, NAF, 2012.

subsiguiente a la viabilidad.[18] Asimismo, en la acción de inconstitucionalidad 146/2007, la Suprema Corte estipuló que, en ese caso, el legislador había justificado la razón de ser para que el procedimiento para abortar se lleve a cabo dentro del lapso de 12 semanas, "puesto que es más seguro y recomendable en términos médicos".[19]

26. El límite temporal prescrito por el legislador puede ser interpretado como idóneo para salvaguardar los derechos de las mujeres, si tomó en cuenta tanto el incipiente desarrollo del embrión como la seguridad y facilidad de la interrupción del embarazo sin graves consecuencias para la salud de la madre. El ejercicio realizado por el legislador resulta, además, acorde con la tendencia legislativa reflejada en distintos ordenamientos estatales y en el derecho comparado, que ha venido estableciendo hipótesis lícitas de interrupción voluntaria del embarazo, o límites a la persecución penal del aborto, fijando un límite temporal de 12 semanas para no restringir de manera desproporcional la libertad de las mujeres para que decidan respecto de su cuerpo, de su salud física y mental e, incluso, respecto de su vida.

27. Consecuentemente, se considera que el primer concepto de violación es *infundado*. El límite temporal previsto en la norma impugnada puede ser interpretado de manera que constituya un límite admisible a los derechos de las mujeres embarazadas, sin que resulte una carga desproporcionada para el ejercicio de sus derechos, máxime en casos como este, en el cual quien solicita la interrupción del embarazo es una persona adolescente para la que pueden existir riesgos a su salud con un aborto médico en una fase avanzada del embarazo.

28. No obstante, lo anterior no evita que se reconozca que, con la redacción actual del precepto en cuestión, en donde se requiere, además, de la autorización del Ministerio Público o juez o jueza de control para que se interrumpa el embarazo, el término de 90 días pueda, en efecto, fungir más como un obstáculo que como una protección de las mujeres. En efecto, la temporalidad puede llevar a una negación de los distintos factores en juego, como el contexto de violencia que viven las mujeres y niñas en el país –mismo que puede obstaculizar o retrasar la denuncia de presuntos agresores– y los tiempos de espera para una autorización ministerial o judicial, que en muchos casos pueden exceder esos 90 días.

29. Por consiguiente, procederemos al estudio del concepto de violación por el que se impugna el requisito de autorización del Ministerio Público o juez o jueza de control para una interrupción legal del embarazo.

---

18 Comisión IDH, *Resolución núm. 23/81*, Caso 2141, Estados Unidos de América, 6 de marzo de 1981, *http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/estadosunidos2141.htm*

19 Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007..., *cit.*, p. 182.

I.2. Obligatoriedad de la denuncia y de una autorización del ministerio público o de un juez o jueza de control para el acceso efectivo a una interrupción legal del embarazo

30. Dado que gran parte de los hechos de violencia familiar y sexual son posiblemente constitutivos de delito, de conformidad con lo que dispone el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Atención Médica, y que retoma la Norma Oficial Mexicana (NOM) 046-SSA2-2005, las instituciones de salud deben dar aviso al Ministerio Público de que han atendido dichos casos, para lo cual la norma en cuestión proporciona un formato en su apéndice informativo 1.

A. *Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Atención Médica*. En términos generales, el artículo 19 prevé la obligación de "[n]otificar al Ministerio Público y, en su caso, a las demás autoridades competentes, los casos en que se les requieran servicios de atención médica para personas con lesiones u otros signos que presumiblemente se encuentren vinculadas a la comisión de hechos ilícitos".

B. *NOM-190-SSA1-1999. Prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar (vigente desde 1999 hasta que se emitió la NOM 046-SSA2-2005).*[20] Desde 2000, la violencia familiar es un hecho de notificación obligatoria al sistema de vigilancia epidemiológica.[21] En efecto, la misma prevé en su numeral 6.15 la obligatoriedad de "avisar al ministerio público, mediante formato establecido [...] en los casos donde las lesiones u otros signos sean presumiblemente vinculados a la violencia familiar y, en su caso, solicitar su intervención ante la incapacidad médica o legal de la o el usuario o la existencia de riesgo en su traslado, para que acuda un médico legista a la unidad de salud y la o el usuario afectado por violencia familiar, reciba los servicios jurídicos, médicos-legales y de asistencia social".

C. *NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención* (NOM 046). A partir de la actualización de la NOM-190-SSA1-1999,

[20] Las normas oficiales mexicanas tienen por objeto genérico establecer las características mínimas indispensables con las que debe cumplir un bien o servicio para considerar que cubre las necesidades de los usuarios que lo utilizan; en el caso de la NOM-046-SSA2-2005, se trata de precisar los criterios que deben seguirse para la detección, prevención, atención médica y orientación que se brindan a las personas afectadas por la violencia familiar o sexual, así como la notificación de los casos.

[21] NOM-046, numeral 7. Registro de información 7.1. Para las unidades médicas de atención ambulatoria del Sistema Nacional de Salud, los probables casos nuevos de violencia familiar o sexual son de notificación obligatoria en el formato de vigilancia epidemiológica SUIVE-1-2000. A través de este registro se conocerá la frecuencia de probables casos por grupos de edad, institución notificante y entidad federativa (mantuvo la redacción de la NOM-190).

en 2009, esta notificación también *incluye a los hechos de violencia sexual*.[22] Asimismo, la norma indica que toda atención por violencia familiar o sexual debe registrarse en los sistemas institucionales de información en salud. A la letra, la obligación se contempla en el numeral 5.10 de la siguiente manera: "las instituciones del sector público, social y privado que otorguen atención médica a las o los usuarios involucrados en situación de violencia familiar o sexual, *deberán dar aviso al ministerio público con el formato que se anexa en el apéndice informativo 1* de esta Norma, para los efectos de procuración de justicia a que haya lugar" (cursivas añadidas).

31. El cumplimiento de la NOM es obligatorio para todas las instituciones del Sistema Nacional de Salud y para los prestadores de servicios de salud de los sectores público, social o privado en todo el territorio nacional.[23] Al no ser punible aquel aborto practicado en el caso de un embarazo producto de violación, se busca la determinación del delito por parte de las autoridades competentes para que los prestadores de servicios de salud puedan interrumpir el embarazo legalmente.

32. Asimismo, el aviso al Ministerio Público es consistente con la obligación de atención integral de las personas usuarias de servicios de salud, en el sentido de que un enfoque sistémico implica que los prestadores de servicios de salud deben también proporcionar de orientación y consejería, referencia y seguimiento a las víctimas de violencia sexual.[24] La violencia es un problema complejo que requiere de la intervención de varias instancias para atender las distintas necesidades de las personas que se encuentran inmersas en la misma. En este sentido, los servicios mínimos de referencia suelen ser el apoyo psicológico y asesoría legal.

33. En todo caso de violación se debe proporcionar consejería y orientación a la persona afectada sobre las instituciones públicas, sociales o privadas a las que puede acudir para recibir otros servicios. Una persona que vive una situación de violencia requiere

---

22 Esta NOM se amplió e incorporó a la violencia sexual como parte de los acuerdos de conciliación en el caso de Paulina del Carmen Ríos Jacinto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; menor víctima de una violación sexual de la cual resultó embarazada, y fue obstaculizada por las autoridades estatales para ejercer su derecho a interrumpir dicho embarazo según lo establecido por la ley mexicana.

23 *Ibidem*, numeral 2. Campo de aplicación. Esta Norma Oficial Mexicana es de observancia obligatoria para todos los prestadores de servicios de salud de los sectores público, social y privado que componen el Sistema Nacional de Salud.

24 *Ibidem*, numeral 6.3.1. Brindar a las y los usuarios involucrados en situación de violencia familiar o sexual una atención integral a los daños tanto psicológicos como físicos, así como a las secuelas específicas, refiriéndolos, en caso de ser necesario, a otros servicios.
Ibidem, numeral 6.4.2.6. Proporcionar consejería, seguimiento y orientación a la persona afectada sobre las instituciones públicas, sociales o privadas a las que puede acudir para recibir otros servicios.

ser alejada del entorno que la pone en dicha situación de vulnerabilidad. Por ello, una parte esencial del proceso de orientación y consejería es la evaluación del riesgo en que se encuentra la víctima.[25] Así, la razón de ser del aviso al Ministerio Público atiende a un proceso de prevención, asistencia y protección coordinada de víctimas de violencia sexual.

34. Por ello, entre los criterios específicos para desarrollar las actividades esenciales para prevenir y atender la violencia sexual desde la salud pública, la NOM-046 prevé, además del tratamiento médico correspondiente, la detección de probables casos de violencia sexual, con su consecuente aviso al Ministerio Público. Así, el numeral 6.4.2.7 de la NOM-046 estipula lo siguiente:

> […] 6.4.2.7. En caso de embarazo por violación, y *previa autorización de la autoridad competente,* en los términos de la legislación aplicable, las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica, deberán prestar servicios de aborto médico a solicitud de la víctima interesada, en caso de ser menor de edad, a solicitud de su padre y/o su madre, o a falta de estos, de su tutor o conforme a las disposiciones jurídicas aplicables. (Cursivas añadidas)

35. Esto tiene como consecuencia que, en efecto, las mujeres que busquen un aborto médico necesariamente tengan que ser parte de un proceso penal. Por tanto, el problema recae en que, para prestar servicios de interrupción del embarazo, como consecuencia de un embarazo producto de una violación, actualmente se requiere de autorización expedida por la autoridad competente en los términos de la legislación aplicable.

36. No obstante, sobre este punto es importante destacar que el 9 de enero de 2013 se publicó la Ley General de Víctimas en el *Diario Oficial de la Federación*, en la cual se prevé una serie de derechos a favor de las víctimas del delito de violación, lo que, desde luego, incide en el análisis de constitucionalidad respectivo y permitirá instaurar directrices sobre el alcance de los derechos vulnerados, máxime cuando la quejosa es una adolescente, a favor de la cual se brinda una tutela reforzada por el artículo 4 de la Constitución Federal y diversos instrumentos internacionales.

---

[25] *Ibidem*, numeral 6.2.1.2. Realizar entrevista dirigida a la o el usuario afectado por violencia familiar o sexual, en un clima de confianza, sin juicios de valor ni prejuicios, con respeto y privacidad, garantizando confidencialidad. Debe considerar las manifestaciones del maltrato físico, psicológico, sexual, económico o abandono, los posibles factores desencadenantes del mismo y una valoración del grado de riesgo en que viven las o los usuarios afectados por esta situación. *Debe determinar si los signos y síntomas que se presentan –incluido el embarazo– son consecuencia de posibles actos derivados de violencia familiar o sexual* y permitir la búsqueda de indicadores de maltrato físico, psicológico, sexual, económico o de abandono, como actos únicos o repetitivos, simples o combinados, para constatar o descartar su presencia. (Cursivas añadidas).

37. La Ley General de Víctimas señala la obligación de las autoridades de salud de proporcionar los servicios de interrupción legal del embarazo como una *medida de atención médica de urgencia* para las víctimas de violación sexual, *sin que medie requisito alguno*. Los artículos 29 y 30 de la Ley General de Víctimas, a la letra, prescriben:

> Artículo 29. Las instituciones hospitalarias públicas del Gobierno Federal, de los estados, del Distrito Federal y de los municipios tienen la *obligación de dar atención de emergencia de manera inmediata* a las víctimas que lo requieran, con independencia de su capacidad socioeconómica o nacionalidad y *sin exigir condición previa para su admisión*. (Cursivas añadidas)
>
> Artículo 30. Los servicios de emergencia médica, odontológica, quirúrgica y hospitalaria consistirán en:
>
> [...]
>
> IX. Servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos por ley, con absoluto respeto de la voluntad de la víctima [...].

38. Asimismo, el artículo 215 bis 6 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica señala lo siguiente:

> [...] Artículo 215 BIS 6. *En caso de emergencia médica,* los establecimientos para la atención médica del sector público estarán obligados a brindar a la víctima los servicios a que se refiere el artículo 30 de la Ley General de Víctimas, con independencia de su capacidad socioeconómica o nacionalidad *y sin que puedan condicionar su prestación a la presentación de la denuncia o querella*, según corresponda, sin perjuicio de que con posterioridad se les reconozca tal carácter en términos de las disposiciones aplicables. (Cursivas añadidas)

39. En esta línea, la Suprema Corte ha apuntado que cuando ciertos conceptos se encuentran vinculados con el contenido de un derecho fundamental, los conceptos que pudieran relacionarse o "intersectarse" con aquellos que son propios del derecho (como la salud o la salubridad) deben coexistir en armonía, dándosele preferencia a aquellos previstos en la ley materialmente relacionada con el desarrollo o configuración del derecho.[26] De este modo, tanto las NOM como las demás disposiciones legales aplicables –en este caso, el Código Penal para el Estado de Hidalgo– deben interpretarse de conformidad con la Ley General de Víctimas y el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, armonizando su contenido a los parámetros contemplados en las leyes referidas.

---

[26] Acción de inconstitucionalidad 10/2005 del Estado de Nayarit, cit. en Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007..., *cit.*, p. 48.

40. Debido a lo anterior, el aviso al Ministerio Público no debe implicar que la persona requiera denunciar –y mucho menos esperar la autorización del Ministerio Público o juez o jueza de control– para recibir atención médica integral. En efecto, dichos casos son urgencias médicas y requieren atención inmediata.[27] El tiempo entre la exposición y la administración del esquema de manejo es un asunto crítico; por lo que no es ético demorar el acceso de la víctima a la atención.[28] Los objetivos de la atención a personas que fueron víctimas de violación siempre deben ser:

A. Estabilizar a la paciente, reparar daños y evitar complicaciones mediante el tratamiento de lesiones físicas.

B. Promover la estabilidad emocional mediante la intervención en crisis y posterior atención psicológica.

C. Evitar complicaciones tales como las infecciones de transmisión sexual, incluido el VIH/SIDA, así como los embarazos no planeados o no deseados.[29]

41. Además, la exigencia de la presentación de la denuncia previa parece partir de la presunción de que las mujeres mentirían para acceder a una interrupción legal del embarazo. Sin embargo, en los casos de violación, en donde, además, el testimonio de la víctima tiene un valor preponderante, su dicho debe ser más que suficiente para que se accione el servicio y se evite su revictimización.

42. Así, efectivamente, el que se condicione la interrupción legal del embarazo a una autorización por parte del Ministerio Público o juez o jueza de control vulnera los derechos de las mujeres. El fin de la denuncia ante el Ministerio Público debe ser facilitarle a la víctima una orientación y acompañamiento legal, para que el problema se aborde de manera más integral, y no así obstaculizar su acceso a un aborto médico. El objetivo es brindarle a la víctima información suficiente tanto de la situación que vive (muchas personas no saben que son víctimas de violencia porque la misma se encuentra normalizada en sus relaciones cotidianas) como de los servicios que tiene disponibles para prevenir y alejarse de la misma.

43. Solo en caso de que, debido a la severidad de la violencia, esté en peligro la integridad o la vida de la o el usuario de los servicios, deberá hacerse el aviso de manera

---

27 NOM-046, numeral 6.4. Para el tratamiento específico de la violación sexual. 6.4.1. Los casos de violación sexual son urgencias médicas y requieren atención inmediata.

28 Secretaría de Salud, Centro Nacional de Equidad de Género y Salud Reproductiva, *Para la prevención y atención de la violencia familiar, sexual y contra las mujeres ¡Conoce! la NOM-046-SSA2-2005,* México, SS-CNEGySR, 2009, p. 22.

29 *Ibidem*, p. 21.

inmediata, e incluso solicitar la presencia del Ministerio Público en la unidad de salud.[30] Pero lo anterior con la finalidad de constatar la comisión de un posible hecho delictivo y no como condicionante para que la persona reciba la atención médica necesaria. Incluso si la víctima de violación acudió primero a una institución de procuración de justicia, se le debe remitir "lo más pronto posible o de manera inmediata si peligra su vida" a una unidad médica para que le brinden la atención necesaria.[31]

44. En el caso de violación, "los prestadores de servicios de las instituciones de salud no tienen por qué colocarse en la posición de agente investigador para dilucidar si los hechos relatados por la víctima constituyen el 'delito de violación' o no, ese es papel del ministerio público y las instancias de procuración de justicia; para ofrecer la anticoncepción de emergencia basta el dicho de la mujer de que fue forzada a tener relaciones sexuales sin protección".[32]

45. En esta línea, el Comité de Derechos del Niño acaba de recomendar a México lo siguiente:

> […] c) Revisar y armonizar la legislación federal y estatal con miras a despenalizar el aborto y asegurar el acceso al aborto legal al menos en los casos de violación, incesto y peligro para la vida y salud de las niñas, y que ese acceso al aborto legal *no requiera de autorización especial por parte de un juez o un ministerio público.* El Estado parte deberá asegurar el acceso a servicios de cuidado post aborto, independientemente de que el aborto haya sido legal. Asimismo, deberá garantizar el interés superior de las adolescentes embarazadas y asegurar que sus puntos de vista sean siempre escuchados y respetados por el personal de salud en la decisión sobre el aborto.[33] (Cursivas añadidas)

46. Consecuentemente, el requisito de autorización por parte del Ministerio Público o juez o jueza de control, previsto en la fracción II del artículo 158, en efecto, vulnera el derecho a la salud y a la privacidad de las mujeres víctimas de una violación, al no reco-

---

30 NOM-046, numeral 6.5. Para dar aviso al ministerio público. 6.5.3. Ante lesiones que en un momento dado pongan en peligro la vida, provoquen daño a la integridad corporal, incapacidad médica de la o el usuario afectado por violencia familiar y/o sexual o la existencia de riesgo en su traslado, se dará aviso de manera inmediata al Ministerio Público.

31 *Ibidem,* numeral 7.5. Toda usuaria o usuario involucrado en situación de violencia familiar o sexual que acuda en primera instancia a alguna institución de procuración de justicia será remitido en su oportunidad lo más pronto posible o de manera inmediata si peligra su vida a una unidad médica del Sistema Nacional de Salud para su atención y registro. Será responsabilidad de dicha unidad médica el llenado de los formatos que menciona esta Norma.

32 Secretaría de Salud, Centro Nacional de Equidad de Género y Salud Reproductiva..., *cit.*, p. 21.

33 Comité de los Derechos del Niño, *Concluding observations on the combined fourth and fifth periodic reports of Mexico* CRC/C/MEX/CO/4-5, 69 periodo de sesiones, 2015, párr. 50, c), *http://bit.ly/1L1JnNn*

nocer el acceso a la interrupción del embarazo en casos de violación como un servicio de salud de emergencia cuyo acceso no puede ser condicionado a la existencia de requisitos previos en términos de la Ley General de Víctimas, y teniendo como consecuencia práctica el condicionamiento de la atención médica integral de las mujeres a la autorización de dichas autoridades.

47. Así, son *fundados los conceptos de violación* de la quejosa, por los que estima que el precepto en cuestión es discriminatorio, al: *i)* condicionar la interrupción legal del embarazo a la presentación de una denuncia, con lo cual se invade la vida privada de las mujeres, y *ii)* requerir la intervención del Ministerio Público o del juez o jueza para autorizar la interrupción legal del embarazo producto de una violación, pues no hay justificación objetiva y razonable para hacerlo.

48. Si bien la determinación anterior es suficiente para tildar de inconstitucional el precepto referido y concederle el amparo a la quejosa conforme al principio de mayor beneficio,[34] al señalar como el motivo principal por el que se negó la autorización ministerial a la quejosa el que supo de su embarazo con anterioridad a la presentación de la denuncia, se considera pertinente estudiar el concepto de violación referente a dicho requisito.

II. Supeditación de la autorización a que la violación "se haya denunciado antes de tenerse conocimiento de esta [la concepción]"

49. Para el estudio de dicho concepto de violación, debe considerarse que la norma impugnada se combate como una expresión de discriminación histórica hacia las mujeres. En este sentido, para que las diferencias normativas puedan considerarse apegadas al principio de igualdad, es indispensable que exista una justificación objetiva y razonable

[34] La solución sustancial de los conflictos, en concordancia con los principios de congruencia y exhaustividad que rigen las sentencias de amparo, contenidos en los arts. 77 y 78 de la ley de la materia, obliga al juzgador a analizar, en primer lugar, los conceptos de violación que puedan determinar la concesión de la protección federal con un efecto más amplio al que pudiese tener una violación formal. Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido jurisprudencia en el sentido de que el estudio de los conceptos de violación que determinen la concesión del amparo directo debe atender al principio de mayor beneficio. Tesis de rubro: Conceptos de violación en amparo directo. El estudio de los que determinen su concesión debe atender al principio de mayor beneficio, pudiéndose omitir el de aquellos que, aunque resulten fundados, no mejoren lo ya alcanzado por el quejoso, inclusive los que se refieren a constitucionalidad de leyes. Tesis de jurisprudencia P./J. 3/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, febrero de 2005, p. 5. Registro digital 179367.
En ese tenor, se estima que en los juicios de amparo indirecto deben analizarse los conceptos de violación relacionados con el fondo del asunto con preferencia a los formales, o bien, estudiarse en primer término los que pudiesen otorgar un mayor beneficio al quejoso.

de acuerdo con estándares y juicios de valor generalmente aceptados, cuya pertinencia debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo concurrir una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

50. En México existe una alta prevalencia de violencia sexual en contra de las mujeres y niñas. Con respecto a la violencia sexual en contra de niñas y adolescentes, la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas estima que una de cada cuatro niñas sufre de abuso sexual antes de cumplir 18 años, y seis de cada 10 abusos sexuales son cometidos en el hogar, por familiares o conocidos cercanos.[35] Asimismo, la OMS calcula que anualmente alrededor de 73 millones de niños y 150 millones de niñas sufren algún tipo de violencia sexual en el mundo.[36]

51. En este sentido, a pesar de que la causal de violación sexual se encuentra contemplada en todos los marcos normativos de las entidades federativas para una interrupción legal del embarazo, de hecho, ha sido muy difícil que las mujeres puedan acceder a esta debido a la imposición de obstáculos injustificados. Por ejemplo, en el presente caso no se advierte alguna justificación razonable u objetiva por la que el resultado de denunciar un hecho delictivo con posterioridad a tener conocimiento de sus consecuencias –entendidas como un embarazo– sea la imposición de una maternidad no deseada o la criminalización de la mujer que decide interrumpir su embarazo. El tener conocimiento de un embarazo con anterioridad a la denuncia no elimina el hecho constitutivo del delito; la mujer sigue siendo víctima del delito de violación y, como tal, debe encuadrar dentro de la causal por la que puede interrumpir legalmente el embarazo.

52. Adicionalmente, dicha condición constituye una injerencia arbitraria del Estado en la privacidad de las mujeres embarazadas, ya que implica una invasión injustificada en su esfera personal, sin tomar en cuenta que los ambientes de violencia en que pueden situarse las mujeres complican la denuncia de la violación. Por ejemplo, entre los factores que favorecen que las víctimas de violación no denuncien, se encuentran la carencia de redes sociales que apoyen en estas circunstancias, así como el estigma de que son objeto, y la violencia de otro tipo que sufren en los servicios de salud y en los de impartición de justicia, cuando son tratadas como culpables de inducir la agresión sexual.[37]

---

35 Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, *Cartilla de derechos de las víctimas de abuso sexual infantil,* México, CEAV, 2014.

36 Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, *Derechos del niño: nota del secretario general A/61/299*, 61 periodo de sesiones, 2006.

37 Secretaría de Salud, Centro Nacional de Equidad de Género y Salud Reproductiva, *Atención médica a personas violadas,* 2a. ed., México, Secretaría de Salud, 2005, p. 11.

53. Adicionalmente, la violación sexual es considerada como uno de los mayores daños que puede sufrir una persona, atentando contra su libertad y su dignidad, generando trastornos en la integridad de la persona violada y en su entorno. Esta sufre la pérdida de su autonomía, confianza, seguridad, control y autoestima.[38] Asimismo, sus reacciones emocionales pueden variar en forma, tiempo y gravedad; desde la total negación de los hechos hasta el estado de *shock* postraumático o "trauma de rapto", que puede presentarse ante cualquier agresión.[39] Todos estos factores confluyen para que no siga un orden "lógico" cronológico de denuncia del hecho.

54. El requisito en cuestión conlleva prejuicios y estereotipos de género que perpetúan nociones inadecuadas y nocivas de las víctimas de violencia sexual y de las mujeres, en general. Refuerza la gran cantidad de mitos y desinformación acerca del delito de violación, no solo impidiendo que la actuación de las autoridades competentes sea eficiente, oportuna y humanitaria, sino propiciando la revictimización de las mujeres, replicando realidades discriminatorias y excluyentes. Además, dicho requisito extralimita las competencias del Ministerio Público, mismo que tiene la función de determinar hechos constitutivos de delitos, independientemente del conocimiento o desconocimiento de la víctima sobre las consecuencias de estos.

55. Así, si bien los derechos humanos no son absolutos, lo cierto es que las normas o actos que los restrinjan no pueden ser arbitrarios, excesivos o carentes de razonabilidad. El impedir que una persona acceda a un servicio de interrupción del embarazo, por el simple hecho de haber conocido del mismo antes de su denuncia, es un obstáculo injustificado que no solo no tiene un sustento legal, sino que perpetúa los daños emocionales, biológicos y sociales de las mujeres y niñas embarazadas con base en un criterio arbitrario.

56. En razón de lo anterior, se considera *fundado el concepto de violación* por el que la quejosa alega que la fracción II del precepto impugnado supedita, sin fundamento objetivo y razonable, la autorización para interrumpir el embarazo producto de una violación a la condición de que tal acto haya sido denunciado antes de tener conocimiento de la concepción, pues esto representa una vulneración a la dignidad de las mujeres, al poner en duda su dicho al momento de denunciar y solicitar este servicio, de tal forma que, si las mujeres no denuncian antes de saber que de la violación resultó un embarazo, de acuerdo con el artículo reclamado, la autorización se negaría.

57. La medida en cuestión transgrede el trato igualitario de mujeres víctimas de violación por el simple hecho de conocer de su embarazo con anterioridad, e impide que interrumpan voluntariamente su embarazo en condiciones de higiene y seguridad, propiciando

[38] *Ibidem,* p. 8.

[39] *Ibidem*, p. 20.

una maternidad forzada. Por tal razón, el requisito en cuestión tilda de inconstitucional el precepto impugnado, al menoscabar y reafirmar la discriminación hacia las mujeres y transgredir gravemente los derechos de estas, al condicionar el acceso a sus derechos con base en criterios injustificados.

III. Análisis de legalidad

58. Finalmente, como actos reclamados, la quejosa impugna: *a)* los acuerdos de 5, 6 y 19 de marzo de 2015, dictados en la carpeta de investigación por la que denuncia el delito de violación, a través de los cuales el agente del Ministerio Público de la Unidad de Investigación sin Detenido, adscrito al Coordinador General de Atención a la Familia y a la Víctima de Pachuca, Hidalgo, le negó la autorización de interrupción legal del embarazo; *b)* la omisión del agente del Ministerio Público de realizarle un ultrasonido para determinar el estado de embarazo y las semanas de gestación, y *c)* el peritaje en materia de psicología de 4 de marzo de 2015, mediante el cual se concluyó que no se encuentran rasgos de haber sufrido violencia sexual.

59. El derecho a una vida libre de violencia está reconocido en el artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), que define a la violencia contra las mujeres como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, y establece en su artículo 7 la obligación de debida diligencia del Estado para investigarla y sancionarla.[40] Al interpretar el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, la Corte IDH ha considerado que el Estado tiene un deber estricto de prevenir, sancionar e investigar la violencia contra las mujeres y que debe adoptar las medidas necesarias para actuar con la debida diligencia en estos casos.[41]

60. De igual forma, en su Recomendación general 19, "La violencia contra la mujer", el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer instó a los Estados a proporcionar protección y apoyo apropiados a las víctimas de violación sexual; capacitar a los funcionarios judiciales, los agentes del orden público y otros funcionarios para aplicar la

---

40 Artículo 7. Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:
[…] c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; […]

41 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205, párr. 450, *http://bit.ly/1kho5vc*

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y tomar medidas para impedir la coacción con respecto a la reproducción para que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, como abortos inseguros por falta de servicios apropiados en las instituciones de salud.[42]

61. La violencia sexual es un fenómeno mucho más frecuente de lo que pensamos, cuyas consecuencias físicas, psicológicas y para la salud pública poco se mencionan.[43] En esta línea, es obligación de todas las autoridades prevenir y limitar, en lo posible y de manera inmediata, mayores daños a la salud derivados de este tipo de agresión, para apoyar a quienes la padecen y garantizar su seguridad, así como promover su recuperación. Adicionalmente, en casos como el presente, las autoridades tienen una obligación especial de protección debido a la condición de la víctima como niña, que debe tomarse en cuenta por la vulnerabilidad que esto le implica y el riesgo particular a su salud ante un embarazo.

62. No obstante, la actuación de las autoridades no se sujetó al marco constitucional y convencional para garantizar el acceso de la quejosa al derecho de la salud y prevenir y atender el fenómeno de violencia sexual en contra de niñas y adolescentes en México. En efecto, no se tomaron las medidas administrativas y judiciales necesarias para proteger la salud de la quejosa –entendida desde una visión integral–, al interpretar el precepto en cuestión de manera sumamente restrictiva y sin considerar que la interrupción del embarazo no solo era legal por ser producto de una violación, sino también por el peligro de grave daño a la salud que su continuación puede representar para la misma.

63. Así, se consideran *fundados los conceptos de violación* por los que la quejosa impugna los actos en cuestión, pues las autoridades fueron omisas en prevenir la violencia de género, al no brindarle la información y atención requerida; perpetuar estereotipos de género que otorgan una mayor protección al producto de la concepción que a la vida y la salud de una adolescente, y someterla a obstáculos injustificados para acceder a una interrupción legal del embarazo, sin tomar en consideración su edad, estado físico y psicológico; los riesgos a la vida y salud que las niñas enfrentan en embarazos tempranos; ni las consecuencias físicas, psicológicas y sociales que conlleva continuar un embarazo producto de una violación.

64. CUARTO. Efectos del amparo. En atención a que el caso contempla una barrera importante para acceder a un servicio médico de urgencia, y con el fin de no dilatar más

---

42 Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), Recomendación general 19: La violencia contra la mujer, 11 periodo de sesiones, 1992, *http://bit.ly/VoLxjn*

43 Secretaría de Salud, *Atención médica a personas violadas...*, *cit.* 35, p. 7.

la atención en perjuicio de los derechos de la quejosa a la salud, a la igualdad y a la no discriminación, a la integridad personal y a la vida privada, a decidir el número e intervalo de hijos (derecho a la autonomía reproductiva) y a una vida libre de violencia, todos de conformidad con el principio del interés superior de la niñez, se ordena la emisión de una **medida cautelar por la que se autorice la inmediata interrupción legal del embarazo de la quejosa**.

QUINTO. Resolutivos

65. Por lo expuesto y fundado, se resuelve:

66. ÚNICO. La justicia de la Unión ampara y protege a Carolina Pomelo en contra del artículo 158, fracción II, del Código Penal para el Estado de Hidalgo, y de los actos de autoridad impugnados, por los motivos y para los efectos precisados en el considerando cuarto de esta sentencia.

Comentario
a la sentencia del amparo indirecto 358/2015-3 del Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Hidalgo sobre la interrupción legal del embarazo en el delito de violación. Opresión disfrazada de justicia constitucional

Alex Alí Méndez Díaz

Se va a caer, lo van a tirar. Con todo el reconocimiento a las mujeres que acompañan a otras mujeres; la valentía de ambas ha hecho posibles los cambios.

I. Introducción

Carolina Pomelo vivía en Hidalgo. Siendo menor de edad sufrió una violación sexual. Cuando supo que había quedado embarazada acudió en compañía de su mamá a presentar la denuncia, solicitando expresamente la interrupción del embarazo. Realizó todos los trámites, incluyendo los exámenes médicos correspondientes.[1]

El Ministerio Público negó la autorización para interrumpir el embarazo, argumentando que no se cumplían los requisitos establecidos en la norma penal del estado: no se tenía por acreditado el cuerpo del delito, porque el dictamen psicológico no identificó señales de violencia sexual y la denuncia se presentó después de saber del embarazo. El código penal de la entidad federativa exige que se denuncie antes de tener conocimiento de la concepción.[2]

---

1 Por motivos de confidencialidad se utiliza un nombre ficticio. Para mayores detalles del caso véase Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C., *Violencia sin interrupción,* 2a. ed., México, GIRE, 2017, p. 76.

2 Código Penal para el Estado de Hidalgo, art. 158. El aborto no será punible: [...] II. Cuando el embarazo sea resultado de hechos denunciados como

Con el acompañamiento del Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C. (GIRE), Carolina y su mamá interpusieron un juicio de amparo en contra de la respuesta del Ministerio Público. Impugnaron el dictamen psicológico y los requisitos del código penal ya señalados.[3]

Al dictar sentencia (sentencia 358/2015), el juez de distrito consideró que la norma penal impugnada no transgredía la Constitución; sostuvo que no se afectó a Carolina en el ejercicio de sus derechos y, en consecuencia, negó el amparo.[4] El criterio del juez provoca varios interrogantes: ¿es posible imaginar una Constitución que sustente que el Estado se reserva la potestad de obligar a las mujeres a reproducirse o a continuar con un embarazo no deseado?,[5] ¿es ese el marco constitucional en el que vivimos en México? o, desde otro punto de vista, ¿es esa la perspectiva en la que socialmente deseamos cimentar las bases de nuestro Estado de derecho?

---

posiblemente constitutivos del delito de violación o de la conducta típica prevista por el artículo 182 de este Código, siempre que el aborto se autorice y practique dentro de los noventa días a partir de la concepción, y el hecho se haya denunciado antes de tenerse conocimiento de ésta. En tales casos, deberá solicitarlo la mujer, bastará la comprobación del cuerpo del delito para que el ministerio público o el juez lo autorice, si aquella fuere de condición económica precaria, los gastos correspondientes serán a cargo del estado.

3 No es la primera vez que se cuestiona la constitucionalidad de la frac. II del art. 158 del Código Penal de Hidalgo. Un año antes, GIRE acompañó a otra adolescente que se enfrentó a los mismos obstáculos que Carolina. De este acompañamiento derivó el amparo indirecto 553/2014, radicado en el mismo Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Hidalgo. El juicio fue sobreseído porque el amparo se interpuso con posterioridad a la interrupción del embarazo. La Suprema Corte de Justicia de la Nación reasumió su competencia originaria para conocer del recurso de revisión (solicitud de reasunción de competencia 28/2014, Primera Sala).

4 Amparo indirecto 358/2015, Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Hidalgo, sentencia de 29 de mayo de 2015.

5 Estos interrogantes surgen a partir de las reflexiones de Zagrebelsky. Véase Zagrebelsky, Gustavo, "El juez constitucional del siglo XXI", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre de 2008, p. 260.

A lo largo de la historia, los pensamientos feministas han cuestionado las estructuras sociales que mantienen a las mujeres en una condición de subordinación. El derecho es una de ellas.[6]

En este marco, los reclamos hacia el derecho penal como regulador y reproductor de las normas de género han ocupado un papel central; sin embargo, ¿qué pasa cuando no es solo la regulación punitiva la que los promueve y valida?, ¿qué ocurre cuando se usa a la Constitución como argumento para justificarlos?

Las sentencias que se dictan basadas en prejuicios representan un grave problema para el acceso a la justicia, pero cuando para ello se pone de excusa el contenido de la Constitución, el nivel de daño es exponencialmente mayor, porque se proyecta sobre las bases mismas de la organización democrática del Estado.[7]

En este trabajo se sostiene la existencia de un *statu quo* en la interpretación constitucional sobre los derechos de las mujeres vinculados a la decisión de interrumpir un embarazo. Se trata de una construcción basada en estereotipos de género que restringen ilegítimamente el ejercicio de sus derechos. La sentencia que da respuesta al reclamo de Carolina es un ejemplo de cómo la opresión denunciada por el feminismo también puede esconderse tras la forma de la justicia constitucional. La sentencia 358/2015 comparte los mismos vicios que se denuncian contra la norma punitiva.

II. La norma penal cuestionable

La crítica a la intervención del derecho penal para regular las decisiones sexuales y reproductivas de las mujeres ha sido ampliamente desarrollada.[8] Por otro lado, las investigaciones realizadas

[6] Para un panorama general sobre el desarrollo del pensamiento feminista véase Acosta, Malena, *Feminismos jurídicos,* Buenos Aires, Ediciones Didot, 2016.

[7] El concepto de *democracia* se usa en el sentido de la propuesta que desarrolla Ferrajoli. Véase, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón,* 6a. ed., Madrid, Trotta, 2004, pp. 864 y ss.

[8] Véase Núñez, Lucía, *El género en la ley penal: crítica feminista a la ilusión punitiva,* México, Centro de Investigaciones y Estudios de Género-UNAM, 2018.

por GIRE dan cuenta de la magnitud y del impacto que la continuación de un embarazo no deseado tiene en la vida de las mujeres, incluyendo aquellos casos que involucran violencia sexual.[9]

Para Carolina, el obstáculo fue la norma penal que en Hidalgo establece requisitos para acceder a la interrupción del embarazo producto de una violación: hacer la solicitud, denunciar la violación, que la denuncia sea previa al conocimiento de la concepción (embarazo), comprobar el cuerpo del delito, tener la autorización del Ministerio P*úblico o del juez o jueza*, y que la interrupción se autorice y practique dentro de los 90 días siguientes a partir de la concepción.[10]

Esta regulación penal aparentemente reivindica la autonomía de la mujer, pero un análisis desde la perspectiva de género muestra que esa intención es ilusoria. Por un lado, al hablar de la no punibilidad continúa considerándola una delincuente, solo que sin castigo;[11] por el otro, los requisitos están diseñados para que el resultado sea la imposibilidad legal de interrumpir el embarazo para que cumplan con su rol de madres. El requisito de la solicitud es el único que está razonablemente justificado, por su vínculo al consentimiento que debe otorgar la mujer. Los requerimientos restantes carecen de una justificación razonable.

¿Por qué para acceder a un servicio médico hay que acudir al Ministerio P*úblico? Es válida la aspiración social de que todo acto de violencia sexual sea sancionado*, pero su incumplimiento no puede ser la justificación para la restricción de un derecho fundamen-

9 Véase Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C., *Omisión e indiferencia: derechos reproductivos en México,* México, 2013, pp. 16-66, del mismo autor se puede consultar: *Niñas y mujeres sin justicia: derechos reproductivos en México,* México, 2005, pp. 53-118, así como *Violencia sin interrupción..., cit*. También se puede ver *La pieza faltante. Justicia reproductiva,* México, 2018, pp. 45-77.

10 Véase nota 3.

11 Para un análisis completo de la diferencia entre excusas absolutorias y excluyentes de responsabilidad véase González Barreda, María de Pilar, "Entre excusas absolutorias y excluyentes de responsabilidad: reflexiones respecto al delito de aborto", en Galeana, Patricia (coord.), *Por la descriminalización de las mujeres en México*, México, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2017.

tal. Por otro lado, ¿cuál es la razón para validar únicamente las solicitudes presentadas antes de tener conocimiento del embarazo? ¿Son menos legítimas las presentadas con posterioridad? Si es así, ¿cuáles son los parámetros que sustentan esta conclusión?

Ahora bien, el cuerpo del delito es una terminología del derecho procesal penal, su constatación depende de factores externos a la mujer: la disponibilidad inmediata de servicios periciales, que estos se provean con perspectiva de género y cumplan con los estándares adecuados para atender a víctimas de violencia sexual. La lógica de esta exigencia parte de la necesidad de que la mujer compruebe su dicho como requisito para acceder al servicio de salud, aun cuando la comprobación no depende de ella, sino de la eficacia de las instituciones.

En relación con la autorización, ¿por qué alguien debe autorizarlo? ¿La mujer no puede asumir la responsabilidad? ¿Cuál es la idea de la necesidad de una supervisión?

Finalmente, el plazo: para que la mujer pueda acceder a la interrupción de su embarazo, en 90 días debe denunciar, saber del embarazo, acudir a realizarse los dictámenes médicos, esperar las diligencias de la fiscalía, tramitar la autorización, esperar la respuesta y buscar una institución donde no haya objetores de conciencia. De esta manera, en el listado de requisitos subyace el mensaje de duda respecto del dicho de la mujer; es decir, toma como punto de partida una presunción de falsedad sobre su declaración.[12]

Para escenarios como este, en el que la norma despierta sospechas sobre su constitucionalidad, el juicio de amparo es el medio adecuado para plantear los reclamos que el feminismo ha denunciado reiteradamente contra el derecho penal. Permite cuestionarlo a partir de un parámetro constitucional para exponer la falta de razonabilidad en los mandatos que establece. A pesar de esto, no siempre se logra el objetivo, a veces la justicia constitucional también se vuelve cómplice del discurso de opresión contra las mujeres. La sentencia 358/2015 es un ejemplo.

[12] Sobre la crítica feminista sobre la regulación del derecho penal en los delitos sexuales véase Núñez, Lucía, *op. cit.*, pp. 95 y ss.

III. La sentencia y el *statu quo* del discurso constitucional

La sentencia del amparo promovido por Carolina Pomelo se dictó en 2015. En aquel entonces, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) todavía no estudiaba ningún reclamo promovido por una mujer contra los obstáculos para acceder a la interrupción legal del embarazo; es decir, la justicia constitucional en México nunca había resuelto un caso concreto.[13] No es que los obstáculos no existan; por el contrario, han sido ampliamente documentados.[14] Es necesario analizar por qué, a pesar de su cotidianeidad, no alcanzaban a ser justiciables en sede constitucional.

La ausencia de estos debates, además de presumir obstáculos para el acceso a la justicia, promueve la idea de que su análisis no es relevante; por otro lado, como lo señala Pou, "la no-decisión es una decisión en favor de lo que prevalece si la decisión no lo altera",[15] de esta forma el *statu quo* se mantiene en la postura de que la interrupción del embarazo, como derecho de las mujeres, no tienen un anclaje constitucional. Así, el litigio que dio lugar a la sentencia 358/2015 se inserta en el intento de romper el techo de cristal que se ha instaurado en la justicia constitucional para el debate sobre la interrupción del embarazo como una decisión protegida constitucionalmente.[16]

---

13 Los debates de la Suprema Corte sobre interrupción del embarazo, hasta ese momento, solo se habían llevado a cabo a través de medios abstractos. Para un seguimiento y crítica a estas decisiones véase Méndez Díaz, Alex Alí, "Interrupción legal del embarazo en México. Retos para una justicia constitucional con perspectiva de género", en Núñez Rebolledo, Lucía y Raphael de la Madrid, Lucía (coords.), *Buenas prácticas en el juzgar: el género y los derechos humanos*, México, IIJ-UNAM, 2018, p. 337.

14 Véase el trabajo de investigación de GIRE a que se refiere la nota 10.

15 Pou Giménez, Francisca, "Género y protección de derechos en México: virtualidad y límites de la jurisdicción constitucional", en Cruz Parcero, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Interrupción legal del embarazo en México. Retos para una justicia constitucional con perspectiva de género*, México, Fontamara, 2010, p. 82.

16 Sobre los obstáculos para el acceso a la justicia en sede constitucional en casos sobre interrupción del embarazo véase Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C., *Violencia sin interrupción..., cit*.

En el caso de Carolina, el juez de distrito argumentó que la Constitución protege el derecho a la vida, incluso desde el momento de la concepción.[17] Señala que los requisitos que establece la norma penal se vinculan y tienen su justificación en el cumplimiento de este mandato. De igual manera, refiere que la norma penal no puede calificarse como discriminatoria, porque no hace una distinción entre las mujeres que pueden acceder a la interrupción del embarazo producto de una violación: todas pueden, siempre que cumplan los requisitos. Finalmente, sostiene que el Código Penal no establece una prohibición, solo un conjunto de requisitos.[18]

El argumento central del juez es que la norma penal no contradice la Constitución y, por el contrario, es necesaria porque:

> [...] la consecuencia directa de no imponerle a las madres requisitos legales para interrumpir el embarazo sería *autorizar o permitir de manera arbitraria* y contrario a lo señalado en la propia Constitución Federal, tratados internacionales y legislaciones federal y locales, *la privación de la vida de ese producto (individuo)* e incluso con el riesgo de que también pierda la vida la progenitora.[19] (Cursivas añadidas)

Este razonamiento no es aislado; refleja el *statu quo* de buena parte del discurso constitucional que, al olvidarse de hacer la pregunta por las mujeres, termina avalando los prejuicios en su contra y limitando el ejercicio de sus derechos.

GIRE ha acompañado a otras mujeres que, como Carolina, se han enfrentado a obstáculos para acceder a la interrupción del embarazo y el resultado se repite. A continuación se exponen algunos ejemplos. En Jalisco se promovió otro juicio de amparo para cuestionar los requisitos que una norma administrativa establecía para acceder a este servicio médico. La jueza a cargo de resolver la demanda sostuvo que:

> [...] bajo la premisa de ser el embarazo resultado de un delito de violación, *no basta la simple afirmación de una mujer* en el sentido

[17] Amparo indirecto 358/2015..., *cit.*, pp. 28 y 33.

[18] *Ibidem*, pp. 40 y 41.

[19] *Ibidem*, p. 41.

> de (sic) fue víctima de una violación para realizarse, sino que *es necesaria una valoración de los términos de la solicitud presentada*, así como de las condiciones específicas que rodean a la solicitante, a fin de que la autoridad de salud pueda determinar que efectivamente se encuentra en el supuesto de su procedencia; *pensar de otra forma, produciría la posibilidad de que cualquier persona que quiera interrumpir un embarazo, manifestara que es su deseo su práctica, aduciendo de manera indiscriminada el que es producto de una agresión de naturaleza sexual*, para que la institución de salud pública, sin mayor trámite ni requisito o medio probatorio alguno, procediera a su realización.[20] (Cursivas añadidas)

En Morelos se tramitó un recurso de queja interpuesto contra la negación de una suspensión en un caso de negación de acceso a la interrupción de un embarazo. El Tribunal Colegiado confirmó la negativa al considerar que

> [...] el *a quo* tomó en cuenta no solamente el bienestar de la menor embarazada, sino también *el respeto al producto de la concepción,* quien, contra lo aducido en los agravios, *también goza de la protección de sus derechos humanos* aunque no hubiere nacido hasta este momento; puesto que es una prerrogativa contemplada tanto en la Carta Magna como en los tratados internacionales de los cuales sea parte nuestro país.[21] (Cursivas añadidas)

En Chiapas sucedió lo mismo recientemente. Con los planteamientos de la sentencia 358/2015, el Juzgado Segundo de Distrito en ese estado sostuvo que "el producto de la concepción es protegido legalmente desde su concepción, esto es, desde el momento en que una persona es concebida, su vida se protege legalmente en todo su alcance y con independencia del proceso

---

20 Amparo indirecto 1691/2015, Juzgado Segundo Distrito en Materia Administrativa y de Trabajo en el Estado de Jalisco, sentencia de 11 de enero de 2016, versión pública, p. 24. Esta sentencia fue revocada con base en los precedentes de la Suprema Corte descritos en la nota 51.

21 Recurso de queja 38/2015, Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, sentencia de 9 de febrero de 2016, versión pública, p. 19. El juicio de amparo que dio origen a esta queja otorgaba el amparo para efectos, el recurso de revisión interpuesto en su contra dio lugar al precedente de la Suprema Corte que se describe en la nota 51.

biológico en el cual se encuentre".[22] A partir de esta premisa declaró constitucional la norma penal, argumentando que:

> [...] la consecuencia directa de no imponerle a las madres requisitos legales para interrumpir el embarazo *sería autorizar o permitir de manera arbitraria* y contrario a lo señalado en la propia Constitución Federal, Tratados Internacionales y legislaciones federal y locales, *la privación de la vida de ese producto (individuo)* e incluso con el riesgo de que también pierda la vida la progenitora, dado, precisamente al avanzado proceso de gestación, que el legislador previó, acontece después de las doce semanas (o noventa días posteriores a su concepción).[23] (Cursivas añadidas)

Estos pronunciamientos reflejan la forma en que la justicia constitucional entiende la autonomía de las mujeres para la toma de decisiones relacionadas con el ámbito reproductivo. ¿Qué es lo que este discurso constitucional dice acerca de ellas? La imagen que se construye corresponde a una mujer cuya vida y cuerpo son instrumentalizados. Su sexualidad, libertad y autonomía reproductiva le son expropiados a partir de la imposición del mandato de la maternidad.[24]

Por medio de la invisibilización, desconocen los efectos de la norma en la vida de las mujeres, no las contemplan como titulares de derechos. Además, proyectan un prejuicio sobre su credibilidad. Hacen de la presunción del engaño el fundamento para justificar normas que obstaculizan el ejercicio de una decisión protegida constitucionalmente.

Como señala Triviño Caballero, "el control sobre los cuerpos de las mujeres no se hace solo a través de regulaciones, sino también mediante una construcción dominante de significados simbólicos sobre el sexo y la reproducción, el aborto y la maternidad".[25] En este sentido, ya no es solo el derecho penal discipli-

---

22 Amparo en revisión 1325/2018, Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Chiapas, con residencia en Tapachula, sentencia de 20 de septiembre de 2019, versión pública, p. 52.

23 *Ibidem*, pp. 54 y 55.

24 Acosta, Malena, *op. cit.*, p. 178.

25 Triviño Caballero, Rosana, "El derecho al aborto: progresos, atrasos y esperanzas", en Alterio, Ana Micaela y Martínez Verástegui, Alejandra

nando por medio de la amenaza y el castigo, también es la justicia constitucional produciendo discursos opresores por medio de la interpretación.

IV. El disfraz de la opresión

De acuerdo con lo que se ha expuesto, en este trabajo se abordan dos aspectos de la sentencia 358/2015: la falta de diálogo con los estándares vigentes al momento de su dictado, así como la ausencia de la pregunta por las mujeres y sus derechos.

4.1. Estándares incompletos

La sentencia 358/2015 omite cualquier referencia a los debates que se han desarrollado en la SCJN en torno a la protección de la vida desde la concepción. El juez de distrito tampoco dialoga con las resoluciones que han emitido los tribunales constitucionales en otros países y los organismos internacionales de derechos humanos.[26]

La omisión puede ser involuntaria, por desconocer los criterios, o voluntaria, para evitar una vinculación con la interpretación previa o comparada. El primer supuesto refleja la falta de preparación del juez; en el segundo, una mala fe al omitir la referencia a razonamientos que no son compatibles con la conclusión que pretende justificar. En ambos casos el resultado es inaceptable.

(coords.), *Feminismos y derecho. Un diálogo interdisciplinario entorno a los debates contemporáneos,* México, CEC-SCJN, 2019, p. 215.

[26] Los tribunales constitucionales en la región han dictado sentencias importantes sobre la interrupción del embarazo: *F., A.L. s/ Medida autosatisfactiva,* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina, marzo de 2012; Sentencia C-355-06 de la Corte Constitucional de Colombia, mayo de 2006, sentencia *Roe vs. Wade,* de la Corte Suprema de Estados Unidos, enero de 1973, entre otras. En los órganos internacionales: Comité de Derechos Humanos de la ONU, octubre de 2005; Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación* in Vitro*") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 257, entre otras.

El precedente base de la sentencia es la acción de inconstitucionalidad 10/2000, en la que la SCJN sostuvo que la Constitución Federal reconoce el derecho a la vida del producto de la concepción;[27] sin embargo, esta interpretación ha sido superada.[28] En una discusión posterior reconoció que:

> [...] del hecho de que la vida sea una condición necesaria de la existencia de otros derechos no se puede válidamente concluir que debe considerarse a la vida como más valiosa que cualquiera de esos otros derechos [...].
>
> [...] Es evidente que si no existe un individuo vivo, no hay posibilidad de que se ejerzan los derechos establecidos constitucionalmente, pero de ahí no se sigue que la vida se[a] condición de existencia de los demás derechos, menos la necesidad de otorgarle una posición lógicamente preeminente frente a los demás. Aceptar un argumento semejante destruiría la naturaleza relacional de los derechos fundamentales, así como su fundamento democrático. Los derechos fundamentales se establecen para limitar el ejercicio de los derechos de la mayoría sobre la minoría, pero no para la expresión de un último valor fundamental del Estado el cual devenga intangible jurídicamente [...].[29]

En este sentido, la SCJN analizó nuevamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, concluyendo que dichos instrumentos no definen cuándo inicia la protección del derecho a la vida ni desde

---

27 Derecho a la vida del producto de la concepción. Su protección deriva de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de los tratados internacionales y de las leyes federales y locales. Tesis de jurisprudencia P./J. 14/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, febrero de 2002, p. 588.

28 Sobre la desarticulación del sustento constitucional del criterio de 2002, véase Pou Giménez, Francisca, "El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal", *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, núm. 5, 2009, pp. 142 y 143. Véase también Méndez Díaz, Alex Alí, *op. cit*., pp. 120 y 121.

29 Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, Pleno, Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia de 28 de agosto de 2008, versión pública, pp. 154 y 155.

qué momento el ser humano es sujeto de protección.[30] Además de lo anterior, la SCJN, abandonando expresamente el criterio que había sostenido en la acción de inconstitucionalidad 10/2000, tomó una nueva postura y determinó que "ni siquiera la Convención sobre los Derechos del Niño incluyó o definió el momento en el cual comienza la protección de la vida".[31]

Por otro lado, en mayo de 2010, la SCJN avanzó en su argumentación y expuso que si bien el Ministerio Público es competente para investigar conductas presumiblemente constitutivas de delitos y garantizar los derechos de las víctimas, ello no significa que tenga competencia exclusiva para resolver sobre las cuestiones médicas que estas requieran. Al tratarse de temas de salud, ellas pueden ir directamente a las instituciones prestadoras de estos servicios sin acudir previamente a las instancias de procuración de justicia.[32]

En el ámbito regional, en noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación* in Vitro*) vs. Costa Rica*. Al interpretar el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[33] sostuvo que "no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión".[34] También estableció que el centro de la protección convencional es la mujer embarazada, y que es esa cobertura la que se extiende al feto.[35]

Por otro lado, la sentencia 358/2015 tampoco toma en cuenta otras normas sobre derechos de las víctimas. Para 2015, la Ley General de Víctimas ya establecía la interrupción del embarazo

30 *Ibidem*, p. 166.

31 *Idem*.

32 Controversia constitucional 54/2009, Pleno, Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia de 27 de mayo de 2010, versión pública, pp. 65 y 66.

33 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4. Derecho a la vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente [...].

34 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación* in Vitro*) vs. Costa Rica... cit.,* párrs. 222 y 223.

35 *Idem*.

como un derecho en casos de violación,[36] definiéndola como un servicio médico de emergencia.[37]

En cuanto al argumento expuesto en la demanda sobre la discriminación y restricción de derechos, el juez señala que la norma impugnada no es discriminatoria, porque se aplica a todas las mujeres por igual. Hace residir la constitucionalidad de la ley en su característica de generalidad sin ningún otro análisis sobre su contenido o el impacto diferenciado de su aplicación.

Esta manera de estudiar el fenómeno de la discriminación ya ha sido ampliamente superada por el desarrollo jurisprudencial de la SCJN: el hecho de que una norma sea general no significa que automáticamente se encuentre exenta de discriminación, ya que esta también puede presentarse de forma indirecta a través de los resultados de su aplicación.[38]

Finalmente, la sentencia sostiene que la norma penal no establece una restricción, porque reconoce la posibilidad de interrumpir el embarazo, sino que únicamente contiene un listado de requisitos para poder ejercer el derecho. Este planteamiento

---

36 Ley General de Víctimas, art. 35. A toda víctima de violación sexual, o cualquier otra conducta que afecte su integridad física o psicológica, se le garantizará el acceso a los servicios de anticoncepción de emergencia y de interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos por la ley, con absoluto respeto a la voluntad de la víctima; asimismo, se le realizará práctica periódica de exámenes y tratamiento especializado, durante el tiempo necesario para su total recuperación y conforme al diagnóstico y tratamiento médico recomendado; en particular, se considerará prioritario para su tratamiento el seguimiento de eventuales contagios de enfermedades de transmisión sexual y del Virus de Inmunodeficiencia Humana.
En cada una de las entidades públicas que brinden servicios, asistencia y atención a las víctimas, se dispondrá de personal capacitado en el tratamiento de la violencia sexual con un enfoque transversal de género.

37 *Ibidem*, art. 30. Los servicios de emergencia médica, odontológica, quirúrgica y hospitalaria consistirán en: [...] Servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos por ley, con absoluto respeto de la voluntad de la víctima, y [...].

38 Discriminación por objeto y por resultado. Su diferencia. Tesis aislada P. VII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 34, t. I, septiembre de 2016, p. 255.

también es constitucionalmente débil, pues la sola existencia de requisitos no implica su objetividad y razonabilidad.[39]

Conforme a estas evidencias, queda claro que el juez evadió dar respuesta puntual a cada uno de los planteamientos constitucionales de la demanda de amparo: ¿por qué un límite de 90 días? ¿Por qué se requiere la autorización de un juez o jueza o Ministerio Público? ¿Por qué es obligatoria la denuncia? ¿Por qué la solicitud ya no es válida si se denuncia después de tener conocimiento del embarazo? Al no dar respuesta a estas preguntas, el debate constitucional quedó reducido a un discurso más, que —tomando un disfraz de justicia— continúa promoviendo la opresión contra las mujeres.

4.2. La pregunta por las mujeres

La metodología en la argumentación refleja la ausencia de perspectiva de género y una forma peligrosa de entender la interpretación constitucional desde una noción feminista del derecho.

El juez inicia su razonamiento señalando que "para determinar si la norma cuya invalidez se demanda es o no contraria a la Constitución Federal, es necesario que se determine inicialmente si la Constitución Federal prevé como derecho fundamental el derecho a la vida [...]".[40] También afirma la protección constitucional del derecho a la vida del producto la concepción.[41]

De esta forma, la sentencia hace aparecer en el escenario lo que Rostagnol llama el "feto público",[42] como un mecanismo de

[39] Véase Igualdad y no discriminación. Funciones y consecuencias en el uso del principio de razonabilidad. Tesis aislada 1a. CCCLXXXV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 12, t. I, noviembre de 2014, p. 719.

[40] Amparo indirecto 358/2015, *cit*., p. 26.

[41] Laurence H. Tribe llama a esta forma de argumentación "poner la carreta delante del caballo". Véase Tribe, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos,* México, Fondo de Cultura Económica-INACIPE, 2012, pp. 247 y ss.

[42] Rostagnol, Susana, "Interrupción voluntaria del embarazo: una ley siempre en disputa", en Alterio, Ana Micaela y Martínez Verástegui, Alejandra (coords.), *op. cit*., p. 173.

biopoder. De acuerdo con la autora, "afirmar que la vida comienza con la fecundación y homologar *vida* a *persona* es un acto político, no científico. Se ubica en el terreno de las disputas de poder por otorgar sentido a las cosas que nos circundan".[43]

En estos términos, la sentencia 358/2015 inicia desarrollando una barrera argumentativa sobre los alcances de la protección que la Constitución otorga al feto, reconociéndole equivocadamente el derecho a la vida.[44] Sin embargo, este mismo ejercicio no se realiza en relación con los derechos que Carolina considera que le fueron vulnerados.

No hay una pregunta por las mujeres y, con ello, se actualiza lo que Acosta llama el segundo postulado epistemológico feminista: "las producciones del área jurídica feminista se formulan desde la convicción de que el discurso del Derecho tiende a ignorar a las mujeres, sus experiencias, sus intereses y todas sus contribuciones a la vida".[45]

Carolina, como la mujer que reclama justicia, ni siquiera es nombrada; por el contrario, el feto es personificado e incluso invocado como "individuo".[46] Esta invisibilización queda expuesta claramente: mientras no hay duda de la ubicación de la protección constitucional que el juez reconoce al embrión, ese mismo planteamiento no es desarrollado respecto de Carolina. Su solicitud es despojada de cualquier vínculo con el ejercicio de derechos reconocidos constitucionalmente, la reduce a una petición sin mayor relevancia.

Centrar el enfoque en la protección constitucional del derecho a la vida del feto tergiversa el planteamiento constitucional. De la pregunta por la constitucionalidad de los requisitos que establece la norma penal, se pasa a armar un entramado de protección constitucional en torno al embrión para justificar la improcedencia de la solicitud de Carolina.

---

43 *Ibidem*, p. 175.

44 Véase nota 35 sobre la sentencia *Artavia Murillo y otros (Fecundación* in Vitro*) vs. Costa Rica.*

45 Acosta, Malena, *op. cit*., p. 202.

46 Amparo indirecto 358/2015..., *cit*., p. 41.

El juez desarrolló todo su argumento como si el problema constitucional a resolver fuera la legitimidad de las mujeres para violar los derechos constitucionales del feto y no la legitimidad de los actos de autoridad para obstaculizar el ejercicio de los derechos de las mujeres. Parece que fuera una pugna de la mujer contra el feto y no una pregunta por los alcances del derecho penal.

En el contexto de este tipo de argumentaciones, la metodología feminista que obliga a preguntarse por la mujer es especialmente útil, pues permite ubicarla en el centro de la protección constitucional, antes de incluir cualquier otro factor en el análisis. De esta manera, los interrogantes a responder son otros en el contexto de un embarazo producto de una violación: ¿cuál es el alcance del derecho a la salud y cómo se relaciona con la solicitud de interrupción del embarazo? Y en estos mismos términos, ¿cuál es el contenido del derecho a la integridad y a la autonomía reproductiva? La respuesta a estas preguntas es clave para dibujar el margen de protección de las mujeres que se enfrentan a circunstancias como las de Carolina.

Solo a partir de este ejercicio es posible proceder al estudio de la norma penal. No se puede sostener una argumentación sobre su validez sin tener claro el parámetro constitucional con el cual se la va a enfrentar. Así, al cuestionar la validez de las razones del derecho penal para interferir en el ejercicio de una decisión constitucionalmente protegida, el cuestionamiento adquiere otras dimensiones. Como lo señala Tribe, la interrupción de un embarazo no deseado no se trata de la afectación del derecho del feto a la vida, sino de analizar si constitucionalmente puede derivarse un mandato hacia las mujeres que las obligue a continuar un embarazo y, en su caso, cuáles son sus alcances, para que el Estado pueda imponerlo a través de los mecanismos de coerción que tiene a su alcance.

Es en este punto en donde aparece la noción de la protección constitucional al feto, no antes. Tampoco se trata de cambiar la invisibilización de la mujer por la anulación del feto. La pregunta es si la Constitución, como el acuerdo democrático que defendemos, tiene esos alcances. Es una noción peligrosa el reconocerle al Estado la potestad absoluta para imponer decisiones de tal magnitud en la vida de las personas ¿Acaso esto no se dimensiona porque se trata de la vida de las mujeres y no de la de los hombres?

V. Los avances

Con lo que se ha desarrollado hasta ahora es suficiente para sostener que Carolina se merece una mejor respuesta a su reclamo de justicia; una que la ubique en el centro de la decisión y del análisis sobre el impacto que la norma penal ha tenido en su salud, su libertad y su autonomía.

Ahora bien, desde que se dictó la sentencia 358/2015, y gracias a la valentía de más mujeres como Carolina, se han logrado importantes avances. En febrero de 2016 se aprobó la modificación a la norma oficial mexicana (NOM) 046[47] para eliminar el requisito de la autorización para acceder a la interrupción del embarazo. Desde entonces, solo se requiere la declaración bajo protesta de decir verdad de que la mujer fue víctima de violación.[48]

En abril de 2018, la Segunda Sala de la SCJN finalmente resolvió reclamos concretos sobre obstáculos para acceder a la interrupción del embarazo. Al resolver los amparos en revisión 601/2017 y 1170/2017[49] sostuvo que

> [...] las autoridades sanitarias a quienes acudan mujeres que han sido violentadas en sus derechos humanos por ser víctimas de una violación sexual y que están embarazadas, producto de dicho acto

47 Norma Oficial Mexicana 046-SSA2-2005, Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención.

48 *Ibidem*, 6.4.2.7. En caso de embarazo por violación, las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica deberán prestar servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos por ley, conforme a lo previsto en las disposiciones jurídicas de protección a los derechos de las víctimas, previa solicitud por escrito bajo protesta de decir verdad de la persona afectada de que dicho embarazo es producto de violación; en caso de ser menor de 12 años de edad, a solicitud de su padre y/o su madre, o a falta de estos, de su tutor o conforme a las disposiciones jurídicas aplicables. El personal de salud que participe en el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo no estará obligado a verificar el dicho de la solicitante, entendiéndose su actuación, basada en el principio de buena fe a que hace referencia el artículo 5, de la Ley General de Víctimas.

49 Ambos juicios se refieren a la negativa de acceso al aborto por violación. Se trató *grosso modo* de hospitales que se negaron a garantizar el acceso al aborto por violación siguiendo los criterios de la Ley General de Víctimas y la NOM 046 en términos de lo señalado en las notas 37, 38 y 49.

> delictivo, deben atender de manera eficiente e inmediata la solicitud [...].
>
> [...] Lo anterior implica que las autoridades de salud correspondientes no pueden implementar mecanismos —ni políticas internas— que impidan se materialicen los derechos de aquellas mujeres que han sido víctimas de una violación sexual y cuyo deseo es interrumpir el embarazo producto de dicho acto delictivo.[50]

Por otro lado, en mayo de 2019, la Primera Sala dio otro paso importante. Al dictar sentencia en el amparo en revisión 1388/2015 interpretó el primer párrafo del artículo 4 constitucional, relativo al derecho a la salud, de la siguiente manera:

> [...] el aborto motivado por riesgos a la salud, y su adecuada y oportuna prestación, integran el ámbito normativo del derecho a la salud y su protección [...] pues se trata de una acción cuyo objetivo primordial es promover, preservar o restaurar la salud de la persona embarazada [...].
>
> En consecuencia, corresponde al Estado, mediante las instituciones públicas de salud, garantizar el acceso oportuno a estos servicios cuando las mujeres enfrenten riesgos asociados con el embarazo que comprometan su salud física, mental o social [...].[51]

De esta manera, el recurso de revisión promovido por Carolina contra la sentencia 358/2015 debe enmarcarse en la continuidad de los avances interpretativos de la SCJN y los tribunales internacionales. Es necesario que se continúe el diálogo constitucional para seguir construyendo las respuestas acerca de qué dice la Constitución sobre las mujeres y sus derechos reproductivos.

---

50 Amparo en revisión 601/2017, Segunda Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia de 4 de abril de 2018, versión pública, pp. 19 y 20. De la misma Sala, véase también el amparo en revisión 1170/2017, sentencia de 18 de abril de 2018.

51 Amparo en revisión 1388/2015, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia de 15 de mayo de 2019, versión pública, pp. 59 y 60. El juicio de amparo surge a partir de que a una mujer se le negó la interrupción de su embarazo de alto riesgo bajo el argumento de que la Ley General de Salud no contiene ninguna regulación sobre el tema.

VI. Conclusiones

A partir de lo que se ha desarrollado se muestra que no solo el derecho penal debe ser cuestionado desde una visión feminista del derecho, sino que la función jurisdiccional también puede ocultar tras de sí mensajes que perpetúan la opresión contra de las mujeres. Por ese motivo, cobran relevancia los análisis sobre "cómo la acción judicial contribuye a dar nombre a las cosas, cómo propicia o no que las personas se repiensen a sí mismas en términos emancipadores".[52] De esta manera, las reflexiones en torno a la interrupción del embarazo ya no pueden seguir sustentándose en una visión exclusivamente legal, sino a partir de su consideración como una decisión fundamental integrada en las bases del Estado democrático.

Abordar el debate desde esta perspectiva implica un cambio necesario en el enfoque; abandonar la visión legalista que se sustenta en la noción de la voluntad mayoritaria, para proyectar el discurso desde la Constitución como un espacio más allá de los acuerdos políticos cambiantes.[53] De esta manera, hablar de la constitucionalidad de la fracción II del artículo 158 del Código Penal para el Estado de Hidalgo ya no solo se trata de apelar a la legitimidad democrática del órgano legislativo, sino de cuestionar si una decisión fundamental —como la interrupción del embarazo— puede seguir discutiéndose como si fuera algo sobre lo que las mayorías, pero no la mujer, pueden decidir. Mientras esto no suceda, sentencias como la 358/2015 van a seguir validando la opresión, disfrazando de justicia constitucional su discurso. Ni Carolina ni ninguna mujer merecen que las cosas sigan como hasta ahora.

---

52 Pou Giménez, Francisca, "Las cortes latinoamericanas en un contexto de democracias dislocadas: un análisis desde el optimismo estratégico", en Niembro, Roberto y Verdugo, Sergio (coords.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio*, México, SCJN, 2019, p. 419.

53 Para el desarrollo de la diferencia entre ley y Constitución véase Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 112 y ss.

Fuentes de consulta

Acosta, Malena, *Feminismos jurídicos,* Buenos Aires, Ediciones Didot, 2016.

Derecho a la vida del producto de la concepción. Su protección deriva de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de los tratados internacionales y de las leyes federales y locales. Tesis de jurisprudencia P./J. 14/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, febrero de 2002, p. 588.

Discriminación por objeto y por resultado. Su diferencia. Tesis aislada P. VII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 34, t. I, septiembre de 2016, p. 255.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón,* 6a. ed., Madrid, Trotta, 2004.

González Barreda, María de Pilar, "Entre excusas absolutorias y excluyentes de responsabilidad: reflexiones respecto al delito de aborto", en Galeana, Patricia (coord.), *Por la descriminalización de las mujeres en México*, México, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2017.

Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C., *Violencia sin interrupción*, 2a. ed., México, 2017, *https://aborto-por-violacion.gire.org.mx/assets/pdf/violencia_sin_interrupcion.pdf*

Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C., *Omisión e indiferencia: derechos reproductivos en México*, México, 2013, *https://informe.gire.org.mx/caps/cap1.pdf*

Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C., *Niñas y mujeres sin justicia: derechos reproductivos en México*, México, 205, *https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2016/07/INFORME-GIRE-2015.pdf*

Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C., *La pieza faltante. Justicia reproductiva*, México, 2018, *https://justiciareproductiva.gire.org.mx/assets/pdf/JusticiaReproductiva.pdf*

Igualdad y no discriminación. Funciones y consecuencias en el uso del principio de razonabilidad. Tesis aislada 1a. CCCLXXXV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 12, t. I, noviembre de 2014, p. 719.

Méndez Díaz, Alex Alí, "Interrupción legal del embarazo en México. Retos para una justicia constitucional con perspectiva de género", en Núñez Rebolledo, Lucía y Raphael de la Madrid, Lucía (coords.), *Buenas prácticas en el juzgar: el género y los derechos humanos*, México, IIJ-UNAM, 2018.

Núñez Rebolledo, Lucía, *El género en la ley penal: crítica feminista a la ilusión punitiva,* México, Centro de Investigaciones y Estudios de Género-UNAM, 2018.

Pou Giménez, Francisca, "El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal", *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, núm. 5, 2009.

Pou Giménez, Francisca, "Género y protección de derechos en México: virtualidad y límites de la jurisdicción constitucional", en Cruz Parcero, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Interrupción legal del embarazo en México. Retos para una justicia constitucional con perspectiva de género*, México, Fontamara, 2010.

Pou Giménez, Francisca, "Las cortes latinoamericanas en un contexto de democracias dislocadas: un análisis desde el optimismo estratégico", en Niembro , Roberto y Verdugo, Sergio (coords.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio*, México, SCJN, 2019.

Rostagnol, Susana, "Interrupción voluntaria del embarazo: una ley siempre en disputa", en Alterio, Ana Micaela y Martínez Verástegui, Alejandra (coords.), *Feminismos y Derecho. Un diálogo interdisciplinario entorno a los debates contemporáneos,* México, CEC-SCJN, 2019.

Tribe, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos,* México, Fondo de Cultura Económica-INACIPE, 2012.

Triviño Caballero, Rosana, "El derecho al aborto: progresos, atrasos y esperanzas", en Alterio, Ana Micaela y Martínez Verástegui, Alejandra (coords.), *Feminismos y derecho. Un diá-*

logo interdisciplinario entorno a los debates contemporáneos, México, CEC-SCJN, 2019.

Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Madrid, Trotta, 2014.

Zagrebelsky, Gustavo, "El juez constitucional del siglo XXI", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre de 2008.

Sentencias

• Juzgados de Distrito:

Amparo indirecto 358/2015, Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Hidalgo.

Amparo indirecto 1691/2015, Juzgado Segundo Distrito en Materia Administrativa y de Trabajo en el Estado de Jalisco.

Amparo en revisión 1325/2018, Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Chiapas.

• Tribunales Colegiados

Recurso de queja 38/2015, Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

º Pleno

Acción de inconstitucionalidad 10/2000.

Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.

Controversia constitucional 54/2009.

º Primera Sala

Amparo en revisión 1388/2015.

º Segunda Sala

Amparo en revisión 601/2017.

Amparo en revisión 1170/2017.

SECCIÓN V
RESOLUCIONES
SOBRE VIOLENCIA
CONTRA LAS MUJERES

Resumen
de la resolución original

Datos Sentencia de la contradicción de tesis 66/2006-PS, resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 20 de septiembre de 2006.

Contenido de la contradicción. La contradicción de tesis surgió entre los criterios adoptados por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito y por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al resolver amparos directos en materia civil cuyos hechos y normas aplicadas eran semejantes.

El punto de contradicción fue cómo se deben narrar los hechos en el escrito de demanda de divorcio necesario con base en la causal relativa a la violencia. Es decir, si es exigible a la persona que narre de manera pormenorizada las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue cometida la violencia, o no.

Determinación Por mayoría de tres votos (votó en contra el ministro José Ramón Cossío Díaz, quien emitió voto particular, y estuvo ausente la ministra Olga Sánchez Cordero), la Suprema Corte de Justicia de la Nación se decantó por el criterio sustentado por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito, al resolver el juicio de amparo ADC 58/2006, en el que concluyó que en los casos en que se demanda el divorcio por violencia familiar, la parte actora debe narrar de manera específica y detallada el tiempo, modo y lugar en que ocurrieron todos los actos de violencia.

Sentencia
a la contradicción de tesis 66/2006-PS sobre la exigencia de la narrativa pormenorizada en casos de violencia en el ámbito familiar o del desconocimiento de las consecuencias de la violencia de género en la vida de las mujeres

Ana Lucía Díaz Azcúnaga

México, Distrito Federal. Acuerdo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación correspondiente al día 20 de septiembre de 2006. **VISTOS**

RESULTANDO

1. PRIMERO. Denuncia de la contradicción. Por escrito presentado el 8 de mayo de 2006 en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, los magistrados integrantes del Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito denunciaron la posible contradicción de tesis entre los criterios sustentados por dicho tribunal al resolver el amparo directo civil (ADC) 58/2006, y el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito al resolver el amparo directo 5946/2004.

2. SEGUNDO. Trámite. Por acuerdo de 16 de mayo de 2006, el presidente en funciones de esta Sala admitió a trámite la contradicción de tesis. Mediante acuerdo de 23 de junio de 2006, el presidente de esta Primera Sala tuvo por integrado el asunto y dio vista al procurador general de la República para que realizara manifestaciones. Asimismo, el presidente turnó el asunto al ministro José de Jesús Gudiño Pelayo.

3. Por oficio recibido en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia el 2 de agosto de 2006, el agente del Ministerio Público de la Federación (designado por la Procuraduría General de la República para intervenir en el asunto) formuló manifestaciones señalando que sí existe la contradicción de tesis denunciada.

CONSIDERANDO

4. PRIMERO. Competencia. Esta Primera Sala es competente para conocer y resolver sobre la presente denuncia de contradicción de tesis, de conformidad con los artículos 107, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 197-A de la Ley de Amparo y 21, fracción VIII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación,

toda vez que se denuncia una contradicción entre los distintos criterios sustentados por tribunales colegiados de circuito en la materia civil.

5. SEGUNDO. **Legitimación**. La denuncia de contradicción de tesis proviene de parte legítima, ya que fue realizada por los magistrados integrantes del Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito, quienes se encuentran facultados para ello, de conformidad con lo previsto por el artículo 197-A de la Ley de Amparo.

6. TERCERO. Criterios de los tribunales contendientes. A continuación, se sintetizan los argumentos centrales de las sentencias cuya contradicción se denuncia, así como los criterios adoptados por los tribunales colegiados.

I. Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito

7. Al resolver el juicio de amparo directo 5946/2004, el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito sostuvo que, en los casos en que se solicita el divorcio por violencia familiar, basta que la demanda narre ciertos datos, hechos o acontecimientos vinculados a la violencia familiar para proceder a su análisis. Por tanto, quien promueve la demanda no necesita precisar de forma exhaustiva las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron los hechos. Los argumentos centrales fueron los siguientes:

A. La conclusión de que es suficiente que la demanda señale hechos relacionados con la violencia familiar sin hacerlo en forma pormenorizada se desprende de la interpretación sistemática y armónica de los artículos 267, fracción XVII; 282, fracción VII: 323 *quater*, y 323 *sexies*, del Código Civil para el Distrito Federal, así como los numerales 940, 941 y 942, párrafo tercero, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

B. Los hechos de violencia familiar pueden generarse por conductas u omisiones ocurridas en diversos momentos. Esta circunstancia, sumada a las dinámicas de la vida familiar, provoca que muchas veces no sea posible recordar de manera precisa o exhaustiva todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dieron los hechos.

C. En consecuencia, para analizar la procedencia de la demanda, la jueza o juez deberá tomar en cuenta la narración de la persona afectada, la naturaleza de la causa de divorcio invocada y su facultad legal para intervenir de oficio en los asuntos de violencia familiar. Además, deberá considerar las pruebas aportadas durante el procedimiento o, en su caso, recabar aquellas que son necesarias para emitir su determinación final.

8. El criterio del Sexto Tribunal Colegiado fue recogido en la siguiente tesis:

> Divorcio necesario a causa de violencia familiar. Procede el estudio de esa acción, sin necesidad de que el promovente precise las circunstancias de tiempo, modo y lugar, quedando obligado el juzgador a intervenir de oficio, atento a las facultades que le otorga la ley en esos casos. De una sistemática y armónica interpretación del contenido de los artículos 267,

> fracción XVII, 282, fracción VII, 323 quáter y 323 sextus, del Código Civil para el Distrito Federal, así como los numerales 940, 941 y 942, párrafo tercero, del Código de Procedimientos Civiles de la misma entidad, se advierte que en los casos en que se promueva la acción de divorcio necesario con motivo de violencia familiar ejercida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de uno de ellos o de ambos, para que se proceda al estudio de esa acción, basta que el accionante, en el escrito de demanda respectivo, narre ciertos datos, hechos o acontecimientos vinculados con la violencia familiar, sin que sea imprescindible que lo haga en forma pormenorizada precisando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron, porque aquéllos tienen implícita la característica de que se pueden generar por conductas u omisiones ocurridas en diversos momentos, lo que aunado a la dinámica de la vida familiar en común, provoca que muchas veces no se recuerden de manera precisa o exhaustiva todas sus circunstancias; por consiguiente, para analizar la procedencia de la acción de divorcio en esos casos, el juzgador deberá tomar en cuenta lo narrado por el afectado, la naturaleza de la causa de divorcio invocada y su facultad legal para intervenir de oficio en los asuntos que se refieran a dicha violencia, considerando los elementos de prueba rendidos durante la sustanciación del procedimiento, o en su defecto, ordenar se recaben los necesarios para emitir su determinación final.[1]

II. Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito

9. Por su parte, al resolver el juicio de amparo ADC 58/2006, el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito sostuvo que, en los casos en que se solicita el divorcio por alguno de los motivos señalados en la fracción X del artículo 262 del Código Civil de Durango (sevicias, amenazas, injurias o violencia intrafamiliar), la demanda debe relatar de manera específica y exhaustiva el lugar, el tiempo y el modo en que ocurrieron los hechos. Los argumentos centrales fueron los siguientes:

A. Existen tres razones para sostener que el relato de los hechos debe ser específico al señalar el lugar, el tiempo y el modo en que estos ocurrieron. En primer lugar, para que el demandado pueda preparar su defensa y refutar las afirmaciones de su contraparte. En segundo lugar, para que el juez determine si la demanda de divorcio se promovió en tiempo. Finalmente, para que la persona que resuelva la controversia pueda valorar la gravedad de la conducta que se atribuye al demandado y decida si es tan delicada como para disolver el matrimonio.

B. De acuerdo con la quejosa, no era necesario precisar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, ya que estos fueron actos de violencia intrafamiliar que se prolongaron en el tiempo, y no actos de ejecución momentánea. Sin embargo, la apreciación de la quejosa resulta inexacta, pues debe tomarse en cuenta que la narrativa

[1] Tesis I.6o.C.351 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, julio de 2005, p. 1419.

de las circunstancias específicas de los hechos es indispensable; incluso si se trata de actos de violencia intrafamiliar. Esto es importante, primero, para que el demandado no quede en estado de indefensión, y, segundo, para que pueda prosperar la acción intentada.

C. Existen dos razones por las cuales no se comparte el criterio del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito que dio origen a la tesis de rubro: Divorcio necesario a causa de violencia familiar. Procede el estudio de esa acción, sin necesidad de que el promovente precise las circunstancias de tiempo, modo y lugar, quedando obligado el juzgador a intervenir de oficio, atento a las facultades que le otorga la ley en esos casos.[2]

D. La primera razón es que el criterio recogido en esa tesis parte de la premisa de que los actos de violencia familiar pueden no recordarse de manera precisa y exhaustiva, ya que tales actos pueden suceder en momentos distintos. No obstante, para el tribunal resulta "lógico y comprensible" que cualquier acto que implique violencia intrafamiliar deja una huella en la mente y en los sentimientos de la víctima. Esta huella es muy difícil de borrar. Por tanto, la víctima puede fácilmente recordar –muchas veces con lujo de detalles– las palabras o acciones del agresor, así como los lugares y épocas en que estas sucedieron. En consecuencia, la premisa de la tesis del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito es equivocada.

E. La segunda razón es que la tesis justifica la falta de precisión en la narración de los hechos con base en que los jueces familiares están facultados para intervenir de oficio en los asuntos relacionados con violencia familiar. Sin embargo, la facultad de intervenir de oficio únicamente autoriza a los jueces y juezas familiares a intervenir sin que exista una petición expresa de las partes involucradas en el conflicto familiar. En cambio, esta facultad no permite a las juezas y jueces perfeccionar, adicionar, complementar o modificar los hechos en los que se basa una demanda, lo cual sería necesario si se optara por seguir la tesis del Sexto Tribunal Colegiado.

10. CUARTO. Existencia de la contradicción de tesis. Esta Primera Sala recuerda que, para determinar si existe una contradicción de tesis entre tribunales colegiados de circuito, la Suprema Corte ha establecido los siguientes requisitos:[3]

A. Que los distintos criterios deriven del análisis de los mismos elementos.

B. Que, al resolver los puntos de controversia, los tribunales colegiados resuelvan cuestiones jurídicas esencialmente iguales, adoptando criterios contradictorios.

---

2 *Idem.*

3 Jurisprudencia de rubro: Contradicción de tesis de tribunales colegiados de circuito. Requisitos para su existencia. Tesis P./J. 26/200, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, abril de 2001, p. 76.

C. Que la diferencia entre los criterios se desprenda de los razonamientos o interpretaciones jurídicas que justifican una sentencia.

11. Esta Sala advierte, en primer lugar, que las resoluciones de los tribunales colegiados partieron del análisis de los mismos elementos: los hechos narrados en demandas que promueven la acción de divorcio necesario con base en la existencia de actos que constituyen violencia intrafamiliar, así como el análisis de artículos que requieren que los hechos con base en los cuales el actor funda su petición sean expuestos "sucintamente con claridad y precisión".[4] En consecuencia, el primer requisito se encuentra satisfecho.

12. En segundo lugar, se observa que ambos tribunales colegiados se pronunciaron sobre la misma cuestión jurídica, adoptando criterios contradictorios. El problema jurídico que los tribunales colegiados resolvieron consistió en determinar con qué grado de precisión deben ser expuestos los hechos y circunstancias de tiempo, modo y lugar, con base en los cuales una persona puede presentar una demanda de divorcio necesario por motivo de violencia intrafamiliar.

13. El Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito determinó, por un lado, que al solicitar el divorcio necesario con motivo de violencia intrafamiliar es necesario que la persona que promueve la acción *relate de forma pormenorizada* el lugar, el tiempo y el modo en que ocurrieron los hechos. El Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en cambio, concluyó que *basta que se narren datos o hechos vinculados con la violencia familiar*. Por consiguiente, puede concluirse que el segundo requisito también queda satisfecho.

14. Finalmente, solo queda observar si la diferencia entre los criterios de ambos colegiados radica en el razonamiento que llevó a cada tribunal a alcanzar conclusiones distintas:

• Para el Sexto Tribunal Colegiado resulta importante que la violencia familiar impacta en la precisión con la que se recuerdan los actos u omisiones de violencia que han ocurrido a

---

[4] Código de Procedimientos Civiles de Durango, art. 255. Toda contienda judicial principiará por demanda en la cual se expresarán:
[…]
V. Los hechos en que el actor funde su petición numerándolos y narrándolos *sucintamente con claridad y precisión,* de tal manera que el demandado pueda preparar su contestación y defensa.
Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, art. 255. Toda contienda judicial, principal o incidental, principiará por demanda, en la cual se expresarán:
[…]
V. Los hechos en que el actor funde su petición, en los cuales precisará los documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho, así como si los tiene o no a su disposición. De igual manera proporcionará los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos relativos.

través del tiempo. Es por ello que la jueza o juez puede apoyarse en otros elementos para determinar si la demanda de divorcio es procedente.

• Para el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito resulta lógico que una víctima puede recordar fácilmente los actos de violencia y los lugares y épocas en que estos sucedieron. Es por ello que, aun cuando se trata de actos de violencia intrafamiliar, la narración pormenorizada de los hechos en la demanda se considera necesaria.

15. Como puede verse, los tribunales colegiados parten de un entendimiento distinto de las implicaciones que puede tener la violencia familiar sobre las personas que se encuentran en tal circunstancia. Esto, a su vez, tiene un impacto sobre el razonamiento que llevó a cada tribunal a sostener criterios contendientes. Por ende, puede concluirse que el tercer requisito también se encuentra satisfecho.

16. De acuerdo con lo anterior, esta Primera Sala estima que *sí existe* la contradicción de tesis denunciada y, en consecuencia, procede ahora estudiar el fondo del asunto.

17. QUINTO. Estudio de fondo. El punto de contradicción consiste en determinar con qué grado de precisión deben ser expuestos los hechos y circunstancias de tiempo, modo y lugar en los que una persona basa su demanda de divorcio necesario por motivo de violencia familiar.

18. Pues bien, una de las diferencias significativas entre el razonamiento de los tribunales colegiados tiene origen en la comprensión que cada tribunal tiene sobre la dinámica de la violencia familiar, por un lado, y el impacto que tales circunstancias deberían tener sobre el punto jurídico en disputa, por el otro. En vista de lo anterior, esta Primera Sala estima que una mejor comprensión del asunto requiere un análisis del fenómeno de la violencia familiar.

19. En ese sentido, las consideraciones que sustentan esta sentencia se abordarán en tres apartados: *i)* en el primero se hará una breve exposición sobre los principales elementos de la violencia familiar; *ii)* en el segundo se enunciarán algunas particularidades de la dinámica de la violencia y el impacto que este proceso tiene sobre la víctima, y *iii)* finalmente, a la luz de los apartados anteriores, se determinará el grado de precisión con que deben exponerse los hechos en la demanda de divorcio por motivo de violencia intrafamiliar, llegando así a la solución de la presente contradicción de tesis.

I. Elementos de la violencia familiar

20. La violencia familiar o intrafamiliar –para efectos de esta sentencia se utilizan ambos términos de forma indistinta– es un fenómeno social complejo y multidimensional. Como punto de partida para el análisis, resulta ilustrativo observar cómo es que la legislación para la asistencia y prevención de la violencia familiar en el Distrito Federal y en el estado de Durango definen este fenómeno.

21. De acuerdo con las leyes locales, la violencia familiar está constituida por los siguientes elementos: *i)* puede tratarse de actos de poder u omisiones; *ii)* tiene un carácter intencional, recurrente o cíclico; *iii)* está dirigida a dominar, someter, controlar o agredir de forma física, verbal, psicoemocional o sexual; *iv)* puede cometerse contra cualquier miembro de la familia con el que exista o haya existido un parentesco, matrimonio, concubinato o una relación de hecho, y *v)* tiene por consecuencia causar un daño.[5]

22. En la literatura especializada, el término alude a aquellas formas de abuso que tienen lugar en una familia.[6] Se entiende que una relación de abuso es la interacción que ocurre en un contexto de desequilibrio de poder entre las partes, existiendo conductas que, por acción u omisión, ocasionan un daño a algún miembro de la familia.[7] El daño puede manifestarse de diversas formas, por ejemplo, podría ser físico, emocional o psicológico o sexual.[8] Así, cualquier integrante de la familia podría, en principio, ser agente o víctima de violencia familiar.

---

5 El art. 3, frac. III, de Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar del Distrito Federal señala:
[...]
III. Violencia Familiar: Aquel acto de poder u omisión intencional, recurrente o cíclico, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, que tengan parentesco o lo hayan tenido por afinidad civil; matrimonio, concubinato o mantengan una relación de hecho, y que tiene por efecto causar daño, y que puede ser de cualquiera de las siguientes clases:
a) Maltrato Físico [...]
b) Maltrato Psicoemocional [...]
c) Maltrato Sexual. [...]
De forma casi idéntica, el artículo 3, fracción VI, de la Ley para la Asistencia, Atención y Prevención de la Violencia Intrafamiliar señala:
VI. Violencia Intrafamiliar: Aquel acto de poder u omisión recurrente, intencional y cíclico, que realiza la persona dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, con quien tenga alguna relación de parentesco por consanguinidad, tengan o lo hayan tenido por afinidad civil; de concubinato, se le haya otorgado tutela o custodia de cualquier tipo, o mantengan una relación de hecho y que tiene por fin causar daño y que puede ser de cualquiera de las siguientes clases:
a) Maltrato Físico [...]
b) Maltrato Psicoemocional [...]
c) Maltrato Sexual [...]
d) Abuso fetal [...]
e) Negligencia [...].

6 Corsi, Jorge, "Una mirada abarcativa sobre el problema de la violencia familiar", en Corsi, Jorge (comp.), *Violencia familiar. Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social,* México, Paidós, 1994, p. 30.

7 *Idem*.

8 *Idem*.

23. De lo anterior se advierte que existen dos elementos de la violencia familiar que son especialmente relevantes:

• El tipo de daño o afectación, que puede adoptar distintas expresiones: puede ser físico, psicológico, sexual o económico, entre otros.[9] Resulta crucial observar que, por lo general, en una misma situación de violencia concurren varias de estas afectaciones, e incluso todas.[10] Así, identificar y distinguir con claridad cada uno de los actos u omisiones de violencia que generan estas afectaciones podría convertirse en una tarea sumamente compleja.

• El desequilibrio de poder, que puede colocar a ciertos integrantes en una situación de mayor vulnerabilidad. En la familia, este desequilibrio viene dado por la posición que ocupa una persona respecto de los demás integrantes. El punto crítico es que esta posición viene acompañada de la capacidad de producir afectaciones sobre otros miembros de la familia.[11]

24. Ahora bien, el desequilibrio de poder puede encontrar su origen tanto en un contexto particular –por ejemplo, una relación laboral– como en jerarquías socialmente asignadas.[12] En ese sentido, aunque en principio cualquier miembro de la familia podría ser víctima de violencia, lo cierto es que algunos integrantes pueden encontrarse en una situación de mayor riesgo como consecuencia de la posición dentro de una relación de poder que le ha sido asignada en función del género, la edad o las distintas capacidades, entre otras.[13]

25. En el contexto nacional, por ejemplo, no puede perderse de vista que la elevada incidencia de la violencia contra las mujeres podría indicar que son ellas quienes corren mayor riesgo de ser víctimas de violencia familiar. Las estadísticas son elocuentes: la Encuesta Nacional sobre Violencia contra las Mujeres (ENVIM 2003) encontró que, entre las mujeres encuestadas que señalan haber experimentado alguna relación violenta, el 74%

---

9 Véase tanto *ibidem,* p. 30, como Valdez Santiago, Rosario, "Del silencio privado a las agendas públicas: el devenir de la lucha contra la violencia doméstica en México", en Torres Falcón, Martha (comp.), *Violencia contra las mujeres en contextos urbanos y rurales*, México, El Colegio de México, 2004, p. 358.

10 *Idem*.

11 Steven Lukes y Leslie Green entienden que estar en una posición de poder respecto de otra persona implica, en términos generales, tener la capacidad de producir o prevenir un cambio en su situación, actos, decisiones o intereses. Véase, Lukes, Steven, *Power: A Radical View*, 2a. ed., Londres, Palgrave Macmillan, 2005, y Green, Leslie, "Power", en Craig, Eduard (ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Londres, Routledge, 1998.

12 Corsi, Jorge, *op.cit.*, pp. 23 y 24.

13 Valdez Santiago, Rosario, *op. cit.*, p. 357; Corsi, Jorge, *op. cit.*, pp. 24-30; Choudry, Shazia y Herring, Jonathan, "Righting Domestic Violence", *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 20, 2006, p. 115.

afirmó que esta fue perpetrada por su pareja.[14] Más aún, la ENVIM muestra que el 21.5% de las mujeres ha sufrido violencia en su relación de pareja actual; 34.5% ha sufrido violencia en cualquier momento de la relación, aunque esta haya terminado, y el 60.4% ha sufrido violencia alguna vez en la vida.[15] En otras palabras, una de cada cinco mujeres sufre violencia en su relación actual; una de cada tres ha sufrido violencia de pareja alguna vez, y dos de cada tres mujeres han sufrido violencia en algún momento de su vida.[16]

26. Considerando el estado de las cosas, esta Sala, a continuación, profundizará en las dinámicas de la violencia familiar, haciendo especial énfasis en la violencia perpetrada en contra de las mujeres.

II. La violencia familiar como ciclo

27. La violencia en la familia suele tener un carácter cíclico y su intensidad y frecuencia puede incrementar o disminuir a medida que pasa el tiempo y se modifican los vínculos entre familiares.[17] En el caso de la violencia contra las mujeres, se ha insistido en que la dinámica de violencia y el abandono de una relación de abuso no puede reducirse a un acto, a una decisión o a un momento.[18] Más bien, las mujeres que están en relaciones violentas se encuentran inmersas en el llamado "ciclo de la violencia".

28. La teoría del ciclo de la violencia está basada en el escalamiento de tensiones en tres distintas fases que ilustran la intensidad creciente y el carácter cíclico de la dinámica de maltrato en la cual la mujer se encuentra inmersa:[19]

---

14 Instituto Nacional de Salud Pública, Encuesta nacional sobre violencia contra las mujeres 2003: Informe ejecutivo, p. 65. De modo similar, un estudio que ha evaluado las causas de demanda de atención por lesiones intencionales a los servicios de urgencia hospitalarios en el Distrito Federal, ocasionados por diferentes tipos de hechos violentos, identificó que la violencia intrafamiliar representó 19.6% del total de la muestra, siendo las mujeres las más afectadas (72%). El principal agresor de las mujeres fue su pareja. Véase Híjar, Martha Cecilia *et al.,* "Lesiones intencionales como causa de demanda de atención en servicios de urgencia hospitalaria en la Ciudad de México", México, *Salud Mental*, vol. 25, núm. 1, 2002, pp. 35-42.

15 Instituto Nacional de Salud Pública, *op. cit.,* p. 70.

16 *Ibidem,* p. 67.

17 Sobre el patrón repetitivo o cíclico véase Corsi, Jorge, *op. cit.,* p. 30; Valdez Santiago, Rosario, *op. cit.,* p. 358.

18 Anderson, Deborah K. y Saunders, Daniel G, "Leaving an Abusive Partner: An Empirical Review of Predictors, the Process of Leaving and Psychological Well-Being", *Trauma, Violence and Abuse,* vol. 4, núm. 2, abril de 2003, p. 171.

19 Walker, Lenore, "Who are the Battered Women?", *Frontiers: A Journal of Women Studies*, vol. 2, núm. 1, primavera de 1977, pp. 53 y 54; Walker, Lenore, *The Battered Woman Syndrome*, 2a. ed., Nueva York, Springer Publishing Company, 2000, pp. 126 y ss.

A. En la primera fase hay un escalamiento gradual de tensión. En esta etapa la violencia puede ser menor o puede tomar la forma de abuso verbal. Por ejemplo, el agresor puede ridiculizar a la mujer, ignorar su presencia o reírse de sus opiniones.[20]

B. En la segunda fase, la tensión escala y se acumula. Eventualmente, el patrón de respuesta negativa del generador de violencia no puede ser controlado; típicamente existe una descarga de maltrato si no hay una intervención. Por ejemplo, pueden existir incidentes de violencia física que inicien con empujones y más tarde se conviertan en golpes; también se puede exigir contactos sexuales o se puede utilizar objetos para producir un daño.[21]

C. En la tercera fase, el generador de violencia se disculpa y es común que muestre arrepentimiento o amabilidad. Esto puede crear esperanzas de que su conducta cambiará, proporcionando un incentivo para que la mujer permanezca en la relación. Además, esto puede dificultar que la mujer perciba una conexión entre el arrepentimiento y el inicio de un nuevo ciclo en el escalamiento de la tensión.

29. De lo anterior se desprende que, lejos de producirse como hechos aislados y fácilmente identificables, los actos de violencia se insertan dentro un patrón de abuso en el que la conducta del agresor oscila entre muestras de amabilidad o arrepentimiento y episodios de violencia. A esto se suma que muchas mujeres experimentan no uno, sino múltiples periodos de violencia durante su vida.[22] De este modo, el proceso de reconocer el abuso repetitivo, encontrar estrategias para abordarlo y desvincularse de la relación puede ser sumamente complejo.

30. En efecto, diversos estudios señalan que las mujeres inmersas en el ciclo de la violencia experimentan un proceso largo y multifacético a nivel psicológico y cognitivo.[23] Es común que pasen por varias fases durante este ciclo: *i)* al iniciar los episodios de violencia, las mujeres típicamente se enfocan en manejar y lidiar con la situación; *ii)* conforme la violencia escala, muchas señalan sentirse confundidas o paralizadas; *iii)* más adelante, es posible que ciertos eventos detonen nuevas percepciones que pueden llevar al reconocimiento del abuso, a revaluar la relación y a buscar estrategias –legales, sociales, económicas, etc.– para contrarrestar la violencia, y *iv)* la última fase consiste en la serie de acciones que la mujer puede tomar para retirarse de la relación.[24] A continuación, esta Sala profundizará sobre las primeras dos fases.

---

20 Corsi, Jorge, *op. cit.,* p. 45.

21 *Idem.*

22 Valdez, Rosario y Juárez, Clara, "Impacto de la violencia doméstica en la salud mental de las mujeres: análisis y perspectivas en México", *Salud Mental*, México, vol. 21, núm. 6, diciembre de 1998, pp. 1-10.

23 Anderson, Deborah K. y Saunders, Daniel G., *op. cit.,* pp. 164 y 172.

24 Mills, Trudy, "The Assault on the Self: Stages in Coping with Battering Husbands", *Qualitative Sociology*, vol. 8, verano de 1985, pp. 105 y 116; Anderson, Deborah K., y Saunders, Daniel G., *op. cit.,* pp. 175-177.

31. Para muchas mujeres, el manejo de la violencia conlleva dos aspectos: por un lado, implica protegerse de la agresión; por el otro, implica encontrar una explicación o un sentido a su circunstancia para poder sobrellevar la situación, tomando en cuenta que las condiciones sociales, económicas, familiares e institucionales no siempre proporcionan una alternativa.[25] Esto puede llevarlas a minimizar la gravedad de la violencia, o bien, a entender al agresor como la víctima. Al concentrarse en minimizar la agresión, la mujer podría llegar a ignorar, negar u olvidar los episodios de violencia.[26]

32. Por otro lado, una de las consecuencias del miedo que las mujeres experimentan al verse inmersas en el ciclo de la violencia es la confusión y la dificultad de reaccionar a los eventos que suceden a su alrededor; muchas describen sentirse "paralizadas".[27] Así, las mujeres pueden enfrentar dificultades para explicar cuántas veces ocurrieron los episodios de violencia. Si la mujer se encuentra aislada de sus redes de apoyo y, por tanto, no puede escuchar una perspectiva externa, puede incluso llegar a cuestionar su percepción de la realidad. Podría llegar a dudar, por ejemplo, si el peligro en el que se encuentra es real o imaginario.[28] Estos periodos de confusión pueden durar meses, o incluso años.

33. Recapitulando lo dicho hasta ahora, es importante reiterar que la violencia familiar –al suceder en contextos de desequilibrio de poder– representa un mayor riesgo para ciertos integrantes de la familia, como podrían ser las mujeres. Además, típicamente se manifiesta como un patrón de carácter cíclico en donde las conductas violentas se alternan con muestras de arrepentimiento. Se trata de un proceso cuyo impacto psicológico es drástico: sus efectos pueden comprender desde la minimización y olvido de los actos de violencia hasta la confusión, parálisis y distorsión de la realidad.

34. Es a la luz de las consideraciones anteriores que esta Primera Sala procede a determinar el grado de precisión con que deben exponerse los hechos en la demanda de divorcio necesario por motivo de violencia familiar.

III. La presente contradicción de tesis

35. En los juicios que dieron origen a esta contradicción de tesis se solicitó el divorcio necesario con base en la causal de violencia familiar. Tanto el Código Civil del Distrito Federal como el Código Civil de Durango distinguen entre dos clases de divorcio: el voluntario y el necesario. El primero es aquel en que ambos cónyuges están de acuerdo en disolver

---

25 Johnson, Ferraro, "How Women experience battering: The process of victimization", *Social Problems*, vol. 30, 1983, pp. 325-338.

26 Mills, Trudy, *op. cit.,* pp. 170-175.

27 *Idem*.

28 *Ibidem,* pp.113 y 114.

el matrimonio y, con ese fin, celebran un convenio que someten a la consideración de la autoridad judicial. En cambio, el divorcio necesario puede ser solicitado por alguno de los cónyuges cuando el otro ha cometido alguno de los actos que la legislación señala como una causal de divorcio.

36. A efecto de iniciar el proceso judicial para solicitar el divorcio necesario debe presentarse un escrito de demanda. Los artículos 255 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Durango y 255 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal señalan que una demanda debe contener "Los hechos en que el actor funde su petición […] *exponiéndolos sucintamente con claridad y precisión*" (cursivas añadidas).[29]

37. Esta Sala advierte dos posibles formas de interpretar estos requisitos. Por un lado, podría sostenerse –como lo hace el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito– que ello requiere que la demanda señale de manera específica, exhaustiva o pormenorizada el lugar, tiempo y modo en que ocurrieron los hechos. Al resolver la contradicción de tesis 167/2004-PS, por ejemplo, la Sala determinó que, al iniciar un juicio de divorcio necesario con base en la causal de sevicias, amenazas, difamación, injurias graves o malos tratamientos, es indispensable que la demanda exponga detalladamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar.[30]

---

29 Código de Procedimientos Civiles de Durango, art. 255. Toda contienda judicial principiará por demanda en la cual se expresarán:
[...]
V. Los hechos en que el actor funde su petición numerándolos y narrándolos sucintamente con claridad y precisión, de tal manera que el demandado pueda preparar su contestación y defensa.
Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, art. 255. Toda contienda judicial, principal o incidental, principiará por demanda, en la cual se expresarán:
[...]
V. Los hechos en que el actor funde su petición, en los cuales precisará los documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho, así como si los tiene o no a su disposición. De igual manera proporcionará los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos relativos. Asimismo, debe numerar y narrar los hechos, exponiéndolos sucintamente con claridad y precisión […].

30 En este asunto se discutió la legislación civil del estado de Puebla, no del estado de Durango ni del Distrito Federal. No obstante, se trae a colación porque debía resolverse un problema similar. La Sala tenía que determinar si la demanda debía especificar a cuál de las causales de divorcio previstas en la fracción VIII del artículo 454 del Código Civil de Puebla se refieren los hechos: sevicia, amenazas, difamación, injurias graves o malos tratamientos de un cónyuge al otro. La Sala determinó que no es necesario precisar a cuál de las causales se está haciendo referencia, pues corresponde a la autoridad jurisdiccional determinar qué causal se actualiza en el caso. El asunto dio origen a la tesis de jurisprudencia de rubro: Divorcio necesario. Cuando se promueve con base en la fracción VIII del artículo 454 del Código Civil para el Estado de Puebla, no es necesario especificar en la demanda a cuál de las causales ahí señaladas se refieren los hechos que originaron la acción. Tesis de jurisprudencia 1a./J. 73/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, septiembre de 2005, p. 67.

38. Por otro lado, también podría afirmarse –en una línea similar a la que sostuvo el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito– que satisfacer el requisito no implica que las circunstancias de tiempo, modo y lugar deban señalarse de forma detallada, específica, exhaustiva o pormenorizada. Basta con que los hechos se expresen de forma breve, concisa e inteligible, siendo admisible que se mencione aproximadamente en qué tiempo, modo y lugar sucedieron.

39. Esta Primera Sala se aparta de la primera interpretación. En los juicios de divorcio necesario por motivo de violencia familiar, exigir que la narración del lugar, tiempo y modo en que ocurrieron los hechos se realice de forma específica, exhaustiva o detallada podría obstaculizar el acceso a la justicia. Esta garantía se encuentra prevista en el artículo 17 de la Constitución Federal e implica que todas las personas tienen derecho a acceder de manera expedita a tribunales que puedan decidir sobre sus reclamos y peticiones. Así, se podría actualizar una violación a este derecho cuando una norma impone requisitos que resultan excesivos y que no guardan una relación con los fines que el legislador pretendió alcanzar.[31]

40. En el caso, cumplir con el estándar que sostiene la primera interpretación requiere que el cónyuge inmerso en la dinámica de violencia documente detalladamente: la hora, el día y el mes en que ocurrió cada hecho, para acreditar el tiempo; identifique específicamente cómo ocurrió cada uno, para acreditar el modo, y describa minuciosamente cada sitio en donde sucedieron, para acreditar el lugar. Así, si faltara la descripción minuciosa de alguno de estos elementos, el cónyuge víctima de violencia familiar no podría detonar el juicio de divorcio necesario.

41. Este ejercicio se vuelve más complejo si a ello sumamos que la violencia típicamente se manifiesta como un ciclo que oscila entre episodios de agresión y de arrepentimiento; que la intensidad y frecuencia de los episodios varía, y que en una misma situación de violencia pueden concurrir afectaciones físicas, psicológicas, sexuales o económicas. Y todavía más, si consideramos que el impacto psicológico de la violencia puede resultar en el olvido de episodios de violencia, confusión, parálisis o incluso una distorsión de la realidad.

42. En vista de lo anterior, esta Sala estima que, en el caso de una demanda de divorcio necesario por motivo de violencia familiar, exigir que se señale de manera específica, exhaustiva y pormenorizada el lugar, el tiempo y el modo en que ocurrieron los hechos impone un estándar excesivo para iniciar el juicio. Tomando en consideración las carac-

---

31 Tesis de rubro: Garantía a la tutela jurisdiccional prevista en el artículo 17 de la Constitución Federal. Sus alcances. Tesis 1ª LIII/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIX, mayo de 2004, p. 513.

terísticas de la violencia familiar y, sobre todo, la alta incidencia en México de la violencia contra las mujeres en el contexto de las relaciones de pareja, insistir en este estándar podría incluso excluir del acceso a la justicia a un segmento significativo de la población: precisamente a quienes podrían encontrarse en mayor riesgo.

43. Esta exigencia, además, no es necesaria para cumplir con la finalidad de la norma. El objetivo de que los hechos se expongan "sucintamente [de forma breve] con claridad y precisión" es que la persona demandada conozca los hechos que se le atribuyen, para así poder desacreditar esa acusación. En otras palabras, se trata de requisitos formales que están encaminados a garantizar que la persona demandada pueda preparar su contestación y defensa, en cumplimiento de la garantía de audiencia protegida por el artículo 14 de la Constitución Federal.[32] Para ello no es necesario el nivel de especificidad, detalle y exhaustividad que sostiene el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito.

44. En efecto, bajo la segunda posible interpretación de los requisitos que debe satisfacer una demanda (que los hechos se narren de forma breve, concisa e inteligible) no se impide que el demandado prepare adecuadamente su defensa, pues puede claramente identificar qué hechos se le atribuyen, el motivo de la demanda de divorcio, sobre qué tratará el juicio y lo que se pretende obtener: principalmente, la disolución del matrimonio. Así, la persona demandada no se encontrará en un estado de indefensión, pues contará con los elementos necesarios para contestar la demanda y, eventualmente, para ofrecer pruebas y así desacreditar los hechos de los cuales se le acusa.

45. Por todo lo anterior, esta Sala concluye que, al presentar una demanda solicitando el divorcio necesario por motivo de violencia familiar, no es indispensable señalar de manera específica, exhaustiva y pormenorizada el lugar, el tiempo y el modo en que ocurrieron los hechos. La legislación únicamente exige que los hechos sean expuestos de forma sucinta, clara y precisa. En consecuencia, basta con que la narración de los hechos sea breve, concisa e inteligible, siendo admisible que la demanda señale de forma aproximada cómo, cuándo y dónde sucedieron.

46. Por lo demás, esto no quiere decir –como preocupa al Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito– que las y los jueces, al utilizar su facultad para intervenir de oficio, puedan adicionar o complementar los hechos de una demanda. Esta facultad solo implica que, si advierten que existe violencia, pueden decretar las medidas necesarias para proteger a los miembros de la familia sin que exista una petición expresa.[33]

---

[32] Tesis de jurisprudencia de rubro siguiente: Formalidades esenciales del procedimiento. Son las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo. Tesis de jurisprudencia P./J. 47/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, diciembre de 1995, p.133.

[33] Código de Procedimientos Civiles de Durango, art. 973. El juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de

47. SEXTO. Criterio obligatorio. De acuerdo con lo anterior, debe prevalecer el criterio establecido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los siguientes términos:

> Divorcio necesario. Cuando se ejerce la acción con base en la causal de violencia familiar, basta que la narración de los hechos sea breve, concisa e inteligible. En el caso de una demanda de divorcio necesario por motivo de violencia familiar, exigir que se señale de manera específica, exhaustiva y pormenorizada el lugar, el tiempo y el modo en que ocurrieron los hechos, impone un estándar excesivo para iniciar el juicio. Esto es así ya que ello exigiría que el cónyuge inmerso en la dinámica de violencia documente detalladamente la hora, el día y el mes en que ocurrió cada hecho, para acreditar el tiempo; identifique específicamente cómo ocurrió cada uno, para acreditar el modo, y describa minuciosamente cada sitio en donde sucedieron, para acreditar el lugar. Este ejercicio se vuelve aún más complejo si se considera que la violencia típicamente se manifiesta como un ciclo que oscila entre episodios de agresión y de arrepentimiento; que la intensidad y frecuencia de los episodios varía, y que en una misma situación de violencia pueden concurrir afectaciones físicas, psicológicas, sexuales o económicas. En consecuencia, al presentar una demanda solicitando el divorcio necesario por motivo de violencia familiar no es indispensable señalar de manera específica, exhaustiva y pormenorizada el lugar, el tiempo y el modo en que ocurrieron los hechos. Si la legislación únicamente exige que los hechos sean expuestos de forma sucinta, clara y precisa, basta que la narración de los hechos sea breve, concisa e inteligible, siendo admisible que la demanda señale de forma aproximada cómo, cuándo y dónde sucedieron. Esto, además, permitirá que la persona demandada pueda preparar adecuadamente su defensa.

Por lo expuesto y fundado, se resuelve.

PRIMERO. Se declara existente la contradicción de tesis, en términos del considerando cuarto de esta sentencia.

---

alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia intrafamiliar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.
En todos los asuntos de orden familiar los jueces están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho.
En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.
Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, art. 941. El juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.

SEGUNDO. Debe prevalecer, con carácter de jurisprudencia, el criterio sustentado por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los términos precisados en el considerando sexto de esta sentencia.

TERCERO. Debe darse publicidad a la tesis jurisprudencial que se sustenta en la presente resolución.

Notifíquese, con testimonio de la presente resolución, y en su oportunidad archívese el expediente como asunto concluido.

Comentario
a la sentencia de la contradicción de tesis 66/2006-PS sobre la exigencia de la narrativa pormenorizada en casos de violencia en el ámbito familiar o del desconocimiento de las consecuencias de la violencia de género en la vida de las mujeres

María Elisa Franco Martín del Campo

En las siguientes líneas se analizará la contradicción de tesis 66/2006- PS de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Para ello, se ha organizado el análisis en los siguientes apartados: *i)* la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar; *ii)* la magnitud y gravedad de la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar, y *iii)* la contradicción de tesis 66/2006 de la Primera Sala de la SCJN.

I. La violencia contra las mujeres en el ámbito familiar

La violencia contra las mujeres es un problema grave y estructural que representa una ofensa a la dignidad humana, constituye una violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y es producto de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.[1] La violencia contra las mujeres se encuentra presente y normalizada en todos los ámbitos y estructuras sociales en México y en el mundo, por lo que se le considera como "la violación a los derechos humanos más sistemática e invisibilizada en el mundo".[2]

---

1 Preámbulo de la Convención de Belém do Pará.

2 Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres, "Violencia contra las mujeres, la violación a los derechos humanos más sistemática e invisibilizada en el mundo", 10 de diciembre de 2016, *ht-*

Dicha conducta es definida en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)[3] como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado". Queremos llamar la atención sobre esta definición convencional que reconoce que este grave problema tiene lugar no solo en el ámbito público, sino también en el privado. El reconocimiento normativo de la violencia que enfrentamos las mujeres en el ámbito privado, particularmente al interior de las familias, es producto de la visibilización que del tema se hizo en la segunda ola del feminismo.

Un aporte muy importante de la segunda ola del feminismo ha sido "desmitificar" la idea de la familia como una institución en la que no puede intervenir el Estado para evidenciar la importancia de la actuación diligente de este para erradicar la violencia y la discriminación contra las mujeres al interior de las familias, particularmente en sus relaciones de pareja. Al ser reconocido por los Estados que la violencia contra las mujeres es una violación a derechos humanos, inmediatamente surge la obligación estatal de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar la violencia contra las mujeres, incluida, obviamente, la violencia en el ámbito familiar.

Actualmente, en México contamos con el reconocimiento normativo de la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar que hacen la Convención de Belém do Pará[4] y la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV).[5]

---

tps://www.gob.mx/conavim/articulos/violencia-contra-las-mujeres-la-violacion-a-los-derechos-humanos-mas-sistematica-e-invisibilizada-en-el-mundo?idiom=es

[3] México es un Estado parte de la Convención de Belém do Pará: la firmó el 4 de junio de 1995, el Senado la aprobó el 26 de noviembre de 1996 y su promulgación fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 19 de enero de 1999.

[4] A partir de la reforma constitucional de 2011, los derechos humanos contenidos en la Convención de Belém do Pará, al ser México un Estado parte de este tratado internacional, tienen rango constitucional.

[5] La LGAMVLV fue publicada en el *DOF* el 1 de febrero de 2007.

La primera de estas establece que "se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer [...]". Por su parte, la LGAMVLV, en su artículo 7, define la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar como un "acto abusivo de poder u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar, o agredir de manera física, verbal, psicológica, patrimonial, económica y sexual a las mujeres, dentro o fuera del domicilio familiar, cuyo agresor tenga o haya tenido relación de parentesco por consanguinidad o afinidad, de matrimonio, concubinato o mantengan o hayan mantenido una relación de hecho".

En función del desarrollo normativo vigente en México sobre la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar, es posible concluir lo siguiente:

a) El elemento clave para identificarla es la relación de la víctima con el agresor, esta puede ser de consanguinidad o afinidad, de matrimonio, concubinato o una relación de hecho.
b) No es relevante el lugar donde se comete la violencia, ya que puede ser fuera o dentro del domicilio familiar.
c) Es intencional y tiene por objeto dominar, someter, controlar o agredir a la víctima.
d) En el ámbito familiar pueden tener lugar uno, varios o todos los tipos de violencia contra las mujeres: física, psicológica, sexual, económica y patrimonial.

Los elementos anteriores permiten identificar la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar, así como señalar sus efectos e impactos en la vida de las mujeres. En este sentido, resulta importante enfatizar que una característica de dicha modalidad de violencia es el control y dominio del hombre sobre la mujer, con la finalidad de conservar o aumentar su poder en la relación, generando daños en la salud, tanto física, psicológica como social de la mujer, en una clara afectación de sus derechos y con un grave riesgo para su vida.[6]

[6] Martínez Rodríguez, Laura y Valdez Valerio, Miriam, *Violencia de género. Visibilizando lo invisible,* México, ADIVAC-SSP, 2007, p. 5.

La relatora especial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias ha desarrollado una sólida doctrina sobre la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar. En un estudio previo sobre este tema fue posible analizar de manera amplia dicha doctrina, por lo que ahora se reproduce parte de ese estudio.[7]

Según la relatora, la violencia contra las mujeres en la familia debe entenderse como un sistema de opresión asegurado por una institución compleja y de contornos muy diversos, como lo es la familia. Dicha problemática, a su vez, es calificada como una forma de discriminación y como una violación a derechos humanos, inclusive como una forma específica de tortura, siendo todos estos calificativos concurrentes y complementarios para definir el fenómeno.

La referida doctrina de la relatora sostiene que la violencia en la familia suele concretarse en diversos actos de agresión, violencia sexual, incesto, prostitución forzada, violencia focalizada contra las niñas, aborto selectivo según el sexo del feto e infanticidio femenino, así como en el marco de prácticas tradicionales que afectan la salud de mujeres y las niñas como la mutilación genital femenina y en el marco de modelos de extremismo religioso.

Según lo constató la relatora, la agresión es la forma más común de violencia en el hogar y tiene notas definitorias comunes con la tortura, siendo que se caracteriza por el uso de la fuerza física o psicológica, o la amenaza de su uso, por la persona que domina en el hogar —que en la abrumadora mayoría de los casos es probable que sea un varón—, para intimidar o manipular a la persona subordinada o ejercer coacción sobre ella. La agresión suele incluir diversos métodos y grados de intensidad, incluyendo patadas, puñetazos, mordiscos, bofetadas, estrangulamiento, quemaduras, derramamiento de ácido, golpes con los puños u

[7] Franco Martín del Campo, María Elisa, "La violencia física contra las mujeres en el ámbito familiar en México: una aproximación desde el estándar de la debida diligencia", *Este país, tendencias y opiniones,* México, núm. 305, septiembre de 2016.

objetos, violación con partes del cuerpo u objetos, el apuñalamiento y los disparos de balas.

Asimismo, la relatora sostiene que los agresores suelen utilizar una combinación de violencia física y psicológica en un proceso de dominación y control destinado a debilitar a la mujer, desestabilizarla, hacer de ella una víctima o un ser impotente. El maltrato psicológico verbal, la limitación, el control de la movilidad social y la privación de recursos económicos suelen acompañar a la agresión física.

En su primer informe especializado sobre este tema, la relatora especial alertó con total claridad sobre lo siguiente:

> Considerada desde el punto de vista del mito de la familia como santuario de tranquilidad y armonía, la violencia es una verdadera incongruencia, una contradicción. La violencia destruye la imagen pacífica del hogar y la seguridad que brinda la familia. A pesar de ello, el carácter insidioso de la violencia en el hogar se ha comprobado en todas las naciones y culturas del mundo: se trata de un fenómeno universal.

Hasta aquí los elementos aportados por la relatora especial de Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer y que, como se ha indicado, se encuentra publicado en el trabajo: *La violencia física contra las mujeres en el ámbito familiar en México: una aproximación desde el estándar de la debida diligencia*. Ahora, consideramos importante mencionar al que se ha denominado *síndrome de la mujer maltratada,*[8] para continuar con el análisis sobre los efectos de la violencia en el ámbito familiar en la vida de las mujeres.

El *síndrome de la mujer maltratada* es un concepto desarrollado en la psicología según el cual las mujeres víctimas de violencia, como consecuencia de esta, desarrollan una incapacidad para defenderse, a la que se denomina "incapacidad aprendida", ya que la violencia, generalmente, es sistemática y conlleva un proceso de despersonalización que impacta profundamente en la salud física y psicológica de la víctima.

---

[8] Walker, Lenore, *The Battered Woman Syndrome,* Nueva York, Springer, 1984.

II. Magnitud y gravedad de la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar

De acuerdo con la ONU, la forma más común de violencia sufrida por las mujeres en el mundo es la violencia cometida por una pareja íntima;[9] es decir, en el mundo, la modalidad de violencia contra las mujeres más común es la violencia en el ámbito familiar. Otro dato alarmante y preocupante es que, a nivel mundial, la mitad de todas las mujeres que son víctimas de homicidio son asesinadas por su pareja actual o anterior.[10] Estos datos duros ponen en evidencia la realidad de la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar en el mundo: un flagelo ampliamente extendido y con graves consecuencias.

En México, la Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH) es el instrumento que mide la violencia contra las mujeres, existiendo datos de 2003, 2006, 2011 y 2016.

En el año 2016, la ENDIREH midió en dos segmentos la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar: un segmento para la violencia cometida por la pareja y otro para la cometida por cualquier otro integrante de la familia, a pesar de que, de acuerdo con el marco normativo vigente en México, la violencia cometida por la pareja actual o anterior es violencia familiar. Consideramos inadecuada esta separación porque fracciona la medición, lo que invisibiliza la magnitud de esta modalidad de violencia contra las mujeres en nuestro país. Consideramos que debió medirse como una sola modalidad de violencia y desagregar el indicador por persona agresora.

A partir de esta metodología, que consideramos tiene como terrible efecto invisibilizar la magnitud de la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar en México, tenemos como datos estadísticos que el 10.3% de las mujeres ha sufrido violencia en el ámbito familiar, mientras que el 43.9% ha sido víctima de violencia por parte de su pareja en su relación actual o última. Ya que

[9] Disponible en *http://www.un.org/es/events/endviolenceday/pdfs/unite_the_situation_sp.pdf*

[10] *Idem*.

la violencia cometida por la pareja actual o anterior es violencia en el ámbito familiar, de acuerdo con el marco jurídico vigente, tenemos que, en México, 54.2% de las mujeres ha sido víctima de esta modalidad de violencia, es decir, más de la mitad de las mujeres en nuestro país ha enfrentado violencia familiar.

III. La contradicción de tesis 66/2006-PS de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La Primera Sala de la Suprema Corte resolvió en la contradicción de tesis 66/2006 cómo se deben narrar los hechos en el escrito de demanda cuando se ejerce la acción de divorcio necesario con base en la causal relativa a la violencia intrafamiliar. La Primera Sala estableció cómo debe ser la narrativa de una víctima de violencia familiar, a partir de la contradicción de los criterios adoptados por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito y por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito al resolver amparos directos en materia civil en los que los hechos y las normas aplicadas eran semejantes.

El Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito y el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito tuvieron que resolver, a través de amparos civiles, si es exigible a la persona que ejerce la acción de divorcio necesario por la causal de violencia familiar que narre de manera pormenorizada, es decir, con todo detalle, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue cometida la violencia a partir de la cual ejerce la acción de divorcio necesario.

El Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito determinó que las víctimas de violencia familiar que ejercen la acción de divorcio por esta causal sí se encuentran obligadas a narrar de manera detallada las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la violencia; mientras que el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito concluyó que las víctimas de violencia familiar que ejercen acción de divorcio necesario no se encuentran obligadas a narrar de manera pormenorizada dicha violencia, ya que la propia dinámica de la violencia familiar provoca que no sea posible recordar con precisión todas las circunstan-

cias de tiempo, modo y lugar. A continuación, se expondrán los principales argumentos esgrimidos por los tribunales colegiados de circuito que les permitieron llegar a tan distintas conclusiones, así como un análisis crítico de dichos argumentos.

El Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito, al resolver el juicio de amparo ADC 58/2006, concluyó que, en los casos en que se demanda el divorcio por violencia intrafamiliar, la parte actora debe narrar de manera específica y detallada el tiempo, modo y lugar en que ocurrieron todos los actos de violencia intrafamiliar. El tribunal justifica este criterio a partir de los siguientes argumentos, que, para efectos metodológicos, descompondremos en tres bloques:

a) *Garantía del derecho de defensa del demandado*. El Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito consideró que la víctima de violencia familiar debe relatar de manera detallada todos los actos de violencia para que el demandado esté en aptitud de preparar su defensa y, en su caso, refutar las afirmaciones de su contraparte. Nos parece que este argumento plantea una falsa disyuntiva: pareciera que solamente a través de la narración pormenorizada de todos los actos de violencia se garantiza la posibilidad de defensa y respuesta de la otra parte, pero consideramos que esto no es así, ya que, a través del señalamiento de la violencia familiar sufrida, la parte demandada tiene la posibilidad de responder y defenderse, es decir, la parte demandada no necesita que la víctima de violencia en el ámbito familiar detalle todos y cada uno de los actos de violencia para ejercer su derecho de defensa.
b) *Para que el juez pueda determinar si la demanda de divorcio se promovió en tiempo*. En este sentido, basta recordar el carácter sistemático y continuado de la violencia en el ámbito familiar que se señaló *supra* en el apartado sobre las características de esta modalidad de violencia.
c) *Para que el propio resolutor pueda estimar la gravedad de la conducta atribuida al demandado y decidir si es tan delicada como para que origine la disolución del matrimonio*. La violencia en el ámbito familiar es un problema grave que impacta de manera desproporcionada a las mujeres. Este argumento sobre la graduación de la violencia manda el

> terrible mensaje de que la violencia familiar es tolerada y aceptada hasta cierto punto, y que la víctima de esta violencia —mujeres en su abrumadora mayoría— debe soportarla si no es considerada por la persona juzgadora como lo suficientemente grave para disolver el vínculo matrimonial.

Además, el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito señaló que "resulta lógico y comprensible que cualquier acto que implique violencia intrafamiliar, deja una huella profunda en la mente, pero sobre todo, en los sentimientos de la víctima, huella que por cierto es muy difícil de borrar; por lo que la víctima fácilmente puede recordar, muchas veces con lujo de detalles, las palabras y/o las acciones que le profirió el agresor, así como los lugares y las épocas en que sucedieron".

El criterio anterior evidencia un profundo desconocimiento de los efectos psicológicos que la violencia familiar provoca en la víctima, por ejemplo, el síndrome de la mujer maltratada que fue señalado o las conclusiones de la relatora de Naciones Unidas sobre los efectos la violencia familiar: debilitar a la mujer, desestabilizarla, hacer de ella una víctima o un ser impotente.

Por otro lado, el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al resolver el juicio de amparo directo 5946/2004, consideró que, en los casos en que se promueva la acción de divorcio necesario con motivo de violencia familiar, para proceder al estudio de esa acción, es suficiente con que la parte actora, en su escrito de demanda, proporcione o narre ciertos datos, hechos o acontecimientos vinculados con la violencia familiar, sin que deba hacerlo en forma pormenorizada, precisando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron tales hechos. Para llegar a este criterio, el tribunal se apoyó en los siguientes argumentos:

a) Los hechos de violencia familiar se caracterizan por conductas u omisiones ocurridas en diversos momentos, lo que, junto a la dinámica de la vida familiar en común, provoca que muchas veces no se recuerden de manera precisa o exhaustiva todas sus circunstancias. El anterior argumento reconoce la naturaleza sistemática y continuada de la violencia en el ámbito familiar.

b) El juzgador o juzgadora debe tomar en cuenta lo narrado por la parte actora, la naturaleza de la causa de divorcio invocada y su facultad legal para intervenir de oficio en los asuntos que se refieran a la violencia familiar, para analizar la procedencia de la acción considerando los elementos o pruebas rendidos durante la sustanciación del procedimiento o, en su caso, recabar los necesarios, para emitir su determinación final. Este argumento coloca a las y los juzgadores como auténticos garantes de los derechos humanos y es, hoy en día, uno de los elementos más importantes de la metodología para juzgar con perspectiva de género desarrollada por la SCJN.

A partir de los argumentos esgrimidos, la Primera Sala de la SCJN concluyó, por mayoría de tres votos,[11] que

> [...] en el escrito mediante el cual se solicite la disolución del vínculo matrimonial invocando la causal de violencia intrafamiliar, se deben narrar pormenorizadamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos imputados, lo anterior, para que el cónyuge demandado no quede en estado de indefensión, esto es, pueda preparar su contestación y defensa, asimismo, para que las pruebas se ofrezcan y rindan en relación con la litis establecida y para que el juzgador pueda estudiar la procedencia de la acción intentada.

Es decir, la Suprema Corte prefirió el criterio y los argumentos del Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito, que ya han sido criticados. Consideramos que este criterio adoptado desconoce los efectos de la violencia de género en la vida de las mujeres. Si bien la contradicción de tesis no hace alusión específica a la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar, es importante recordar las estadísticas de la ENDIREH, que ponen de relieve el alarmante porcentaje de mujeres víctimas de violencia en sus relaciones familiares, especialmente por parte de su pareja actual o anterior. Al momento de resolverse la contradicción de tesis estaba disponible la ENDIREH 2003. Además, la perspecti-

[11] El ministro José Ramón Cossío Díaz presentó un voto particular en el que se separó del criterio adoptado por la mayoría de los ministros de la Sala y la ministra Olga Sánchez Cordero no participó en la deliberación y votación.

va de género nos permite señalar que, derivado de las históricas relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres, es mucho más probable que una mujer demande el divorcio necesario por la causal de violencia intrafamiliar.

Respecto al marco normativo, si bien es cierto que la SCJN no contaba con la LGAMVLV, también lo es que sí contaba con la Convención de Belém do Pará, que era vinculante para México en el momento de la decisión, ya que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de enero de 1999. Es decir, el marco jurídico vigente al momento de tomarse la decisión no era un obstáculo para abordar el tema desde la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar, pues, en virtud del 133 constitucional, la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar sí estaba contemplada en el marco jurídico.

Además, el contenido del Código Civil del entonces Distrito Federal, idéntico al del Código Civil del Estado de Durango en materia de violencia en el ámbito familiar, permitió al Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito realizar una interpretación que reconociera las características de la violencia intrafamiliar y los efectos en la vida de sus víctimas. Por lo que es posible concluir que el obstáculo en esta decisión no fue producto del marco jurídico, sino del desconocimiento de la violencia en el ámbito familiar y sus efectos.

En la contradicción de tesis 66/2006 PS, la Primera Sala de la SCJN perdió una valiosa oportunidad para garantizar los derechos de las víctimas de violencia en el ámbito familiar y, al ser en su gran mayoría mujeres, no cumplió con su obligación de garantizar los derechos humanos de las mujeres, particularmente nuestro derecho humano a una vida libre de violencia.

Fuentes de consulta

Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres, "Violencia contra las mujeres, la violación a los derechos humanos más sistemática e invisibilizada en el mundo", 10 de diciembre de 2016, *https://www.gob.mx/conavim/articulos/violencia-contra-las-muje-*

res-la-violacion-a-los-derechos-humanos-mas-sistematica-e-invisibilizada-en-el-mundo?idiom=es

Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Informe de la relatora especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy,* E/CN.41996/53, 5 de febrero de 1996.

Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Comité CEDAW, Recomendación general 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación general 19, 2017.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

CIDH, Informe núm. 54/01. Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes (Brasil). 16 de abril de 2001.

CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, doc. 68, 20 de enero de 2007.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Contradicción de Tesis 66/2006 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

Franco Martín del Campo, María Elisa, "La violencia física contra las mujeres en México: una aproximación desde el estándar de la debida diligencia", *Este País,* México, núm. 305, septiembre de 2016.

INEGI, *Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares*, 2016.

Lamas, Marta, *Género, diferencias de sexo y diferencia sexual, http://www.equidad.org.mx/images/stories/documentos/martalamas_genero.pdf*

Ley General para el Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres.

Martínez Rodríguez, Laura y Valdez Valerio, Miriam, *Violencia de género. Visibilizando lo invisible,* México, ADIVAC-SSP, 2007.

Medina, Cecilia, "Derechos humanos de la mujer. ¿Dónde estamos ahora en las Américas?", en Manganas, A. (ed.), *Essays in Honour of Alice Yotopoulos Marangopoulos,* Atenas, Nomiki Bibliothiki Group-Panteion University, vol. B, 2003, p. 908. Artículo traducido al español por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, *http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/54.pdf*

ONU, Relatora especial para la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, documento E/CN.4/2006/61.

ONU, *http://www.un.org/es/events/endviolenceday/pdfs/unite_the_situation_sp.pdf*

Palacios, Patricia, *Las convenciones internacionales de derechos humanos y la perspectiva de género*, Chile, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, SCJN, 2013.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Manual de buenas prácticas para investigar y sancionar el acoso laboral y/o el acoso sexual en la Suprema Corte de Justicia de la Nación,* México, SCJN.

Valdez, Rosario y Juárez, Clara "Impacto de la violencia doméstica en la salud mental de las mujeres: análisis y perspectivas en México", *Salud Mental,* México, vol. 21, núm. 6, diciembre de 1998.

Walker, Lenore, *The Battered Woman Syndrome,* Nueva York, Springer, 1984.

Resumen
de la resolución original

Datos	Orden de protección dictada por el Juzgado Primero de Control del Primer Distrito Judicial del Sistema de Justicia Penal Acusatorio y Oral del Estado de Yucatán, el 11 de abril de 2020. Resolución del fuero local de Yucatán.
Hechos	La solicitante de la orden de protección ha sido víctima de violencia física, psicológica, económica, patrimonial y sexual ejercida en el ámbito familiar por su pareja y padre de su hijo menor de edad. Esta situación le generó las afectaciones físicas y emocionales siguientes: angustia, miedo, depresión, estrés postraumático, problemas nerviosos, trastornos de sueño, ansiedad, trastornos psiquiátricos, cicatrices, una contusión, pérdida temporal del habla, hematomas, pérdida de un diente, blanqueamiento de pelo y pestañas, ardor y lesiones vaginales.
Determinación	La jueza de control otorgó, única y exclusivamente, la orden de protección contenida en la fracción I del artículo 45 de la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Estado de Yucatán, que consiste en auxilio policial de reacción inmediata a favor de la víctima, con autorización expresa de ingreso a domicilio, la cual tendrá una vigencia de 72 horas.

Orden de protección dictada por el Juzgado Primero de Control del Primer Distrito Judicial del Sistema de Justicia Penal Acusatorio y Oral de Yucatán

Artemisa Cabrera Luque

En la ciudad de Mérida, Yucatán, a las 10:30 horas del día 11 de abril de 2020, la secretaria de acuerdos da cuenta de la presencia de Gretel Mar Reina, quien solicita órdenes de protección de emergencia, por lo que se le hace entrega del formato de solicitud de órdenes de protección, el cual se respondió, firmó y presentó ante este juzgado.

I. ANTECEDENTES

1. En la solicitud de órdenes de protección, Gretel Mar Reina[1] señaló lo siguiente:[2]

A. Ha sido víctima de violencia física, psicológica, económica, patrimonial y sexual. Esta situación le generó las afectaciones físicas y emocionales siguientes: angustia, miedo, depresión, estrés postraumático, problemas nerviosos, trastornos de sueño, ansiedad, trastornos psiquiátricos, cicatrices, una contusión, pérdida temporal del habla, hematomas, pérdida de un diente, blanqueamiento de pelo y pestañas, ardor y lesiones vaginales.

B. La violencia se presentó a partir de 2017, por su entonces pareja, Héctor, quien es padre de su hijo menor de edad.

C. En marzo de 2018, estando en su domicilio en la ciudad de Mérida, Yucatán, discutieron y su pareja le dio una patada en el pecho, la tiró al piso, le llamó "pendeja", golpeó y pateó la puerta del cuarto donde se encontraban, amenazando con ir por su hijo al otro cuarto. Ante el miedo de que le hiciera daño a su hijo, ella lo trató de detener, por lo que él la lanzó a la cama y la sujetó del cuello. Al tratar de quitarle el teléfono de las manos,

---

1 Todos los nombres de las partes en el proceso del dictado de la orden de protección fueron modificados para los propósitos de este trabajo académico.

2 Para llevar a cabo el ejercicio de escritura de resolución se reconstruyeron los antecedentes del caso a partir de la información del formato de solicitud de orden de protección, así como de la información que se desprende de la carpeta de investigación que se integró por la denuncia que presentó Gretel Mar Reina en contra de su agresor por violencia familiar. Además, para contar con información más amplia del caso, se creó una extensión del formulario de solicitud de orden de protección, distinto al que proporciona el poder judicial, y se contestó con una entrevista que se realizó a la solicitante.

la golpeó en el ojo con el teléfono. Su pareja le gritó que se saliera de la casa, por lo que, asustada y desesperada, se salió y pasó la noche en un hotel sin poder dormir.

D. Al día siguiente le reclamó a Héctor (su entonces pareja) lo que le hizo y este le contestó que se callara. Ante esta reacción, empezó a tartamudear y luego perdió el habla, a tal punto que solo se podía comunicar por escrito. Aproximadamente a los 10 días, por medio de escritos, ella le pidió a Héctor que se fuera de la casa debido a lo que había pasado, pues tenía miedo y buscaba tranquilidad. Después de dos semanas, Héctor regresó a la casa a la fuerza, pero siguió mostrando un comportamiento agresivo y empezó a ofenderla verbalmente diciéndole que "era una tonta, que estaba loca y que nadie la iba a querer".

E. En junio de 2018, al encontrase en el domicilio, su expareja le hizo un comentario sobre su cara y, al no poder contestar de manera verbal, le contestó por escrito, lo que hizo que se molestara y le gritó: "Déjate de pendejadas y contéstame". Abrió la puerta para salir; sin embargo, él la alcanzó y aventó contra la pared, ella trató de gritar, pero no podía y solo hacía ruidos. La lanzó nuevamente contra la pared y le dijo: "¿Qué quieres, que nos matemos todos y esto valga madres?", la aventó al piso y dijo: "Mira pendeja, súbete con ese cabrón –refiriéndose a su hijo– o les voy a enseñar de verdad cosas horribles".

F. Con mucho esfuerzo logró levantarse y subió al cuarto de su hijo. Por medio del celular le pidió a su hijo que marcara a la línea rosa, guardando silencio para que Héctor no lo escuchara. Su hijo se comunicó y pidió auxilio, llegando los policías 45 minutos después. Salió de la casa como pudo, pero incapaz de explicar por qué seguía sin poder hablar. Héctor salió y les dijo que ella estaba mal y los policías se fueron. Después le pidió perdón y dijo que no la iba a volver a golpear.

G. En septiembre de 2018 le hicieron un ultrasonido para poder tratar las lesiones y se lo mostró a Héctor. Él tomó el sobre, lo aventó al suelo y le dijo: "Mira Gretel, tengo sueño. Yo lo que quiero es dormir, pero para que veas que quiero hacer bien las cosas, grábame y me voy a comprometer a lo que me pidas". Ella tomó el teléfono para grabarlo, pero él le tomó las manos, le quitó el teléfono y puso las manos de ella en la cintura de él. Ella pidió que la soltara y él contestó: "Espérate, te voy a enseñar algo", mientras la apretaba fuertemente de las manos y los brazos. Luego la sometió contra la pared y, sin que pudiese moverse, agarró su teléfono y lo aventó, rompiéndolo. Le dijo: "Te voy a desfigurar la cara, ven acá, te voy a enseñar quién soy". La agarró de una mano y la llevó hacia la cocina, sintiendo un miedo que la paralizaba. En el camino a la cocina vio a su hijo en las escaleras, por lo que opuso resistencia, pero Héctor la jaló con más fuerza, logrando meterla a la cocina. Él tomó un cuchillo y ella trató de quitárselo, por lo que forcejearon. Él le dijo: "¿Qué escoges?" y poniendo las manos de él en las de ella se puso el cuchillo en el cuello diciendo: "¿Quieres yo primero, pendeja?". Gretel alcanzó a quitarle el cuchillo y le dijo que no iba a matar a nadie y él le dijo: "No me vas a detener". Agarró otro cuchillo de la cocina y dijo: "Primero lo mato a él (refiriéndose a su hijo), para que tú lo veas, después

te mato a ti, luego me mato yo, y que todo chingue a su madre". Luego Héctor agarró el cuchillo y se lo puso a un costado de su propio cuerpo y le dijo: "Aquí la única que no existe eres tú, nadie se va a dar cuenta". Como pudo, Gretel salió corriendo de la cocina y trató de subir las escaleras. Héctor abrió la puerta de la casa para entrar y salir varias veces, hasta que ella logró cerrar la puerta y dejarlo afuera. Forzó la puerta y entró para después volver a salir, lo que permitió a Gretel poner varios muebles de la casa en la puerta para que ya no entrara.

H. En 2018, ante la Fiscalía del estado, Gretel denunció penalmente a su expareja por tentativa de feminicidio; sin embargo, se inició la carpeta de investigación por violencia familiar

I. Posteriormente inició un juicio para que se fijara una pensión alimenticia en beneficio de ella y de su hijo menor de edad.

J. Derivado de la denuncia penal, ha recibido por parte de su agresor constantes insultos, hostigamientos, amenazas, ya sea que la persiga en la vía pública, se presente en su domicilio, la vigile, la contacte por medio de terceros, la llame por teléfono, envíe mensajes de celular y correos electrónicos, por lo que se ha tenido que resguardar junto con su hijo menor de edad, ante al temor de que su agresor pueda atacarla y sustraer o lesionar a su hijo.

K. El último intento de intimidación se presentó hace 15 días, cuando una persona cortó la luz de su domicilio, mientras había vehículos afuera que relaciona con el agresor, por lo que siente peligro.

L. A partir de que presentó la denuncia se han dictado alrededor de nueve medidas de protección a favor de ella y su hijo, las cuales consistieron en: el establecimiento de vigilancia en el domicilio de la víctima, el auxilio inmediato por la policía en el domicilio en el que se encuentre la víctima en el momento de solicitarlo, hasta la protección policial con custodios, entre otras.

M. El 30 de marzo recibió un oficio de la Secretaría de Seguridad Pública informándole que, con motivo de la declaratoria de emergencia por la pandemia de COVID-19, se suspendía el servicio de custodia policial, "ya que dichas unidades y elementos se requieren para cualquier contingencia que se presente".

N. Por lo anterior, y ante el miedo de que el agresor atente en contra de su vida o la de su hijo, acudió a la fiscal que lleva su caso para solicitar nuevas medidas de protección; sin embargo, en la Fiscalía le dijeron que no podía ser atendida, pues su asunto no era prioritario, dado el escenario de emergencia por la pandemia de COVID-19.

O. Ante esta situación, acudió al presente juzgado para solicitar las órdenes de protección siguientes: *i)* se prohíba al agresor acercarse al domicilio conyugal; *ii)* se prohíba al agresor amenazar o cometer actos de violencia; *iii)* se prohíba al agresor intimidarla, molestar-

la o llamarla; *iv)* el embargo preventivo de bienes; *v)* el inventario de bienes muebles e inmuebles de propiedad común con el agresor; *vi)* la entrega, uso y goce de sus vehículos, objetos de uso personal, documentos de identidad y otros bienes muebles de su hijo; *vii)* la custodia de su hijo; *viii)* la suspensión temporal del régimen de visitas y convivencias, y *IX)* la entrega provisional de alimentos.

II. ANÁLISIS DE LA SOLICITUD DE ÓRDENES DE PROTECCIÓN

2. Para realizar el análisis de la solicitud de las órdenes de protección se considera necesario abordar las siguientes cuestiones: *i)* el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación; *ii)* el contexto de violencia en contra de las mujeres; *iii)* el contexto de violencia en el caso concreto; *iv)* la valoración de riesgo, y *v)* el análisis de las medidas solicitadas y su temporalidad.

2.1. El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación

3. El artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos[3] dispone que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en dicho ordenamiento, así como en los tratados internacionales de los que nuestro país sea parte. Además, señala que las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Por último, establece la prohibición de toda discriminación por razón de género.

4. En el caso, es importante señalar que el derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación está previsto en los artículos 1 y 4, párrafo primero,[4] de

[3] **Artículo 1.** En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.
Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.
Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

[4] **Artículo 4.** La mujer y el hombre son iguales ante la ley.

la Constitución general, así como en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer[5] (Convención

[5] **Artículo 1.** Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.
Artículo 2. Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: […] a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; […]
Artículo 3. Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.
Artículo 4. Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:
a. el derecho a que se respete su vida; b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales; d. el derecho a no ser sometida a torturas; e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley; g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos; h. el derecho a libertad de asociación; i. el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley, y j. el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.
Artículo 5. Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.
Artículo 6. El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:
a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.
Artículo 7. Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:
a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

de Belém do Pará) y los artículos 1 y 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer[6] (CEDAW, por sus siglas en inglés). En dicha normativa se desarrolla el derecho de las mujeres a ser libres de toda forma de discriminación y violencia, la igualdad de las mujeres ante la ley, y el deber de las autoridades para evitar y condenar la violencia y tratos discriminatorios por motivos de género.

5. En este sentido, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación se traduce en la obligación de todas las autoridades de adoptar la perspectiva de género como método para detectar y eliminar las barreras u obstáculos que discriminan a las personas por razón de género.[7] Al aplicar la perspectiva de género se puede evaluar la realidad con una visión incluyente de las necesidades derivadas del género, lo que permite diseñar y proponer soluciones sin discriminación.[8]

---

g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y
h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

6 **Artículo 1.** A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.
Artículo 2. Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:
a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;
g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

7 Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 554/2013, resuelto el 25 de marzo de 2015. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Karla I. Quintana Osuna.

8 Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo directo en revisión 2655/2013, resuelto el 6 de noviembre de 2013. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Cecilia Armengol Alonso.

6. Esto implica que las autoridades jurisdiccionales que conozcan de casos donde se denuncie una situación de violencia, discriminación o vulnerabilidad por razones de género deberán visibilizar si la situación de violencia o discriminación de género incide o no en la forma de aplicar el derecho al caso concreto. De no tomar en cuenta las condiciones especiales que acarrean una situación de esta naturaleza, se puede llegar a convalidar una discriminación por razones de género.[9]

7. Asimismo, es importante señalar que, en los casos de violencia contra las mujeres, es necesario que las autoridades adopten medidas para cumplir con la debida diligencia. Esto se traduce en la necesidad de contar con un marco jurídico de protección adecuado, una aplicación efectiva del mismo, políticas de prevención y prácticas para actuar eficazmente ante las denuncias.[10]

8. Además de los instrumentos mencionados, existen otros esfuerzos legislativos a nivel nacional que buscan garantizar el derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia, como la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (ley general de acceso), la cual es obligatoria en todo el país y fija las bases para que las entidades federativas desarrollen las leyes locales en la materia.

9. Tanto la ley general de acceso como la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Estado de Yucatán (ley estatal de acceso) establecen los principios de actuación y mecanismos de coordinación entre las autoridades para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en todo su ciclo de vida, así como las medidas de atención a las víctimas.

10. La ley general de acceso[11] y la ley estatal de acceso[12] desarrollan la figura de las órdenes de protección como un mecanismo para proteger de manera urgente a las mujeres y sus familiares que estén en riesgo o que ya viven situaciones de violencia.

---

9 Amparo directo en revisión 2655/2013, *cit.*, párr. 5.

10 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205, párr. 258.

11 **Artículo 27.** Las órdenes de protección: son actos de urgente aplicación en función del interés superior de la víctima, son fundamentalmente precautorias y cautelares, deberán otorgarse de oficio o a petición de parte, por las autoridades administrativas, el Ministerio Público o por los órganos jurisdiccionales competentes, en el momento en que tengan conocimiento del hecho de violencia presuntamente constitutivo de un delito o infracción, que ponga en riesgo la integridad, la libertad o la vida de las mujeres o niñas, evitando en todo momento que la persona agresora, directamente o a través de algún tercero, tenga contacto de cualquier tipo o medio con la víctima.

12 **Artículo 42.** Objetivo de las órdenes de protección. Las órdenes de protección son las medidas personalísimas e intransferibles que tienen por objetivo prevenir, impedir o interrumpir los actos de violencia contra las mujeres establecidos en esta ley.

Con las órdenes de protección se busca impedir o interrumpir los actos de violencia salvaguardando a la víctima, por lo que las autoridades competentes deben otorgarlas de manera inmediata al conocimiento de los hechos que impliquen violencia en contra de las mujeres.

11. De conformidad con el artículo 43 de la ley de acceso estatal, las órdenes de protección son de emergencia, cautelares o definitivas. Pueden ser otorgadas por jueces o tribunales penales o familiares, por lo que las víctimas pueden acudir directamente con los jueces o juezas de control en materia penal y los juzgados de oralidad familiar, sin que exista un proceso jurisdiccional previo.[13] Además de las y los jueces, las fiscalías pueden otorgar algunas de las órdenes de protección de emergencia.[14]

2.2. Contexto de violencia en contra de las mujeres en México

12. De acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI),[15] de las mujeres de 15 años y más, el 66.1% ha vivido al menos un incidente de violencia emocional, económica, física, sexual o discriminación a lo largo de su vida. Esto se traduce en que más de la mitad de las mujeres en México han sido víctimas de violencia. Según esta misma fuente, el 43.9% de las mujeres de 15 años y más ha experimentado violencia por parte de su pareja a lo largo de su relación actual o última.

13. Además, es importante señalar que en la misma encuesta se observa que Yucatán se encuentra en el séptimo lugar a nivel nacional en violencia de género, ya que el 66.8% de las mujeres ha sido víctima de este tipo de violencia, porcentaje que se encuentra por encima de la media nacional.

---

13 **Artículo 46.** Competencia. Las órdenes de protección podrán ser otorgadas solo por los jueces y tribunales penales o familiares en el estado con competencia en el territorio donde resida la víctima, para lo cual las víctimas podrán concurrir directamente ante los jueces de control en materia penal y los juzgados de oralidad familiar, aun sin que exista un proceso jurisdiccional previo.

14 **Artículo 52.** Órdenes de emergencia otorgadas por el Ministerio Público. Los fiscales del Ministerio Público deberán otorgar las órdenes de protección inmediata de emergencia señaladas en las fracciones I, II, III, IV y V del artículo 45, para lo cual se ajustarán a los procedimientos y formalidades establecidas en el artículo anterior. Para otorgar las órdenes a que se refiere este artículo se requerirá la solicitud oral o escrita de la víctima o, en caso de que esta se encuentre imposibilitada para solicitarla, lo podrán hacer su representante legal, su apoderado, quienes ejerzan la patria potestad o tutela, la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia o cualquier persona que tenga conocimiento de los hechos, aunque sea una persona menor de edad [...].

15 Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta nacional sobre la dinámica de las relaciones en los hogares*, INEGI, 2016, *https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/endireh/2016/doc/endireh2016_presentacion_ejecutiva.pdf*

14. De los datos publicados por el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública[16] se advierte que en enero y febrero de 2020 se registraron 164 presuntos feminicidios, 466 presuntas víctimas mujeres por homicidio doloso y 9 941 presuntas víctimas mujeres de lesiones dolosas.

15. Además, de información publicada por ONU Mujeres México se advierte que las medidas de aislamiento y restricción de movimiento dictadas frente a la pandemia de COVID-19 están teniendo repercusiones en las personas como mayor nivel de estrés, inseguridad económica y alimentaria, disminución de ingresos y desempleo. Esto, como señala la publicación, puede aumentar significativamente los niveles de violencia contra las mujeres y las niñas en el ámbito doméstico, al mismo tiempo que incrementa las barreras que viven para salir de círculos de violencia, dejar a sus agresores y/o, en su caso, activar redes de apoyo.[17]

16. Los datos que se señalan en los párrafos anteriores no son cosa menor, por lo que es obligación de todas las autoridades tomarlos en cuenta al momento de implementar medidas que permitan prevenir y atender de manera adecuada y efectiva los casos de violencia en contra de las mujeres en este contexto tan alarmante.

2.3. Contexto de violencia en el caso concreto

17. La solicitante señala que ha sido víctima de violencia física, psicológica, económica, patrimonial y sexual por parte de su expareja Héctor. Que la violencia le ha generado las afectaciones físicas y emocionales siguientes: angustia, miedo, depresión, estrés postraumático, problemas nerviosos, trastornos de sueño, ansiedad, trastornos psiquiátricos, cicatrices, una contusión, pérdida temporal del habla, hematomas, pérdida de un diente, blanqueamiento de pelo y pestañas, ardor y lesiones vaginales.

18. Además, da cuenta de manera puntual de varios incidentes de violencia que vivieron ella y su hijo menor de edad, desde el año 2017, por parte de su entonces pareja. Señala episodios de agresiones verbales como insultos y amenazas de lesión y muerte hacia ella y su hijo, en una ocasión con un cuchillo de cocina, así como agresiones físicas como patadas, empujones, sometimiento, ahorcamiento y golpes con objetos. Asimismo, manifiesta que sigue siendo víctima de amenazas, actos de intimidación y hostigamiento por parte de su agresor, señalando el último incidente que aconteció 15 días atrás.

---

16 Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP), Información sobre violencia contra las mujeres. Incidencia delictiva y llamadas de emergencia 9-1-1, 29 de febrero de 2020, *https://drive.google.com/file/d/1eJvQGWG3Fe9XIs53DpfCArCt5ARd-FbN/view*

17 ONU Mujeres México, *COVID-19 y su impacto en la violencia contra las mujeres y niñas, https://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20mexico/documentos/publicaciones/2020/abril%202020/covid19_violenciamujeresninas_generalabril2020.pdf?la=es&vs=2457*

2.4. Valoración de riesgo

19. Previo a resolver sobre la procedencia de las órdenes de protección, la selección de estas y la fijación de su temporalidad, es necesario evaluar si la conducta violenta es un peligro que puede suceder o no en el futuro. Para determinar lo anterior, se debe realizar la valoración del riesgo en función del agresor, la vulnerabilidad de la víctima y el contexto de la situación.[18]

20. El artículo 32 de la ley general de acceso;[19] el artículo 40, fracción V, de su reglamento,[20] así como el artículo 49 de la ley estatal de acceso,[21] establecen los elementos

---

18 SESNSP, *Protocolo estandarizado para la tramitación, cumplimiento, control y seguimiento de órdenes de protección de víctimas mujeres, niñas y niños en los centros de justicia para las mujeres*, México, INACIPE, 2012, p. 76.

19 **Artículo 32.** Para la emisión de las órdenes de protección las autoridades administrativas, el Ministerio Público o el órgano jurisdiccional competente tomará en consideración: I. Los hechos relatados por la mujer o la niña, en situación de violencia, considerando su desarrollo evolutivo y cognoscitivo o por quien lo haga del conocimiento a la autoridad; II. Las peticiones explícitas de la mujer o la niña, en situación de violencia, considerando su desarrollo evolutivo y cognoscitivo o de quien informe sobre el hecho; III. Las medidas que ella considere oportunas, una vez informada de cuáles pueden ser esas medidas. Tratándose de niñas, las medidas siempre serán determinadas conforme al principio del interés superior de la niñez; IV. Las necesidades que se deriven de su situación particular analizando su identidad de género, orientación sexual, raza, origen étnico, edad, nacionalidad, discapacidad, religión, así como cualquier otra condición relevante; V. La persistencia del riesgo aún después de su salida de un refugio temporal, y VI. La manifestación de actos o hechos previos de cualquier tipo de violencia que hubiese sufrido la víctima

20 **Artículo 40.** El otorgamiento de las órdenes de protección, emergentes y preventivas, se realizará de acuerdo a las siguientes disposiciones:
V. La autoridad jurisdiccional competente podrá considerar para otorgar las órdenes de protección, si de la declaración o entrevista de la Víctima o solicitante se desprende alguno o algunos de los siguientes supuestos: a) Ataques previos con riesgo mortal, amenazas de muerte, o el temor de la Víctima a que el Agresor la prive de la vida; b) Que la Víctima esté aislada o retenida por el Agresor contra su voluntad o lo haya estado previamente; c) Aumento de la frecuencia o gravedad de la violencia; d) Que la Víctima, como consecuencia de las agresiones sufridas, haya o esté recibiendo atención médica; e) Intento o amenazas de suicidio o cualquier otra forma de medida intimidatoria por parte del Agresor; f) Que el Agresor tenga una acusación o condena previa por delitos contra la integridad física o sexual de personas; que cuente con antecedentes de órdenes de protección dictadas en su contra; tenga antecedentes de violencia que impliquen una conducta agresiva o de peligrosidad; o que tenga conocimiento en el uso de armas, acceso a ellas o porte alguna; g) Cuando existan antecedentes de abuso físico o sexual del agresor contra ascendientes, descendientes o familiares de cualquier grado de la Víctima, o h) Que exista o haya existido amenaza por parte del Agresor de llevarse a los hijos de la Víctima por cualquier circunstancia. Para los efectos de este artículo, debe tomarse en cuenta, al momento de evaluar el riesgo, si existe recurrencia de violencia y la posibilidad para la Víctima de salir de esta.

21 **Artículo 49.** Criterios para el otorgamiento de las órdenes de protección
La autoridad jurisdiccional, para resolver sobre la procedencia de la orden de protección, la selección de esta y la fijación del plazo de su duración, en su caso, tomará en cuenta los siguientes criterios:
I. El riesgo o peligro existente; II. La seguridad de la víctima; III. (Derogada, D.O. 31 de julio de 2019);

que deben ser considerados para la emisión de las órdenes de protección, siendo los siguientes:

A. Daño causado por la violencia.

B. Riesgo o peligro existente.

C. Seguridad de la víctima o víctimas indirectas.

D. Ataques previos con riesgo mortal, amenazas de muerte o el temor de la víctima a que el agresor la prive de la vida.

E. Que la víctima esté aislada o retenida por el agresor contra su voluntad o lo haya estado previamente.

F. Aumento de la frecuencia o gravedad de la violencia.

G. Que la víctima, como consecuencia de las agresiones sufridas, haya o esté recibiendo atención médica.

H. Intento o amenazas de suicidio o cualquier otra forma de medida intimidatoria por parte del agresor.

I. Que el agresor tenga una acusación o condena previa por delitos contra la integridad física o sexual de personas; que cuente con antecedentes de órdenes de protección dictadas en su contra; que tenga antecedentes de violencia que impliquen una conducta agresiva o de peligrosidad, o que tenga conocimiento en el uso de armas, acceso a ellas o porte alguna.

J. Antecedentes de abuso físico o sexual del agresor contra ascendientes, descendientes o familiares de cualquier grado de la víctima.

K. Que exista o haya existido amenaza por parte del agresor de llevarse a los hijos de la víctima por cualquier circunstancia.

L. Los elementos con que se cuente para decidir sobre la aplicación de las órdenes de protección.

21. Para el análisis de los elementos anteriores se puede obtener información de la solicitud de la víctima, víctimas indirectas, familiares, testigos, peritajes, informes médicos e inclusive información que proporcione el presunto agresor. Además, sirve de apoyo la búsqueda que se realice en las distintas bases de datos a las que se tiene acceso, como puede ser: el Banco Nacional de Datos e Información sobre Casos de Violencia contra las

IV. (Derogada, D.O. 31 de julio de 2019); V. (Derogada, D.O. 31 de julio de 2019); (Adicionada, D.O. 31 de julio de 2019); VI. Los elementos con que se cuente.

Mujeres (BANAVIM), el Sistema Único de Información Criminal (SUIC), bases de datos de los Centros de Control, Comando, Comunicación, Cómputo y Calidad (C5), la plataforma de control del mismo tribunal, o cualquier otra que se considere pertinente.

22. Es importante aclarar que para llevar a cabo el análisis de riesgo y, en su caso, emitir las órdenes de protección correspondientes, es suficiente el dicho de la víctima, pues, al ser una medida de emergencia, no se requieren mayores elementos de prueba. En el presente caso se cuenta con la información que se desprende de la solicitud de la víctima, así como de la carpeta de investigación que se sigue en contra del agresor por el delito de violencia familiar.

23. Ahora bien, corresponde llevar a cabo la valoración de riesgo en el caso concreto a partir de los elementos antes descritos.

A. *Daño causado por la violencia*. Precisa que, como consecuencia de la violencia familiar de tipo física, psicológica, económica, patrimonial y sexual, que inició en 2017 y persiste hasta la fecha, presenta las afectaciones físicas y emocionales siguientes: angustia, miedo, depresión, estrés postraumático, problemas nerviosos, trastornos de sueño, ansiedad, trastornos psiquiátricos, cicatrices, una contusión, pérdida temporal del habla, hematomas, pérdida de un diente, blanqueamiento de pelo y pestañas, ardor y lesiones vaginales.[22]

B. *Riesgo o peligro existente*. La violencia no ha cesado desde 2017. Si bien a partir de que presentó denuncia penal en contra del agresor la violencia se ha manifestado a través de amenazas, insultos y hostigamiento, que subsisten hasta la fecha, lo cierto es que la solicitante ha contado con medidas de protección amplias (vigilancia de domicilio y custodia policial) que han impedido o inhibido cualquier otro incidente de violencia grave por parte del agresor. A pesar de que la Fiscalía consideró necesaria y ordenó la custodia policial de la solicitante y su hijo, a partir del 30 de marzo del presente año, la Secretaría de Seguridad Pública del estado determinó suspender la medida de protección, por lo que se abre una ventana de riesgo a través de la que el agresor puede ejecutar, sin ninguna restricción o impedimento, actos de violencia de mayor gravedad en contra de la solicitante y/o su hijo menor de edad.

---

[22] Sobre las consecuencias físicas y psicológicas de la violencia ejercida en el ámbito familiar véase el voto particular que esgrimió el ministro José Ramón Cossío Díaz en la contradicción de tesis 66/2006 P-S, votada el 20 de septiembre de 2006 por mayoría de tres votos de los señores ministros: José de Jesús Gudiño Pelayo (Ponente), Sergio A. Valls Hernández y Juan N. Silva Meza. Votó en contra el ministro José Ramón Cossío Díaz. Estuvo ausente la señora ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas; y el amparo directo en revisión 6181/2016, votado el 7 de marzo de 2018. Ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

C. *Seguridad de la víctima y/o víctimas indirectas.* Señala que el último incidente de intimidación se presentó hace 15 días en su domicilio y actualmente no cuentan con ninguna medida de protección.

D. *Ataques previos con riesgo mortal, amenazas de muerte o el temor de la víctima a que el agresor la prive de la vida.* La solicitante describe episodios violentos en los que el agresor amenazó con lesionarla y asesinarla junto con su hijo, con un cuchillo de cocina. También narra agresiones físicas como patadas, empujones, sometimiento, ahorcamiento y golpes con objetos. Manifiesta miedo de que el agresor atente en contra de su vida o la de su hijo.

E. *Que la víctima esté aislada o retenida por el agresor contra su voluntad o lo haya estado previamente.* No señala información al respecto

F. *Aumento de la frecuencia o gravedad de la violencia.* Describe en su solicitud episodios de violencia que se tornaron más graves de 2017 a 2018. Sin embargo, en 2018, a partir de la denuncia penal en contra del agresor, ha contado con medidas de protección que han impedido o inhibido una escalada de violencia en contra de la víctima y su hijo. No se cuenta con información de la frecuencia de los actos de violencia que señala, como son intimidación, amenazas y el hostigamiento que vive hasta la fecha.

G. *Que la víctima, como consecuencia de las agresiones sufridas, haya o esté recibiendo atención médica.* En la solicitud señaló que le hicieron un ultrasonido para tratar las lesiones.

H. *Intento o amenazas de suicidio o cualquier otra forma de medida intimidatoria por parte del agresor.* La solicitante describe que el agresor la amenazó de muerte con un cuchillo, diciendo que primero mataría a su hijo, después la mataría a ella y luego él se quitaría la vida.

I. *Que el agresor tenga una acusación o condena previa por delitos contra la integridad física o sexual de personas; que cuente con antecedentes de órdenes de protección dictadas en su contra; tenga antecedentes de violencia que impliquen una conducta agresiva o de peligrosidad, o que tenga conocimiento en el uso de armas, acceso a ellas o porte alguna.* La solicitante señala los antecedentes de violencia doméstica que llevó a cabo el agresor en contra de ella y su hijo, que dieron pie a la denuncia penal, así como las amenazas, insultos y hostigamientos que no han cesado hasta la fecha. Además, de la solicitud de la víctima y de una búsqueda realizada en el sistema digital de control del poder judicial del estado se advierte que el agresor tiene en su contra una acusación por violencia familiar y otra en la Fiscalía de delitos sexuales. También se advierte que la Fiscalía ha dictado nueve medidas de protección en contra del agresor en la carpeta de investigación por violencia familiar.

J. *Antecedentes de abuso físico o sexual del agresor contra ascendientes, descendientes o familiares de cualquier grado de la víctima.* No se advierte ese tipo de abuso por parte del agresor.

K. *Que exista o haya existido amenaza por parte del agresor de llevarse a los hijos de la víctima por cualquier circunstancia.* La víctima manifiesta que ha sido sujeto de amenazas por parte del agresor que le generan miedo de que este pueda lastimar o sustraer a su hijo.

L. *Los elementos con que se cuente para decidir sobre la aplicación de las órdenes de protección.* Las emergencias humanitarias y pandemias mundiales, como el COVID-19, ponen a las mujeres y a las niñas en un mayor riesgo de violencia, que, además, se presenta en un contexto en el que la capacidad de respuesta y protección por parte de las autoridades se ve disminuida, tal y como sucedió a Gretel, con la suspensión de las medidas de protección por parte de la policía, así como la imposibilidad de solicitar las mismas ante la fiscalía que lleva su caso.

24. Una vez analizados los elementos para valorar la situación de riesgo en el que se encuentra Gretel y su hijo, se concluye que existe peligro de que se vea afectada su vida, integridad física y/o psicoemocional. Se observa que la solicitante ha contado con medidas de protección que han impedido o inhibido otro incidente de violencia grave por parte del agresor desde que se inició la investigación penal en su contra y que, hasta este momento, no ha cambiado la situación de riesgo a partir de la cual se dictaron esas medidas de protección. En otras palabras, no hay una razón que justifique la suspensión de la protección de Gretel y su hijo, pues el riesgo hasta ahora sigue existiendo, no ha cesado o disminuido.

25. Dado que actualmente las medidas para garantizar la seguridad y protección de Gretel se encuentran suspendidas, el agresor puede, en este momento, ejecutar sin ninguna restricción o impedimento actos de violencia. Tomando en cuenta el temor que ha manifestado la solicitante, el cual es fundado de acuerdo con los elementos antes analizados, y que hacen visible el patrón de violencia por parte de su agresor, se considera que se deben emitir las medidas necesarias para su salvaguarda.

2.5. Análisis de las medidas solicitadas y su temporalidad

26. En el escrito presentado, Gretel solicita las órdenes de protección siguientes: *i)* se prohíba al agresor acercarse al domicilio conyugal; *ii)* se prohíba al agresor amenazar o cometer actos de violencia; *iii)* se prohíba al agresor intimidarla, molestarla o llamarla; *iv)* el embargo preventivo de bienes; *v)* el inventario de bienes muebles e inmuebles de propiedad común con el agresor; *vi)* la entrega, uso y goce de sus vehículos, objetos de uso personal, documentos de identidad y otros bienes muebles de su hijo; *vii)* la custodia de

su hijo; *viii)* la suspensión temporal del régimen de visitas y convivencias, y *ix)* la entrega provisional de alimentos.

27. Dada la naturaleza de las condiciones de riesgo en que se encuentra la víctima, y que la solicitud no se presenta como parte de un proceso jurisdiccional, procede en este caso emitir órdenes de protección de emergencia que permitan salvaguardar de manera urgente a la solicitante.

28. En el caso, son procedentes las órdenes de protección correspondientes a la prohibición al agresor de acercarse al domicilio, al lugar de trabajo, de estudios o cualquier otro que frecuente la víctima; la prohibición al agresor de amenazar o cometer, personalmente o a través de otra persona, cualquiera de los tipos de violencia mencionados en la ley; así como la prohibición al agresor de intimidar, molestar, acosar o comunicarse con la víctima, directa o indirectamente, o utilizando algún tipo de tecnología de la información y la comunicación (TIC), redes sociales, medios digitales o cualquier otra tecnología de transmisión de datos.

29. Si bien la Secretaría de Seguridad Pública del estado señaló que no puede seguir con la medida de custodia policial de la víctima ante la pandemia de COVID-19, lo cierto es que las obligaciones de protección que tenemos todas las autoridades y el deber de diligencia ante casos de violencia en contra de las mujeres no cesan ante una pandemia. En este sentido, tales medidas se deberán garantizar reanudando la custodia policial de la víctima y su hijo, por lo que es necesario que la Secretaría mencionada presente ante este juzgado su plan para dar cumplimiento a la orden de protección.

30. Se observa que en el caso ha existido un retardo en la labor de la Fiscalía en la investigación penal por violencia familiar en contra del agresor, lo que ha tenido como consecuencia que la víctima haya contado durante la investigación con alrededor de nueve medidas de protección, que han sido recientemente suspendidas por la autoridad encargada de su cumplimiento. Tomando en cuenta que en el caso no se advierte que el riesgo que dio origen al dictado de esas medidas haya cesado o disminuido, con la finalidad de prevenir cualquier acto de violencia en contra de la solicitante y con fundamento en el artículo 7, inciso f), de la Convención de Belém do Pará, la vigencia de las órdenes de protección mencionadas permanecerá hasta en tanto la Fiscalía se pronuncie o emita nuevas medidas de protección a favor de la solicitante o hasta que el riesgo identificado deje de existir.

31. Con la finalidad de garantizar los medios de subsistencia de la víctima y su hijo, así como a fin de garantizar su seguridad en la convivencia con el padre del menor de edad, ante riesgo de sustracción, en el caso también son procedentes las órdenes de protección de embargo preventivo de bienes del agresor, que deberá inscribirse con carácter temporal en el Registro Público de la Propiedad, para garantizar las obligaciones alimentarias;

el inventario de bienes muebles e inmuebles de propiedad común, incluyendo los elementos de trabajo de la víctima; la suspensión temporal al agresor del régimen de visita y convivencia con su hijo, y la entrega de alimentos provisionales en su favor y de su hijo.

32. Con fundamento en el artículo 7, inciso f), de la Convención de Belém do Pará, y con el objetivo de brindar una protección integral a la víctima, tales medidas serán vigentes hasta en tanto exista un pronunciamiento al respecto por parte del juez o jueza que actualmente conoce del juicio de alimentos, guardia y custodia, en el que son parte la víctima y el agresor. En este sentido, se solicita a ese juzgado que se pronuncie dentro del juicio que es de su conocimiento, en calidad de urgente, sobre las medidas necesarias para garantizar los alimentos y, en su caso, el régimen de visitas y convivencia que permita salvaguardar la seguridad de la víctima y su hijo.

33. Asimismo, es procedente la orden de protección solicitada para la entrega, uso y goce de vehículos, objetos de uso personal, documentos de identidad y demás bienes muebles de la víctima o su de hijo, que se encuentren o no en el inmueble que sirva de domicilio de la víctima, independientemente del propietario de aquellos. Para dar cumplimiento de lo anterior, la Secretaría de Seguridad Pública del estado deberá asignar a los elementos policiales que den acompañamiento a la víctima en la entrega de los bienes.

34. Por último, en el caso no se advierte de oficio la necesidad de pronunciarse respecto de alguna orden de protección diversa a las solicitadas por la víctima.

35. Con base en lo anterior, se emite la siguiente:

III. ORDEN DE PROTECCIÓN

Persona protegida: Gretel Mar Reina

Persona agresora: Héctor.

Medidas que se dictan:

- Prohibición al agresor de acercarse al domicilio, lugar de trabajo, de estudios o cualquier otro que frecuente la víctima.
- Prohibición al agresor de amenazar o cometer, personalmente o a través de otra persona, cualquiera de los tipos de violencia mencionados en la ley.
- Prohibición al agresor de intimidar, molestar, acosar o comunicarse con la víctima, directa o indirectamente, o utilizando algún tipo de TIC, redes sociales, medios digitales o cualquier otra tecnología de transmisión de datos.
- Embargo preventivo de bienes del agresor, que deberá inscribirse con carácter temporal en el Registro Público de la Propiedad, para garantizar las obligaciones alimentarias.

- Inventario de bienes muebles e inmuebles de propiedad común, incluyendo los elementos de trabajo de la víctima.
- Suspensión temporal al agresor del régimen de visita y convivencia con su hijo y la entrega de alimentos provisionales en favor de la víctima y de su hijo.
- Entrega, uso y goce de vehículos, objetos de uso personal, documentos de identidad y demás bienes muebles de la víctima o su hijo, que se encuentren o no en el inmueble que sirva de domicilio de la víctima, independientemente del propietario de aquellos.

Temporalidad de la orden de protección:

36. La señalada en el apartado 2.5 de la presente resolución, correspondiente a "Análisis de las medidas solicitadas y su temporalidad", mismo que en el párrafo 30 señala que "la vigencia de las órdenes de protección mencionadas permanecerá hasta en tanto la Fiscalía se pronuncie o emita nuevas medidas de protección a favor de la solicitante o hasta que el riesgo identificado deje de existir".

Para el cumplimiento de la orden de protección, las autoridades competentes deberán llevar a cabo lo siguiente:

a. Se requiere a la Secretaría de Seguridad Pública del estado para que asigne a los elementos encargados de la custodia policial de la víctima y su hijo, debiendo presentar ante este juzgado el plan de cumplimiento de las órdenes de protección.

b. Se requiere a la Fiscalía para que se pronuncie o emita, de manera urgente, nuevas medidas de protección a favor de la víctima y de su hijo, en la carpeta de investigación correspondiente.

c. Se requiere al juzgado que conoce del juicio de alimentos, guardia y custodia, en el que son parte Gretel y Héctor, para que se pronuncie de manera urgente sobre las medidas necesarias para garantizar los alimentos y, en su caso, sobre el régimen de visitas y convivencia que permita salvaguardar la seguridad de la víctima y de su hijo.

d. Se requiere a la Secretaría de Seguridad Pública del estado para que asigne a los elementos de policía que den acompañamiento a la víctima en la entrega de los bienes.

Seguimiento:

Las autoridades involucradas en el cumplimiento de la orden de protección deberán informar al presente juzgado, de manera periódica y cada 15 días naturales, sobre las acciones llevadas a cabo para su cumplimiento.

Sanción por incumplimiento:

La violación de la orden de protección se sancionará de conformidad con lo establecido por el Código Penal del Estado de Yucatán para el delito de violación de órdenes de protección.[23]

Notifíquese a las partes y a las autoridades vinculadas con el cumplimiento.

37. La vigencia de las órdenes de protección mencionadas se prolongará hasta en tanto la Fiscalía se pronuncie o emita nuevas medidas de protección a favor de la solicitante o hasta que el riesgo identificado deje de existir.

[23] **Artículo 188 Bis.** Se impondrá de seis meses a dos años de prisión a las personas que violen cualquiera de las órdenes de protección a que se refiere la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Estado de Yucatán; o incumplan, divulguen o revelen información sobre las medidas de protección otorgadas conforme a la Ley para la Protección de las Personas que intervienen en el Proceso Penal del Estado de Yucatán, en perjuicio de la persona protegida.

Comentario
a la orden de protección. Hablemos de protección, porque nos están matando

Fátima Gamboa Estrella
Ana Lucía Díaz Azcúnaga

Las órdenes de protección se crearon hace 14 años como una herramienta para proteger a las mujeres y las niñas de la violencia en México. Pero si miramos los datos de violencia, nos queda claro que algo no está funcionando. En 2021 se reportaron, cada día, en promedio, seis víctimas de violencia de género, nueve víctimas de violación y 16 víctimas de abuso sexual.

A través de estas líneas se repiensa la regulación de las órdenes de protección en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV) vigente, a fin de mejorar su accesibilidad y evitar que la violencia de la que son víctimas muchas mujeres y niñas mexicanas siga escalando.

Desde la sociedad civil se ha presentado una propuesta de reforma para que el marco legal de las órdenes de protección contenga un estándar de protección que sea idóneo y conforme a las necesidades particulares de las diversas mujeres y niñas. Se trata, simplemente, de garantizar que el derecho de acceso a una vida libre de violencia desde un enfoque intercultural e interseccional, así como el principio de autonomía progresiva de las niñas, sean una realidad.

I. Siete de cada 10 mujeres

En México existe un contexto generalizado de violencia en contra de las mujeres y niñas. Para atender y prevenir esta situación

necesitamos recursos sencillos, ágiles e integrales que garanticen la protección y el acceso a la justicia a toda la diversidad de mujeres que viven en el territorio mexicano.

Hoy por hoy, el acceso a una vida libre de violencia es prácticamente un privilegio para la gran mayoría de mujeres y niñas en México. *Casi siete de cada 10 mujeres han sido víctimas de violencia, por lo menos una vez en su vida.*[1]

En los últimos años, los asesinatos de las mujeres aumentaron dramáticamente. La tasa de feminicidios (víctimas por cada 100 mil mujeres) casi se triplicó. Pasó de dos en 2007 a 5.9 en 2019. Este aumento puso a México a la cabeza en la lista de países más letales del mundo para las mujeres. En 2021 se reportaron, cada día, en promedio, seis víctimas de violencia de género, nueve víctimas de violación y 16 víctimas de abuso sexual. Estos datos son solo la punta del iceberg, pues, en México, solo uno de cada 10 delitos se denuncia.[2]

La pandemia del COVID-19 evidenció —nuevamente— que la casa tampoco es un lugar seguro para las mujeres. De acuerdo con información del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP), tras un mes de cuarentena, se alcanzó un pico histórico en delitos de violencia familiar, que siguió en aumento durante 2021, con 23.7% más denuncias este semestre.[3] Si comparamos los datos de enero-junio 2020 con los de enero-junio 2021: la violencia de género aumento 17% (de 1 800 a 2 107 casos), el delito de violación 32.6% (7 885 a 10 458) y los abusos sexuales 11% (de 2 595 víctimas a 2 894).[4]

---

1 Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), *Encuesta nacional sobre la dinámica de las relaciones en los hogares (ENDIREH),* México, INEGI, 2016, *www. inegi.org.mx*

2 El Índice de Estado de derecho en México 2020-2021 constata que la cifra negra de delitos (los que no se denuncian o para los cuales no se inició una carpeta de investigación) alcanzó el 92.4% a nivel nacional.

3 Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, *Información sobre violencia contra las mujeres. Incidencia delictiva y llamadas de emergencia 911*, 30 de junio de 2021, *https://drive.google.com/file/d/1VRwhF9yFw3RjQc_FYpluRrLcraUXIFEs/view*

4 *Idem*.

II. ¿Qué son las órdenes de protección?

Las órdenes de protección son mecanismos urgentes de protección que se aplican en función del interés superior de la víctima y tienen como objetivo primordial garantizar una esfera de protección integral. Se crearon especialmente para proteger a mujeres y niñas de la violencia de género. La naturaleza de este mecanismo *es originariamente preventiva,* en la medida en que son mecanismos efectivos para proteger a las mujeres y niñas de las distintas formas en las que se manifiesta la violencia.

Las órdenes de protección *son el resultado de la lucha feminista*. Se encuentran reguladas en la LGAMVLV y en leyes estatales. Pero, a pesar de tener más de 14 años de vigencia, todavía son desconocidas por las autoridades encargadas de implementarlas o se confunden con otros mecanismos jurídicos cuyas lógicas son más procesales, complejas, lentas, y cuyo fin principal no es proteger a las mujeres de la violencia de género.

Por eso, es urgente repensar la regulación de las órdenes de protección en la LGAMVLV vigente. Si no garantizamos el acceso a este mecanismo, no podremos evitar que la violencia de la que son víctimas muchas mujeres y niñas en el territorio mexicano escale hasta sus niveles más graves, como el feminicidio.

III. Una mirada a las órdenes de protección en México

Viendo las cifras de violencia y feminicidio que registra México, podríamos casi asegurar que ninguna de las herramientas jurídicas y políticas contra la violencia de género está funcionando realmente. Queremos profundizar en esto y saber por qué específicamente las órdenes de protección no están funcionando. El aumento generalizado de las violencias contra las mujeres requiere con urgencia el fortalecimiento de las órdenes de protección desde un enfoque no penal y sí preventivo.

A. *Tenemos una mirada punitiva sobre la violencia.* En la práctica institucional, la protección frente a la violencia con-

> tra las mujeres forma parte del derecho penal. Y este es el primer obstáculo para la efectividad. ¿Qué significa esto? Que, en la mayoría de los casos, no se obtiene protección sin pasar por un proceso de denuncia penal o por un proceso judicial. Pero las denuncias no ponen a salvo a las mujeres.

La mayoría de las leyes de acceso a una vida libre de violencia actúan sobre el delito de violencia contra las mujeres, pero esto no puede garantizar ni la prevención ni la protección. Si la ley actúa cuando existe un delito sancionable de violencia (para eso tiene que consumarse la agresión o la intención), no estamos protegiendo y, además, están quedando fuera otras violencias contra las mujeres que son estructurales. No se debe esperar a que las agresiones se produzcan o se constituyan como delitos, porque puede ser demasiado tarde.

Para entender esto, hay que tener claro que la violencia que se produce sistemáticamente contra las mujeres no siempre constituye un delito según nuestro sistema de justicia y, en muchos casos, se trata de violencias íntimas que son mucho más difíciles de evidenciar, procesar y atender. Por ejemplo, a menudo, las víctimas quieren que la agresión cese, pero no quieren poner una denuncia que implique una sanción a su pareja o a un familiar cercano.

Esta desvinculación del proceso penal y de procesos judiciales es particularmente importante en el caso de la violencia de género, porque sabemos que la mayoría de las mujeres víctimas de violencia no denuncian y, aunque buscan protección, no quieren someterse a un proceso judicial. El 78.6% de las mujeres que han sufrido violencia física y/o sexual por parte de su pareja actual o última no solicitaron apoyo a instituciones ni presentaron una denuncia.[5]

Por tanto, urge, en primer lugar, pensar la protección como un derecho humano: esto requiere entender las necesidades de justicia de las mujeres como un todo integral, responder a los múltiples factores y contextos del cómo se presentan las violen-

[5] INEGI, *op. cit*.

cias en sus vidas y, en función de ello, diseñar e implementar políticas y mecanismos jurídicos que las pongan a salvo, conjuntando esfuerzos interinstitucionales y multisectoriales. Pensar en mecanismos que no pasen por el derecho penal y los procesos que ello implica.

Es urgente transitar hacia una política realmente preventiva de las violencias de género, fundada en la voz, percepción y vivencias de la diversidad de mujeres. Queremos —¡necesitamos!— que todas las autoridades tengan obligaciones de debida diligencia, protección y justicia en el ámbito de sus competencias y geografías. No se está hablando de investigación de delitos; se está hablando de algo mucho más básico: reaccionar con eficacia para que la protección a las mujeres y las niñas llegue a tiempo. El deber de protección y debida diligencia es una responsabilidad del Estado en general, no únicamente del Ministerio Público.

B. *No hay datos de calidad para hacer seguimiento a las órdenes de protección*. Para poder monitorear y evaluar la eficacia de una política pública o servicio, es necesario levantar datos de calidad. Esto es básico. Sin embargo, para el caso de las órdenes de protección, a más de 14 años de estar operando, no hay acceso a información útil para poder evaluar su funcionamiento.

La mayoría de las leyes de acceso a la información obligan a registrar las órdenes de protección en el Banco Nacional de Datos e Información sobre Casos de Violencia contra las Mujeres (BANAVIM), que es un registro cuantitativo sobre el número de órdenes de protección. No obstante, el BANAVIM no contiene información para saber quién dictó las órdenes de protección, cuándo, qué tipo de orden se dictó, si funcionaron, si se prorrogaron, cuántas se negaron y las razones; para quién y bajo qué circunstancias, es decir, no se ofrece un perfil sociocultural de la persona que se pretende proteger. Toda esa información podría ayudar a determinar si se están cubriendo las necesidades específicas de cada mujer en situación de peligro (estatus migratorio, edad, condición étnica, situación familiar con personas a cargo, con diversidad funcional, etcétera).

Hasta el momento, las órdenes de protección no se han publicado en los sitios web, aunque deberían considerarse como una obligación de transparencia proactiva (es decir, esa información que no es obligatoria, pero que, dado el contexto, es útil y necesaria para la sociedad). Es importante saber si la estrategia del poder judicial para combatir la violencia contra las mujeres es eficaz o no y por qué.

IV. Otros obstáculos legislativos para las órdenes de protección

EQUIS Justicia para las Mujeres realizó un análisis de las 32 legislaciones de acceso a una vida libre de violencia en México, con el que se evidencia un profundo vacío en cuanto a la protección y prevención de la violencia.[6] En general, la legislación contra la violencia hacia las mujeres en el país sigue manteniendo un enfoque punitivo y eso dificulta que sea realmente eficaz a la hora de prevenir o atender los casos de violencia. Además, dicho estudio arrojó información sobre algunos obstáculos legislativos:

A. Los *plazos que tienen las autoridades* para dictar una orden de protección no están homologados en todas las entidades federativas. Esto implica que, dependiendo el estado, las órdenes de protección pueden proteger mayor o menor tiempo.
B. La *vigencia de las órdenes de protección* en las leyes de acceso locales no es igual en todos los estados. En algunos lugares se permite un máximo de protección de 72 horas, en otros 30 días y en otros 60 días. Lo ideal, de acuerdo con los estándares internacionales de protección, es que esta se mantenga mientras exista un riesgo o peligro. Por otro lado,
C. La mayoría de las leyes *son ambiguas al establecer quién o quiénes* son las autoridades que tienen competencia para dictar las órdenes de protección. En algunos casos se otorga este poder a la fiscalía y en menor medida a las y

[6] EQUIS Justicia para las mujeres, *Reporte de hallazgos sobre las órdenes de protección,* México (en prensa).

los jueces, por lo que se ralentizan los procesos al pasarlo por el derecho penal.

V. Normalización de la violencia y riesgos invisibilizados

Diversos diagnósticos realizados en varios poderes judiciales del país evidenciaron otro gran obstáculo para el funcionamiento de las órdenes de protección: la normalización de la violencia en el imaginario colectivo de las y los profesionales de la justicia invisibiliza el riesgo de las mujeres.[7]

Más del 69% de las sentencias analizadas no analizaron el riesgo y, por tanto, no consideraron necesario emitir una orden de protección, a pesar de que se trataba de situaciones de violencia. Por un lado, en muchos casos, las juezas y jueces no conocen en profundidad la LGAMVLV y no tienen claridad sobre cuándo, cómo y por qué es necesaria una orden de protección. Desconocen también el parámetro de control de regularidad constitucional bajo el cual tienen que interpretar el derecho, conforme a los derechos humanos.

A más de 10 años de la reforma constitucional en materia de derechos humanos seguimos teniendo juezas y jueces de "código" y no de derechos humanos. Cuando se trata de violencia contra las mujeres, identidad de género o preferencia sexual, hay normas especializadas para combatir la violencia y la desigualdad, mismas que contienen obligaciones reforzadas y que requieren de una mayor diligencia de la persona que juzga. Si las personas que juzgan se basan únicamente en sus códigos locales para impartir justicia, corren el riesgo de no considerar los derechos humanos de las personas involucradas al momento de resolver un caso.

Según el informe *(Des)Protección judicial,* realizado por EQUIS Justicia para las Mujeres en 2020,[8] 13 de los 32 poderes

[7] EQUIS Justicia para las mujeres *et al., No es justicia. Análisis de sentencias y resoluciones judiciales del país. Reporte de hallazgos del primer ejercicio de auditoría judicial ciudadana,* México, *noesjusticia.pdf (equis.org.mx)*

[8] EQUIS Justicia para las mujeres, *(Des)Protección judicial en tiempos de COVID-19*, México, 2020, p. 13, *https://equis.org.mx/wp-content/uploads/2020/03/DESProteccion_Informe.pdf*

judiciales del país suspendieron sus servicios por la pandemia de COVID-19, sin tomar en consideración medidas para garantizar la emisión de órdenes de protección. Y, hasta la fecha, el mecanismo de protección y prevención de la violencia sigue en desuso. Según datos del BANAVIM, hasta agosto de 2021, 25% de los estados del país registraron menos de una orden de protección por cada 100 casos de violencia.[9]

La Red por la Ciudadanización de la Justicia señaló que el 69% de las sentencias analizadas no dictaron órdenes de protección, a pesar de que en el asunto se advertían actos de violencia. Esto genera que las autoridades jurisdiccionales incumplan con su deber de protección.[10]

Ahora bien, por los datos del BANAVIM, hasta agosto del 2021, se sabe que el 25% de las entidades federativas dicta una orden de protección por cada 100 casos de violencia. En el Estado de México, uno de los estados con peores cifras de violencia, con 102 551 mujeres víctimas, se dictaron únicamente 46 órdenes de protección.[11]

VI. ¿Por qué no se está utilizando esta herramienta para proteger a las mujeres?

Para saber más, se preguntó a jueces y juezas cuáles son las razones por las que niegan las órdenes de protección. Aunque sea difícil de creer, aún en el siglo xxi, los prejuicios y estereotipos que existen sobre las mujeres que denuncian violencias o solicitan algún tipo de protección estatal se convierten en "razones" para no emitir una orden de protección. Los resultados de esta encuesta se resumen en el siguiente cuadro.

9 Banco Nacional de Datos en Información Sobre Casos de Violencia Contra las Mujeres (BANAVIM), Total de casos registrados a nivel nacional, 3 de agosto de 2021, *https://banavim.segob.gob.mx/Banavim/Informacion_Publica/Informacion_Publica.aspx*

10 EQUIS Justicia contra las Mujeres *et al.*, *No es justicia..., cit.*

11 *Ibidem*, p.19.

Cuadro 1. *Razones por las que las juezas y jueces niegan las órdenes de protección*

Prejuicios	Estereotipo de mujer vengativa/ventajosa que busca perjudicar a la contraparte en el juicio u obtener alguna ventaja dentro del proceso argumentando vivir violencia.
	Prejuicio sobre la palabra de la mujer: deslegitimar el relato de la víctima. Consideran que el relato no es de confianza, que no hay la certeza del riesgo inminente de daño a la víctima, ni riesgo. Dado que no se otorga credibilidad al testimonio de la víctima, no se considera que está en peligro.
	Prejuicio de mujer loca o alterada. El estado psicológico alterado de la persona que las solicita genera desconfianza.
Conflictos de interés	Porque una orden de protección podría afectar los derechos del presunto agresor al decretar la medida y se puede entender como discriminación a los hombres.
	Porque consideran que si las víctimas no las piden no hay que dictarlas, no consideran necesario hacer valoración del riesgo.
Confusión sobre las órdenes de protección	Estiman que los procesos y requisitos deben ser rígidos para emitir la orden. La deniegan cuando consideran que la petición del Ministerio Público no se encuentra fundamentada, que es una invasión de funciones al Ministerio Público o porque ya fue dictada por alguna autoridad. También porque faltan elementos para acreditar el temor fundado y se ha excedido el término para solicitarlo.
Dificultades de implementación real	No dictan órdenes de protección porque consideran que en la práctica no existen condiciones mínimas para hacerlas efectivas, ni instituciones a las que se les pueda canalizar para su seguimiento.

Fuente: elaboración propia con información de EQUIS Justicia para las Mujeres, A.C., a partir de talleres participativos y consultas con jueces y juezas sobre órdenes de protección

VII. Queremos que las órdenes de protección protejan

Hoy por hoy, como herramienta, las órdenes de protección se usan poco y mal. Esta herramienta jurídica es a menudo ineficaz y está siendo usada de manera incorrecta. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos y numerosas organizaciones de la sociedad civil han evidenciado que estos mecanismos van en desuso.[12]

Justamente por su propia naturaleza preventiva, las órdenes de protección precisan:

A. Que las autoridades actúen con debida diligencia ante la existencia de un posible riesgo de vivir violencia. No deben esperar a que existan hechos consumados o que comprometan la vida e integridad de las mujeres para otorgarlas.
B. Garantizar *la protección como un derecho humano*. Es obligación del Estado responder a la violencia estructural y sistemática que viven las mujeres. Para conseguir una orden de protección no debería ser necesario obligarlas a iniciar una denuncia o condicionar su otorgamiento a un proceso judicial, administrativo o de cualquier tipo. Con base en esto, lo urgente es desvincular el acceso a las órdenes de protección del inicio de un proceso penal o judicial. No todas las mujeres víctimas de violencia que buscan protección están dispuestas a someterse a un proceso judicial. Se debe ofrecer a las mujeres la posibilidad de solicitar protección de una manera rápida, ágil y sencilla.

VIII. Criterios mínimos para el funcionamiento de las órdenes de protección

Si bien es cierto que la eficacia de una orden de protección solo puede valorarse según cada caso, existen algunos *criterios norma-*

[12] Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Informe del panorama nacional de las órdenes de protección*, 2018, *https://igualdaddegenero.cndh.org.mx/Content/doc/Publicaciones/OPDMVLV.pdf;* Católicas por el Derecho a Decidir, *Informe de órdenes de protección*, 2014, *https://catolicasmexico.org/ns/wp-content/uploads/2014/10/informeordenesdeproteccion.pdf*

tivos mínimos que contribuyen a que las órdenes de protección tengan la capacidad de frenar la violencia que viven las mujeres y niñas:

A. *Recordar que el objetivo y la lógica de las órdenes de protección es mitigar la violencia de género*. Este mecanismo está dirigido a proteger a las mujeres y niñas. Son una acción afirmativa para prevenir, mitigar y erradicar la violencia contra las mujeres de manera ágil y focalizada.[13]

B. *Presumirse la buena fe*. Las autoridades deben presumir la buena fe de las víctimas y creer en su dicho. No deben revictimizar ni culpabilizar.[14]

C. *Ser complementarias o autónomas*. Su otorgamiento no debe condicionarse a que se presente una denuncia o una demanda. Pueden dictarse como única medida o de forma complementaria a otros mecanismos de protección,[15] ya que pueden dictarse en cualquier momento procesal en que se advierta una situación de riesgo o de violencia.[16]

D. *Atender a las necesidades de la víctima y ser proporcionales al riesgo*. Es fundamental que exista correspondencia entre el tipo de órdenes que se dictan y la situación de

---

13 Las órdenes de protección deben atender al carácter invisible y grave de la violencia, por ser precursora de otros tipos de violencia y por el impacto en el proyecto de vida de las mujeres y niñas víctimas. Véase el dictamen del Comité CEDAW relativo a la Comunicación núm. 2/2003, Sra. A.T. contra Hungría, de 26 de enero de 2005.

14 Véase el art. 5 de la Ley General de Víctimas, que señala que las autoridades presumirán la buena fe de las víctimas y que los servidores públicos que intervengan con motivo del ejercicio de derechos de las víctimas no deberán criminalizarla o responsabilizarla por su situación específica

15 Aunque el Código Penal remite a la aplicación de órdenes de protección en sus arts. 405 y 406, en la práctica, los jueces aplican las medidas de protección del art. 137 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

16 LGAMVLV, art. 30. Corresponde a las autoridades jurisdiccionales competentes valorar las órdenes y la determinación de medidas similares en sus resoluciones o sentencias. Lo anterior con motivo de los juicios o procesos que, en materia civil, familiar o penal, se estén ventilando en los tribunales competentes.

vulnerabilidad en el que se encuentra la víctima;[17] es decir, que exista una relación de coherencia entre el tipo de orden de protección y el grado de riesgo.[18]

E. *Ser oportunas e inmediatas.* Al ser de urgente aplicación, deben ser otorgadas e implementadas de manera inmediata.[19]

---

17 El art. 28 de la LGAMVLV señala que las autoridades otorgarán las órdenes de protección en función deI riesgo o peligro existente y la seguridad de la víctima. En cambio, al regular las medidas de protección, el art. 436 del Código Civil para el Estado de Oaxaca no hace referencia a la relación entre el riesgo y la aplicación de la medida.

18 Como referencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) construyó una serie de indicadores a partir del caso *Osman vs. Reino Unido* (test de Osman), mediante los cuales evalúa hasta qué punto un Estado está o no obligado a establecer medidas concretas de protección individual para prevenir el riesgo de atentados contra la vida. Este parámetro es aplicado también cuando deba dilucidarse el cumplimiento de los Estados ante la protección de las mujeres víctimas de violencia de género. La valoración, en cada caso, dependerá, por tanto, de los siguientes elementos:
A. *Conocimiento de la existencia de un riesgo*: se tendrá en cuenta no solo el conocimiento cierto del riesgo para la vida o integridad física de una persona por parte de las autoridades competentes (especialmente policía, fiscales y jueces), sino también el deber de conocerla, de manera que la obligación alcanzará también a las situaciones que las autoridades deberían haber conocido.
B. *Existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de la persona*: que deberá ser valorado por las autoridades internas competentes teniendo en cuenta las circunstancias personales y el contexto en el que se encuentra.
C. *Expectativas razonables de haber podido evitar el riesgo*: para ello deberá tenerse en cuenta no solo la competencia de las autoridades para tomar las medidas eficaces de protección, sino también sus posibilidades para evitar ese peligro (caso *Kontrová vs. Eslovaquia*). Es más, incluso cuando no se pueda concluir con certeza que los hechos habrían sido diferentes de haber adoptado tales medidas se podrá exigir responsabilidad al Estado. Asimismo, el TEDH considera que, ante derechos fundamentales, como es el derecho a la vida, será suficiente para el demandante mostrar que las autoridades no hicieron todo lo que razonablemente se puede esperar de ellas para evitar un riesgo de muerte real e inmediato del que tenían o debían haber tenido conocimiento. Véanse los casos: *Osman vs. Reino Unido,* sentencia de 28 de octubre de 1998, y *Kontrová vs. Eslovaquia,* sentencia de 31 de mayo 2007, núm. 7510/04, *HUDOC - European Court of Human Rights (coe.int)*

19 El art. 24 de la LGAMVLV señala que las órdenes de protección son de urgente aplicación.

F. *Ser accesibles.* El procedimiento debe ser sencillo, para facilitar a las víctimas la obtención de protección inmediata.[20] Por ello, la solicitud podría realizarse por comparecencia verbal o por escrito, sin que exista la necesidad de cumplir con algún otro trámite o requisito que retarde la actuación judicial o implique un esfuerzo desmedido o innecesario que incluso la ponga en riesgo.

G. *Proporcionar una protección integral.* Una de las grandes ventajas de las órdenes de protección es que tienen el potencial de generar una esfera de protección que contemple medidas de distinta naturaleza: de emergencia, preventivas o civiles.

H. *Incluir la perspectiva de género al analizar los hechos y el contexto.* Cuando una mujer afirma ser víctima de violencia, el sistema de justicia debe garantizar su derecho a la vida e integridad.[21] El análisis de los hechos debe poner especial atención en: los antecedentes de violencia; el relato de la mujer y la situación particular en la que se encuentra; la valoración de los hechos, sin estereotipos de género, y escuchar las necesidades de las mujeres y corroborar la idoneidad de las órdenes dictadas.

I. *Hacer énfasis en el riesgo posible.* El *posible* riesgo o peligro de sufrir violencia y la seguridad de las mujeres y niñas debe ser la preocupación medular al dictar una orden de protección. No debe ser necesario probar que la vida de las mujeres esté comprometida, o que la violencia sea ex-

[20] El art. 4 de la Convención de Belém do Pará, en su inciso g), señala que las mujeres tienen derecho a un recurso sencillo y rápido, que las ampare contra actos que violen sus derechos.

[21] Véase la tesis de jurisprudencia de rubro: Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género. Tesis de jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 29, t. II, abril de 2016, p. 836. Registro digital: 2011430. Esta jurisprudencia señala que uno de los aspectos clave recae en analizar los hechos sin que exista algún prejuicio o estereotipo de género para valorar la situación de la víctima.

trema, pues es precisamente esta situación lo que las órdenes intentan prevenir.[22]

J. *Para otorgar las órdenes bastará la palabra de las mujeres.* No es necesario contar con elementos probatorios (pruebas periciales o copias de carpeta de investigación).

K. *Fijar plazos inmediatos para dictar las órdenes de protección*. Se deben dictar las órdenes de protección preventivas y de emergencia de manera inmediata dentro de las ocho horas siguientes al conocimiento de los hechos.[23]

L. *Mantener la vigencia de las órdenes de protección hasta que el riesgo cese*. Esto —que parece muy obvio— a menudo no se tiene en cuenta. Para ser eficaces, normalmente deberán ampliarse o prorrogarse siempre que la situación de riesgo persista y la víctima así lo solicite. El 26 julio 2012, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) señaló, en sus recomendaciones a México, que deben adoptarse las medidas necesarias para mantener la duración de las órdenes hasta que la víctima deje de estar en riesgo.[24]

M. *Contar con mecanismos para hacer cumplir las órdenes de protección*. Existen medios de apremio establecidos en los códigos de sus respectivas materias que pueden garantizar el cumplimiento de las órdenes. Una vez que estos sean agotados, pueden darse dos situaciones: la primera, si el incumplimiento es por parte de la persona agresora,

22 En el proceso penal, por ejemplo, si el juez de control advierte en la audiencia de ratificación de medidas de protección que existe un riesgo latente, podría aplicar el último párrafo del art. 137 del Código Nacional de Procedimientos Penales y dictar, con base en ello, órdenes de protección que complementen a la medida de protección.

23 Artículo 25. Las órdenes de protección que consagra la presente Ley son personalísimas e intransferibles y podrán ser: [...] Las órdenes de protección de emergencia y preventivas deberán expedirse dentro de las 8 horas siguientes al conocimiento de los hechos que las generan y dejaran de surtir efectos una vez que la autoridad competente determine que el riesgo o peligro de la víctima ha disminuido o desaparecido.

24 Comité CEDAW, Observaciones finales a México, CEDAW/C/MEX/CO/7-8, 9 a 27 de julio de 2012, p. 6.

puede dar vista al Ministerio Público por la posible comisión del delito de incumplimiento a un mandato judicial —siempre que la orden de protección haya sido dictada por un juez o jueza—. La segunda, si el incumplimiento es por parte de una persona servidora pública, puede dar vista al Ministerio Público por el delito de abuso de autoridad.

IX. Adecuado análisis del contexto para garantizar la pertinencia y eficacia

La valoración de riesgo debe indicar el tipo de orden que se debe dictar, pero no solo eso: la orden debe tener en cuenta el contexto en el que se dicta y, así, garantizar que responde a las necesidades de las personas que necesitan protección:

A. *Contar con el consentimiento de la receptora de la orden, salvo que la situación sea urgente y la mujer esté en imposibilidad de solicitarla y/o ratificarla.* Aunque en casos urgentes —y de acuerdo con el contexto en el que suceden los hechos— algún familiar, vecino(a) o persona cercana puede solicitar las órdenes de protección y estas deben dictarse de oficio, es importante obtener la ratificación de la beneficiaria. Esto es importante, ya que existen casos en los que la intervención de las autoridades puede llegar a detonar conductas violentas y colocar a la mujer en una posición vulnerable. Para evitar esta situación, es importante que la beneficiaria ratifique la orden y pueda tomar las precauciones correspondientes.

B. *Incluir la prevención de la violencia y reeducación del agresor.*[25] Por ejemplo, la Ley de Acceso para el Estado de

[25] Véase la tesis de rubro: Estereotipos sobre roles sexuales. Cuando se advierta que una de las partes los reproduce y, con ello, genera algún tipo de violencia en contra de la otra, el órgano jurisdiccional debe canalizarla a las instituciones correspondientes, a efecto de que reciba las medidas reeducativas para erradicar aquellos (legislación del estado de Veracruz). Tesis aislada VII.2o.C.193 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 66, t. III, mayo de 2019, p. 2479. Registro digital: 2019861.

Oaxaca contempla, como parte de las órdenes de protección preventivas, la figura de los centros de reeducación para hombres con conductas violentas.[26] Esta figura se inserta dentro del mandato de la Convención de Belém do Pará de modificar patrones socioculturales que legitiman la discriminación y la violencia contra las mujeres.[27]

C. *Dar seguimiento a la ejecución y cumplimiento para evaluar el riesgo real.* Se podría solicitar a las instituciones de seguridad y justicia que ejecuten y den seguimiento a través de reportes, informes, etc. Esto facilitaría la labor de evaluar si persiste el riesgo antes de que las órdenes concluyan.

D. *Dar órdenes claras, con lenguaje accesible y sencillo*. Es importante comunicar a la víctima, con un lenguaje comprensible y sencillo, qué son las órdenes de protección, sus alcances, sus limitaciones, su temporalidad y las personas que realizarán el seguimiento. En el caso de mujeres o niñas indígenas, migrantes y/o sujetas a protección internacional, o mujeres con discapacidad, es importante que la información sea proporcionada en su idioma o lengua.

E. *Incluir la perspectiva intercultural*. Hay una serie de recomendaciones para que las órdenes de protección sean culturalmente pertinentes y, por ende, eficaces para proteger a las mujeres y niñas indígenas:

---

26 El art. 27, frac. VII, de la Ley de Acceso de Oaxaca señala que dentro de las órdenes de protección preventivas puede dictarse un servicio de reeducación para el agresor.

27 Convención de Belém do Pará, art. 8. Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:
[...]
b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer [...].

Cuadro 2. *Perspectiva intercultural en las órdenes de protección*

Autoadscripción	Es fundamental reconocer la pertenencia de la mujer a un pueblo o comunidad indígena a partir de su lugar de origen, el idioma que habla, o la familia a la que pertenece, considerando en todo momento que *el criterio de autoadscripción es la base fundamental para definir la identidad de una mujer.* Así, las mujeres indígenas no tienen la carga de la prueba sobre su pertenencia a un grupo indígena, pues esta identidad no es una condición biológica o fenotípica.[28]
El derecho a traducción e interpretación	Considerar el idioma indígena que hable la mujer o su nivel de castellanización. Debe garantizarse el acceso a la traducción siempre que sea necesario.[29]
Diálogo plurilegal.	Para que las órdenes de protección sean eficaces, las autoridades deben identificar, reconocer, colaborar y coordinarse con las autoridades municipales y comunitarias en un plano de horizontalidad y respeto. Dentro del sistema normativo de las comunidades existen prácticas de protección que pudieran resultar complementarias o, incluso, más efectivas para proteger a las mujeres y niñas en situación de violencia en determinados contextos.
El contexto sociocultural.	Tomar en cuenta el contexto en el que se desenvuelve la mujer, con el objetivo de identificar normas, valores, prácticas o grupos de personas que limiten el derecho a una vida libre de violencia de las mujeres.[30]

[28] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas,* p. 14, *https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_indigenas.pdf*

[29] Tesis de rubro: Personas, pueblos y comunidades indígenas. Exigencias para el acceso a la justicia penal desde una perspectiva intercultural. Tesis aislada 1a. CCCI/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 61, t. I, diciembre de 2018, p. 368. Registro digital: 2018750

[30] *Idem.* El juzgador debe determinar si las prácticas indígenas no contravienen a la integridad de la mujer y no son justificables dentro del marco multicultural.

Las distinciones objetivas.	Deben identificarse condiciones de marginación o exclusión social que requieran adecuaciones o medidas diferenciadas para garantizar el acceso a la justicia. Algunos ejemplos podrían ser la condición económica, la presencia de brechas digitales, el acceso material a instituciones de justicia o asistencia social, o el acceso a la información sobre sus derechos, etcétera.[31]
El territorio.	En el dictado de las órdenes de protección debe priorizarse que la mujer continúe en el territorio indígena donde vive. El territorio constituye la base fundamental para asegurar otros derechos: a una vida digna, alimentación, agua, salud, honor, tránsito y cultura.
Los prejuicios y estereotipos.	Evitar actuar con base en prejuicios y estereotipos paternalistas o de superioridad étnica o racial, al asumir, por ejemplo, que la situación de violencia que vive una mujer indígena es ocasionada por su pertenencia a una cultura indígena.

Fuente: elaboración propia, EQUIS Justicia para las Mujeres, A.C., a partir de las herramientas legislativas vigentes sobre interculturalidad.

X. Propuesta de reforma[32]

Celebramos los avances hacia el fortalecimiento y accesibilidad de las órdenes de protección realizados a raíz de la reforma a la LGAMVLV, publicada el 18 de marzo de 2021. En esta última reforma se amplió la temporalidad de las órdenes de protección por un periodo de hasta 60 días (prorrogable por 30 días más o por el tiempo que dure la investigación, o prolongarse hasta que cese la situación de riesgo para la víctima);[33] se reconoció expresamente el derecho de acceso a la información sobre las

31 También incluidas en el *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indíge*nas, op. *cit.,* p. 33.

32 Véase Propuesta ciudadana feminista de reforma, *Propuesta-LGA.pdf (equis.org.mx)*

33 LGAMVLV, art. 28.

órdenes de protección de las mujeres y niñas que las soliciten,[34] y se estableció la obligación de monitorear el cumplimiento de las órdenes a través de la colaboración interinstitucional.[35]

Pero la reflexión en torno a las órdenes de protección aún no ha concluido. Es por ello que se presenta una propuesta de reforma a la LGAMVLV que recoge los aprendizajes derivados de la experiencia de trabajar con autoridades y mujeres y niñas en situación de violencia durante años.

El objetivo general de esta propuesta de reforma es que el marco legal de las órdenes de protección contenga un estándar de protección idóneo, conforme a las necesidades particulares de las diversas mujeres y niñas que habitan en territorio mexicano. Se trata de garantizar de manera real el derecho de acceso a una vida libre de violencia, el acceso a la justicia y a la información desde un enfoque intercultural, y el principio de autonomía progresiva de las niñas, así como replantear a las órdenes de protección como un derecho humano autónomo.

La propuesta de reforma pone el foco en proteger a las mujeres y niñas de la violencia sistemática y estructural que existe, que es la esencia de las órdenes de protección, y en incorporar el estándar del posible riesgo como clave para detonar una orden de protección.

En resumen, la propuesta de reforma presentada por las organizaciones de la sociedad civil busca:

A. Exponer la necesidad de que las órdenes de protección se regulen y apliquen bajo un *enfoque interseccional,* que permita observar de manera diferenciada cómo la violencia de género atraviesa a las mujeres y niñas que pertenecen a grupos sociales históricamente discriminados: mujeres y niñas indígenas y afromexicanas, con discapacidad, migrantes y pertenecientes a la comunidad LGBT+.

B. Cambiar la narrativa de las órdenes de protección a través de su *desvinculación con el ámbito penal, civil o familiar.*

[34] *Ibidem*, art. 31.

[35] *Ibidem*, art. 34.

Las órdenes de protección sirven para la protección de los derechos humanos de las mujeres, por lo cual no deberían estar sujetas a la presentación de una denuncia, querella o demanda.

C. Incorporar el *estándar del posible riesgo*. Para dictar una orden de protección basta con que existan indicios de que la mujer o niña podría encontrarse en peligro. No es necesario que la vida de las mujeres esté comprometida, pues es precisamente esta situación lo que las órdenes de protección intentan prevenir. En la valoración del riesgo, las autoridades tendrán la obligación de verificar si existe algún tipo de violencia, aun cuando las partes no lo soliciten.

D. Incorporar la figura de las *órdenes de protección definitivas,* que responden a aquellos casos en los que la violencia se ha manifestado por un periodo prolongado de tiempo y, por tanto, las mujeres o niñas requieren protección a largo plazo.

E. Reconocer que las órdenes de protección *pueden utilizarse de forma complementaria* a otros mecanismos de protección judicial, en materia penal, civil, administrativa o familiar.

F. *Favorecer la accesibilidad* de las órdenes de protección. Para ello, se busca facultar a las juezas y jueces calificadores y de paz municipales, así como a las autoridades de los pueblos o comunidades indígenas, para emitir órdenes de protección, por tratarse de las autoridades más cercanas a las mujeres.

G. Que se *otorguen de oficio o a petición de parte*, por las autoridades administrativas, el Ministerio Público o los órganos jurisdiccionales, en el momento en que tengan conocimiento del hecho de violencia o el posible riesgo o peligro en el que se encuentra una mujer o niña. En todo momento debe evitarse el contacto entre la víctima (incluidas las víctimas indirectas) y la persona agresora.

Finalmente, cabe concluir que se trata simplemente de garantizar que el derecho de acceso a una vida libre de violencia, el

acceso a la justicia desde un enfoque intercultural e interseccional y el principio de autonomía progresiva de las niñas sean una realidad.

Por eso, proponemos replantear las órdenes de protección como un derecho humano autónomo.

Fuentes de consulta

Documentos

Banco Nacional de Datos en Información sobre Casos de Violencia contra las Mujeres (BANAVIM), Total de casos registrados a nivel nacional, 3 de agosto de 2021, *https://banavim.segob.gob.mx/Banavim/Informacion_Publica/Informacion_Publica.aspx*

Católicas por el Derecho a Decidir, "Informe de órdenes de protección", 2014, *https://catolicasmexico.org/ns/wp-content/uploads/2014/10/informeordenesdeproteccion.pdf*

Comisión Nacional de Derechos Humanos, "Informe del panorama nacional de las órdenes de protección", 2018, *https://igualdaddegenero.cndh.org.mx/Content/doc/Publicaciones/OPDMVLV.pdf*

EQUIS Justicia para las Mujeres, *(Des)Protección judicial en tiempos de COVID-19,* 2020, *https://equis.org.mx/wp-content/uploads/2020/03/DESProteccion_Informe.pdf*

EQUIS Justicia para las mujeres *et al., No es justicia. Análisis de sentencias y resoluciones judiciales del país. Reporte de hallazgos del primer ejercicio de auditoría judicial ciudadana,* México, *noesjusticia.pdf (equis.org.mx)*

INEGI, *Encuesta nacional sobre la dinámica de las relaciones en los hogares (ENDIREH),* México, INEGI, 2016, *www. inegi.org.mx*

Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, *Información sobre violencia contra las mujeres. Incidencia delictiva y llamadas de emergencia 911,* 30 de junio de 2021, *www.gob.mx*

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas, https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_indigenas.pdf*

World Justice Project, Índice de Estado de derecho en México 2020-2021, México, *https://wordljusticeproject.mx*

Leyes

Código Civil para el Estado de Oaxaca

Código Nacional de Procedimientos Penales

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

Ley General Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia de Género

Ley General de Víctimas

Casos

TEDH, *Caso Osman vs. Reino Unido,* sentencia de 28 de octubre de 1998.

TEDH, *Caso Kontrová vs. Eslovaquia,* sentencia de 31 de mayo de 2007, núm. 7510/04.

Tesis del Poder Judicial Federal

Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género. Tesis de jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 29, t. II, abril de 2016, p. 836. Registro digital: 2011430.

Estereotipos sobre roles sexuales. Cuando se advierta que una de las partes los reproduce y, con ello, genera algún tipo de vio-

lencia en contra de la otra, el órgano jurisdiccional debe canalizarla a las instituciones correspondientes, a efecto de que reciba las medidas reeducativas para erradicar aquellos (legislación del estado de Veracruz). Tesis aislada VII.2o.C.193 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 66, t. III, mayo de 2019, p. 2479. Registro digital: 2019861.

Personas, pueblos y comunidades indígenas. Exigencias para el acceso a la justicia penal desde una perspectiva intercultural. Tesis aislada 1a. CCCI/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 61, t. I, diciembre de 2018, p. 368. Registro digital: 2018750

Otros documentos

Comité CEDAW, Observaciones finales a México, CEDAW/C/MEX/CO/7-8, 9 a 27 de julio de 2012.

Dictamen del Comité CEDAW, relativo a la Comunicación núm. 2/2003, Sra. A.T. contra Hungría, de 26 de enero de 2005

Propuesta ciudadana feminista de reforma, *https://equis.org.mx*

Sentencias feministas.
Reescribiendo la justicia con perspectiva de género.
Proyecto México
se terminó de imprimir en febrero de 2023,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro,
su tiraje consta de 1 000 ejemplares.



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

OTRAS PUBLICACIONES

Derechos humanos de las personas migrantes:
una mirada desde el ius commune
Armin von Bogdandy
Mariela Morales Antoniazzi
Juana María Ibáñez Rivas (coords.)
(En coedición con el IIJ-UNAM, el MPIL y la DFG)

Reflexiones contemporáneas sobre
derecho constitucional comparado
Antonio Olguín Torres (coord.)
(En coedición con la UG)

Constitución Política del Estado Libre
y Soberano de Querétaro comentada
María Pérez Cepeda
Greco Rosas Méndez
Carlos Rubén Eguiarte Mereles
Rogelio Flores Pantoja (coords.)
(En coedición con el Poder Judicial
del Estado de Querétaro y el IEEQ)

Aportes de Sergio García Ramírez al derecho
María Elisa Franco Martín del Campo
Guillermo Raúl Zepeda Lecuona
Pedro Salazar Ugarte (coords.)
(En coedición con el IIJ-UNAM y el COLJAL)

Constitución, justicia ambiental y derechos
El caso Cuenca Matanza-Riachuelo de la Corte Suprema argentina
Esteban Nader

Derecho procesal constitucional y derecho convencional
Rubén Hernández Valle

SENTENCIAS FEMINISTAS

REESCRIBIENDO LA JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

PROYECTO MÉXICO

Este libro es una manifestación de política prefigurativa de tipo jurídico. Una forma de activismo en la que un grupo adopta las estructuras y el estilo de razonamiento que promueve, modelando los objetivos políticos y sociales que se persiguen, bajo la premisa de dejar de lado la creencia de la inevitabilidad de las estructuras existentes y emprender la experiencia de poner en práctica ideas atrevidas.

La reescritura de sentencias no es la única modalidad de política prefigurativa de tipo jurídico que existe, pero es una de las que más ha llamado la atención del pensamiento feminista e igualitario en los años recientes. Esta obra constituye el primer ejercicio de este tipo en México y sus páginas recogen el trabajo de personas pioneras y profundamente comprometidas.

Los casos que se reescriben y comentan se ocupan de situaciones muy graves, con un impacto central en la vida de las personas involucradas. Son un rico recurso para detectar los sesgos de género (y de otro tipo) en el derecho y entender, con ejemplos reales en mente, qué diferencia hay entre abordar la resolución de casos con perspectiva de género —o más ampliamente, con perspectiva igualitaria— y sin ella. Asimismo, muchos de los comentarios constituyen una ventana a conocimientos teóricos sobre igualdad, feminismo y constitucionalismo democrático.

El libro nos permite hacer consciente que las herramientas constitucionales con las que contamos actualmente lo permiten casi todo, siempre y cuando dimensionemos apropiadamente el papel que han de jugar en la reinterpretación, aplicación o eventual depuración del derecho preexistente.

Finalmente, da motivos de optimismo en torno a la posibilidad de impulsar iniciativas de transformación, apoyadas por personas interesadas en desmontar estructuras y normas que son opresivas más allá de toda duda razonable.

ISBN 978-607-7822-97-4

9 786077 822974

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE QUERÉTARO

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO