

Igualdad y no discriminación. Comentarios a las sentencias de la SCJN

Pedro SALAZAR UGARTE
Carlos Ernesto ALONSO BELTRÁN
Coordinadores



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.
COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS DE LA SCJN

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 371

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Ricardo Hernández Montes de Oca
Cuidado de la edición y formación en computadora

Edith Aguilar Gálvez
Elaboración de portada

IGUALDAD
Y NO DISCRIMINACIÓN.
COMENTARIOS
A LAS SENTENCIAS
DE LA SCJN

Pedro SALAZAR UGARTE
Carlos Ernesto ALONSO BELTRÁN
Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2022

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 31 de mayo de 2022

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN en trámite

CONTENIDO

Nota introductoria.	VII
Pedro SALAZAR UGARTE Carlos Ernesto ALONSO BELTRÁN	
Interrupción del embarazo por motivos de salud, apuntes para la igualdad: análisis de la sentencia del amparo en revisión 1388/2015 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.	1
Alex Alí MÉNDEZ DÍAZ	
Las dimensiones de la igualdad en la guarda y custodia de hijas e hijos. Análisis del AR 1968/2017.	33
José Luis CABALLERO OCHOA	
Amparo directo en revisión 5490/2016: la reparación del daño a las víctimas de violencia familiar en la vía civil.	55
Adriana ORTEGA ORTIZ Lucía MOTA CASILLAS Victoria ORANTES JORDÁN	
El combate a los estereotipos y roles de género en la Suprema Corte de Justicia de la Nación: un paso imprescindible para el logro de la igualdad sustantiva.	77
María Elisa FRANCO MARTÍN DEL CAMPO	

Alberta, Teresa y Jacinta: lo que la SCJN pudo decir sobre interseccionalidad. Comentario al recurso de apelación 2/2010	105
Pedro SALAZAR UGARTE Carlos Ernesto ALONSO BELTRÁN	
Comentario a la acción de inconstitucionalidad 45/2014 y a la contradicción de tesis 275/2015 sobre paridad de género en los órganos representativos	147
Ana Micaela ALTERIO	
La justiciabilidad de los derechos sociales y la transformación social. El caso del Hospital General de Huajuapán de León	181
Roberto NIEMBRO O.	
Juzgado en castilla: el derecho a intérprete y defensor para personas indígenas en procesos estatales (comentario al amparo directo 59/2011)	201
Rodrigo CAMARENA GONZÁLEZ	

NOTA INTRODUCTORIA

En los últimos años, el trabajo de las cortes constitucionales a lo largo y ancho del mundo se ha enfrentado a diversos retos. Sin duda, la ampliación de sus funciones ha dejado atrás las figuras clásicas del simple contraste de leyes, para dar lugar a cortes que fungen como garantes de los derechos fundamentales. Con ello, su labor no solo ha cambiado, sino que se ha complejizado y expandido. Al respecto, la SCJN no puede permanecer ajena a esta evolución, y en sus decisiones se refleja cómo —con avances y retrocesos— se desempeña como un tribunal constitucional, cuya función busca impactar en la vida de cada vez más personas.

En un país como el nuestro, uno de los lugares en los que el trabajo de la Corte ha encontrado mayor exigencia, es en la garantía del derecho a la igualdad y la no discriminación. Reconociendo que estas desigualdades van más allá del aspecto económico, o que la discriminación no se agota en un trato diferenciando, la Corte ha sido llamada en diversas ocasiones a fijar los alcances e interpretaciones que hacen operativas las cláusulas de igualdad.

Ya sea, determinando la inconstitucionalidad de los estereotipos de género, o bien, fijando interpretaciones que obligan a la paridad en los órganos de representación política, las sentencias de la Corte han dado muestra de la complejidad que acompaña la garantía de los derechos desde el ámbito jurisdiccional.

En este sentido, son las sentencias el material principal con el que la Corte se comunica con la sociedad. Una sentencia, más allá de fijar la resolución de un caso, contiene una serie de razones y argumentos que explican la decisión. A diferencia de otras autoridades, las cortes se encuentran obligadas a explicar su decisión, y a

dar a conocer los argumentos, fuentes y precedentes desde los cuales se llega a una determinación.

A partir de esta idea es que se articula la presente obra. Aquí se reúnen ocho decisiones judiciales de la SCJN, con las cuales se da cuenta del papel que ha jugado en la expansión y entendimiento del derecho a la igualdad y la no discriminación. En cada uno de los textos que comentan estas sentencias, se pueden encontrar puntos de contacto con las razones del tribunal, pero también críticas y diferencias con sus determinaciones.

La intención es proveer de insumos útiles que favorezcan el diálogo democrático en torno a las decisiones del máximo tribunal de nuestro país. Reconociendo, como labor irrenunciable, favorecer el trabajo, consolidación y fortalecimiento de instituciones encargadas de la defensa, promoción y garantía de los derechos humanos. Las cuales cumplen un papel de garantes de un modelo, no solo de Constitución, sino también de vida, con el que se hace frente a las amenazas de las violencias de género y demás muestras de intolerancias.

Por todo lo anterior, la lectura de los ensayos aquí contenidos resulta de utilidad para la ampliación de una agenda en contra de todas las formas de discriminación.

Pedro SALAZAR UGARTE
Carlos Ernesto ALONSO BELTRÁN

INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO POR MOTIVOS DE SALUD, APUNTES PARA LA IGUALDAD: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL AMPARO EN REVISIÓN 1388/2015 DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Alex Ali MÉNDEZ DÍAZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Embarazo y salud, la perspectiva de la igualdad*. III. *Marisa, la mujer que reclamó justicia*. IV. *La sentencia, tres enfoques de la igualdad*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La interrupción del embarazo como fenómeno regulado por el derecho puede ser analizado desde distintos enfoques; uno de ellos es su impacto en el ejercicio del derecho a la igualdad, es decir, cómo es que la forma en que se regula provoca condiciones de desigualdad y discriminación¹ para las mujeres.²

* Licenciado en Derecho por la Universidad Regional del Sureste (Oaxaca); maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Coordinador de Documentación y Litigio de Casos en el Grupo de Información en Reproducción Elegida, A. C., director de litigio en México Igualitario, derribando las barreras, A. C. Las reflexiones que se exponen son a título personal.

¹ Para profundizar el análisis sobre el tema véase Grupo de Información en Reproducción Elegida, *Omisión e indiferencia: derechos reproductivos en México*, México, 2013, del mismo autor se puede consultar: *Niñas y mujeres sin justicia: derechos reproductivos en México*, México, 2015; *Violencia sin interrupción*, México, 2017; *La pieza faltante. Justicia reproductiva*, México, 2018.

² No se pierde de vista que actualmente las reflexiones sobre las categorías mujer y hombre se han ampliado involucrando otros puntos de intersección además

Actualmente prevalece la noción de que la regulación de la interrupción del embarazo corresponde a la materia penal y, por ende, cada entidad federativa tiene un sistema de causales en su Código Penal que determina cuándo esa práctica se considera legal.

El resultado de esta forma de abordar jurídicamente el tema es que en México se tienen 33 sistemas normativos penales (uno federal y 32 locales), cada uno con una regulación con elementos en común y diferencias bien identificadas. En consecuencia, algunas entidades federativas tienen una regulación más garantista que otras generando una afectación al derecho a la igualdad de las mujeres.

Este paradigma que delega a los órganos legislativos locales la potestad normativa en este tema se basa en la premisa de que la Constitución no tiene nada que decir al respecto; de esta supuesta ausencia del discurso constitucional se hace derivar la libertad de decisión.

A través del análisis de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o la Corte) en el amparo en revisión 1388/2015³ (en adelante *sentencia 1388* o *la sentencia*) se expone el equívoco del presupuesto que sostiene al paradigma competencial en torno a la regulación de la interrupción del embarazo.⁴

de la referencia exclusiva al sexo; ahora es posible distinguir entre sexo, género, orientación o identidad sexual, etcétera. Sin que implique un desconocimiento de las identidades trans, no binarias, etcétera, en este artículo las categorías mujer y hombre se utilizan como identidades cisgénero en el entendido de que el embarazo no es un fenómeno que le es exclusivo. Esta decisión obedece a lo inconcluso del debate sobre la sustitución de la categoría mujer por cuerpo gestante u otros similares y de que para su manejo se requiere situarse en otros marcos epistemológicos que escapan a los alcances de este trabajo. Véase nota 14 en la sentencia que se analiza.

³ Amparo en revisión 1388/2015, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelto por unanimidad de 5 votos en sesión pública de 15 de mayo de 2019.

⁴ Para un acercamiento inicial a los pronunciamientos de la Suprema Corte sobre la interrupción del embarazo, véase Méndez Díaz, Alex Ali, “Interrupción legal del embarazo en México. Retos para una justicia constitucional con perspectiva de género”, en Núñez Robledo, Lucía y Raphael de la Madrid, Lucía (coord.), *Buenas prácticas en el juzgar: el género y los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

La sentencia en estudio aborda las dificultades a las que se enfrentó Marisa⁵ para intentar acceder a la interrupción de su embarazo por motivos de salud. El resultado es una decisión paradigmática en diversos ámbitos, en este artículo se abordan algunos que tienen que ver con el derecho a la igualdad de las mujeres.

El argumento en este trabajo es que la sentencia 1388 permite fortalecer el derecho a la igualdad de las mujeres desde tres enfoques: en relación con los hombres, en relación con otras mujeres y frente a las instituciones del Estado.

La igualdad de las mujeres en relación con los hombres se da, a su vez, desde dos puntos de vista: uno formal, referente al acceso a la justicia porque visibiliza la necesidad de evaluar las reglas procesales con perspectiva de género, y otro material, porque permite el entendimiento diferenciado del derecho a la salud.

La igualdad entre mujeres se potencializa porque la titularidad del derecho a la salud, proyectado desde su desarrollo constitucional y convencional, les corresponde en su calidad de habitantes del territorio nacional más allá de las reglas de competencia material o geográfica de las normas ordinaria (penales, de salud, etcétera).

Finalmente, el desarrollo constitucional del derecho a la salud potencializa la exigencia de igualdad de las mujeres frente al Estado porque al mismo tiempo que su núcleo esencial se amplía para incluir el acceso a la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos, también se coloca fuera del alcance de los poderes constituidos a nivel federal y local.

II. EMBARAZO Y SALUD, LA PERSPECTIVA DE LA IGUALDAD

El análisis que se desarrolla en este artículo se proyecta a partir de la combinación de las nociones constitucionales de los derechos a la igualdad y a la salud. En relación con el primero, el párrafo inicial del artículo 1o. de la Constitución federal establece una cláusula

⁵ Para la protección de datos personales de la parte quejosa se utiliza el nombre ficticio que aparece en la versión pública del engrose de la sentencia.

general de igualdad cuando refiere que “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”.

En el mismo tenor, el primer párrafo del artículo 4o. constitucional señala que “el varón y la mujer son iguales ante la ley”; de esta manera, la igualdad con una perspectiva de género se integra como un derecho fundamental estableciendo

una prohibición para el legislador de discriminar por razón de género, esto es, frente a la ley deben ser tratados por igual, es decir, busca garantizar la igualdad de oportunidades para que la mujer intervenga activamente en la vida social, económica, política y jurídica del país, sin distinción alguna por causa de su sexo, dada su calidad de persona; y también comprende la igualdad con el varón en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de responsabilidades.⁶

En relación con el derecho a la salud, el cuarto párrafo del artículo 4o. constitucional establece que “toda persona tiene derecho a la protección de la salud”.

Para el estudio de los alcances de la sentencia 1388 en materia de igualdad, se toma como referencia la premisa, desarrollada por Ferrajoli, de que la *igualdad* contenida en el marco constitucional “reconoce (descriptivamente) que de hecho los seres humanos son diversos y se quiere impedir que sus diversidades pesen como factores de desigualdad”.⁷

⁶ 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, Tesis 1a./J. 30/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 41, Décima Época, abril de 2017, t. I, p. 789. Véase también Tesis 1a. CLII/2007, IGUALDAD JURÍDICA DEL HOMBRE Y LA MUJER PREVISTA EN EL ARTÍCULO 4O., PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ALCANCES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, julio de 2007, t. XXVI, p. 262.

⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, España, Trotta, 2004, p. 79.

Así, Ferrajoli distingue el término *igualdad* del de *diferencia*. De acuerdo con el autor, el primero “es [un] término normativo: quiere decir que los *diferentes* deben ser tratados y respetados como iguales; y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla”.⁸ Diferencia, en cambio, “es [un] término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada, precisamente, por sus deferencias, y que son, pues, sus diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad”.⁹

Desde el punto de vista normativo, el texto constitucional es derecho positivo que vincula al cumplimiento de diversas obligaciones. La igualdad así entendida se predica respecto de la titularidad de los derechos fundamentales “configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás”.¹⁰

En estos términos, la sentencia 1388 involucra el estudio de la igualdad asociada al ejercicio del derecho a la salud con perspectiva de género. No cabe duda de que conforme al marco constitucional ya citado, tanto hombres como mujeres, gozan del derecho a la salud; sin embargo, las diferencias anatómicas entre unos y otras implica que sus necesidades en materias de salud también son distintas.

Esto lógicamente requiere una variación en el tipo de servicios médicos, los cuales deben atenderse de forma igualitaria para evitar que las diferencias corporales deriven en desigualdades y se traduzcan en un trato discriminatorio. En el caso de las mujeres, la atención obstétrica durante el embarazo, parto y puerperio resulta fundamental para el ejercicio de su derecho a la salud.

Como lo reconocerá la propia sentencia,

⁸ *Idem.*

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Ibidem*, p. 76.

[e]l embarazo es un proceso biológico que sólo experimentan las personas que poseen aparato reproductor femenino. Este proceso tiene un plazo fatal de terminación, aunque no se intervenga en su desarrollo. Además —como es el caso— cuando el embarazo produce o exagera riesgos en la salud de una persona, éstos tienden a acrecentarse a medida que éste avanza.¹¹

Conforme a lo anterior, el embarazo representa la diferencia paradigmática entre hombres y mujeres que necesariamente debe tomarse en cuenta para que la salud como derecho fundamental tenga los mismos alcances y garantías a pesar de las diferencias anatómicas.

Hasta este punto, parece que el argumento no presenta objeción, pero ¿qué sucede cuando al análisis se integra la variable del acceso a la interrupción del embarazo?, ¿el aborto terapéutico es un servicio médico amparado por el marco constitucional y convencional del derecho a la salud?

Esta es la pregunta que se abordó en la sentencia 1388 y cuyo estudio se desarrolla en este trabajo desde la perspectiva del derecho a la igualdad en el ejercicio del derecho a la salud para las mujeres.

Es necesario aclarar que en este artículo el marco normativo y conceptual sobre la interrupción del embarazo se limita a aquellas situaciones en las que ésta se propone, decide y realiza en circunstancias en las que la gestación representa una afectación o un riesgo a la salud de la mujer. No es un análisis sobre la despenalización del aborto.

III. MARISA, LA MUJER QUE RECLAMÓ JUSTICIA

Las sentencias, sobre todo las constitucionales vinculadas al ejercicio de derechos fundamentales no son solo documentos, son, principalmente, una parte de la historia de la vida de las personas que acuden en busca de justicia. La sentencia 1388 no es la excepción, es la

¹¹ Amparo en revisión 1388/2015, *cit.*, p. 36.

historia de Marisa, mujer a quien una institución pública le negó el acceso a la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos. A continuación se exponen los hechos que motivaron la resolución, así como el desarrollo procesal del juicio antes de llegar a la Corte.

1. *Los hechos*¹²

El 24 de septiembre de 2013, personal de un hospital del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) le informó a Marisa que estaba embarazada. Los doctores le hicieron saber que por su edad y antecedentes clínicos su embarazo era considerado de alto riesgo. Debido a una amenaza de aborto permaneció internada del 25 al 28 de ese mes.

El 14 de octubre, Marisa presentó nuevamente molestias, sangrado y contracciones. Fue internada por otra amenaza de aborto. Al día siguiente fue dada de alta y 16 días después le informaron que además de los riesgos a su salud, el feto presentaba síndrome de Klinefelter.

Debido a todas estas complicaciones, en distintas ocasiones Marisa solicitó verbalmente a los médicos del hospital que interrumpieran su embarazo; sin embargo, solo recibía evasivas y negativas. Ante estas circunstancias, el 6 de noviembre lo solicitó por escrito, argumentó su derecho a la salud frente al alto riesgo que representaba su embarazo.

A la solicitud anexó la opinión de un médico cirujano con especialidad en ginecología y obstetricia. En el documento se detalló que Marisa cursaba un embarazo de alto riesgo; también se precisó

¹² La narración de los hechos que se presentan son un resumen de lo expuesto en la versión pública de la sentencia, de esta manera se ha tenido cuidado en la protección de datos personales y sensibles. Para una versión detallada véase Amparo en revisión 1388/2015, *cit.*, pp. 1-3. Para una versión narrada por la propia quejosa véase Grupo de Información en Reproducción Elegida A. C., 15 de mayo de 2019, *Margarita, causal salud*, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=IIQirBnI5Vc#action=share>.

que enfrentaba el riesgo de sufrir malnutrición y la obstrucción del intestino delgado por hernia interna debido a una cirugía previa. La opinión médica concluía con la recomendación de interrumpir el embarazo.

Ante la falta de respuesta por parte del hospital, Marisa no quiso seguir arriesgando su salud y acudió a una clínica particular para interrumpir su embarazo.

El 20 de noviembre de 2013, Marisa recibió por correo la respuesta de las autoridades responsables. Ignorando los argumentos expuestos sobre los riesgos a su salud, el hospital resolvió que la interrupción del embarazo no era procedente porque el feto podría ser autosuficiente aunque tuviera síndrome de Klinefelter. Además, indicó que el ISSSTE es una institución de salud del ámbito federal que se rige por el marco normativo de la Ley General de Salud, misma que no contempla la interrupción legal del embarazo.

2. *La búsqueda de justicia*

Marisa interpuso una demanda de amparo contra la respuesta del ISSSTE.¹³ Se desarrollaron principalmente dos planteamientos: uno relacionado con el impacto de la intervención del derecho penal en el ejercicio de los derechos de las mujeres; el otro, referente al alcance diferenciado del derecho a la salud de las mujeres.¹⁴

En la línea argumentativa sobre el derecho penal, la demanda buscaba visibilizar las consecuencias de la ausencia de la causal salud en el Código Penal Federal como causa de no punibilidad; en ese sentido se cuestionó la constitucionalidad de los artículos 333 y 334 del Código Penal Federal¹⁵ como las normas que tácita-

¹³ Amparo indirecto 1298/2013, Juzgado Décimo de Distrito de Amparo en Materia Penal en la Ciudad de México.

¹⁴ Amparo en revisión 1388/2015, *cit.*, pp. 9 y ss.

¹⁵ Código Penal Federal.

Artículo 333. No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

mente prohíben al ISSSTE llevar a cabo la interrupción del embarazo cuando se afecta la salud de la mujer.

En cuanto al derecho a la salud, la demanda propuso que tratándose de las mujeres, éste debe incluir el acceso a la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos. Se sostuvo que una concepción de la salud basada en la igualdad requiere abordar su estudio desde un enfoque diferenciado tomando en cuenta las consecuencias biológicas y anatómicas que se llevan a cabo en su cuerpo durante el proceso reproductivo.

De esta manera, se argumentó que en el caso de las mujeres la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos debe entenderse como un servicio médico amparado por el derecho a la salud reconocido constitucionalmente a todas las personas. Se sostuvo que la diferencia anatómica entre hombres y mujeres hace necesario que el derecho a la salud que se predica en igualdad de condiciones para unos y otras incluya aquellos servicios propios de estas diferencias físicas.

Al resolver el amparo, el juez de distrito determinó sobreseer la impugnación contra el Código Penal Federal por considerar que no hubo un acto de aplicación en perjuicio de Marisa.¹⁶ En este sentido, sostuvo que

...la ilegal negativa a practicar un aborto a la quejosa, no es un acto de aplicación de la norma combatida, porque los artículos 333 y 334 del Código Penal Federal, no le fueron aplicados a la quejosa en su beneficio, ni se le dejaron de aplicar, expresa ni tácitamente, en tanto que ello, no es una facultad que corresponda aplicar a las autoridades responsables, sino una potestad de la autoridad ministerial o judicial del orden penal, para el caso de que se haya consumado el delito, por tratarse precisamente de cuestio-

Artículo 334. No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corran peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuera posible y no sea peligrosa la demora.

¹⁶ Amparo en revisión 1388/2015, *cit.*, pp. 5-7 y 15-17.

nes excluyentes de responsabilidad, por tanto, corresponde única y exclusivamente a las autoridades administrativas y judiciales del orden penal determinar si concurren o no, en el hecho típico, alguna de esas excluyentes.¹⁷

En cuanto a los argumentos sobre la violación del derecho a la salud, el juez también resolvió sobreseerlo; consideró que la interrupción del embarazo realizada de forma previa a la tramitación del amparo provocó la falta de materia en el juicio. Desde su perspectiva, “sería jurídicamente imposible que surtiera efecto alguno la posible concesión del amparo, por haber dejado de existir el objeto o la materia de dicho acto”;¹⁸ además refirió que

...de considerar que la negativa a interrumpir el embarazo de la quejosa, resultara inconstitucional, sería jurídicamente imposible que la protección constitucional pudiera surtir efecto alguno, pues éste sería indudablemente el de obligar a la autoridad responsable a practicar el aborto negado, cuando ha desaparecido la materia de dicha negativa, al haberse practicado esa interrupción la propia quejosa.¹⁹

En contra de la sentencia se presentó un recurso de revisión atacando ambos sobreseimientos.²⁰ Se hicieron valer esencialmente los siguientes agravios:

- La falta de estudio del fondo del asunto se debe a la ausencia de la perspectiva de género en el análisis de las reglas procesales. Su aplicación de forma generalizada para hombres y mujeres provoca para ellas un impacto diferenciado perjudicial en el acceso a la justicia porque no toma en cuenta las implicaciones de un embarazo.

¹⁷ Amparo indirecto 1298/2013, *cit.*, p. 10.

¹⁸ *Ibidem*, p. 14.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Amparo en revisión 1388/2015, *cit.*, pp. 7 y 18-22.

Siguiendo el criterio del juez de distrito, para que Marisa intentara acceder a la justicia debía continuar con el embarazo de alto riesgo; esto es, debía exponerse al daño a su salud. Además, el embarazo como hecho biológico tiene una duración determinada; incluso en el caso de que decidiera asumir el riesgo para continuar con el juicio de amparo, no era posible garantizar que la sentencia definitiva se pudiera dictar antes de su término natural.

- El estudio de constitucionalidad de los artículos 333 y 334 del Código Penal Federal no requiere un acto de aplicación ya que se impugnaron como autoaplicativos en tanto que se considera que en su parte valorativa contienen un mensaje discriminatorio y estigmatizante contra las mujeres.
- Para asegurar el ejercicio del derecho a la salud en condiciones de igualdad es necesario que una parte de su contenido se desarrolle tomando en cuenta las diferencias anatómicas entre hombres y mujeres.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación reasumió su competencia²¹ para resolver el recurso de revisión y de esta manera se llegó a la sentencia que se analiza en este trabajo.

IV. LA SENTENCIA, TRES ENFOQUES DE LA IGUALDAD

A partir de la exigencia de Marisa, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tomó en sus manos el debate sobre los alcances del derecho a la salud de las mujeres y su relación con la interrupción del embarazo. La sentencia se configura como un importante precedente que permitirá a las mujeres impulsar la igualdad en el ejercicio de este derecho.

²¹ Solicitud de reasunción de competencia 35/2014, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ministra Ponente Olga María del Carmen Sánchez Cordero, resuelto por mayoría de tres votos en sesión pública del 23 de septiembre de 2015.

Como se expuso en la introducción, la sentencia 1388 permite construir por lo menos tres líneas argumentativas en materia de igualdad de las mujeres: en relación con los hombres, en relación con otras mujeres y frente a las instituciones del Estado. A continuación se desarrollan estos enfoques.

1. *Igualdad entre mujeres y hombres*

La titularidad del derecho a la salud se reconoce por igual a todas las personas; sin embargo, como ya se dijo, un cuerpo con útero requiere determinados servicios médicos que son distintos de aquellos que requieren los cuerpos que tienen pene y de aquellos con algún grado de intersexualidad.

En este sentido, es necesario que el desarrollo conceptual del derecho a la salud dé cuenta de esta diferenciación corporal de tal manera que ninguna persona, y en especial las mujeres, sea excluida de la satisfacción de los servicios médicos que necesite.

Ahora bien, la igualdad no solo debe referirse a las condiciones necesarias para el ejercicio del derecho a la salud; también implica la posibilidad de activar los mecanismos que, a modo de garantía, permitan denunciar eficazmente su vulneración. Lo anterior, en el entendido de que las diferencias corporales y los procesos biológicos propios de cada uno, tampoco pueden representar un parámetro directo o indirecto de exclusión en el acceso a la justicia.

De esta manera, el enfoque relacionado con la igualdad entre hombres y mujeres tiene al menos dos aristas, uno sobre el derecho de acceso a la justicia y el otro en relación con el entendimiento diferenciado del derecho a la salud.

A. El acceso a la justicia desde la perspectiva de género

Marisa reclamó su derecho a la salud vinculado con un fenómeno exclusivo de su corporalidad como mujer como lo es el hecho de afrontar un embarazo de alto riesgo. El análisis constitucional

que realizó la Primera Sala permite mostrar que los reclamos relacionados con el ejercicio de derechos fundamentales vinculados a experiencias exclusivas de las mujeres requieren un ajuste para evitar que una aplicación general de la norma arroje como resultado la imposibilidad de acceder a la justicia.

Como se describió, en la sentencia del amparo indirecto el juez de distrito consideró actualizada una causal de improcedencia²² del juicio. Dijo que si el reclamo constitucional se fundaba en la negativa de proporcionar un servicio de salud como lo es la interrupción del embarazo de alto riesgo, una vez que la quejosa accedió a él ya no era posible continuar el juicio porque la sentencia que eventualmente otorgara la protección constitucional no podría materializarse. Este análisis del juez de distrito corresponde a una aplicación general del derecho sin considerar el impacto diferenciado que produce sobre ciertas poblaciones.

La sentencia 1388 da cuenta de la discriminación que se provocaría al aplicar de forma general las reglas de procedencia del juicio de amparo sin tomar en cuenta las diferencias corporales entre hombres y mujeres.

Conforme a este análisis, la Corte sostuvo que “la concepción restringida de las normas de procedencia complica el acceso a la justicia de las mujeres cuando se trata de interrupción de embarazo”.²³ Siguiendo con este argumento la sentencia señala que

...la procedencia del amparo en los casos en que las mujeres pretenden combatir un presunto accionar autoritario de las autoridades encargadas de facilitarles el acceso o proveerles servicios relacionados con el embarazo, debe estudiarse también con perspectiva de género. Una aproximación de esta naturaleza a las reglas de procedencia del juicio de amparo, en particular la relativa

²² El juez consideró actualizada la causal contemplada en la fracción XXII del artículo 61 de la Ley de Amparo que señala la improcedencia del juicio “cuando subsista el acto reclamado pero no pueda surtir efecto legal o material alguno por haber dejado de existir el objeto o materia del mismo”.

²³ Amparo en revisión 1388/2015, *cit.*, p. 34.

a la *desaparición* del objeto del juicio, impediría que las vicisitudes de un proceso biológico como el embarazo, que sólo pueden experimentar las personas que tienen aparato reproductor femenino, determine su acceso a la restitución de derechos y a la corrección de las autoridades que es propia del juicio de amparo.²⁴

En los mismos términos, la Corte continuó exponiendo que

...las interpretaciones de las normas podrían ser discriminatorias cuando no responden razonablemente a las diferencias, ya sean inherentes a las personas o creadas por el orden social, en particular cuando estas diferencias están asociadas a marginación social, política o económica, como ocurre con las diferencias de identidad sexo-genérica que tienden a colocar en desventaja a las mujeres y a las personas de la diversidad sexual.

...

Así, tal como aduce la quejosa, si la causal de cesación de efectos o por haber dejado de existir el objeto o materia del acto reclamado fuera aplicada tajantemente en todos los casos donde se utiliza este recurso para inconformarse por violaciones de derechos humanos cometidas por las autoridades en cuestiones relacionadas con el embarazo, el resultado sería que la institución del amparo, y la restitución de derechos que ésta facilita, fueran —las más de las veces— inaccesibles a las mujeres cuando las autoridades les obstaculicen o nieguen su acceso a un servicio de salud que solo ellas necesitan...

Estas actuaciones presumiblemente arbitrarias y violatorias de derechos humanos... quedarían muy probablemente fuera del escrutinio constitucional, en virtud de un evento incontrolable que, además, aumenta significativamente la vulnerabilidad de las personas...

La quejosa también tiene razón cuando argumenta que en los casos de negativa de prestación de servicios de aborto, estos asuntos quedarían pronto sin materia, sea porque el embarazo cumplió su ciclo natural, sea porque la mujer decide no someterse heroicamente al riesgo —para el caso de salud o peligro de muerte—; a la violencia de la continuación —en el caso de violación—, o al sufrimiento físico y mental de un embarazo con malforma-

²⁴ *Ibidem*, p. 35.

ciones congénitas, con el mero propósito de preservar la materia de juicio. Esto significa que el amparo y la restitución de derechos que en él se persigue resultaría inaccesible para las mujeres en razón de una diferencia biológica, salvo que éstas opten por comportamientos heroicos, los cuales ni siquiera garantizan que la materia del juicio se preserve, pues el embarazo de todos modos terminará y —no pocas veces— esto ocurrirá antes de un pronunciamiento de fondo.²⁵

De esta manera, la sentencia expone la necesidad de utilizar la perspectiva de género para evaluar el impacto de las normas procesales del juicio de amparo. El mismo razonamiento puede extenderse a cualquier otro medio que funja como garantía para la eficacia de los derechos fundamentales.

B. *Alcance diferenciado del derecho a la salud*

Otro de los elementos desarrollados en la sentencia 1388 que permite avanzar en una conceptualización de la igualdad de las mujeres en relación con los hombres es el entendimiento diferenciado de los alcances del derecho a la salud para unos y otras.

Si solo las mujeres pueden embarazarse, el estudio del derecho a la salud lo debe tomar en cuenta para que las consecuencias que este proceso tiene en su vida y su cuerpo se encuentren protegidas en igualdad de condiciones que las de los hombres.

Laurence H. Tribe, retomando los estudios de Estrick y Sullivan, expone elementos que ayudan a entender con claridad esta idea:

Durante el periodo de nueve meses, el útero de una mujer aumenta de 500 a 1000 veces su tamaño. Su peso corporal aumenta 12 kilogramos o más. Incluso un embarazo saludable puede estar acompañado de frecuente micción, retención de agua, náuseas y vómitos, así como de respiración fatigosa, dolor de espalda y cansancio.

²⁵ *Ibidem*, pp. 36 y 37.

Cada embarazo también implica un riesgo médico considerable. Hasta 30% de las mujeres embarazadas tienen complicaciones médicas mayores, mientras que un 60% presenta algún problema. Las contracciones y el parto vaginal representan demandas físicas dolorosas y únicas que pueden durar muchas horas e incluso días. La cesárea (requerida en la práctica médica actual, en uno de cada cuatro nacimientos de bebés vivos) implica cirugía invasiva, incluyendo una incisión abdominal y anestesia general.²⁶

La Corte plantea esto por primera vez en sede constitucional a partir de dos pronunciamientos concretos: el primero relacionado con un entendimiento diferenciado del derecho a la salud para hombres y mujeres; el segundo, señalando de manera concreta que el acceso a la interrupción de un embarazo por motivos terapéuticos debe garantizarse como parte del derecho a la salud tutelado por el artículo 4o. constitucional.

En relación con el primer aspecto, la sentencia señala que

...La no discriminación dentro de los servicios de salud exige que los servicios de salud garanticen las condiciones para que las mujeres puedan atender efectivamente sus necesidades en salud y para que los servicios que únicamente son requeridos por las mujeres, como la interrupción de un embarazo por riesgos asociados con éste, se presten en condiciones de seguridad.²⁷

En los mismos términos, la Corte expone claramente

...que toda mujer tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar, entre éstas, el acceso universal a los servicios más amplios posibles de salud sexual y reproductiva, incluidos los asociados con el embarazo en todas sus etapas y en todas sus vicisitudes, sin ningún tipo de coacción o discriminación. Esto abarca la obligación del Estado de prevenir razonablemente los riesgos asociados con el

²⁶ Tribe, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, México, Fondo de Cultura Económica-INACIPE, 2012, p. 257.

²⁷ Amparo en revisión 1388/2015, *cit.*, p. 54.

embarazo y con el aborto inseguro, lo que, a su vez, abarca tanto una valoración adecuada, oportuna y exhaustiva de los riesgos que el embarazo representa para la restauración y protección de la salud de cada persona, como el acceso pronto a los servicios de aborto que resulten necesarios para preservar la salud de la mujer embarazada.²⁸

También se señala que

...la interrupción del embarazo por razones de salud... debe estar garantizado como un servicio de atención médica al que las mujeres tienen derecho en los casos en que la práctica de la interrupción del embarazo es necesaria para resolver una cuestión de salud. El acceso a una interrupción del embarazo por riesgo a la salud, como un servicio de atención médica, incluye tanto el acceso a una valoración apropiada de los riesgos asociados con el embarazo como a los procedimientos adecuados para interrumpir los embarazos riesgosos, si así lo solicitare la mujer.²⁹

En estas condiciones, la Suprema Corte concluye que “cuando las mujeres solicitan servicios específicos que sólo ellas requieren, como la interrupción del embarazo por motivos de salud, la negación de dichos servicios y las barreras que restringen o limitan su acceso, constituyen actos de discriminación y una violación al derecho a la igualdad ante la ley”.³⁰

2. *Igualdad entre mujeres*

La igualdad no solo requiere un estudio diferenciado entre hombres y mujeres. La configuración del federalismo en México también hace necesario que ésta se analice tomando en cuenta a unas mujeres respecto de otras.

²⁸ *Ibidem*, pp. 51 y 52.

²⁹ *Ibidem*, p. 74.

³⁰ *Ibidem*, p. 54.

Como se dijo en la introducción, la libertad de configuración normativa de los órganos legislativos como se ha entendido tradicionalmente permite el desarrollo de distintas regulaciones sobre una misma materia dependiendo de la entidad federativa de que se trate.

Por otro lado, también tradicionalmente la conceptualización del acceso a la interrupción del embarazo aborto como un derecho para las mujeres se ha hecho depender del diseño del delito de aborto en cada uno de los códigos penales a nivel local y federal.

Lo anterior ha permitido que en México diversas³¹ entidades federativas implícitamente prohíban la interrupción legal del embarazo en casos en que éste afecte la salud de la mujer. En el mismo orden, otras entidades³² la prohíben tácitamente cuando la vida de la mujer esté en riesgo.

Desde el marco constitucional estas leyes que no establecen excluyentes de responsabilidad o condiciones de no punibilidad para la interrupción del embarazo que provoque afectaciones a la salud de la mujer o que ponga en peligro su vida, son violatorias de los derechos de las mujeres porque criminalizan automáticamente a quien decida interrumpir su embarazo para salvar su vida o preservar su salud.³³ También se sanciona al personal médico que cumple con su función de garantizar esos derechos a las mujeres. Este tipo de normas penales se traducen en un mandato para que las mujeres continúen con su embarazo aún a costa de su salud o de su propia vida.

³¹ Aguascalientes, Baja California, Chiapas, Coahuila, Durango, Guanajuato, Estado de México, Morelos, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Veracruz y Yucatán.

³² Campeche, Chihuahua, Distrito Federal, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Michoacán y Querétaro.

³³ 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.

Ante este escenario, el aporte de la sentencia 1388 es la ampliación, en sede constitucional, del parámetro de protección del derecho a la salud de las mujeres para incluir en su contenido a la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos:

...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 —tal se contempla por la Constitución, los tratados internacionales, la doctrina constitucional de esta Primera Sala y la jurisprudencia de la Corte Interamericana— pues se trata de una acción cuyo objetivo primordial es promover, preservar o restaurar la salud de la persona embarazada, incluida la consecución de un estado de bienestar físico, mental y social, y que también se configura como el cumplimiento y garantía efectiva de los derechos a estar libre de discriminación, a gozar de una vida digna, a la libertad —en su vertiente de autonomía y libre desarrollo de la personalidad— y a estar libre de injerencias arbitrarias en la vida privada. Derechos que —como ha quedado expuesto— en su interrelación con el derecho a la salud y a su protección implican que las mujeres accedan, sin distinciones arbitrarias, a servicios de salud que sólo ellas necesitan, con respeto y garantía de sus decisiones respecto a la propia salud, proyecto de vida y entendimientos individuales de bienestar.³⁴

En materia de igualdad, la consecuencia de la construcción de estos argumentos en sede constitucional es que el derecho a la salud así entendido se convierte en el parámetro de referencia cuya vigencia se extiende a todo el territorio nacional. Se pasa de un estado en el que la legislación penal de cada entidad federativa definía los alcances del derecho a la salud en relación con la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos, a uno en donde la interpretación constitucional aquí expuesta se les sobrepone en favor de las mujeres.

A partir de este precedente, no hay unas mujeres con el derecho a la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos y otras

³⁴ Amparo en revisión 1388/2015, *cit.*, pp. 59 y 60.

sin él. Este servicio médico deja de estar circunscrito a la redacción de las normas penales de cada entidad federativa para incluirse vía interpretación constitucional, como se verá, en una norma de aplicación general para todo el país.

Lo que antes significaba para las mujeres la necesidad de trasladarse a una entidad federativa que tuviera contemplada esta posibilidad en el Código Penal, ahora la exigencia tiene un sustento constitucional amparado por igual en todo el territorio nacional. En este tema, deja de haber unas mujeres con más derechos que otras.

3. *Igualdad de las mujeres frente al Estado*

La sentencia 1388 también establece lineamientos claros para que las mujeres exijan a las instituciones del Estado el respeto a su derecho a la salud con este enfoque de igualdad en relación con los hombres y también con otras mujeres.

El discurso constitucional sobre la interrupción del embarazo por motivos de salud contenido en esta sentencia pone a disposición de las mujeres una serie de argumentos que les permitirá apropiarse del ejercicio de su derecho con independencia de las nociones políticas o partidistas que se desarrollen en la entidad federativa en que habiten.

Al proyectarse la interrupción del embarazo por motivos de salud como un servicio amparado por el derecho a la salud de las mujeres, su conceptualización constitucional lo sustrae de muchos de los argumentos, surgidos y desarrollados desde el derecho penal, que históricamente han representado un obstáculo para que las mujeres accedan a este servicio médico.

De esta manera, la sentencia devuelve a las mujeres la potestad de reclamar el ejercicio de sus derechos a partir de un paradigma en donde el fundamento de su exigencia se proyecta desde la Constitución y no desde legislaciones locales en materia penal o de salud. Esta proyección se dirige a las tres esferas de gobierno y a los diferentes poderes conforme se expone a continuación.

A. *Para las instituciones de salud*

En relación con los servicios de salud, principalmente los del sector público, la sentencia 1388 aborda dos temas primordiales. Por un lado, la distinción entre los sujetos obligados por las normas penales y aquellos que lo están por la legislación en materia de salud; por el otro, se reconoce y establece la obligación de garantizar el servicio más allá de los estándares legales establecidos en leyes ordinarias (códigos penales, leyes de salud, etcétera).

En relación con el primer tema, la sentencia permite separar dos tipos de normas materiales: las sanitarias dirigidas al personal de salud y las penales cuya aplicación está encargada a las autoridades en materia penal (juzgados penales, fiscalías, etcétera).

La sentencia confirma el sobreseimiento decretado por el juez de distrito validando su decisión en el sentido de que la aplicación de los artículos 333 y 334 del Código Penal Federal “*no es una facultad que corresponda a las autoridades responsables, sino una potestad de la autoridad ministerial o judicial del orden penal*, para el caso de que se haya consumado el delito por tratarse precisamente de excluyentes de responsabilidad”.³⁵

De lo anterior se desprende que el personal de salud no es competente para invocar la norma penal al momento de resolver lo relacionado con un servicio médico, en este caso, la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos. La norma que vincula de manera inmediata el actuar de este personal son las que corresponden a la materia sanitaria.

Este razonamiento ya había sido sostenido por la Corte en otras decisiones³⁶ y además es coherente con su pronunciamiento en la misma sentencia cuando establece que

³⁵ Amparo indirecto 1298/2013, *cit.*, p. 10.

³⁶ Véase Amparo en revisión 601/2017, Segunda Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ministro Ponente José Fernando Franco González Salas, resuelto por unanimidad de 5 votos en sesión pública de 4 de abril de 2018; Amparo en revisión 1170/2017, Segunda Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ministro

...los hospitales públicos y privados, que existen como consecuencia del derecho a la protección de la salud y de la necesidad de un sistema de aseguramiento —en tanto agentes obligados a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las personas—, no pueden negar u obstaculizar el acceso de las mujeres a la interrupción de embarazo sustentada en la salud porque este procedimiento es necesario para preservarla, restaurarla o protegerla.³⁷

Con base en lo expuesto, aunque el Código Penal Federal no describe a la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos como una hipótesis de no punibilidad, la Primera Sala reconoció que las autoridades de salud violaron el derecho de Marisa al haberle negado dicho servicio médico.

De esta manera, en la sentencia 1388 se aborda el estudio de las obligaciones del Estado para garantizar el derecho a la salud de las mujeres. Al respecto, señala:

En cuanto a la obligación de garantía, el Estado mexicano adquiere el deber de crear las condiciones necesarias de infraestructura, de reglamentación, de recursos humanos y económicos, así como de insumos y condiciones sanitarias para disponer de una capacidad institucional para asegurar que las mujeres accedan a un aborto por motivos de salud como medida necesaria para preservarla, restaurarla o protegerla. Esta obligación abarca, por tanto, proveer y facilitar el acceso efectivo a servicios seguros para la interrupción del embarazo por motivos de salud, como una medida para garantizar el derecho a la protección de la salud y demás derechos humanos involucrados.

De tal manera que los hospitales públicos y privados, que existen como consecuencia del derecho a la protección de la salud y de la necesidad de un sistema de aseguramiento —en tanto agentes obligados a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las personas—, no pueden negar u obstaculizar el acceso de las

Ponente José Fernando Franco González Salas, resuelto por unanimidad de 4 votos en sesión pública de 18 de abril de 2018.

³⁷ Amparo en revisión 1388/2015, *cit.*, pp. 63 y 64.

mujeres a la interrupción de embarazo sustentada en la salud porque este procedimiento es necesario para preservarla, restaurarla o protegerla.³⁸

Por otro lado, la sentencia establece el parámetro de interpretación constitucional de la Ley General de Salud, que al tratarse de una ley general, su ámbito de aplicación corresponde a todo el territorio nacional:

...un entendimiento sistemático de las disposiciones de la Ley General de Salud y del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica permitiría entender que los servicios de aborto por razones de salud deben ser prestados por las instituciones de salud reguladas por la Ley General de Salud, lo que incluye al ISSSTE. No sólo por el debido cumplimiento del derecho constitucional a la salud y su protección, sino porque estos servicios pueden ser claramente caracterizados como servicios de atención médica, tal como está definida y comprendida por las disposiciones legales pertinentes.³⁹

De todo lo anterior se desprende que con independencia de lo que establezcan las leyes penales y de salud, locales y federales, las mujeres pueden exigir a las instituciones de salud el cumplimiento de este parámetro constitucional de su derecho a la salud. La claridad con que la Corte desarrolló estas obligaciones no deja lugar a dudas de qué es lo que deben de hacer los servicios de salud para cumplirlas.

B. *Para los poderes legislativos*

La proyección constitucional de la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos como parte del derecho a la salud de las

³⁸ *Ibidem*, pp. 63 y 64.

³⁹ *Ibidem*, p. 71.

mujeres también genera una redimensión de su relación frente a los poderes legislativos.

Si antes el discurso de los derechos de las mujeres se enfocaba en la reforma del derecho penal; a partir de esta sentencia, la carga argumentativa se arroja sobre el poder político depositado en los poderes legislativos, son ellos a quienes desde ahora les corresponde justificar la invasión de la esfera jurídica de los derechos de las mujeres.

En estos términos, el reclamo de las mujeres adquiere una nueva dimensión; pasa de la búsqueda de una reforma a la ley ordinaria, a la exigencia del cumplimiento de un parámetro constitucional del derecho a la salud ya definido.

De esta manera, el marco constitucional se opone a la actividad de los órganos legislativos ordinarios que hasta ahora pretendían ostentar el monopolio de las decisiones normativas en todo lo relacionado con la regulación del acceso a la interrupción del embarazo. A partir de la sentencia 1388 las mujeres tienen nuevos elementos para cuestionar a los poderes legislativos su legitimación para intervenir, a través del derecho penal, en la regulación de sus cuerpos.

Por otro lado, la interpretación de la Corte deja claro que la interrupción del embarazo como parte del ejercicio del derecho a la salud no debe responder a la lógica del derecho penal sino al marco constitucional y legal que regulan los servicios de salud. En estos términos, la Corte sostuvo que en el caso de Marisa

...la normativa federal pudo interpretarse de manera compatible con el derecho a la salud y a su protección para entender que contemplaba la adecuada y oportuna prestación de servicios de aborto por razones de salud, y que fue incorrecto que las autoridades responsables atribuyeran a la Ley General de Salud una prohibición tajante que les impidiera el debido y oportuno cumplimiento de las obligaciones de respetar y garantizar el derecho a salud, impuestas directamente por la Constitución y el parámetro de regularidad constitucional de ese derecho.⁴⁰

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 70 y 71.

Por lo anterior, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación arribó a la conclusión de que, con independencia de la normativa penal,

...las disposiciones de la Ley General de Salud pueden interpretarse en el sentido de garantizar el acceso a servicios de interrupción de embarazo por razones de salud, dado que éstos pueden claramente entenderse como servicios de atención médica prioritaria (proteger a la mujer en el embarazo, parto y puerperio) y como una acción terapéutica adecuada para preservar, restaurar y proteger la salud de las mujeres en todas sus dimensiones.⁴¹

Conforme a lo que se ha expuesto, la libertad de configuración normativa de los órganos legislativos ordinarios se reduce: ahora su ejercicio, para ser válido, debe someterse a los límites que le impone el parámetro constitucional del derecho a la salud.

C. Para las autoridades en materia penal

El derecho penal se ha consolidado como discurso dominante en los debates sobre la interrupción del embarazo partiendo siempre de la base de la prohibición proyectada a través de la noción del delito de aborto.⁴²

En estas condiciones, a fuerza de reiteración, el derecho penal se convirtió en el primer referente jurídico sobre este tema. Bajo esta dinámica, las discusiones terminan por centrarse en la configuración del delito y su sistema de causales.

De esta manera, el derecho penal ha sido el discurso prevaleciente reclamando derecho de antigüedad, impidiendo o dificultando el desarrollo de propuestas discursivas alternas para abordar el fenómeno de la interrupción del embarazo desde el punto de vista jurídico.

⁴¹ *Ibidem*, p. 74.

⁴² Véase Nuñez, Lucía, *El género en la ley penal: crítica feminista a la ilusión punitiva*, México, UNAM, Centro de Investigaciones y Estudios de Género, 2018.

Como consecuencia, el diseño de las estrategias jurídicas y de incidencia política, atraídas gravitacionalmente por el discurso punitivo, centran los esfuerzos en la modificación del tipo penal; ya sea para despenalizar, para flexibilizar el sistema de causales (agregando las ausentes o eliminando los requisitos que se consideran excesivos) y en último de los casos, se busca la utilización técnica del propio derecho penal para evitar la criminalización de las mujeres.

En este sentido, era necesario el impulso de una propuesta argumentativa que permitiera dismantlar esta maquinaria del discurso penal. El reclamo de Marisa cumplió con este objetivo, permitió cumplirlo al proponer una argumentación constitucional novedosa. Explica la posición de las mujeres ya no solo desde la exigencia política dirigida a los órganos legislativos, sino también desde lo jurídico involucrando a los jueces y juezas a partir de una argumentación basada en la Constitución y no en el derecho penal.

Marisa impulsó un nuevo paradigma para hablar de la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos como un derecho sustentado en el marco constitucional. Para ello, como punto de partida se postuló el argumento de que todo aquello que amenace o invada la esfera de derechos de las mujeres debe ser combatido y erradicado no solo desde la arena política sino también, y sobre todo, a través de los medios de control constitucional.

Lo anterior significa combatir al discurso del derecho penal exigiendo su revisión desde una perspectiva constitucional y no solo desde el ámbito de la incidencia política para buscar una reforma a la legislación ordinaria. Es necesario que sea el derecho penal el que tenga que justificar por qué ha invadido la esfera del derecho a la salud de las mujeres y no que sean las mujeres las que tengan que explicar *ad nauseam* por qué el derecho penal debe abandonar la regulación de sus cuerpos.

Desde esta perspectiva, la sentencia 1388 expone:

...que 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 —tal se contempla por la Constitución, los tratados internacionales, la doctrina constitucional de esta Pri-

mera Sala y la jurisprudencia de la Corte Interamericana— pues se trata de una acción cuyo objetivo primordial es promover, preservar o restaurar la salud de la persona embarazada, incluida la consecución de un estado de bienestar físico, mental y social, y que también se configura como el cumplimiento y garantía efectiva de los derechos a estar libre de discriminación, a gozar de una vida digna, a la libertad —en su vertiente de autonomía y libre desarrollo de la personalidad— y a estar libre de injerencias arbitrarias en la vida privada. Derechos que —como ha quedado expuesto— en su interrelación con el derecho a la salud y a su protección implican que las mujeres accedan, sin distinciones arbitrarias, a servicios de salud que sólo ellas necesitan, con respeto y garantía de sus decisiones respecto a la propia salud, proyecto de vida y entendimientos individuales de bienestar.⁴³

Al establecer que el derecho a la salud de las mujeres incluye la posibilidad de decidir continuar o no con un embarazo cuanto éste implica afectaciones a su salud, establece barreras para la criminalización en tanto que esa decisión se configura claramente como el ejercicio de un derecho.

En el caso de Marisa, la Primera Sala determinó que

Debió entenderse, entonces, que existe riesgo para la salud de la mujer, y, en consecuencia, se justificaría una interrupción de embarazo por motivos de salud, cuando existe probabilidad de que se genere un resultado adverso para el bienestar de la mujer o cuando existe un factor que aumente esta probabilidad. En este sentido, la interrupción del embarazo por motivos de salud busca evitar que se afecte la salud de la mujer o que se le genere un daño...⁴⁴

Con base en este análisis, la Corte llegó a la conclusión de que

...la negativa y la dilación subsecuente de las autoridades señaladas como responsables constituyeron formas de trato cruel, inhu-

⁴³ Amparo en revisión 1388/2015, *cit.*, pp. 59 y 60.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 68.

mano y degradante. En efecto, dichas autoridades la obligaron a encarar el riesgo que suponía su embarazo para su salud física y emocional; ignoraron su condición de persona autónoma con capacidad de decisión sobre sus objetivos de salud; la privaron de la certeza de poder lograr esos objetivos de forma segura y médicamente vigilada, y aumentaron su angustia y zozobra sobre el estadio de su embarazo y de su bienestar futuro. Actitudes que lesionaron su derecho a la integridad personal y a estar libre de tratos crueles inhumanos y degradantes.⁴⁵

En este sentido, al describirse la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos como el ejercicio de un derecho, desde el punto de vista del derecho penal⁴⁶ se actualiza para ellas una causa de justificación de fuente constitucional que no permite que la conducta se configure como un delito. De manera correlativa, para el personal de salud se configuraría al mismo tiempo otra causa de justificación consistente en el cumplimiento de un deber.

Dicho en términos del derecho penal, para las mujeres y el personal de salud, la sentencia de la Corte inserta en el sistema punitivo dos causas de justificación para el delito de aborto que por emanar de la propia interpretación constitucional se instaure dejando de lado aquellas normas que abordan al aborto terapéutico como una causa de no punibilidad.

Por otro lado, también cambia la dinámica de la forma en que se ha criminalizado a las mujeres imputándoles el delito de aborto. Con base en lo establecido en la sentencia, si las fiscalías quieren instaurar una causa penal en contra de una mujer que interrumpió su embarazo al amparo de su derecho a la salud, corresponde a esa

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 69 y 70.

⁴⁶ Para mayor referencia sobre causas de atipicidad, justificación o inculpatibilidad, véase Tesis XXVII.3o.33 P (10a.), SENTENCIA CONDENATORIA DICTADA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO Y ORAL. EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 406, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, DEBE SEÑALAR EXPRESAMENTE POR QUÉ NO SE ACTUALIZA ALGUNA CAUSA DE ATIPICIDAD, JUSTIFICACIÓN O DE INCULPABILIDAD EN FAVOR DEL SENTENCIADO, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, febrero de 2017, t. III, p. 2359.

autoridad la carga de la prueba para invalidar la causa de justificación consistente en el ejercicio de un derecho.

En este sentido, el deber primario de demostrar la falta de justificación de la interrupción del embarazo recae sobre la Fiscalía.

V. CONCLUSIONES

A partir del análisis de la sentencia 1388 se obtienen diversas conclusiones que de manera individual y en conjunto abonan al fortalecimiento del derecho a la igualdad de las mujeres:

- La perspectiva de género es indispensable para que las mujeres logren un acceso efectivo a la justicia en igualdad de circunstancias que los hombres.
- El derecho a la salud tiene alcances diferenciados para las mujeres. En su caso, incluye la protección constitucional a su decisión de interrumpir su embarazo por motivos terapéuticos; en consecuencia, todas las instituciones de salud del país tienen la obligación de garantizarlo de acuerdo con dicho parámetro.
- El contenido del derecho a la salud de las mujeres, en términos de lo desarrollado por la Corte, tiene su origen en la Constitución y no en el sistema de causales establecido por el derecho penal o cualquier otra norma de carácter ordinario. Todas las mujeres que habiten el territorio nacional son titulares del mismo parámetro de protección.
- Las instituciones de salud en todo el país deben garantizar el derecho a la salud de las mujeres a partir las normas sanitarias que rigen su actuar tomando la interpretación de la Suprema Corte, ello incluye el acceso a la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos.
- El parámetro de protección del derecho a la salud, desarrollado desde la Constitución, se traducen en un límite a la libertad de configuración normativa de los órganos legislativos y por ende se les ubica en un espacio fuera de la competencia

de decidir sobre esta materia. Toda contradicción normativa proyectada desde la legislación ordinaria carecería de validez.

- El entendimiento de la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos como el ejercicio de un derecho implica la limitación del brazo punitivo del Estado al actualizarse una causa de justificación que no permite la configuración del delito.

VI. BIBLIOGRAFÍA

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, España, 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, *La pieza faltante. Justicia reproductiva*, México, 2018, disponible en: <https://justiciareproductiva.gire.org.mx/assets/pdf/JusticiaReproductiva.pdf>.

Grupo de Información en Reproducción Elegida, *Niñas y mujeres sin justicia: derechos reproductivos en México*, México, 2005, disponible en: <https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2016/07/INFORME-GIRE-2015.pdf>.

Grupo de Información en Reproducción Elegida, *Omisión e indiferencia: derechos reproductivos en México*, México, 2013, disponible en: <https://informe.gire.org.mx/caps/cap1.pdf>.

Grupo de Información en Reproducción Elegida, *Violencia sin interrupción*, 2a. ed., México, 2017, disponible en: https://aborto-porviolacion.gire.org.mx/assets/pdf/violencia_sin_interrupcion.pdf.

Méndez Díaz, Alex Alí, “Interrupción legal del embarazo en México. Retos para una justicia constitucional con perspectiva de género”, en NÚÑEZ ROBLEDO, Lucía y RAPHAEL DE LA MADRID,

- Lucía (coord.), *Buenas prácticas en el juzgar: el género y los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.
- NUÑEZ, Lucía, *El género en la ley penal: crítica feminista a la ilusión punitiva*, México, UNAM, Centro de Investigaciones y Estudios de Género, 2018.
- TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, México, Fondo de Cultura Económica-INACIPE, 2012.

Sentencias

- Juzgado Décimo de Distrito de Amparo en Materia Penal en la Ciudad de México, *Amparo indirecto 1298/2013*.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Solicitud de reasunción de competencia 35/2014.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo en revisión 1388/2015.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, Amparo en revisión 601/2017.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, Amparo en revisión 1170/2017.

LAS DIMENSIONES DE LA IGUALDAD EN LA GUARDA Y CUSTODIA DE HIJAS E HIJOS. ANÁLISIS DEL AR 1968/2017

José Luis CABALLERO OCHOA*

SUMARIO: I. *Introducción. El contexto de la guarda y custodia de hijas e hijos.* II. *La narrativa del caso. De cómo romper el estereotipo de género.* III. *La doctrina jurisprudencial sobre igualdad, no discriminación y estereotipos de género implicada en el caso.* IV. *Análisis de razonabilidad.* V. *Conclusión.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN. EL CONTEXTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE HIJAS E HIJOS

Los elementos para decidir el otorgamiento de la guarda y custodia de niñas y niños han sido diversos y han cambiado con el tiempo. Inicialmente era común que las mujeres que lograban separarse de sus parejas obtuvieran, entre otras cuestiones, algunas propiedades del marido junto con la custodia de los hijos. Esta situación cambió durante la Edad Media porque, en términos generales, se negó el estatus de persona a las mujeres quitándoles así el derecho no solo de poseer bienes sino de mantener la custodia de sus hijos.

* Investigador y actual director del Departamento de Derecho en la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Agradezco la colaboración del maestro José Grijalva Eternod en la elaboración de este texto.

En Inglaterra, por ejemplo, niñas y niños eran otorgados en custodia a los padres ya que éstos no solo disfrutaban de un control incuestionable en la jerarquía familiar, sino que ostentaban la “propiedad” de los hijos. A finales del siglo XIX el sesgo de género cambió y los tribunales asumieron las posturas socialmente aceptadas que establecían que las mujeres eran personas más apropiadas para cuidar a los niños, a quienes no debía vérselos más como propiedad económica de los padres sino como seres necesitados de amor y cuidados, lo que concedió una clara ventaja a las madres al ser consideradas las más adecuadas para cuidar de los hijos por su naturaleza maternal; lo que paradójicamente resultó a partir de la construcción epistémica clásica del sistema patriarcal.

Por ello, durante gran parte del siglo XX, la creencia en la *superioridad natural* de las mujeres con respecto a la crianza de los hijos con frecuencia sirvió como argumento legal para otorgar la custodia exclusiva a las madres. Sin embargo, a medida que los derechos humanos se colocaban dentro del constructo social y político como manifestaciones de la dignidad humana, además del movimiento feminista y de la perspectiva de género, se comenzaron a cuestionar los roles tradicionales,¹ a revisar las leyes de crianza en los estados socialmente progresivos, y a priorizar el principio del interés superior de niñas y niños en normas y políticas para que éste se convirtiera en el eje rector en el otorgamiento de la guarda y custodia.²

¹ Una breve aproximación a este tema en Caballero Ochoa, José Luis, “Feminismo y derechos humanos: las rutas del diálogo trazadas por el trabajo de Marta Lamas”, en Serur, Raquel y Vélez, Fabio (comps.), *Marta Lamas dialoga con XY*, cuaderno 16, México, UNAM, 2019.

² Véase Struchiner y Hannikainen, “Gender Stereotypes Underlie Child Custody Decisions”, *European Journal of Social Psychology*, vol. 3, núm. 49, 2019, pp. 548-559. En este sentido, es de destacar que, por ejemplo en la década de los años sesenta del siglo pasado la creciente tasas de divorcios y separaciones provocaron el debate sobre los roles de los padres y los problemas de custodia, lo que condujo a la adopción del estándar de los mejores intereses, un modelo más inclusivo y menos definitivo para decidir los casos de custodia. Posteriormente, en la década de los setenta el impulso por la neutralidad de género en la concesión de la custodia de los niños ya se había acumulado y la noción de que la custodia de los hijos debía

Durante las casi dos décadas que lleva el siglo XXI, la tendencia a asignar la guarda y custodia de niñas y niños a las madres, parece seguir una ruta que según algunos autores puede explicarse desde diversos factores que impactan el imaginario de las y los jueces:

- 1) Las mujeres siguen ejerciendo la mayoría de las funciones de cuidado no solamente de los hijos sino de otros miembros de la familia.
- 2) Las mujeres continúan realizando la mayoría de las tareas domésticas, incluso en hogares con doble remuneración.
- 3) Los índices de violencia doméstica muestran que ésta es ejercida principalmente por hombres.
- 4) En los procesos litigiosos es más frecuente que los padres renuncien a ejercer la guarda y custodia.
- 5) Finalmente a estas consideraciones anteriores, y que seguramente pueden explicar en alguna parte la desproporción existente en el otorgamiento de custodias, debe adicionarse el factor del estereotipo de género como prejuicio latente en las decisiones judiciales.³

En consecuencia, si bien en los procesos de disoluciones de vínculos matrimoniales en familias que tienen niñas y niños, el principio del interés superior de niñas y niños es tomado en cuenta al momento de resolver litigios respecto a quien deberá ostentar la custodia, queda relegado frente a un sesgo de género multifactorial que continúa manifestándose al momento de fundamentar las resoluciones

otorgarse a las madres comenzó a disminuir automáticamente. Por lo tanto, se comenzó a aplicar un estándar de género neutral. Un acercamiento histórico y crítico sobre la genealogía de la custodia de niñas y niños se puede ver en Orengo, S. A., *Gender Dimensions of Court Awarded Child Custody: A Case Study of the Nairobi Children's Court*, University Of Nairobi, 2018. En el mismo sentido ver a Carbon, J., "Child Custody and the Best Interests of Children. A Review of «From Father's Property to Children's Rights: The History of Child Custody in the United States»", *Family Law Quarterly*, vol. 29, núm. 3, 1995, pp. 721-739.

³ Struchiner y Hannikainen, "Gender Stereotypes Underlie Child Custody Decisions", *European Journal of Social Psychology*, *Loc. Cit.*

que determinan la guarda y custodia, situación que impacta en la tarea del Poder Judicial pues casos que involucran derechos de niñas y niños deben ser especialmente transparentes, lógicos y razonados al momento de precisar qué medida o decisión es la más adecuada para su desarrollo integral.

II. LA NARRATIVA DEL CASO. DE CÓMO ROMPER EL ESTEREOTIPO DE GÉNERO

A) A partir de una demanda de divorcio en la que el juez de lo familiar determinó la disolución del vínculo matrimonial, el padre y la madre de dos niñas promovieron, de forma paralela, incidente de guarda y custodia. En su sentencia, el juez resolvió, *inter alia*, otorgar este beneficio a la madre, por lo que el padre, inconforme con la resolución, interpuso un recurso de apelación ante la Sala de lo Familiar la cual, en su resolución, confirmó la guarda y custodia a favor de la madre.

El padre acudió al juicio de amparo directo, que fue concedido y se ordenó dejar insubsistente la sentencia reclamada, a efecto de que fuera emitida una que fundara y motivara cuál de los padres era el más idóneo para tener a las niñas bajo su guarda y custodia, con el sentido de valoración con perspectiva de género del que había carecido la actuación jurisdiccional en sede de la justicia local (Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México).

B) En cumplimiento con la resolución del Tribunal Colegiado, la Sala de lo Familiar dictó un nuevo fallo en el que estimó que, en atención al sexo y edad de las niñas, lo mejor para ellas era que la guarda y custodia quedase a cargo de su madre. A efecto de controvertir esta decisión, el padre promovió un segundo juicio de amparo directo argumentando que la Sala de lo Familiar valoró los hechos, argumentos y pruebas con base en una apreciación subjetiva de género, por lo que existía, *a priori*, una discriminación en su contra.

C) En su sentencia, el Tribunal Colegiado resolvió negar el amparo al padre al declarar infundados los conceptos de violación a partir de las siguientes consideraciones: 1) todas las contiendas judiciales que involucren niñas y niños deben resolverse con base en su interés superior, por lo tanto lo correcto era decretar la guarda y custodia definitiva a la madre pues ella las podría auxiliar y dirigir a través de los cambios que se presentan en dicha etapa biológica; 2) el artículo 282, inciso B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal,⁴ establece un principio rector al momento de decidir sobre la guarda y custodia de niñas y niños menores de 12 años, así que por razones “naturales” y “sociales”, la mujer es quien se encuentra más capacitada para atenderlos con mayor eficacia, esmero y cuidados. Estamos ante un análisis que no resiste una confronta con la realidad planteada en el caso concreto, así como la ausencia de un ejercicio de contraste de la norma aplicable con un conjunto de derechos de contenido constitucional/convenicional, como debe ser una tarea propia de la judicatura en su conjunto.

D) La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia (SCJN o Suprema Corte) conoció del recurso de revisión ante la sentencia del Colegiado y consideró plausiblemente los siguientes aspectos de doctrina constitucional para resolver el caso:

- a) La litis constitucional en este asunto consistió en determinar si la interpretación del Colegiado en relación con la guarda y custodia de las dos niñas, en términos del artículo 282, inciso B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal es acorde al orden constitucional/convenicional (el parámetro de control de la regularidad constitucional), mediante un ejercicio de contraste con la Constitución y los

⁴ Dicho artículo en el inciso, fracción y párrafo mencionado, establece lo siguiente: “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”.

- tratados internacionales, lo que a mi juicio es justamente el empleo del principio de interpretación conforme.⁵
- b) Si bien las normas que privilegian que niñas y niños permanezcan hasta cierta edad con su madre pueden ser constitucionales/convencionales, tomando en consideración lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH o Convención Americana) y la Convención de los Derechos del Niño (CDN), el juzgador está en posibilidad de determinar que, en aras del interés superior de niñas y niños, estos queden bajo la custodia del padre.
 - c) No obstante la justificación *a priori* para aplicarlas puede fundamentarse en una visión estereotipada de que la mujer goza de una aptitud superior para cuidar hijos lo cual vulnera el principio de igualdad entre hombres y mujeres, así como en una falta de apreciación de los roles concretos que las figuras parentales toman en la sociedad actual.
 - d) El principio de interés superior de niñas y niños debe ser el criterio rector en cualquier decisión sobre guarda y custodia por lo que el juez debe examinar las circunstancias en cada caso para encontrar una solución justa para niños y niñas pues sus intereses deben ser preponderantes. Por tanto, la aplicación de una legislación que establezca una preferencia para su aseguramiento no puede hacerse en automático y sin más razonamiento sino que, por el contrario, deberá estar sujeta a un análisis de razonabilidad libre de estereotipos de género para determinar cuál es la mejor solución para el niño o la niña pues en términos de nuestro orden constitucional/convencional, no es aceptable partir de una presunción de idoneidad absoluta a favor de alguno de los padres ya que ambos están igualmente capacitados para

⁵ Un análisis crítico al empleo de este principio por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en: Caballero Ochoa, José Luis y García Huerta, Daniel, “Los rumbos jurisprudenciales de la interpretación conforme: alcances y límites sobre su aplicación en la Corte Suprema mexicana”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 41, julio-diciembre de 2019.

atenderlos. En consecuencia, el Tribunal Colegiado vulneró el principio de igualdad al validar roles estereotipados de parentalidad que han sido asignados social y culturalmente, así como el principio de interés superior de niñas y niños al no buscar la solución más benéfica en la determinación de la guarda y custodia.

III. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y ESTEREOTIPOS DE GÉNERO IMPLICADA EN EL CASO

Desde sus inicios la jurisprudencia interamericana (constitucional, de fuente internacional) ha establecido diversos criterios sobre el derecho a la igualdad al considerar que todo trato diferenciado que considere superior a un determinado grupo y por ello se le trate con privilegios o, a *contrario sensu*, se le considere inferior y por ello sea tratado con hostilidad o se le someta, es incompatible con la CADH.

De ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) haya establecido que así como el Estado está obligado a crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos (concepción positiva del principio de no discriminación), también debe prohibir las diferencias de trato arbitrarias (concepción negativa del principio de no discriminación) como lo serían aquellas basadas en estereotipos de género.⁶

Sin embargo, la igualdad no debe entenderse como la imposibilidad de establecer diferencias pues una visión integral de la misma exige el reconocimiento de elementos diferenciados que tengan relevancia jurídica, así como la implementación de tratos diferenciados. En consecuencia, lo que se prohíbe es que estos tratos no se determinen a partir de elementos objetivos y razonables sino a partir de criterios irracionales, arbitrarios o prejuiciosos, lo que produciría un acto discriminatorio. La diferencia de trato no es en sí misma

⁶ Corte IDH, *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2012, Serie C, núm. 246.

discriminatoria, aun basándose en las llamadas “categorías sospechosas”, cuando ésta no es injustificada o desproporcional.

En consecuencia, el derecho a no sufrir tratos discriminatorios no puede quedar satisfecho ante meras *explicaciones*, pues es un error suponer que un trato no discrimina por el simple hecho de que existan razones que expliquen el trato diferenciado (el machismo, el racismo se pueden explicar también). Por el contrario, el trato diferenciado debe estar plenamente justificado pues no es lo mismo ofrecer razones explicativas —las cuales se limitan a describir un comportamiento sin valorarlo— a proporcionar razones justificatorias destinadas a demostrar la legitimidad de un acto pues sin ellas la diferencia de trato sería arbitraria y, por lo tanto, discriminatoria;⁷ se requiere un interés constitucionalmente imperioso, como ha señalado la SCJN siguiendo a la jurisprudencia estadounidense.⁸

Sobre este punto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha aclarado que si bien no todas las distinciones están prohibidas, aquellas que se apliquen deben contar con una justificación razonable con el fin que se persigue y que impulse un objetivo legítimo;⁹ criterios ambos que debió haber tomado en cuenta el Tribunal Colegiado al momento de decidir sobre la guarda y custodia y la Primera Sala como argumentos para revocar dicha sentencia y solicitar la redacción de una nueva. Así, el derecho a la igualdad se constituye como imperativo superior de justicia, una norma imperativa reconocida en el derecho internacional (*ius cogens*) que se traduce en una obligación especial de las y los jueces de dotar de efecto útil a este derecho.

En este sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte hizo bien en dejar sin efectos una sentencia que a todas luces fundamentó

⁷ Figueroa, Rodolfo, “Igualdad y discriminación”, en González, Felipe y Viveros, Felipe (eds.), *Igualdad, libertad de expresión e interés público*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2000.

⁸ Véase el Amparo en Revisión 152/2013 resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de abril de 2014, párrafo 155. Lo anterior en la reflexión sobre el test de escrutinio estricto.

⁹ CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116, 22/X/2002.

su decisión en criterios meramente explicativos (como se deduce del razonamiento siguiente: *a*) las niñas son mujeres; *b*) el padre es hombre; *c*) la madre es mujer, por tanto, las niñas estarán mejor cuidadas con la madre). Además fue importante requerir del Tribunal Colegiado una sentencia que fundamentara su decisión en razones justificatorias, pues en la valoración que realizó dentro del juicio de amparo se limitó a verificar las razones explicativas que la Sala de lo Familiar utilizó para determinar el otorgamiento de la guarda y custodia a la madre de las niñas sin evaluar la presencia de razones plausibles que legitimasen la medida, lo que implicó avalar argumentos estereotipados e indiferentes al derecho a la igualdad que a todas luces requieren valorarse desde una perspectiva de género.¹⁰

Por ello, la introducción de la perspectiva de género en el análisis judicial debe buscar combatir argumentos estereotipados pero desde una reconceptualización de las normas procesales, pues su objeto es garantizar la aplicación de las normas sustantivas ya que sin aquellas, éstas serían ineficaces, lo cual cobra mayor relevancia cuando se trata de dotar de eficacia precisamente a normas sustantivas sobre la igualdad, pues éstas están construidas y diseñadas con el propósito de combatir los prejuicios de género, y que se visibilizan en el trabajo jurisdiccional.¹¹

No obstante, combatir los prejuicios y estereotipos de género demanda reconocerlos como factores de desigualdad estructural, que se ocultan en las normas sociales y que determinan lo que una mujer o un hombre pueden y deben hacer o no pueden y no deben hacer. De ahí que el Tribunal Colegiado consideró justificado afirmar que entre lo que le corresponde hacer al hombre no se encuentra el cuidado de sus hijas e hijos ni la educación sexual de niñas que están por entrar a la pubertad. Lo anterior impacta

¹⁰ Una propuesta de metodología para valorar jurídicamente la legitimidad o ilegitimidad de un trato diferenciado y, así, considerarla o no compatible con el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación, es el *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, SCJN, 2013.

¹¹ Lousada Arochena, José Fernando, *Fundamentos del derecho a la igualdad de mujeres y hombres*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

directamente en la posibilidad de que las personas ejerzamos nuestros derechos en condiciones de igualdad, pues cuando las expectativas estereotípicas de género influyen en las decisiones judiciales, éstas colisionan con las legítimas expectativas de justicia que tienen las personas al acudir ante un juez al considerar que éste basará sus resoluciones en análisis objetivos y razonables de los hechos, las pruebas y las normas presentados ante él, pues esto es lo que garantiza la integridad de un sistema judicial.

Decidir con base en estereotipos implica entonces un proceso de simplificación de las complejidades del mundo y del ser humano lo cual tiene consecuencias jurídicas deplorables en los derechos y en la dignidad de las personas.¹² Los estereotipos reflejan expectativas generales que la sociedad tiene sobre los integrantes de grupos sociales predeterminados, aun y cuando existan diferencias sustanciales entre los integrantes de dicho grupo, pues muchas veces la percepción estereotípica se sustenta en una característica particular que otorga la membresía o pertenencia al grupo lo que permite enfatizar las diferencias que existen entre este grupo y otros. Estas expectativas se manifiestan con claridad en relación con las diferentes categorizaciones y estereotipos de género que subyacen a una sociedad determinada pues, incluso desde la niñez, el género se utiliza como una herramienta de agrupación (niñas/niños, hombres/mujeres, damas/caballeros, etcétera) que genera una categorización binaria que se construye a través de la constante comparación de hombres con mujeres arraigando los estereotipos que tengamos en cualquier diferencia que encontremos. Por lo tanto, las categorizaciones de género se detectan de inmediato, son crónicas y se polarizan fácilmente, contribuyendo así a resaltar las diferencias entre mujeres y hombres,¹³ y atribuyendo a cada una de estas diferencias una función o conducta social que debe ser realizada por la persona.

¹² Cook, Rebecca y Cusack, Simone, *Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2010.

¹³ Ellemers, Naomi, "Gender Stereotypes", *Annual Review of Psychology*, Netherlands, vol. 69, 2018, pp. 275-298.

Esta discriminación por percepción ha sido condenada por la Corte IDH al señalar que ésta tiene el propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona, independientemente de si dicha persona se autoidentifica o no con una determinada categoría. De esta forma, la persona es reducida a la única característica que se le imputa, sin que importen otras condiciones personales. Esta disminución de la identidad se concreta en un trato diferenciado y así, en la vulneración de los derechos de quien lo sufre.¹⁴

Lo anterior obliga a resaltar que en el caso que se analizó, el Tribunal Colegiado se basó en un estereotipo que parte de la idea de que las mujeres son *naturalmente* más aptas para cuidar a los hijos pues los hombres tienen la *función natural* de ser proveedores; situación que les excluye de la posibilidad de ejercer actividades de cuidado como resultado de un trato diferenciado que vulnera el derecho a la igualdad y constituye un acto de discriminación que judicializa prejuicios de género (categoría sospechosa), lo que no solo reafirma el concepto de que las mujeres tienen el deber primario de cuidar a los niños, sino que también les niega a los padres su derecho a participar en la vida de sus hijos después de la separación o el divorcio.

Sobre esto vale la pena recordar las tres dimensiones que Nancy Fraser ha atribuido a la justicia —reconocimiento, redistribución y representación— siendo la primera relevante para el análisis de esta sentencia pues el reconocimiento implica validar a las personas dándoles el mismo respeto sin exigirles que se asimilen a las normas socioculturales dominantes —como las normas que establecen estereotipos de género— incluyendo así en el modelo de justicia a las diferencias de todo tipo.¹⁵ En consecuencia, los estereotipos de género impiden que se valore a una persona tomando en cuenta su potencial y características específicas, pues cuando confiamos nuestras decisiones en las expectativas que tenemos sobre

¹⁴ Corte IDH, *Caso Flor Freire vs. Ecuador*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2016, Serie C, núm. 315, párr. 120.

¹⁵ Fraser, Nancy, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*, Nueva York, Columbia University Press, 2010

los integrantes de un grupo y no en los méritos de la persona ofrecemos a la sociedad una visión demasiado simplificada de la realidad justificando las implicaciones simbólicas del género para legitimar la asignación de roles sociales diferentes.

En conclusión, las decisiones que otorgan la guarda y custodia fundamentándose en un estereotipo consolidan los roles de género que colocan al hombre como reproductor/mal cuidador y a las mujeres como reproductora/buena cuidadora. Lo anterior sirve como un prisma a través del cual se ve a los hombres como personas incapaces de cuidar a sus hijos después del divorcio o la separación y a las mujeres como cuidadoras primarias que necesitan el apoyo del hombre para sobrevivir, situación que tiene consecuencias devastadoras en el desarrollo tanto de hombres como de mujeres. Esto puede apreciarse en el caso que se analiza pues al decidir el Tribunal Colegiado con base en la aceptación de estereotipos de sexo/género, se impide al padre su plena realización al encasillar su proyecto de vida en las expectativas sociales que se tienen de él, marginándolo así de su ámbito familiar.

Otro efecto pernicioso de la sentencia del Tribunal Colegiado que debe tomarse en cuenta es que dicha resolución reproduce prejuicios de género que luego pueden ser tomados como precedentes que serán seguidos por tribunales de jurisdicción inferior lo cual no conducirá únicamente a la reproducción de errores judiciales sino al fortalecimiento mismo del sesgo de género. De ahí que el juez y demás funcionarios judiciales sean prudentes al momento de resolver y tengan conciencia sobre el potencial transformador o perpetuador que su labor judicial puede tener sobre las relaciones asimétricas de poder basadas en estereotipos de cualquier índole. Tener claridad sobre esto nos lleva a tener mayor profundidad a la hora de evaluar los efectos que una sentencia como la revocada por la Primera Sala tiene en el constructo social sobre los grupos a los que consciente o inconscientemente se están estereotipando directamente (hombres y mujeres con capacidades o incapacidades naturales para cuidar a sus hijos e hijas), y afectando indirectamente (todas aquellas personas y situaciones que no entren en esta visión

binaria y dicotómica propuesta por el Tribunal Colegiado) con una medida en principio no dirigida a ellos y que se pretende justificar a partir de una errónea interpretación del principio del interés superior de niñas y niños pues éste, al suponer un canon hermenéutico constitucional/convencional y un eje rector de las decisiones que cualquier autoridad tome con respecto a una niña o un niño,¹⁶ hubiera puesto el bienestar de las niñas en el centro del proceso judicial, dejando de lado los atributos de género de los padres como pauta resolutive.

IV. ANÁLISIS DE RAZONABILIDAD

La exigencia de razonabilidad en el trato diferenciado ha sido contemplada por la Corte IDH en una opinión consultiva donde señaló que no toda diferencia de trato puede considerarse discriminación pues cuando la distinción expresa de forma proporcionada una fundamentada conexión entre las diferencias y los objetivos de la norma, y no se aparta de la justicia ni de la razón, es válido afirmar que dicha distinción no es arbitraria ni caprichosa ni vulnera la dignidad de la naturaleza humana.¹⁷

En el ámbito constitucional, si bien nuestra Constitución no contiene ninguna disposición que consagre el principio de razonabilidad,

¹⁶ Respecto a la aplicación del principio del interés superior de niñas y niños como método para decidir libres de estereotipos de género, debe resaltarse la existencia de estudios y posiciones que critican este principio por considerarlo incierto y flexible ya que, sostienen estos estudios, lo que es benéfico para una niña o un niño puede ser subjetivo. Sin embargo, a pesar de esta cuestionable debilidad, la aplicación de este principio en procesos dirigidos a determinar la custodia, es considerada la mejor opción para resolver estas disputas al intentar proteger objetivamente los derechos fundamentales de niñas y niños que se encuentran dentro de procesos de custodia.

Difonzo, J. H., "From the Rule of One to Shared Parenting: Custody Presumptions in Law and Policy", *Family Court Review*, vol. 52, núm. 2, abril de 2014, pp. 213-239, disponible en: https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/faculty_scholarship/520.

¹⁷ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-4/84, Propuesta de modificación a la Constitución de Costa Rica*, 19 de enero de 1984, Serie A (4), párr. 57.

su artículo primero establece una especie de límites de razonabilidad respecto de las autoridades al mandar que éstas deberán proteger, respetar y garantizar todos los derechos humanos contemplados en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales México sea parte. Por ello, la mejor forma de aplicar un test de razonabilidad es a partir de realizar una confrontación con el bloque de constitucionalidad (aplicación de la interpretación conforme), y a partir de ahí determinar que cualquier trato desigual que se efectúe por parte de los poderes públicos y que vulnere la esfera de los derechos constitucionales y convencionales, deberá legitimarse como necesario para proteger un bien superior al que se vulnera.

Por ello, el análisis de razonabilidad requiere aplicarse a partir de un método bien establecido pues de lo contrario podrían generarse criterios y sentencias poco razonables y discrecionales al no fundamentarse en herramientas argumentativas que permitan analizar razonablemente el caso.¹⁸ Este mecanismo permite verificar la existencia de un trato diferenciado para posteriormente evaluar si la distinción aplicada en cada caso es razonable y objetiva. Para realizar dicha evaluación la práctica internacional propone efectuar al menos tres tareas: 1) examinar la *idoneidad* del acto, es decir, si éste persigue un fin legítimo; 2) determinar la *necesidad* del acto, es decir, comprobar que éste era indispensable para alcanzar el fin perseguido; 3) evaluar la proporcionalidad del acto con el fin legítimo que se busca, es decir, que éste sea razonable con el resultado que se pretende conseguir.

En consecuencia, y haciendo uso de estas *máximas de razonabilidad*, podríamos valorar, en primer lugar, si la decisión de no otorgar la guardia y custodia al padre bajo el argumento de que al no ser mujer no podría guiar y orientar a sus hijas durante la transición biológica que implica llegar a la pubertad, tiene un fin constitucional legítimo, es decir, si busca proteger, respetar o garantizar algún

¹⁸ Vázquez Valencia, Luis Daniel, “La razonabilidad y el contenido esencial de los derechos humanos: propuesta de un test”, *Alegatos*, México, vol. 30, núm. 92, 2017, pp. 79-106.

derecho. En este punto, tanto la Sala de lo Familiar como el Tribunal Colegiado argumentaron el interés superior de las niñas para decidir otorgar la guarda y custodia a la madre, por lo que el trato diferenciado que se le dio al padre pareciera cumplir con este primer elemento de razonabilidad (buscar un fin legítimo) al argumentar que la decisión judicial es para la mejor protección del desarrollo de las niñas. Sin embargo, en este punto habría que considerar si reconocer a la madre como la mejor posicionada para que las niñas cuenten con el apoyo necesario para su desarrollo integral fue efectivamente una decisión amparada y protegida por nuestro modelo constitucional. Sobre este punto la Primera Sala ha señalado que la justificación que ofrece el Colegiado se ampara en una visión estereotipada lo cual vulnera lo establecido en el artículo 4o. constitucional, así como lo consagrado en el 1o. al fundamentar la decisión en una de las categorías sospechosas incluidas en dicho artículo. El artículo 4o. constitucional no contempla un concepto único ni específico de familia por lo que dicha protección constitucional abarca cualquier representación de la misma, incluidas todas aquellas conformadas por un padre y dos hijas. De esta manera, me parece que tanto la decisión de la Sala de lo Familiar como la del Tribunal Colegiado no logran superar este primer escalón del test de razonabilidad propuesto pues, si bien tener como propósito el desarrollo integral de las niñas puede ser calificado como un fin legítimo e idóneo, no se puede aceptar que exista una sola vía para lograr este desarrollo, menos aun cuando los argumentos reproducen un modelo sexista que arraiga en el constructo social estereotipos de género.

En segundo lugar, para continuar con la aplicación de este test de razonabilidad a las decisiones judiciales analizadas, debe determinarse si no existía una medida menos lesiva para proteger los derechos en juego. Cabe recordar, como se ha señalado anteriormente, que los derechos sobre los que se está discutiendo en este análisis no son únicamente los de la madre o el padre a ostentar la guarda y custodia, sino también los derechos de las niñas a su desarrollo integral. Por lo tanto, en este punto, lo que cabría preguntarse es si existía una medida igual o más efectiva para alcanzar el fin

que tanto la Sala de lo Familiar como el Tribunal Colegiado se propusieron (proteger el desarrollo integral de las niñas) lesionando menos derechos o en menor intensidad (principio de mínimo daño). Para determinar esto me parece relevante la posición de la Primera Sala al ordenar al Tribunal Colegiado dictar una nueva sentencia en la que considerase cuál es el escenario más benéfico para las niñas.

Finalmente, se debe evaluar la medida analizada para determinar si ésta mantiene una correspondencia sensata con el fin que se pretende alcanzar. Es en este punto donde se demanda con mayor fuerza la existencia de razones justificatorias y no explicativas que legitimen la decisión de otorgar un trato diferenciado pues la sensatez del trato diferenciado se supedita a que éste tenga un claro sustento democrático; esto es, que atienda coherentemente a los criterios constitucionales/convencionales establecidos antes de determinarse la intervención a un derecho pues, de lo contrario, el trato diferenciado sería arbitrario y discriminatorio. Por ello, la Primera Sala resolvió correctamente que el otorgamiento de la guarda y custodia de las niñas no debe darse en automático, sino que debe estar sujeto a un análisis de razonabilidad libre de estereotipos de género. La Comisión IDH ha establecido que cuando se utilizan categorías sospechosas, como el sexo/género, para tratar de manera diferenciada a una persona, el Estado debe esgrimir razones de peso que legitimen dicho trato, pues dichos criterios constituyen focos rojos que presumen un trato discriminatorio, por lo que dicho trato, en principio, debe presumirse ilegítimo.¹⁹

Por lo tanto, en este análisis de razonabilidad cobra relevancia la perspectiva de género como metodología de intervención pues ésta, a partir de cuestionar el prototipo de un único ser humano universal y neutral y de deconstruir los roles y consecuencias que social y culturalmente se asigna a los cuerpos, permite detectar si el trato diferenciado se basa en alguna categoría sospechosa y si éste

¹⁹ Comisión IDH, *Igualdad y no discriminación. Estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II.171, del 12 de febrero de 2019.

es necesario y legítimo o arbitrario y discriminatorio. En consecuencia, la perspectiva de género es una metodología funcional que no se enfoca únicamente a las mujeres sino a todas las personas en su contexto y en sus necesidades.

La decisión que revocó la Primera Sala evidenció prácticas basadas, en primer lugar, en un *sexismo de sobre-especificación y de familismo*, pues al resolver el Colegiado que la madre está en una mejor posición para cuidar a sus hijos porque es mujer y las mujeres tienen una tendencia natural a atender mejor a los hijos, está presentando como específico de un sexo actitudes y necesidades que no son propias de un sexo sino de ambos, pues un padre también siente la necesidad de otorgar cuidados a sus hijos. En segundo lugar, un *sexismo de doble parámetro y dicotomismo sexual* al establecerse que toda vez que las niñas son mujeres al igual que la madre, lo mejor para ellas es estar con la madre quien está en una mejor posición para guiarlas durante la pubertad. En consecuencia, el Tribunal Colegiado valora con distintos parámetros la solicitud de ambos progenitores basándose en un dicotomismo sexual que deviene de los deberes impuestos social y culturalmente a cada sexo.²⁰

V. CONCLUSIÓN

Es posible señalar que la decisión del Tribunal Colegiado, correctamente revocada por la Primera Sala, fue generadora, en primer lugar, de discriminación directa al padre de las niñas al determinar que él no puede y no debe ejercer la guarda y custodia de sus hijas basándose, para resolver lo anterior, en estereotipos relacionados con el sexo y el rol de género del padre (distinción no razonable). Pero, en segundo lugar, dicha resolución también tuvo como resultado una discriminación indirecta al tener un impacto adverso en el reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres

²⁰ Facio, Alda, *Cuando el género suena cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, San José, ILANUD Programa Mujer, Justicia y Género, 1996.

al reafirmar roles de género adscritos históricamente que impiden salir del estereotipo del cuidado familiar como un elemento de su naturaleza, y el modelo ideal de la organización de la familia en el entorno social contemporáneo.

La sentencia no solo evidencia un entorno distinto en el ámbito de la igualdad, por el que la Suprema Corte ha ido recorriendo los caminos más solventes en el derecho comparado y el derecho internacional, a efecto de aplicar un control estricto de las distinciones basadas en categorías sospechosas, sino que además ha potenciado toda una reconfiguración del derecho de familia en clave constitucional. Esto ha permitido ir moviendo el lastre que el patriarcado representa en nuestra sociedad teniendo a las herramientas jurídicas a su favor, y ha demostrado que el derecho puede realmente socavar enclaves sociales anquilosados.

Seguramente una de las líneas jurisprudenciales de la Suprema Corte, como Tribunal Constitucional a partir de la reforma a la Constitución de 1994 y la rampante resolución de casos sobre derechos humanos que ha asumido en los últimos lustros, sea la configuración del derecho de familia como derecho constitucional de los derechos humanos. Sin duda, las distintas formas de relación familiar entre las personas, marcadas por la homologación en su conformación orgánica, un trato desigual a sus miembros,²¹ así como la heteronormatividad y la consideración de lo “natural”, plasmadas en los códigos correspondientes, han abierto paso a una configuración desde el derecho a la igualdad, los aportes de los movimientos feministas y la perspectiva de género, que han favorecido radicar en un problema de constitucionalidad cuestiones que se satisfacían en la esfera del código y que, a partir de prohibiciones basadas en estereotipos, reducían de manera drástica el ejercicio de los derechos humanos comprometidos en la organización de la familia.

²¹ Espejo Yaksic, Nicolás, “La constitucionalización del derecho familiar”, en Espejo, Nicolás e Ibarra, Ana María (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019, p. 4.

Por otra parte, la constitucionalización del derecho de familia ha tenido también una potente finalidad política, hacia adentro y hacia afuera del propio núcleo familiar, a partir de la cual se puede apreciar a los derechos humanos, no solo desde su dimensión vertical, en donde su respeto y protección es responsabilidad de los servidores públicos, sino también desde su dimensión horizontal para intervenir de manera más efectiva en cualquier situación de hecho o de derecho que manifieste una relación asimétrica de poder ilegítima (es decir, basada en prejuicios o estereotipos) entre los miembros de la familia.

Por ello, hablar de la constitucionalización del derecho de familia es hablar de la penetración de la cultura de derechos humanos en las relaciones familiares y sus efectos en la forma en la que hoy entendemos el derecho familiar, de manera que los temas familiares, solucionados siempre en el ámbito privado, hoy se han constituido en nuevos ejes constitucionales que han impactado en la transformación y evolución del derecho de familia: interés superior de niñas, niños y adolescentes (quienes han dejado de ser vistos como sujetos de tutela para convertirse en sujetos de derechos); la transformación de diversas instituciones familiares como el matrimonio o la adopción; la recomposición del papel del Estado frente a la autonomía familiar (la cual no puede ejercerse en contra de las obligaciones que genera la responsabilidad parental); el derecho a la identidad sexo-genérica; el principio de igualdad aplicado, entre otras cuestiones, a la seguridad social, a la homoparentalidad, a la monoparentalidad, al derecho laboral o a criterios de guarda y custodia los cuales deben ser evaluados a la luz de la realidad social y familiar de niños y niñas bajo el entendido de que establecer soluciones uniformes implica, en muchas ocasiones, especular o aplicar criterios estereotipados de los roles familiares. Y justo para que, mediante el reconocimiento de las distintas modalidades de organización familiar, se proteja la igualdad, se evite la discriminación.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CABALLERO OCHOA, José Luis, “Feminismo y derechos humanos: las rutas del diálogo trazadas por el trabajo de Marta Lamas”, en Serur, Raquel y Vélez, Fabio (comps.), *Marta Lamas dialoga con XI*, cuaderno 16, México, UNAM, 2019.
- CABALLERO OCHOA, José Luis y García Huerta, Daniel, “Los rumbos jurisprudenciales de la interpretación conforme: alcances y límites sobre su aplicación en la Corte Suprema mexicana”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 41, julio-diciembre de 2019.
- COOK, Rebecca y CUSACK, Simone, *Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2010.
- ELLEMERS, Naomi, “Gender Stereotypes”, *Annual Review of Psychology*, Netherlands, vol. 69, 2018.
- ESPEJO, Nicolás e IBARRA, Ana María (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.
- FACIO, Alda, *Cuando el género suena cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, San José, ILANUD Programa Mujer, Justicia y Género, 1996.
- FIGUEROA, R., “Igualdad y discriminación”, en GONZÁLEZ, Felipe y VIVEROS, Felipe (eds.), *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*, Chile, Universidad Diego de Portales, 2000.
- FRASER, Nancy, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*, Nueva York, Columbia University Press, 2010.
- HERBIE DIFONZO, J., “From the Rule of One to Shared Parenting: Custody Presumptions in Law and Policy”, *Family Court Review*, Long Island, núm. 52, vol. 2, 2014.
- LAMB, Michael, *The Role of the Father in Child Development*, 4a. ed., New Jersey, John Wiley & Sons, 2004.

- LOUSADA AROCHENA, José F., *Fundamentos del derecho a la igualdad de mujeres y hombres*, México, Tirant lo Blanch, 2015.
- ORENGO, Stella A., *Gender Dimensions of Court Awarded Child Custody: A Case Study of the Nairobi Children's Court*, Nairobi, University of Nairobi, 2018.
- SALDAÑA PÉREZ, Lucero, *Poder, Género y Derecho. Igualdad entre Mujeres y Hombres en México*, México, CNDH, 2007.
- SCJN, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, México, SCJN, 2015.
- STRUCHINER, Noel y HANNIKAINEN, Ivar, "Gender Stereotypes Underlie Child Custody Decisions", *European Journal of Social Psychology*, Münster, vol. 49, núm. 3, 2019.
- VÁZQUEZ VALENCIA, Luis Daniel, "La razonabilidad y el contenido esencial de los derechos humanos: propuesta de un test", *Alegatos*, México, vol. 30, núm. 92, 2017.

AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 5490/2016: LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA FAMILIAR EN LA VÍA CIVIL

Adriana ORTEGA ORTIZ
Lucía MOTA CASILLAS
Victoria ORANTES JORDÁN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Contexto, antecedentes y decisión*. III. *Derecho a la compensación y obligación de juzgar con perspectiva de género*. IV. *Derecho a la justa indemnización*. V. *Procedencia de la vía civil para reclamar la reparación por violencia familiar*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo se centrará en analizar el contenido del amparo directo en revisión 5490/2016 con base en la perspectiva de género y el derecho de daños. Nos ocuparemos esencialmente de la forma en que la sentencia propone una nueva vía que trasciende la esfera penal —la cual pareciera ser la única alternativa que el Estado tiene para ofrecer a las víctimas de violencia—, para la reparación de los daños producidos por la violencia familiar o contra la pareja. Aunque este artículo se enfoca en destacar los logros de la sentencia, también esbozaremos algunas críticas cuando privilegia los remedios individuales al lidiar con el trabajo del hogar y los cuidados de personas dependientes o con la violencia basada en el género¹ perpetrada en específico contra mujeres.

¹ Para estas autoras es muy importante aclarar su comprensión de que la violencia basada en el género puede perpetrarse no solo contra mujeres sino contra

II. CONTEXTO, ANTECEDENTES Y DECISIÓN

A partir de la Ilustración y en la consolidación inicial de las democracias liberales donde el ámbito de privacidad era una esfera críticamente resguardada frente al Estado, más allá de cuál fuera el estatus jurídico de las mujeres como grupo o en su diversidad, se consideró a la violencia ocurrida en el ámbito protegido de las injerencias estatales —el hogar, la casa, las relaciones familiares— como un asunto privado. Es un hecho notorio que esa aproximación —por lo menos en el terreno jurídico— fue transformándose bajo la fuerza del feminismo militante que postulaba “lo personal es político”. A partir de estas concepciones ideológicas y de estos reclamos sociales, surgieron importantes instrumentos internacionales —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 las Mujeres, específicamente— que le dieron vuelta a la noción inicial pues estipularon contundentemente que la violencia contra las mujeres era una violación de derechos humanos. Esta concepción colocaba definitivamente la pelota en la cancha del Estado. Este avance tuvo —sin duda— distintas implicaciones positivas. Sin embargo, en esta avalancha terminaron por ocurrir —desde nuestro punto vista— cuestiones no tan afortunadas: la resolución de la violencia contra las mujeres se reservó al derecho penal —la forma más fácil que tiene el Estado para simular que cumple con sus obligaciones—² y se desdibujaron posibles soluciones tanto entre particulares, como

cualquier persona perteneciente a un colectivo oprimido con base en el género. En lo sucesivo utilizaremos en este artículo las expresiones violencia contra las mujeres, violencia familiar o violencia en las relaciones de pareja cuando venga al caso porque es el tema abordado en la sentencia. Donde sea posible, acudiremos al término violencia de género.

² Estas autoras sostienen que la penalización de las conductas de violencia basada en el género implica para el Estado los menores costos tanto económicos como políticos, pues el encarcelamiento de los responsables tiene una enorme fuerza simbólica, a pesar de que este encarcelamiento difícilmente constituye un remedio

aquellas modificaciones de fondo y estructurales para acabar de raíz la violencia contra las mujeres. Es decir, el Estado ha pretendido cumplir estos deberes utilizando los castigos penales al sembrar la de que la violencia contra las mujeres y las personas de la diversidad sexual solo puede resolverse con la prevención general y específica asociada con el derecho penal.³ Así, se ha engrosado el catálogo de delitos contemplados respecto de las violencias basadas en el género que sufren las mujeres, sin que esto haya resuelto la situación de vulnerabilidad en la que generalmente se encuentran.

Tras contemplar este tipo de violencia como una vulneración a derechos de carácter constitucional —o convencional— cuyas titulares son las mujeres, surgen para el Estado obligaciones de proteger estos derechos y los deberes específicos de prevenir razonablemente, investigar exhaustivamente, sancionar proporcionalmente —no exclusivamente penalmente— y reparar integralmente la violencia contra las mujeres, tal como le correspondía hacer respecto de otras violaciones de derechos humanos. De estas obligaciones, la de reparar integralmente siempre ha causado los mayores dilemas.

El derecho y la jurisprudencia internacional y regional coinciden en señalar que existe un deber de reparar el daño de manera integral, de ser posible con la restitución de la víctima en el goce del derecho violado o bien con una indemnización económica como compensación por los daños materiales e inmateriales sufridos. Desafortunadamente, no son del todo claros los mecanismos y recursos judiciales a los que las mujeres pueden acceder para obtener resarcimiento porque han sido víctimas de violencia familiar cuando la respuesta penal les resulta hostil.

estructural contra la violencia basada en el género, lo que significa que se combaten solo las consecuencias y no las causas de dicha violencia.

³ Llamamos prevención general al mensaje enviado por la norma penal a las personas sujetas a la jurisdicción de determinados Estados con el propósito de disuadir la comisión de conductas que atentan contra determinados bienes jurídicos. Llamamos prevención específica a la disuasión que se *logra* al someter a una persona concreta a un castigo penal.

Ante violaciones perpetradas por el Estado o sus agentes, el derecho es claro: las víctimas tienen derecho a exigir medidas de reparación, restitución, satisfacción y garantías de no repetición. Ahora bien, queda aún pendiente establecer cómo se accede a una reparación integral en el proceso penal, o cómo un agresor plenamente identificado pueda enfrentar consecuencias que no pasen por la justicia penal. Es decir, enfrentamos una curiosa paradoja: se ha logrado que el Estado entre —al menos formalmente— en la ecuación cuando se habla de violencia contra las mujeres como una violación de derechos humanos, pero su respuesta descansa en la responsabilidad individual al presentar a ese agresor como una anomalía del sistema, es decir, una persona a quien el Estado se opone y castiga para hacer justicia a las víctimas. Así, el papel del Estado queda reducido a la conducción adecuada del proceso penal y a la administración del castigo, lo cual evita que se comprometa en soluciones profundas. Por otro lado, es también complicado encontrar otras alternativas al alcance de las víctimas para que la responsabilidad de los particulares se deduzca en un ámbito distinto que atienda la diversidad de intereses, preocupaciones y pretensiones de las víctimas de violencia de género y los distintos escenarios en que se sitúan, lo que las hace desear otro tipo de soluciones. En este contexto aparece la sentencia que ahora comentamos.

Al resolver el amparo directo en revisión 5490/2016, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación enfrentó una pregunta central: ¿es posible caracterizar la violencia familiar como un hecho ilícito y, en consecuencia, dar lugar a una indemnización o reparación económica en favor de quienes la sufren y a cargo de quien la cometió?

Antes de relatar la forma en que fue respondida la pregunta y los argumentos que sustentaron dicha respuesta, conviene —para facilitar la comprensión y colocar a la sentencia en su justa dimensión— referir los hechos del caso. En la vía familiar, una mujer demandó del padre de su hijo —además de la compensación del 50% de los bienes— el pago de una indemnización por la violencia familiar ejercida contra ella y su hijo. En primera instancia, la jueza

declaró la disolución del vínculo matrimonial, determinó procedente la compensación del 50% de los bienes adquiridos bajo el régimen de separación en favor de la mujer y condenó al varón al pago de una indemnización por daño moral, al considerar que la violencia ejercida por este contra la mujer y su hijo vulneró sus derechos a la salud y dignidad. Ambas partes apelaron la decisión. En segunda instancia, la sala de apelación modificó los bienes que debían incluirse en la compensación, pero confirmó la condena por daño moral ocasionado por la violencia familiar. Esta decisión fue impugnada ante el tribunal colegiado —vía amparo directo— por ambas partes en los rubros que les perjudicaban. La mujer combatió la exclusión de ciertos bienes del acervo compensatorio y el demandado combatió el reparto de los bienes ordenado por el tribunal de apelación —a pesar del ajuste— argumentando que su cónyuge no se había dedicado de manera exclusiva al hogar y al cuidado de los hijos, y, previsiblemente, la condena por daño moral.

El tribunal colegiado concedió el amparo a la mujer para que el tribunal de apelación revaluara la exclusión de ciertos bienes. En cuanto al varón, concedió el amparo para que la sala de apelación revisara la procedencia del porcentaje de la compensación, asignado en un 50%, y, finalmente, revocó la condena por daño moral. El tribunal, a pesar de afirmar que no había duda sobre la ocurrencia de violencia, descartó que fuera aplicable a la controversia planteada el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que reconoce el derecho a una justa indemnización, pues esta sanción estaba reservada para el Estado cuando se ha vulnerado algún derecho fundamental. La mujer parte de este juicio cuestionó ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación la pertinencia de esa interpretación.

Un primer escalón para superar en este asunto era justo encontrar el tema de constitucionalidad. Esta determinación parece superficial pero no lo es de ninguna manera. La Suprema Corte debía reconocer —en principio— si esta discusión entre partes involucraba o no la protección de un derecho constitucional: una primera decisión que resulta medular para el entendimiento de esta

controversia y para la resolución a la que finalmente arriba la Suprema Corte. En este punto, la Suprema Corte asigna peso constitucional —por decirlo de algún modo— a la caracterización de la violencia familiar como un ilícito civil y opta por verificar la interpretación del derecho a la justa indemnización. Esta aproximación pudo simplemente basarse en las implicaciones de género involucradas en el caso. Sin embargo, introducir en la pregunta constitucional a resolver la cuestión de la justa indemnización anticipa lo que vendrá después.

Ya en el fondo, la Primera Sala estudia el caso acudiendo a su vasta jurisprudencia respecto a la forzosa y obligatoria aplicación de la perspectiva de género en los asuntos judiciales ante una situación de desventaja o de violencia de género. Así, la sentencia de la Primera Sala se inserta en la línea jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto a la valoración del trabajo no remunerado en el hogar, la existencia de una doble jornada y la necesidad de que el costo de oportunidad de la o el cónyuge que ha asumido —ya sea de manera exclusiva, preponderante o parcial— el trabajo del hogar y el cuidado sea resarcido.⁴

A nuestro juicio, esta confirmación es interesante en el caso. Reuérdese que parte del conflicto se centraba en el reparto compensatorio de los bienes. Sin embargo, dirigimos ahora nuestra mirada a la mayor aportación del caso a la evolución de las reparaciones en materia de violencia familiar: la caracterización de la violencia ocurrida en el ámbito de la familia como ilícito civil y susceptible de ser reclamado mediante un juicio por responsabilidad civil extracontractual. Esta caracterización es sugerente no sólo porque asigna una dimensión dañosa e indemnizable a la violencia ocurrida en el ámbito de las relaciones de pareja, sino porque ofrece un nuevo ángulo al asunto de la violencia y amplía el alcance de la justa indemnización como un derecho fundamental que rige también

⁴ Véase las siguientes decisiones amparos directos en revisión 2293/2013, 22 de octubre de 2014; 4909/2014, 20 de mayo de 2015; 1754/2015, 14 de octubre de 2015; 2730/2015, 23 de noviembre de 2016; 5490/2016, 7 de marzo de 2018, 3192/2017, 7 de febrero de 2018; entre otros.

las relaciones entre particulares. Esto abre una puerta distinta a la penal para las mujeres que buscan, según sus propias pretensiones de justicia, obtener una reparación por el sufrimiento padecido.

III. DERECHO A LA COMPENSACIÓN Y OBLIGACIÓN DE JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Para el estudio de la figura de compensación, la Primera Sala —como ya anticipamos— descansa sobre la línea jurisprudencial ya consolidada respecto a la obligación de las autoridades judiciales de aplicar la perspectiva de género al analizar cuestiones en las que se detecta una relación asimétrica basada en roles de género o una situación de violencia de género.⁵ Así, conforme a precedentes, desarrolla la figura de la compensación en la disolución del vínculo matrimonial celebrado bajo el régimen de separación de bienes. La compensación constituye un mecanismo para resarcir el perjuicio económico sufrido por el o la cónyuge que, por asumir responsabilidades domésticas y familiares, deja de recibir una remuneración económica. En este sentido, se destaca que su naturaleza es reparadora y no punitiva y cualquier cónyuge que se haya dedicado preponderantemente al hogar podría solicitarla.

Para esta sentencia, el término *preponderantemente* resulta fundamental. La sentencia argumenta que preponderancia no es exclusividad: el o la cónyuge tienen derecho a reclamar compensación aun cuando no hayan abandonado por completo el mercado laboral; basta con que, a pesar de recibir un sueldo, se haya dedicado en mayor medida al trabajo del hogar, completando así una doble jornada. Esto no es novedoso, más bien, se trata de una decisión que confirma la doctrina de la Primera Sala sobre la necesidad de prescindir de consideraciones que repliquen o agraven la discriminación que históricamente se ha ejercido contra las mujeres, la relación de

⁵ Véanse, entre otros, la contradicción de tesis 24/2004, así como los amparos directos en revisión 1996/2013, 2764/2013, 2287/2013, 2194/2014, 4909/2014 y 2405/2015.

desigualdad en las relaciones de poder entre el hombre y la mujer en la organización doméstica, así como su exclusión generalizada de los sectores públicos y privados. En este sentido, la sentencia insiste en que el caso debe ser analizado siguiendo los estándares de perspectiva de género para: 1) verificar la existencia de desventajas; 2) analizar si la normatividad aplicable provoca desigualdad o genera un impacto diferenciado en función del género y de ser necesario, y 3) valorar el acervo probatorio sin considerar estereotipos discriminatorios.⁶ Sin duda, el vínculo que existe entre la doble jornada y el rezago de las mujeres en el ámbito laboral es indisoluble. Por ejemplo, la sobrecarga estereotípicamente asignada a las mujeres, impacta negativamente sus oportunidades laborales y explica, entre otras consecuencias, la brecha salarial con base en el género. Este desequilibrio puede también ser un factor para perpetuar violencias en el hogar e imposibilitar que las mujeres abandonen situaciones sistemáticamente violatorias de sus derechos.

Finalmente, la Sala reconoce que, en efecto, los cuidados del hogar y las personas dependientes tiene valor económico, aunque sean trabajos no remunerados. Este argumento permitiría no solo entender que la compensación es la oportunidad para reparar los costos de oportunidad en que incurrió la persona que los realizaba,⁷ sino considerar que ese trabajo es más que nada una aportación económica y real a la adquisición de bienes en el matrimonio, por lo que el cónyuge que asumió el trabajo del hogar y el cuidado tendría derecho a participar del incremento patrimonial generado durante el matrimonio, pues ha contribuido a producirlo. También debiera significar a la larga la recuperación de la responsabilidad del Estado en retribuir ese trabajo, cuya *intangibilidad* se ha construido con imaginarios de abnegación natural y amorosa y del cual el Estado se beneficia pues desplaza a las cuidadoras una función que debiera corresponderle como un asunto social, considerando

⁶ Tesis 1a./J. 22/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 29, t. I, abril de 2016, p. 836.

⁷ *Op. cit.*, p. 1. Esta aproximación jurisprudencial ya aparecía y siguió apareciendo en los asuntos antes citados.

que las personas sujetas a la jurisdicción de determinado Estado necesitaremos ser cuidadas a lo largo de nuestra vida. Una aproximación aún pendiente en la mayoría de las jurisdiccionales constitucionales. Por solo poner un ejemplo, si el trabajo del hogar y los cuidados es trabajo y produce riqueza, debería disfrutar de las prestaciones de seguridad social.

La sentencia —como el resto de la jurisprudencia de la Suprema Corte en la materia— es ambigua. Por un lado, ubicarse en terrenos estructurales cuando apunta el valor económico al trabajo del hogar y el cuidado, pues devela una de las manifestaciones más evidentes de la explotación de las mujeres o de quienes desempeñan roles asociados con ellas. Por otro, todavía no evoluciona de remedios individuales, a cargo de personas individuales, a remedios a cargo del Estado quien tiene la mayor responsabilidad en la eliminación de la discriminación sistemática contra las mujeres.

En cuanto al caso —remedio individual—,⁸ la Sala no modificó la sentencia recurrida en lo concerniente a la compensación. La sentencia afirma que, aunque la cónyuge que se haya dedicado preponderantemente al trabajo del hogar tiene derecho a acceder a compensación, esta debe ser ponderada para estar en concordancia con los costos de oportunidad efectivamente perdidos, lo que a nuestro juicio resulta muy complicado de demostrar o valorar. Esto no implica forzosamente que esa exigencia o condición carezca de razonabilidad: cierto es que al tratarse de una reparación y no un castigo, la compensación debe atender a aquello que es necesario compensar y decidir la medida exacta de lo compensable; lo que no es evidente son los criterios y estándares con los que debe hacerse esa tasación. Esa exigencia también puede provocar injusticias al colocar la carga de la prueba en quien difícilmente puede producirla: la persona sometida a la doble jornada. En este punto,

⁸ Se distingue entre remedios individuales y estructurales. Los primeros pretenden determinar la vulneración de un derecho individual que ha sucedido en el pasado y ordenar su restitución; por el contrario, los estructurales buscan evaluar las consecuencias de un remedio para el futuro, de manera que se solucione el contexto general que ha ocasionado el conflicto.

debiera recordarse siempre la racionalidad y la intención final de la compensación: evitar un empobrecimiento injusto, lo que también debiera traducirse en evitar un enriquecimiento injusto. Queda asignar casuísticamente un contenido preciso y equitativo a esa fórmula en el terreno de las relaciones entre particulares, en especial cuando se trata de violencia basada en el género.

IV. DERECHO A LA JUSTA INDEMNIZACIÓN

El reconocimiento de la violencia familiar como una violación de derechos fundamentales —tales como el derecho de las mujeres a una vida libre de discriminación— no es algo gratuito ni meramente simbólico. Al contrario, como señalábamos antes, implica que el Estado asume ciertas cargas para la promoción, respeto y garantía de los derechos de las mujeres. En efecto, una vez que reconocemos que los derechos de las mujeres tienen el carácter de derechos humanos, corresponde al Estado proveer de las herramientas necesarias para que sean ejercidos, así como establecer cómo deben ser reparadas integralmente las víctimas, como lo exige la normativa nacional e internacional, cuando se les afecte este derecho. Es precisamente a partir de esta consideración que la sentencia lidia con la interpretación y el alcance que debe darse al artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁹ que fuera descartado por el tribunal como aplicable al caso. Dicho artículo establece que, ante la violación de un derecho protegido por la Convención, deben repararse a la víctima las consecuencias, así como pagarse una justa indemnización. En principio, la reparación consiste en la restitución del derecho violado; ante la imposibilidad de restituir algunos

⁹ El texto de la disposición dice: “Cuando 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. Dispondrá, asimismo, 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”.

derechos, se admite como reparación una compensación económica por daños materiales e inmateriales.

La Primera Sala reconoció que en el ámbito internacional las reparaciones constituyen —más bien— consecuencias jurídicas ante la responsabilidad internacional del Estado, más que un derecho de las víctimas. Sin embargo, la Suprema Corte ya había entendido el concepto de justa indemnización como un derecho fundamental con efectividad en las relaciones entre particulares. En efecto, la jurisprudencia de la Suprema Corte distingue el propósito de este derecho en el contexto de un juicio de daños: en los casos de responsabilidad civil, se atribuye responsabilidad a personas concretas y por acciones ilícitas específicas e identificables, a diferencia del sistema interamericano en el que se atribuye responsabilidad al Estado en conjunto por violaciones sistemáticas a los derechos.

Con estas distinciones, se defiende su aplicación en juicios de responsabilidad civil y responsabilidad patrimonial del Estado, conforme a las reglas y procedimientos civiles o administrativos, respectivamente. En los juicios de daños, según su naturaleza civil, se ha entendido que la justa indemnización debe perseguir una reparación integral, es decir, el volver las cosas al estado anterior a la vulneración y de no ser posible, acudir al pago de una indemnización. De esta manera, se pretende que la compensación satisfaga los deseos de justicia de la víctima, pero también se busca disuadir conductas ilícitas futuras.

V. PROCEDENCIA DE LA VÍA CIVIL PARA RECLAMAR LA REPARACIÓN POR VIOLENCIA FAMILIAR

Como se ha adelantado, la sentencia de la Suprema Corte consideró que la violencia familiar constituye un hecho ilícito cometido entre particulares y, por ello, es posible demandar la reparación del daño patrimonial o moral por la vía civil. En el derecho de daños, se define la responsabilidad civil como la necesidad de resarcir los daños ocasionados como consecuencia del incumplimiento de un deber

—como el genérico de no dañar a otras personas— y constituye una sanción económica impuesta a quien violenta el orden normativo, cuando obra con culpa o negligencia. Su principal objetivo es la reparación: restablecer el equilibrio roto por el autor del daño entre su patrimonio y el de la víctima. Se ha sostenido también que tiene un aspecto preventivo, pues convence a las personas de actuar con prudencia para evitar la erogación de un pago a otras personas por sus actos dañinos. Finalmente, se ha reconocido también el aspecto punitivo —como pena privada— en casos donde se establece una indemnización para las víctimas de un daño moral. Para que surja la responsabilidad civil, debe probarse que concurren algunos elementos, los cuales fueron retomados por la sentencia para adecuarse a los casos en que se busca reparar los daños ocasionados con motivo de la violencia familiar.

1. *Elementos de la responsabilidad civil:
su aplicación para casos de violencia familiar*

La responsabilidad civil exige, por regla general, cuatro elementos: el incumplimiento de una obligación, esto es, un hecho ilícito o conducta antijurídica; un daño material o moral; un nexo causal entre el incumplimiento del deber y el daño como resultado del primero, y la culpa o negligencia de quien ha provocado el daño.

Para efectos de la responsabilidad civil, el hecho ilícito es la acción u omisión de una persona que provoca un daño como consecuencia de haber incumplido un deber de cuidado o algún deber establecido en una norma. En este sentido, la sentencia reconoció que el derecho a vivir en un entorno familiar libre de violencia es un derecho humano que deriva de los derechos a la vida, salud, dignidad, igualdad y al establecimiento de condiciones para el desarrollo familiar previstos en los artículos 1o., 4o. y 29 de la Constitución, así como en diversos tratados internacionales.¹⁰ La Ley General

¹⁰ Véanse la Convención sobre los Derechos del Niño, Convención de Belem do Pará, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación

de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia,¹¹ recogiendo la conceptualización de la Convención Interamericana para la Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, define la violencia familiar como cualquier acto u omisión dirigido a afectar o dañar psicológica, física, patrimonial, económica o sexualmente a cualquier integrante de la familia. Esta reconstrucción normativa que hace la Primera Sala la lleva a concluir que, de acuerdo con nuestro sistema jurídico, cualquier transgresión que encaje en alguno de los conceptos de violencia familiar constituye un hecho ilícito por contravenir normas de orden público.¹² El deber quebrantado se relacionaría —entonces— con un derecho humano reconocido a nivel internacional o nacional. Por lo tanto, el hecho ilícito adquiere un carácter constitucional, sin que ello cambie la vía por la que puede exigirse su reparación. A pesar de la construcción eminentemente civil del deber de reparar en la sentencia, se asoman elementos relacionados con la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos humanos, según la cual, los particulares también tendrían obligaciones en lo referente a la garantía de esos derechos.

Por otra parte, la responsabilidad civil exige la existencia de un daño. De un hecho ilícito se pueden desprender afectaciones tanto patrimoniales como extrapatrimoniales o morales y ambas deben ser indemnizadas. En el caso de los daños patrimoniales, la indemnización se centra en los gastos en que la víctima haya incurrido dado el ilícito, así como en los perjuicios, que son los beneficios económicos que la víctima dejó de recibir en consecuencia del hecho dañoso. En el caso del daño moral, la atención y reparación se centran en las afectaciones que se hayan causado a los sentimientos, honra, afectos —entre otros— de la víctima.

Contra la Mujer, y la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

¹¹ Artículo 7o.

¹² De hecho, se destaca que diversas legislaturas estatales —como las de Tabasco, Querétaro y Durango— ya han entendido la violencia familiar como un hecho ilícito susceptible de ser reparado a través de acciones de daños.

Particularmente en la valoración del daño —patrimonial o moral— las consecuencias actuales y futuras deben ser consideradas; vale decir, se debe tomar en cuenta las pérdidas o menoscabos ya sufridos al momento de dictar sentencia como también los daños o pérdidas que se producirán después de dictar sentencia y que sean consecuencia del daño sufrido. Para fijar un monto de indemnización con respecto a pérdidas o menoscabos futuros, la probabilidad de que estos sucedan debe ser, en principio, real y fundada. Nada impide —sin embargo— que, con base en la sentencia comentada, se forje una línea jurisprudencial relativa a la importancia que tiene el proyecto de vida de las personas para determinar el grado de afectación moral padecida, aunque esto resulte medianamente especulativo. En el caso de violencia familiar, el daño moral se actualiza por los sufrimientos y dolores físicos y psíquicos que se provocan en las víctimas, y se actualiza el daño patrimonial por todos aquellos menoscabos económicos derivados de la violencia. Es interesante destacar que la materialidad de los daños resulta más compleja en los casos de violencia familiar. Por eso, se insiste en el importante avance que implica esta sentencia. Podría, pensarse, por ejemplo, que bastaría con proporcionar medidas de rehabilitación como aquellas vinculadas a los tratamientos necesarios para resolver las secuelas inmediatas de la violencia familiar. Sin embargo, la sentencia da un paso adelante y ubica la principal afectación —a propósito de la violencia familiar— en el daño moral: un daño indemnizable ante la mera constatación del hecho dañoso. Si bien el daño moral se considera inconmensurable porque efectivamente lidia con lo intangible y así se le ha definido, su naturaleza inmedible implica que basta el hecho ilícito para comprender que debe repararse, sin necesidad de que cualquier sufrimiento sea probado, aunque sí debe ser argumentado.

No debemos perder de vista que las mujeres víctimas de violencia familiar pueden desarrollar problemas de salud física y emocional que inhibirían su capacidad para realizar un trabajo remunerado y —en consecuencia— recibir dinero, así como para participar en la vida pública. Por tanto, sus hijas corren un riesgo mayor de tener

problemas de salud, bajo rendimiento escolar y presentar trastornos del comportamiento. En cuanto a las consecuencias psicológicas, la sentencia explica que son tan graves como las físicas y así derivarían en depresión, ansiedad, angustia, confusión, comportamiento disociativo, ideas o intento de suicidio, incomunicación, aislamiento, bajas laborales, consumo de psicofármacos, abuso de alcohol y drogas, entre otras que serían, incluso, persistentes hasta mucho tiempo después de la cesación de la violencia.

La existencia de un nexo causal —tercer elemento de la responsabilidad civil— implica que el daño ocasionado a la víctima debe ser consecuencia del hecho ilícito cometido por el agente. En los casos de violencia familiar, esto implica que debe mostrarse que los daños psicológicos y costos económicos que resintió o resentirá la víctima provienen de la violencia ejercida por el agresor o que éste cometió el hecho dañoso. Una vez probado el daño, se debe ponderar el pago a cargo del agresor. La reparación del daño patrimonial puede comprender el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o el pago de daños y perjuicios.¹³

Para determinar la reparación económica derivada del daño moral, la Primera Sala retoma los elementos que ha establecido como factores a considerar para fijar una justa indemnización. En primer lugar, debe analizarse el tipo de derecho o interés lesionado; en segundo lugar, el nivel de gravedad del daño; en tercer lugar, los gastos devengados o por devengar derivados del daño moral; en cuarto lugar, el grado de responsabilidad del agente, y, en quinto lugar, la capacidad económica del agresor. Se destacó que las normas que establecen fórmulas fijas para determinar los montos de la indemnización son inválidas, pues deben más bien atenderse los criterios de justicia y razonabilidad y considerar la gravedad del daño, las consecuencias del ilícito que pueden ser múltiples e impactar otros derechos. Para ello, se retomaron los parámetros

¹³ Código Civil del Estado de Guanajuato, aplicable al caso. Artículo 1405. La reparación del daño debe consistir, a elección del ofendido, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

que ha establecido la Sala con la finalidad de cuantificar una indemnización justa: la naturaleza y extensión de los daños causados, la posibilidad de rehabilitación de la persona afectada, la pérdida de oportunidades de empleo, educación y prestaciones sociales, los daños materiales, los perjuicios inmateriales, los gastos de asistencia jurídica o médicos o psicológicos, el nivel de responsabilidad de las partes y la situación económica de las partes.

2. Consecuencias de la determinación: posibilidad de acceder a otras vías para la reparación del daño

Como se anticipara, ante los esfuerzos feministas de denunciar la violencia de género y trasladar lo privado a la esfera de lo público, la respuesta del Estado ha sido acudir a su fuerza punitiva y usar el derecho penal como una forma de prevención general y específica. Parece ser que la respuesta del Estado ha sido insuficiente y violenta —no solamente con el perpetrador a quien le queda a deber en temas de reinserción— sino también con las víctimas, dados los procesos revictimizantes y las altas tasas de impunidad. Esta respuesta del Estado también ha sido muy ilustrativa de la forma en la que históricamente se ha restado autonomía a las mujeres y cómo se invalidan sus decisiones en distintos espacios, incluida, por supuesto, la manera en que eligen resolver la violencia que padecen de acuerdo con sus propios entendimientos de justicia. El Estado que se rehúsa a construir y proveer soluciones, ya sea diversificadas o estructurales, que verdaderamente ataquen y balanceen la asimetría, finge rescatar a las mujeres, ignorando su voluntad y sus valoraciones, para finalmente colocarlas —no pocas veces— en mayor riesgo. En los casos de violencia familiar, las mujeres se ubican en contextos en los que no forzosamente les resulta conveniente, práctico ni deseable iniciar un proceso penal con la consecuencia de que el agresor sea sentenciado a pena de prisión.

En nuestra opinión, la principal preocupación debería ser aumentar la oferta de justicia para las personas, quienes, a partir

de las opciones disponibles y sus circunstancias, escogerían la opción más viable —desde su perspectiva— para resolver sus conflictos. Entre paréntesis, es conveniente llamar la atención sobre la existencia —irreflexivamente descartada por la legislación procesal penal y por los informes internacionales sobre violencia basada en el género— de medios alternativos de solución de controversias, tanto en el ámbito penal como en el civil. Aunque en materia familiar se debe ser especialmente cautelosa para no acendrar o menospreciar la asimetría de poder en el que surge la violencia, el deber del Estado continuaría siendo el establecimiento de las garantías necesarias para que cualquier negociación o procedimiento restaurativo se desarrolle en el mejor interés de las víctimas y con la reparación del daño como objetivo principal.

De pronto, pareciera, si se toma en cuenta la sentencia, que el Estado tiene otros recursos para sancionar la violencia de género. Aunque en el derecho de daños, la obligación de indemnizar se equipara a una sanción merecida una vez que se incurre en ilícito civil, es claro que esta respuesta es menos feroz que la respuesta penal. Esta sentencia insiste en que alguien reciba las consecuencias como perpetrador de un acto violento y lo haga con otro medio disponible al Estado. En este sentido, es un paso adelante para reconocer y respetar la autonomía de las mujeres ante sus diversos contextos y ante la imposible igualación de las expresiones y eventos de violencia.

A pesar de considerar que la sentencia implica un paso en el camino adecuado, es preocupante que cuando se hable de violencia de género en el ámbito de las relaciones familiares, se persista en atribuir responsabilidad individual y se permita al Estado evadir la necesidad —a su cargo— de construir remedios estructurales. Aunque la materia de la controversia no haya sido esta, bien pudo ofrecerse una argumentación aldeaña y aún más innovadora. Es verdad que la autoridad judicial en materia civil no tiene, en principio, la facultad de establecer remedios que atiendan las causas de la violencia o medidas no económicas para la reparación, como las de satisfacción y garantías de no repetición. Sin embargo, ante

problemáticas tan extendidas y que exacerban indudablemente la opresión ya padecida por ciertos grupos, una línea argumentativa a ese respecto habría dado a la sentencia una vocación transformadora. Un tribunal constitucional —de hecho, cualquier tribunal— debería ser capaz de proponer, aun a partir de casos concretos con causas comunes y estructurales, como es la discriminación contra las mujeres, soluciones que atiendan esas causas.¹⁴ En este sentido, es importante reconocer también las limitaciones de la determinación de la Primera Sala, pues si bien amplía el alcance de un derecho para regir las relaciones entre particulares, debe considerarse que la indemnización no implica responsabilizar al Estado por la vulneración de un derecho, sino, otra vez, darle la oportunidad de particularizar a un agresor. Además, aunque la sentencia visibiliza —hasta cierto punto— la desventaja y la asimetría de poder entre las partes, irónicamente el remedio sugerido (patrimonial) pareciera suponer que existe una igualdad procesal entre las partes y una igualdad de facto.

Es importante destacar también que las sanciones económicas resultan más efectivas cuando existe la posibilidad de pagarlas. Como se mencionó en el apartado anterior, uno de los parámetros que ha fijado la Primera Sala para fijar la indemnización por el daño moral —que es además una regla general en el derecho civil de daños— es la capacidad económica del responsable. ¿Qué pasa, entonces, con familias empobrecidas y marginadas? No sólo existe una imposibilidad de acceso para la víctima, sino que seguramente cualquier indemnización en dinero pondrá en riesgo el poco patrimonio de la familia. ¿Quién podría y tendría la obligación de reparar el sufrimiento derivado de la violencia padecida? Sabemos que, en nuestro contexto, la posibilidad de iniciar un proceso civil —o de cualquier otra naturaleza— depende de los recursos para enfrentar los costos del litigio, además de los largos procesos que igualmente

¹⁴ Al respecto, véase Saba, Roberto, “Control de constitucionalidad y desigualdad estructural”, en Saba, Roberto (ed.), *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿qué debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2019, e-book.

requieren de solvencia económica para sostenerlos. Por tanto, la vía abierta por la Suprema Corte, aunque abre una brecha y propone una solución inexplorada para la violencia de género, no resulta realistamente accesible para mujeres en situaciones de pobreza o marginación.

VI. CONCLUSIONES

La sentencia es novedosa en más de un aspecto. Su desarrollo y respuesta a la pregunta constitucional planteada permite atribuir nuevas consecuencias a la violencia de género y rompe el imaginario social largamente construido acerca de que la violencia es una causal de divorcio o un ilícito penal. Además, confirma la línea jurisprudencial de la Suprema Corte en cuanto a la obligación de juzgar con perspectiva de género¹⁵ ante situaciones concretas de desigualdad como la doble jornada o el menosprecio hacia las labores del cuidado del hogar o de las personas dependientes, y aporta —de manera particularmente destacable— el reconocimiento de la violencia familiar como un hecho ilícito indemnizable así como la confirmación de que lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en lo referente a la justa indemnización se extiende a las relaciones entre particulares.

Nos parece —como hemos expuesto previamente— que esta sentencia demuestra que existen otras respuestas y otros recursos jurídicos disponibles para las víctimas de violencia de género más allá de la alternativa penal. Proponer esto es dar un lugar definitivo

¹⁵ La perspectiva de género no supone una preferencia incondicional por las mujeres en todos los procesos en que participan, sino la conciencia de cómo su opresión histórica y sistemática ha determinado los resultados de sus encuentros con la justicia. Es claro también que dado que la perspectiva de género reconoce que el sistema-sexo género empieza a desplegar sus efectos excluyentes tan pronto asigna a la identidad sexual la fórmula binaria hombre-mujer, se entiende que la opresión padecida por las mujeres es compartida por otros colectivos, en especial las personas de la mal llamada “diversidad sexual” (se dice “mal llamada” porque la diversidad sexual es el mosaico de la humanidad).

y preponderante a la autonomía de las personas víctimas al no ignorar o uniformar las violencias ni los contextos en que se viven. Las víctimas ven ampliado su panorama por cuanto a las soluciones que realmente reflejen sus intereses. Esta sentencia es también una insinuación —quizá no suficiente y un tanto marginal— de que el Estado debe ocuparse de brindarles todas las opciones y herramientas para que salgan de la situación de vulneración en que se encuentran.

Esto último no significa que la sentencia ofrezca una argumentación sólida —ni siquiera periférica— respecto a la responsabilidad del Estado en verdaderos remedios que vayan al fondo de la discriminación estructural contra las mujeres, ocasión y causa de la violencia ejercida contra ellas, más allá del ajusticiamiento de perpetradores concretos, ni tampoco respecto a la adopción urgente de medidas redistributivas eficientes que permitan independencia económica a las personas cuidadoras que las condujeran a gozar de los beneficios de la seguridad social o acceder a la transferencia de recursos en forma de una especie de salario más allá de las reglas acerca del reparto justo y equitativo de los bienes habidos en el matrimonio.¹⁶

Así, aun cuando la sentencia hace un verdadero esfuerzo por confirmar el valor económico del trabajo del hogar y el cuidado, así como los efectos de la violencia de género en otros escenarios, vuelve a poner el acento en la responsabilidad individual,

¹⁶ En este punto nos referimos a las dimensiones de justicia propuestas por Nancy Fraser en su libro *Scales of Justice. Reimagining the Political Space in a Globalizing World*: reconocimiento, redistribución y representación. Según Fraser, el reconocimiento implica, en términos generales, la valoración de las distintas identidades y el papel que desempeñan en la sociedad; la redistribución implica el acceso a los canales donde se reparten los recursos y oportunidades, y la representación, la garantía de participar en las decisiones que afectan a determinados grupos. Cuando se habla de trabajo del hogar y del cuidado con valoración sin proponer un verdadero acceso al reparto de los recursos, se está en el terreno del mero reconocimiento sin llegar a la esfera de la redistribución. Véase Fraser, Nancy, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*, Nueva York, Columbia University Press, 2010, *passim*.

lo que la convierte en una decisión un tanto paradójica: por un lado, se hace cargo de la discriminación estructural de las mujeres y su explotación en la familia; por otro, llega a una solución que podría resultar elitista y que se enfoca, nuevamente, en la responsabilidad individual.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- SABA, Roberto, “Control de constitucionalidad y desigualdad estructural”, en SABA, Roberto (ed.), *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿qué debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2019, e-book.
- FRASER, Nancy, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*, Nueva York, Columbia University Press, 2010.

EL COMBATE A LOS ESTEREOTIPOS Y ROLES DE GÉNERO EN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN: UN PASO IMPRESCINDIBLE PARA EL LOGRO DE LA IGUALDAD SUSTANTIVA

María Elisa FRANCO MARTÍN DEL CAMPO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los estereotipos y roles de género*. III. *El amparo en revisión 59/2016 de la Segunda Sala de la SCJN*. IV. *Conclusiones*. V. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sostenido en su jurisprudencia constante que el principio de igualdad y no discriminación es el soporte de todo el andamiaje jurídico nacional e internacional, y que debe regir a todo el ordenamiento jurídico.¹ El principio de igualdad y no discriminación se encuentra ampliamente reconocido tanto en la Constitución Política de los

¹ *Cfr.*, *inter alia*, Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, párr. 101; Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de junio de 2005, párr. 184; Corte IDH, *Caso Atala Riffó y Niñas vs. Chile*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de febrero de 2012, párr. 79; Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de mayo de 2014, párr. 197; Corte IDH, *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 19 de noviembre de 2015, párr. 173; Corte IDH, *Caso Duque vs. Colombia*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de febrero de 2016, párr. 91.

Estados Unidos Mexicanos como en múltiples tratados internacionales, prácticamente todos los tratados internacionales en materia de derechos humanos lo reconocen.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) a través de distintas sentencias ha garantizado diversos derechos humanos a partir del principio de igualdad y no discriminación, ejemplo claro de ese tipo de sentencias es el Amparo en Revisión 59/2016 de la Segunda Sala de la SCJN (en adelante también AR 59/2016).

En el AR 59/2016 se da efecto útil al principio de igualdad y no discriminación a través del combate a los estereotipos y roles de género, que en el caso concreto representaban un obstáculo para el ejercicio de diversos derechos humanos como el derecho a la seguridad social, al interés superior de la infancia, y por supuesto, el derecho a la igualdad y no discriminación.

En el presente artículo se analiza el amparo en revisión 59/2016 de la Segunda Sala de la SCJN a partir de los conceptos de roles y estereotipos de género como elementos importantes para entender el alcance del principio de igualdad y no discriminación; así como la manera en que el combate a los estereotipos y roles de género, particularmente en la actividad jurisdiccional, hace posible avanzar hacia la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres, y de esta manera se abona para la garantía efectiva de todos los derechos humanos (tanto civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) para todas las personas, especialmente para las mujeres, quienes por motivos de género hemos enfrentado discriminación y violencia.

II. LOS ESTEREOTIPOS Y ROLES DE GÉNERO

1. *Estereotipos de género*

En la sentencia de *Campo Algodonero vs. México*, la Corte IDH definió por primera vez en su jurisprudencia los estereotipos de género como “una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres

respectivamente”,² consideramos muy valioso que la Corte IDH se ocupara de definir los estereotipos de género, ya que los visibiliza y permite entender que éstos imposibilitan la garantía del derecho humano de las mujeres a la igualdad y a la no discriminación, así como a una vida libre de violencia. En este sentido, en la sentencia se realiza un gran aporte al reconocer que los estereotipos son causa y consecuencia de la violencia de género en contra de las mujeres.³

En este orden de ideas, los estereotipos de género pueden ser entendidos como “etiquetas” que se colocan a las personas a partir de su género, es decir, desde lo que social y culturalmente se ha construido como propio de las mujeres y de los hombres,⁴ y que generalmente de no cumplirse tienen como consecuencia violencia y discriminación. Estos afectan a todas las personas, pero tienen un mayor impacto negativo en la vida de las mujeres, ya que históricamente los estereotipos de género asignados a “lo femenino” nos invisibilizan y nos colocan en una posición de subordinación frente a los hombres.⁵

En el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género desarrollado por la SCJN, a partir del *test* propuesto por Rebecca Cook y Simone Cusack,⁶ se señalan tres elementos que permiten identificar el impacto de los estereotipos de género en el ámbito jurídico: i) niegan un derecho, ii) imponen una carga y iii) marginan a una persona.⁷ De esta manera, los estereotipos de género son contrarios

² Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16 de noviembre de 2009, párr. 401.

³ *Idem*.

⁴ Para profundizar en el concepto de género se sugiere consultar Lamas, Marta, “Diferencias de sexo, género y diferencia sexual”, *Cuicuilco*, México, vol. 7, núm. 18, enero-abril de 2000, pp. 3-24.

⁵ Cfr. SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, SCJN, 2013, p. 49.

⁶ Cook, Rebecca y Cusack, Simone, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2009.

⁷ SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, *cit.*, p. 52.

al principio de igualdad y no discriminación al negar un derecho, imponer una carga o marginar a una persona por el simple hecho de ser mujer o ser hombre. Por lo tanto, combatir los estereotipos de género es un mandato constitucional y convencional a partir del principio de igualdad y no discriminación, que como se ha señalado *supra* tiene un sólido reconocimiento en nuestra Constitución Política y en los tratados internacionales.

En este orden de ideas, el combate y la erradicación de los estereotipos de género es una obligación para todas las autoridades. El Poder Judicial tiene la obligación de regirse por el principio de igualdad y no discriminación, así como de garantizar los derechos humanos de todas las personas, por lo tanto, tiene la obligación constitucional y convencional de combatir los estereotipos de género, ya que representan un obstáculo directo para la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres, asimismo impiden el pleno ejercicio de los derechos humanos a las mujeres.

Respecto a la obligación a cargo del Estado de combatir y erradicar los estereotipos de género el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante también Comité CEDAW) ha señalado lo siguiente:

[L]a aplicación plena de la Convención no solo exige de los Estados que tomen medidas para eliminar la discriminación directa e indirecta y para mejorar la situación de facto de la mujer, sino que también modifiquen y transformen los estereotipos de género y pongan fin a la aplicación injustificada de estereotipos de género negativos, que son causa fundamental y consecuencia de la discriminación contra la mujer. El Comité opina que los estereotipos de género se perpetúan a través de varios medios e instituciones, como son las leyes y los sistemas judiciales, y que pueden ser perpetuados por agentes estatales de todas las esferas y niveles de la administración...⁸

⁸ Comité CEDAW, *Caso RKB vs. Turquía*, Comunicación núm. 28/2010, julio de 2009, párr. 8.8.

En este sentido, la garantía efectiva de los derechos humanos de las mujeres, particularmente del derecho a la igualdad y no discriminación, implica necesariamente que todas las autoridades combatan los estereotipos de género, consideramos que el cumplimiento de esta obligación por parte del Poder Judicial es de la mayor trascendencia derivado del impacto que tienen sus decisiones, no solo en el caso concreto, especialmente por la vocación que tienen de generar cambios estructurales.

La identificación y combate a los estereotipos de género tiene una dimensión jurídica importante, ya que de esto depende que el principio de igualdad y no discriminación, con un sólido reconocimiento y desarrollo constitucional y convencional, tenga un efecto útil; así como la garantía efectiva de los derechos humanos, particularmente de las mujeres. Por lo tanto, es un tema que debe ser considerado y tomado con toda seriedad por las y los juzgadores al momento de analizar los casos y de dictar sus sentencias.

2. *Roles de género*

Una consecuencia de los estereotipos de género es la construcción de los roles de género, el Instituto Nacional de las Mujeres (Inmujeres) señala que estos representan “conductas estereotipadas por la cultura”,⁹ por lo que los roles de género pueden ser entendidos como el

conjunto de tareas, funciones y responsabilidades que producen expectativas y exigencias sociales para hombres y mujeres por el mero hecho de serlo. En esta asignación de funciones no se considera a las personas y sus intereses, capacidades y habilidades; el único factor considerado es el hecho de haber nacido hombre o mujer.¹⁰

⁹ Instituto Nacional de las Mujeres, *El impacto de los estereotipos y los roles de género en México*, México, Instituto Nacional de las Mujeres, 2007, p. 1.

¹⁰ Franco Martín del Campo, María Elisa, “Discriminación y violencia contra

En este sentido, los roles de género desconocen a las personas en lo individual y por lo tanto afectan su autonomía y capacidad de decisión.

A partir de los roles de género podemos distinguir dos grandes rubros de la organización del trabajo y de las actividades que se realizan en una sociedad: el rol reproductivo y el rol productivo, a las mujeres se nos ha encasillado en el primero mientras que a los hombres en el segundo.

El rol reproductivo consiste en el trabajo que se realiza al interior de los hogares como el de cuidados, no solo de hijas/os, también de personas enfermas, personas adultas mayores y personas con discapacidad; así como labores de limpieza y preparación de alimentos, entre muchas otras labores. El rol reproductivo ha sido históricamente invisibilizado y muy poco valorado.

Un avance importante que se ha hecho desde el ámbito jurídico en México para visibilizar y valorar el trabajo realizado al interior de los hogares ha sido el reconocimiento, con justicia, de que es propiamente trabajo y que tiene igual importancia al que se realiza fuera de éste. La SCJN al reconocer la existencia de la doble jornada laboral,¹¹ reconoce que es trabajo tanto el realizado fuera como dentro de los hogares, para la Primera Sala de la SCJN la doble jornada laboral se refiere a la que realizan las personas que se hacen cargo de las tareas del hogar y que también llevan a cabo un trabajo remunerado,¹² asimismo ha reconocido que la doble jornada laboral generalmente afecta a las mujeres.¹³

La doble jornada nos afecta de manera diferenciada a las mujeres como consecuencia de los estereotipos y roles de género, ya que

las trabajadoras del hogar en México. La urgencia de la ratificación del convenio 189 de la OIT”, *Este País. Tendencias y Opiniones*, México, núm. 313, mayo de 2017, p. 19.

¹¹ Cfr. Amparo directo en revisión 4883/2017 y Amparo en revisión 910/2016, ambos de la Primera Sala de la SCJN.

¹² Tesis: 1a. CCXXVIII/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 277.

¹³ Tesis: 1a. XLVI/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 55, t. II, junio de 2018, p. 968.

es una expectativa, con fuerza de exigencia en las sociedades, que las mujeres sean las principales responsables de la crianza de las y los hijos, así como de las actividades relacionadas con el hogar.

Respecto al rol reproductivo, en el que se ha encasillado a las mujeres, la Primera Sala de la Suprema Corte ha señalado lo siguiente:

los jueces no pueden obviar que dentro del funcionamiento de cada familia existe al menos una persona que debió haber realizado el trabajo doméstico, crianza o cuidado de dependientes... Así, en aras de proteger el derecho a la igualdad y no discriminación que debe regir a la compensación, y para evitar razonamientos estereotípicos acerca de los roles familiares, el elemento de “cotidianidad” en el trabajo del hogar contenido en el artículo 4.46 del Código Civil del Estado de México debe entenderse sólo como una exigencia de que estas cargas domésticas y de cuidado fueran asumidas de forma habitual o frecuente en mayor medida que la pareja, y no como un requerimiento de prioridad o exclusión sobre otras actividades.¹⁴

Los anteriores criterios de la SCJN visibilizan y dejan clara la importancia y aporte a la sociedad del rol reproductivo, es decir, del trabajo al interior de los hogares, que es realizado en su gran mayoría por mujeres. Estos criterios son ejemplo claro del combate a través de las sentencias de los estereotipos y roles de género que provocan discriminación y violencia. Queremos concluir este apartado señalando que los roles de género han provocado una situación de asimetría de poder y desventaja de las mujeres frente a los hombres, cuya consecuencia es la discriminación y violencia contra nosotras; por lo tanto, para lograr la igualdad sustantiva es indispensable un serio y comprometido combate a los estereotipos y roles de género desde todos los espacios de actuación estatal.

¹⁴ Tesis: 1a. CCXXVI/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 285.

3. *Algunas consecuencias de los estereotipos y roles de género para el ejercicio de los derechos humanos laborales*

Los estereotipos y roles de género representan grandes obstáculos para el ejercicio de múltiples derechos humanos, un claro ejemplo es el derecho humano a la igualdad y no discriminación y a una vida libre de violencia; pero también tienen un impacto negativo para el ejercicio de derechos laborales y derechos políticos, es decir, para que las personas puedan desarrollarse de manera plena en el ámbito laboral, así como participar en igualdad de condiciones en la vida pública de sus países.

En este apartado nos centraremos en las consecuencias negativas de los estereotipos y roles de género para el ejercicio de los derechos laborales de las personas. Nos parece importante empezar nuestro análisis señalando la gran brecha existente entre la tasa de participación económica entre mujeres y hombres. Para el año 2018, el 77.5% de los hombres, es decir, casi 8 de cada 10 pertenecen a lo que el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) denomina población económicamente activa; mientras que, la tasa de participación económicas de las mujeres es del 43.7%, por lo tanto, solamente 4 de cada 10 mujeres forman parte de la población económicamente activa.¹⁵ Esta disparidad tiene sus raíces en los estereotipos y roles de género, que como hemos señalado con antelación encasillan a las mujeres en el rol reproductivo.

Derivado de los estereotipos y roles de género muchas más mujeres que hombres trabajan en el sector informal lo que ocasiona que tengan barreras para el ejercicio de sus derechos humanos laborales básicos. La Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE)¹⁶ revela que el 55.3% de las mujeres económicamente activas no tienen acceso a trabajos formales, y aún más, el 77.4%

¹⁵ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Mujeres y Hombres en México 2018*, México, Instituto Nacional de las Mujeres-Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2018, pp. 123 y 124.

¹⁶ Estadística correspondiente al segundo trimestre de 2018.

de las mujeres trabajadoras subordinadas y remuneradas no disponen del servicio de guardería. Lo anterior no obstante que la propia ENOE señala que las mujeres ocupadas en el mercado de trabajo tienen instrucción media superior o superior en mayor proporción que los hombres: 41.2% de ellas frente a 35.4% de ellos.¹⁷

Una manifestación de los estereotipos y roles de género en el ámbito laboral es lo que se conoce como “segregación vertical”, es decir, la mayor concentración de mujeres y hombres en empleos que estereotípicamente se han considerado como femeninos o masculinos. Por ejemplo, la mayor presencia de hombres en profesiones como ingenierías o en sectores como la construcción, por otro lado, una mayor participación de mujeres en profesiones relacionadas con cuidados como enfermería o en el trabajo doméstico remunerado.

De acuerdo con el INEGI:

El 18.2% de los hombres se desempeñan en el sector agropecuario, entre la población femenina lo hace el 3.4 por ciento. Una situación similar se observa en la construcción, ya que el 12.9% de los hombres labora en ese sector, mientras que únicamente 0.9% de las mujeres... Por el contrario, en las actividades del comercio y de los servicios es superior el porcentaje de las mujeres ocupadas (25.0% y 53.7%, respectivamente).¹⁸

De esta manera encontramos que los estereotipos y roles de género marcan las profesiones y sectores en los que se desempeñan laboralmente tanto mujeres como hombres.

También como resultado de los estereotipos y roles de género se ha considerado que las mujeres no somos aptas para dirigir o estar en puestos de toma de decisión, de esta manera enfrentamos barreras diferenciadas para ascender en la carrera laboral, lo que se ha denominado como “techos de cristal”. Prueba de lo anterior es que

¹⁷ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Mujeres y Hombres en México 2018*, cit., p. 125.

¹⁸ *Ibidem*, p. 126.

en México solamente el 2.5% de las mujeres que forman parte de la población económicamente activa son empleadoras.¹⁹

Otra consecuencia de los estereotipos y roles de género es que el trabajo realizado por mujeres, tanto fuera como al interior de los hogares, sea valorado como inferior frente al de los hombres, prueba de ello es la existencia de una “brecha salarial”, es decir, que por un trabajo de igual valor las mujeres reciben un salario menor al que reciben los hombres. Sobre este tema la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha establecido que “la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo”.²⁰ Los roles de género al establecer que el lugar de las mujeres es al interior de sus hogares provocan que el trabajo realizado fuera del hogar sea considerado como menos importante o como “complementario” de la que debería ser su función principal de acuerdo con el rol reproductivo, lo que hace posible la brecha salarial, que es una clara expresión de discriminación por género.

De acuerdo con ONU Mujeres la brecha salarial a nivel mundial es del 25%, en la región latinoamericana es del 23%; y en México es del 16.5%.²¹ Si bien es cierto que la brecha salarial en México es menor a la existente en la región y a nivel mundial, es inadmisibles que las mujeres por motivos de género reciban un salario inferior por un trabajo de igual valor.

Además, con profundas raíces en los estereotipos, encontramos la violencia de género en el ámbito laboral, que se manifiesta de manera muy particular en el hostigamiento y el acoso sexual. De acuerdo con la más reciente Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las

¹⁹ *Ibidem*, p. 125.

²⁰ Convenio 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración de 1951. Para profundizar sobre este tema se sugiere consultar también la Recomendación número 90 de la OIT sobre igualdad de remuneración de 1951.

²¹ “Trabajo no pagado de mujeres supera ingresos petroleros, señala ONU”, *El Universal*, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/trabajo-no-pagado-de-mujeres-supera-ingresos-petroleros-senala-onu>.

Relaciones en los Hogares (ENDIREH), en México 26.6% de las mujeres que han trabajado han sido víctimas de violencia en el ámbito laboral: el 22.1% de las mujeres ha sufrido discriminación, el 11.2% de las mujeres ha sufrido violencia sexual, el 10.6% de las mujeres ha sufrido violencia psicológica.²²

De esta manera, encontramos que los estereotipos y roles de género provocan que menos mujeres formen parte de la población económicamente activa, que más mujeres estén en el sector informal con un claro impacto en el ejercicio de sus derechos laborales; así como la segregación vertical, los techos de cristal, la brecha salarial y la violencia laboral. El contexto presentado sobre los estereotipos y roles de género, así como su impacto en los derechos humanos, constituye el marco en el que analizaremos el amparo en revisión 59/2016 de la Segunda Sala de la Suprema Corte.

III. EL AMPARO EN REVISIÓN 59/2016 DE LA SEGUNDA SALA DE LA SCJN

La Segunda Sala de la Suprema Corte tuvo oportunidad de pronunciarse, a través de un amparo en revisión, sobre las restricciones al acceso al servicio de guarderías para hombres trabajadores. Proponemos el análisis de esta sentencia a partir de tres apartados: *i)* principales antecedentes, *ii)* derechos humanos analizados y *iii)* aportes de la sentencia para el logro de la igualdad sustantiva.

1. *Principales antecedentes del amparo en revisión 59/2016 de la Segunda Sala de la SCJN*

Antes de iniciar con los hechos que nos parecen más importantes para el análisis del AR 59/2016, queremos señalar que para hacer más clara y comprensible la narrativa utilizaremos nombres ficticios. Lo anterior derivado de que consideramos que la protección de datos personales que hace el Poder Judicial de la Federación

²² ENDIREH, 2016.

generalmente a través de asteriscos ocasiona que las sentencias sean difíciles de leer y más aún de comprender. No cuestionamos el resguardo de los nombres de las partes que intervienen en el conflicto jurídico que da lugar a la sentencia, lo que criticamos es que esta protección sea a través del uso de asteriscos.

En este sentido, altas cortes constitucionales, por ejemplo, la Corte Constitucional Colombiana, recurren a nombres ficticios para proteger los nombres de las personas involucradas;²³ mientras que la Corte IDH ha hecho uso de iniciales para resguardar el nombre de las víctimas.²⁴ Consideramos que ambos métodos permiten cumplir con el objetivo de resguardar la identidad de las personas que intervienen en la sentencia y no generan una barrera para la lectura y comprensión de éstas.

Juan y Margarita,²⁵ por su propio derecho y en representación de su hijo menor de edad, presentaron el 6 de marzo de 2015 una demanda de amparo indirecto señalando como autoridades responsables al Congreso de la Unión, al presidente de los Estados Unidos Mexicanos y a diversas autoridades del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), específicamente al Consejo Técnico, a la directora de prestaciones económicas y sociales, a la persona encargada del Departamento de Guarderías de la Jefatura de Prestaciones Económicas y Sociales de la Delegación de Estado de México Poniente, así como a la Subdelegación Naucalpan de la Delegación de Estado de México Poniente.

Los actos que reclamaron Juan y Margarita son los siguientes:

i) aprobación, expedición y promulgación de los artículos

²³ Un ejemplo de lo anterior es Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Tutela T-012 de 2016.

²⁴ Cfi. Corte IDH, *Caso J. vs. Perú*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 27 de noviembre de 2013; Corte IDH, *Caso I.V. vs. Bolivia*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 30 de noviembre de 2016, y Corte IDH, *Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 8 de marzo de 2018.

²⁵ Ambos nombres ficticios.

201²⁶ y 205²⁷ de la Ley del Seguro Social, *ii*) el artículo 171²⁸ de la Ley Federal del Trabajo, *iii*) artículos 2o.,²⁹ 3o.,³⁰ 9o.³¹ y

²⁶ Artículo 201. El ramo de guarderías cubre el riesgo de no poder proporcionar cuidados durante la jornada de trabajo a sus hijos en la primera infancia, de la mujer trabajadora, del trabajador viudo o divorciado o de aquél al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos, mediante el otorgamiento de las prestaciones establecidas en este capítulo.

Este beneficio se podrá extender a los asegurados que por resolución judicial ejerzan la patria potestad y la custodia de un menor, siempre y cuando estén vigentes en sus derechos ante el Instituto y no puedan proporcionar la atención y cuidados al menor.

El servicio de guardería se proporcionará en el turno matutino y vespertino pudiendo tener acceso a alguno de estos turnos, el hijo del trabajador cuya jornada de labores sea nocturna.

²⁷ Artículo 205. Las madres aseguradas, los viudos, divorciados o que judicialmente conserven la custodia de sus hijos, mientras no contraigan nuevamente matrimonio o se unan en concubinato, tendrán derecho a los servicios de guardería, durante las horas de su jornada de trabajo, en la forma y términos establecidos en esta Ley y en el reglamento relativo.

El servicio de guarderías se proporcionará en el turno matutino y vespertino, pudiendo tener acceso a alguno de estos turnos, el hijo del trabajador cuya jornada de labores sea nocturna.

²⁸ Artículo 171. Los servicios de guardería infantil se prestarán por el Instituto Mexicano del Seguro Social, de conformidad con su Ley y disposiciones reglamentarias.

²⁹ Artículo 2o. Para la aplicación de este Reglamento se entenderá por:...
IV. Trabajador: Se entenderá por el o los trabajadores, a la mujer trabajadora, al trabajador viudo o divorciado, a quien judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos, así como a los asegurados que por resolución judicial ejerzan la patria potestad y la custodia de un menor, siempre que estén vigentes en sus derechos ante el Instituto y no puedan proporcionar la atención y cuidados al menor.

³⁰ Artículo 3o. Quedarán protegidos por el ramo de guarderías las trabajadoras aseguradas del régimen obligatorio, así como aquellos trabajadores asegurados viudos o divorciados a quienes judicialmente se les hubiera confiado la guarda y custodia de sus hijos, mientras no contraigan matrimonio o entren en concubinato.

Los asegurados que causen baja en el régimen obligatorio conservarán el derecho a las prestaciones que otorga el ramo de guarderías, durante las cuatro semanas posteriores a la presentación del aviso correspondiente.

³¹ Artículo 9o. Los servicios de guardería se prestarán durante la jornada de trabajo del asegurado y siempre dentro de los días y horas que administrativamente tenga señalados la guardería para la prestación del servicio.

16³² del Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guardería del IMSS, *iv*) el punto 8.13³³ de la Norma que establece las disposiciones para la operación de la Guardería del IMSS, *v*) la emisión del oficio de 16 de enero de 2015, a través del cual se negó al hijo de los quejosos el acceso al servicio de guardería, y *vi*) la negativa de admitir las solicitudes de inscripción a su hijo a alguna de las estancias infantiles de la Subdelegación Naucalpan, del IMSS.

Las personas quejasas consideraron que los anteriores actos reclamados violan el derecho humano a la no discriminación, el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres y el derecho a la seguridad social; asimismo, consideran que los actos reclamados son contrarios al interés superior de la infancia. Queremos destacar que el planteamiento que realizaron las personas quejasas respecto a los derechos humanos que consideran les son violados, incluye derechos humanos constitucional y convencionalmente reconocidos. En este sentido, se alegaron violaciones a los artículos 1o., 4o. y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a la CEDAW, a la Convención de Belem do Pará, a la Convención de los Derechos del Niño y a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Respecto a que las personas quejasas aleguen violaciones a derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, por un

En casos excepcionales y previa comprobación por parte del trabajador al personal autorizado de la guardería, se concederá un tiempo extraordinario que en ningún caso excederá de noventa minutos, para efecto de que el trabajador pueda recoger al menor.

³² Artículo 16. El trabajador deberá informar a la guardería los cambios en sus días de descanso, vacaciones, número telefónico, domicilio, ubicación de su centro de trabajo, horario de labores o cualquier otro dato relacionado con las personas autorizadas para recoger al menor.

³³ 8.1.3 El servicio de guardería se proporcionará a los hijos de la mujer trabajadora, del trabajador viudo o divorciado o de aquél al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos y se podrá extender a los asegurados que por resolución judicial ejerzan la patria potestad y la custodia de un menor, siempre y cuando estén vigentes en sus derechos ante el Instituto.

lado obliga a las y los juzgadores en materia de amparo a analizar dichos instrumentos, y por otro, refleja claramente la construcción de un nuevo paradigma constitucional en nuestro país a partir de las reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos de junio de 2011, así como de la aprobación de la Ley de Amparo de 2013 y de criterios relevantes de la Suprema Corte como el Expediente Varios 912/2010 y la Contradicción de Tesis 293/2011.

La demanda de amparo indirecta presentada por Juan y Margarita fue conocida por el Juzgado Primero de Distrito del Segundo Circuito (que corresponde al Estado de México), quien determinó sobreseer el juicio de amparo, es decir, no conocer del fondo. Frente a esta decisión las personas quejasas presentaron recurso de revisión ante Tribunal Colegiado de Circuito con la solicitud de reasunción de competencia por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El asunto fue remitido por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Segundo Circuito a la SCJN.

Consideramos que los hechos y antecedentes narrados con antelación proporcionan un contexto suficiente para el análisis de la sentencia de amparo en revisión 59/2016 dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte, por lo que con estos elementos estaremos en posibilidad de analizar cómo la SCJN, a través de dicha sentencia, garantizó el derecho humano a la igualdad y no discriminación a partir del combate a los estereotipos y roles de género; asimismo garantizó el derecho a la seguridad social de las personas quejasas y dio un efecto útil al interés superior de la infancia.

2. *Principales derechos humanos analizados*

A continuación, presentaremos los derechos humanos que la Segunda Sala de la SCJN garantizó a través del AR 59/2016, para efectos de exponer de manera ordenada los principales argumentos de la SCJN dividimos este apartado en tres grandes rubros: derecho a la igualdad y no discriminación, seguridad social e interés superior de la infancia.

A. *Derecho a la igualdad y no discriminación*

Las normas de la Ley del Seguro Social, la Ley Federal del Trabajo y del Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guardería del IMSS que fueron impugnadas por Juan y Margarita, citadas *supra*, son inconstitucionales e inconventionales al violar el derecho a la igualdad y no discriminación por contener estereotipos y roles de género.

Las señaladas normas limitan a los hombres trabajadores para acceder al servicio de guardería para sus hijos/as o niños/as cuya guardia y custodia esté a su cargo, ya que establecen que solamente podrán tener acceso si se encuentran en alguno de estos tres supuestos: *i*) ser viudo o divorciado, *ii*) que judicialmente tenga la custodia de sus hijos/as, y *iii*) que por resolución judicial ejerza la patria potestad y la custodia de un niño/a. Estas normas son claramente el resultado de estereotipos y roles de género, según los cuales el cuidado de las y los niños corresponde a las mujeres, y excepcionalmente a los hombres, como se refleja en los tres supuestos anteriores.

La Segunda Sala de la Suprema Corte determinó que este trato diferenciado para los trabajadores hombres en relación con las mujeres trabajadoras es injustificado, y por lo tanto configura discriminación en términos de los artículos 1o. y 4o. constitucionales.

Si bien es cierto que estas normas limitan a los hombres por motivos de género para el acceso a guarderías para sus hijos/as o niños/as cuya guardia y custodia esté a su cargo, y por lo tanto les discriminan, resulta imposible dejar de analizar que estas normas implican discriminación contra las mujeres, ya que parten del estereotipo y rol de género reproductivo según el cual las mujeres debemos encargarnos del cuidado de las y los hijos. En este sentido, en el AR 59/2016 se reconoce que “este trato diferenciado deriva de la asignación a la mujer del rol de cuidado de los hijos, por el solo hecho de serlo, lo que implica un estereotipo de género, esto es, la preconcepción de que es a la mujer a la que le corresponde la responsabilidad de la crianza, la atención y el cuidado de los

hijos”. Por lo tanto, la discriminación por motivos de género analizada en el AR 59/2016 de la Segunda Sala afecta a los hombres y a las mujeres.

Una lectura con perspectiva de género de las normas de la Ley del Seguro Social, la Ley Federal del Trabajo y del Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guardería del IMSS citadas *supra*, permite concluir que detrás de ellas se encuentra la idea de que los hombres no “necesitan” guarderías para sus hijos/as porque a quien le toca desempeñar ese rol es a una mujer, y, por lo tanto, en el entorno de ese hombre trabajador debe “existir” una mujer que desempeñe esa tarea. Confirma lo anterior el artículo 3o. del Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guardería del IMSS que establece que los hombres que pueden acceder a guarderías, que son solamente quienes se encuentran en los tres supuestos arriba señalados, pierden este acceso si se casan o entran en concubinato.

Respecto a este punto, la Segunda Sala consideró que el artículo 3o. del Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guardería del IMSS asigna “a la mujer un determinado papel en razón exclusivamente del género, reafirmando la visión estereotipada y situación de desventaja que permea en la norma, reduciendo a la mujer al papel del cuidado del hogar y los hijos”. Coincidimos plenamente con esta conclusión de la Suprema Corte, ya que la barrera legalmente diseñada para que los hombres trabajadores accedan al servicio de guarderías tiene su asidero en el rol de género asignado a las mujeres.

En este sentido, Margarita señaló en sus conceptos de violación que “las normas impugnadas me perjudican de manera particular por violentar el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, ya que aquéllas tienen como consecuencia una desigualdad en la corresponsabilidad del cuidado de los hijos”, y esta desigualdad en la corresponsabilidad del cuidado de hijas e hijos afecta de manera diferenciada y desproporcionada a las mujeres, ya que representa un obstáculo para el ejercicio de sus derechos laborales, por ejemplo, con la doble jornada laboral, que ya ha sido analizada en el presente artículo.

El preámbulo de la CEDAW reconoce lo siguiente sobre la corresponsabilidad en el cuidado de hijas e hijos:

Teniendo presentes el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto,

Reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia...

La CEDAW señala que la corresponsabilidad en las labores de cuidado es indispensable para avanzar hacia la igualdad sustantiva, y que, de esta manera, las mujeres podamos ejercer en igualdad de condiciones todos nuestros derechos humanos. En este sentido, la Segunda Sala de la Suprema Corte concluyó en el AR 59/2016 que los cuidados de hijas e hijos es una responsabilidad compartida de los padres que deben participar y asumir en igual medida. Para que las mujeres podamos participar y construir en igualdad de condiciones en la vida pública de nuestras sociedades y países resulta indispensable que los hombres se incorporen al trabajo al interior de los hogares y asuman su corresponsabilidad en las labores de cuidado.

B. *Seguridad social*

La restricción de acceso a servicios de guardería para las y los hijos de hombres trabajadores viola su derecho a la seguridad social, ya que se trata de una distinción no objetiva ni razonable, y, por tanto, discriminatoria para el ejercicio de este derecho.

De acuerdo con el artículo 123 constitucional la seguridad social tiene como finalidad elevar la calidad de vida de la persona

trabajadora y de su familia, lo que genera la obligación del Estado de establecer un sistema integral para la tranquilidad y bienestar de las personas trabajadoras y sus familias. En este sentido, en el AR 59/2016 de la Segunda Sala se señala que el servicio de guardería que prevé la Ley del Seguro Social tiene como objetivo la protección y bienestar de las personas trabajadoras y sus familias.

De esta manera, la decisión de la Segunda Sala de la SCJN que establece que la distinción entre hombres trabajadores y mujeres trabajadoras para el acceso al servicio de guarderías es contraria al principio de igualdad y no discriminación y por lo tanto no debe aplicarse, garantiza el derecho a la seguridad social.

C. Interés superior de la infancia

Por último, la Segunda Sala de la SCJN analizó los derechos de las y los niños a través del principio del interés superior de la infancia ya que consideró que la restricción a los hombres trabajadores para acceder a guarderías para sus hijos/as tiene un impacto directo en los derechos de la niñez.

El interés superior de la infancia tiene un sólido desarrollo convencional, constitucional, legal y jurisprudencial. La Convención sobre los Derechos del Niño establece de manera consistente que en todas las decisiones y medidas que sean tomadas por el Estado, la sociedad y la familia respecto a niños y niñas se considerará de manera primordial su interés superior.³⁴ El artículo 4o. constitucional establece que todas las decisiones y actuaciones estatales deben regirse por el principio de interés superior de la infancia para garantizar de manera plena todos sus derechos humanos. Asimismo, el interés superior de la niñez se encuentra reconocido y ampliamente desarrollado en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.³⁵

³⁴ Artículos 3o., 9o., 18, 20, 21, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

³⁵ Artículos 2o., 3o., 4o., 6o., 18, 19, 22, 23, 24, 26, 27, 30, 30 bis 1, 30 bis 2,

La Corte IDH ha establecido en su jurisprudencia constante que

[C]uando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.³⁶

El interés superior de la infancia es un principio rector en todo caso que involucre a niños/as, que junto con el principio de no discriminación, el derecho a ser oído y participar, así como el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo; deben guiar toda la actuación estatal en materia de infancia.³⁷

La Suprema Corte ha establecido que

el interés superior del menor prescribe que se observe en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño, lo que signifi-

30 bis 9, 31, 33, 42, 50, 68, 76, 77, 81, 83, 86, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 97, 106, 109, 114, 116 y 123 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

³⁶ Corte IDH, *Caso Bulacio vs. Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, párr. 134; Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 8 de julio de 2004, párr. 163; Cfr. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, OC-17/02, 28 de agosto de 2002, párr. 56; Corte IDH, *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 2 de septiembre de 2004, párr. 160; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yákye Axa vs. Paraguay*, sentencia de fondo reparaciones y costas, 17 de junio de 2005, párr. 172; Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 8 de septiembre de 2005, párr. 134; Corte IDH, *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 15 de septiembre de 2005, párr. 152; Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2010, párr. 201; Corte IDH, *Caso Atala Riffó y Niñas vs. Chile*, cit., párr. 108.

³⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 9 de marzo de 2018, párr. 152.

ca que, en cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a que se atenderá, lo cual incluye no sólo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas.³⁸

Asimismo, ha señalado que el interés superior de la infancia es un concepto triple, ya que es un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental, así como una norma de procedimiento.³⁹

El principio del interés superior de la infancia es un tema muy importante en el AR 59/2016 de la Segunda Sala, ya que le permitió a la SCJN realizar un análisis completo de las violaciones a múltiples derechos humanos que representan las restricciones al acceso al servicio de guarderías a padres trabajadores. En este sentido, la Segunda Sala concluyó que la negativa a los padres trabajadores de acceso a guarderías para sus hijos/as o niños/as cuya guardia y custodia esté a su cargo viola los derechos de la niñez por contrariar al interés superior de la infancia, pues les priva de un lugar adecuado para su desarrollo y cuidado mientras su padre trabaja.

3. Aportes del Amparo en Revisión 59/2016 de la Segunda Sala de la SCJN para el logro de la igualdad sustantiva

En el amparo en revisión 59/2016 de la Segunda Sala se da un efecto útil al principio de igualdad y no discriminación, así como se garantiza el derecho a la igualdad sustantiva al combatir estereotipos y prejuicios de género, específicamente el que encasilla a las mujeres como cuidadoras y principales responsables del cuidado de las y los hijos.

³⁸ Tesis: 2a./J. 113/2019, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 69, t. III, agosto de 2019, p. 2328.

³⁹ *Idem*.

En la sentencia se aplica la metodología para juzgar con perspectiva de género que ha sido desarrollada por la propia Suprema Corte.⁴⁰ En este sentido, se cuestionaron los estereotipos y roles de género inmersos en las normas analizadas y se consideraron inconstitucionales por reproducirlos; por lo tanto, en la sentencia se combaten los estereotipos y roles de género que señalan que las mujeres somos quienes tenemos la responsabilidad de hacernos cargo del cuidado de hijos/as, es decir, el rol de cuidadoras. La sentencia es clara al señalar que las labores de cuidado no son exclusivas de las mujeres y establece que es una obligación que debe ser asumida de manera compartida y en condiciones de igualdad por mujeres y hombres, las restricciones al acceso a guarderías para los hombres trabajadores imposibilitan lo anterior y constituyen un verdadero obstáculo para la igualdad sustantiva.

En este contexto, consideramos que uno de los principales aportes de esta sentencia es establecer que hombres y mujeres son corresponsables del cuidado de las y los hijos, nos parece especialmente valioso que para el análisis de este tema la Segunda Sala de la Suprema Corte tuvo como referente el interés superior de la infancia. Por lo tanto, como ambos padres son corresponsables en el cuidado de las y los hijos, los hombres trabajadores deben estar en posibilidades de acceder al servicio de guarderías.

La Segunda Sala de la SCJN concluyó que las normas de la Ley del Seguro Social, la Ley Federal del Trabajo y del Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guardería del IMSS que restringen el acceso de los hombres trabajadores al servicio de guarderías se fundan en estereotipos y roles de género, por lo que son discriminatorias. Por lo tanto, la Segunda Sala concedió el amparo a las personas quejas con los siguientes efectos:

Concede el amparo para el efecto de que el Departamento de Guarderías de la Jefatura de Servicios de Prestaciones Económi-

⁴⁰ Para conocer más sobre esta metodología se sugiere consultar Tesis: 1a./J. 22/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 29, t. II, abril de 2016, p. 836.

cas y Sociales del Estado de México prescinda de la distinción a que se refieren los artículos 201 y 205 de la Ley del Seguro Social; 2 y 3 del Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guardería del Instituto Mexicano del Seguro Social y el artículo 8.1.3 de la Norma que establece las disposiciones para la operación del Servicio de Guardería del Instituto Mexicano del Seguro Social... el Departamento de Guarderías... habrá de emitir una nueva resolución en la que se otorgue el servicio de guardería a los quejosos bajo los mismos términos y condiciones que a las madres aseguradas...

Por último, en los efectos del amparo la Segunda Sala consideró la alta demanda que tiene el servicio de guarderías y señaló que el trámite de las personas quejasas debía realizarse conforme al grado de preferencia que tengan frente a otras personas que solicitaran previamente el acceso al servicio de guarderías.

El AR 59/2016 de la Segunda Sala de la Suprema Corte representa un claro ejemplo de combate a los estereotipos y roles de género a través de una sentencia, lo que consideramos un importante aporte para el logro de la igualdad sustantiva, ya que no solamente en el caso concreto tiene un impacto, que *per se* es valioso ya que hace posible que las personas quejasas tengan acceso al servicio de guarderías; esta sentencia tiene un impacto en todo el sistema al reconocer que detrás de las normas que restringen el acceso al servicio de guarderías para los hombres trabajadores se encuentra un estereotipo y rol de género que históricamente ha encasillado a las mujeres como cuidadoras, y además, reconoce la corresponsabilidad de hombres y mujeres en el cuidado de las y los niños.

IV. CONCLUSIONES

Los estereotipos y roles de género son socialmente construidos, por lo que necesariamente están inmersos en las normas jurídicas, por lo tanto, es indispensable que las y los juzgadores los identifiquen y combatan a través de sus sentencias, ya que provocan

discriminación y violencia, como acertadamente lo ha señalado la Corte IDH. En este sentido, el combate a los estereotipos y roles de género es un mandato constitucional y convencional que se desprende del principio a la igualdad y no discriminación.

El AR 59/2016 de la Segunda Sala de la SCJN es un ejemplo claro de una sentencia en la que se da efecto útil al principio de igualdad y no discriminación, así como se garantizan derechos humanos a través del combate a estereotipos y prejuicios de género; asimismo, pone de relieve el importante papel que juega el Poder Judicial para el logro de la igualdad sustantiva, sin la cual no es posible la consolidación de un auténtico Estado de derecho.

Para alcanzar la igualdad sustantiva queda un largo camino por recorrer, pero con esta sentencia se da un importante y necesario paso para combatir estereotipos y roles de género que impiden que hombres y mujeres podamos disfrutar plenamente de todos nuestros derechos humanos.

V. REFERENCIAS

- Amparo Directo en Revisión 4883/2017 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Amparo en Revisión 59/2016 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Amparo en Revisión 910/2016 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Comité CEDAW, *Caso RKB vs. Turquía*, Comunicación núm. 28/2010, julio de 2009.
- Contradicción de Tesis 293/2011 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Convenio 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración de 1951 de la Organización Internacional del Trabajo.
- COOK, Rebecca y CUSACK, Simone, *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2009.

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Tutela T-012 de 2016.
- Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, OC-17/02, 28 de agosto de 2002.
- Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, OC-18/03, 17 de septiembre de 2003.
- Corte IDH, *Caso Bulacio vs. Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003.
- Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 8 de julio de 2004.
- Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 2 de septiembre de 2004.
- Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de fondo reparaciones y costas, 17 de junio de 2005.
- Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de junio de 2005.
- Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 8 de septiembre de 2005.
- Corte IDH, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 15 de septiembre de 2005.
- Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16 de noviembre de 2009.
- Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2010.
- Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de febrero de 2012.
- Corte IDH, *Caso J. vs. Perú*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 27 de noviembre de 2013.
- Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de mayo de 2014.

- Corte IDH, *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 19 de noviembre de 2015.
- Corte IDH, *Caso Duque vs. Colombia*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de febrero de 2016.
- Corte IDH, *Caso I.V. vs. Bolivia*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 30 de noviembre de 2016.
- Corte IDH, *Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 8 de marzo de 2018.
- Corte IDH, *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 9 de marzo de 2018.
- Expediente Varios 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- FRANCO MARTÍN DEL CAMPO, María Elisa, “Discriminación y violencia contra las trabajadoras del hogar en México. La urgencia de la ratificación del convenio 189 de la OIT”, *Este País. Tendencias y Opiniones*, México, núm. 313, mayo de 2017.
- INEGI, *Mujeres y Hombres en México 2018*, México, Instituto Nacional de las Mujeres e Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2018.
- Inmujeres, *El impacto de los estereotipos y los roles de género en México*, México, Instituto Nacional de las Mujeres, 2007.
- LAMAS, Marta, “Diferencias de sexo, género y diferencia sexual”, *Cuicuilco*, México, vol. 7, núm. 18, enero-abril de 2000.
- SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, SCJN, 2013.
- Tesis: 1a./J. 22/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 29, t. II, abril de 2016, p. 836.
- Tesis: 1a. XLVI/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 55, t. II, junio de 2018, p. 968.
- Tesis: 1a. CCXXVIII/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 277.

Tesis: 1a. CCXXVI/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 285.

Tesis: 2a./J. 113/2019, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 69, t. III, agosto de 2019, p. 2328.

“Trabajo no pagado de mujeres supera ingresos petroleros, señala ONU”, *El Universal*, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/trabajo-no-pagado-de-mujeres-supera-ingresos-petroleros-se-nala-onu>.

ALBERTA, TERESA Y JACINTA:
LO QUE LA SCJN PUDO DECIR SOBRE
INTERSECCIONALIDAD. COMENTARIO
AL RECURSO DE APELACIÓN 2/2010

Pedro SALAZAR UGARTE*
Carlos Ernesto ALONSO BELTRÁN**

SUMARIO: I. *Los hechos de Santiago Mexquititlán.* II. *El proceso contra Alberta, Teresa y Jacinta.* III. *Lo que dijo la Corte.* IV. *Lo que no dijo la Corte.* V. *¿Alguien más dijo algo?* VI. *Lo que pudo decirse.* VII. *Bibliografía.*

I. LOS HECHOS DE SANTIAGO MEXQUITITLÁN

El 26 de marzo de 2006, aproximadamente a la una de la tarde, seis agentes de la extinta Agencia Federal de Investigaciones (AFI) arribaron vestidos de civil en una camioneta pick-up RAM, blanca y sin logos oficiales, a un tianguis ubicado en el poblado de Santiago Mexquititlán, municipio de Amealco, Querétaro. Según ellos, daban cumplimiento al oficio AFI/SJR/534/2006 de investigación, con el que comunicaron al agente del Ministerio Público de la Federación, que en cumplimiento al oficio 709/2006

* Doctor en Filosofía Política por la Universidad de Turín, Italia; investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, del cual actualmente es director; miembro del Sistema Nacional de Investigadores, SNI III.

** Egresado de la Facultad de Derecho, UNAM; ayudante de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

atendían una llamada anónima con la que se denunciaba a una mujer conocida como “La Güera”, quien, según esto, se dedicaba a la venta de droga y productos pirata.

En ese tianguis se encontraba Teresa, quien había acudido al puesto de discos de su esposo, Gabriel, para vender las muñecas de trapo que ella misma producía. Ese 26 de marzo de 2006, Alberta, la hermana de Gabriel, regresaba de la maquiladora textil en la que trabajaba, y había acudido al tianguis para comprar el mandado y saludar a su cuñada y a su hermano en el puesto de discos. Por su parte, Jacinta, una vendedora de aguas frescas y paletas, tenía su puesto a las afueras de la plaza en la que se ubicaba el tianguis.¹

En la búsqueda de aquella mujer blanca, pecosa y de cabello rizado,² los agentes atravesaron el tianguis mientras destruían y decomisaban la mercancía de las y los comerciantes.³ A la par del atropello, un agente declaró haber identificado a la mujer conocida como La Güera en uno de los puestos ubicados en los límites del tianguis. Al acercarse a ella y revisar su mercancía, dice haber encontrado debajo del mantel una supuesta bolsa de celofán con dos paquetes de polvo blanco “con las características propias de la cocaína”. Por lo que procedió a su detención.

Por su parte, Teresa y Gabriel, quienes también habían sido despojados de sus mercancías, observaban una multitud —víctima del decomiso— que se había reunido alrededor de los agentes y les reclamaba por los destrozos producidos.⁴ Alberta, que acababa de llegar al lugar, se enteraba de lo sucedido y alcanzó a uno de los agentes para reclamar que se identificaran y dieran explicación de sus actos. Alberta no obtuvo ninguna respuesta.

¹ Véase Pulido Jiménez, Miguel, *Colores de libertad*, CONAPRED, 2018, pp. 22 y 23.

² Véase Recurso de Apelación 2/2010, derivado de la facultad de atracción 33/2010, recurrentes: Alberta Alcántara o Alberta Alcántara Juan y Teresa González Cornelio, sentencia del 28 de abril de 2010, p. 122.

³ Pulido Jiménez, *op. cit.*, p. 22.

⁴ Véase Amnistía Internacional, Libertad para Jacinta Marcial, AMR 41/041/2009, p.1.

Al dirigirse de vuelta a la camioneta, los agentes declararon haberse visto rodeados por un número de entre ochenta y cien personas que habían respondido a los gritos de La Güera, quien les ordenaba tocaran las campanas de la iglesia e impidieran su detención. Pocos minutos después, los agentes dicen haber sido retenidos contra su voluntad, y obligados a pagar 80,000 pesos para poder retirarse.

Los agentes dicen haber dado noticia de esto al jefe regional de la AFI, y pidieron ayuda a otras corporaciones policiacas. A la llegada del jefe regional, se concilió con los pobladores el pagar una indemnización por los daños provocados, para lo cual cinco de los seis agentes salieron del lugar para reunir el dinero mientras uno de ellos permanecía en la camioneta, a manera de acreditar que se regresaría con el pago.

Aproximadamente a las seis de la tarde, los agentes regresaron con 70,000 pesos que fueron repartidos entre los pobladores. Jacinta, llamada por la curiosidad, se acercó a enterarse de lo ocurrido en aquella aglomeración. Sin saberlo, Jacinta se ubicó cerca de Alberta, Teresa y un periodista de un diario local⁵ que, a escasos pasos de ahí, tomaría una fotografía de lo acontecido en el tianguis de Santiago Mexquititlán el 26 de marzo de 2006.

II. EL PROCESO CONTRA ALBERTA, TERESA Y JACINTA

El 30 de junio de 2006, el Ministerio Público de San Juan del Río, Querétaro, consignó la averiguación previa AP/PGR/QRO/SJR-VIIA/064/2006, con la cual se ejerció acción penal en contra de Alberta, Teresa y Jacinta,⁶ pues las tres mujeres fueron señaladas como probables responsables por secuestro, y delito en contra de servidores públicos, cometidos en contra de los seis agentes involucrados en los hechos de Santiago Mexquititlán. Asimismo, Alberta era señalada como La Güera, que además de los delitos

⁵ Pulido Jiménez, *op. cit.*, p. 24.

⁶ Recurso de Apelación 2/2010, p. 2.

antes mencionados, también se le consideraba responsable por posesión de cocaína.

El 4 de julio de 2006, el Juzgado 4o. de Distrito libró orden de aprehensión en contra de Alberta, Teresa y Jacinta. Misma que fue ejecutada el 3 de agosto de 2006 por elementos de la AFI, quienes mediante engaños realizaron la detención de las tres mujeres que fueron puestas a disposición del juzgado, para posteriormente ser recluidas en el Centro de Readaptación Social Femenil de “San José el Alto”, Querétaro, aproximadamente a las veintidós horas.⁷ Esa misma noche les fue tomada su declaración preparatoria frente a la presencia de un representante social y un defensor público, pero no así de un intérprete de su lengua.

Tras la ampliación del plazo constitucional, el 9 de agosto de 2006, el juez de la causa decretó auto de formal prisión en contra de Alberta, Teresa y Jacinta. La decisión, es decir, el auto de formal prisión, fue analizada y confirmada por el Tribunal Unitario del Vigésimo Segundo Circuito en el Estado de Querétaro el 7 de diciembre de 2006.⁸ En desacuerdo con la confirmación, promovieron un juicio de amparo que fue conocido por el Segundo Tribunal Unitario del Décimo Sexto Circuito, con sede en Guanajuato, Guanajuato, el cual negó el amparo el 7 de marzo de 2007. Esta resolución fue recurrida ante el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Sexto Circuito, mismo que revocó la decisión anterior, sin embargo, en cumplimiento a dicha disposición, el asunto fue retornado al Tribunal Unitario del Vigésimo Segundo Circuito, el cual, el 4 de enero de 2008, confirmó nuevamente el auto de formal prisión dictado.⁹

Es con esta decisión que, diecisiete meses después de su detención, el proceso penal de Alberta, Teresa y Jacinta apenas iniciaba formalmente. En esta etapa de instrucción se recabaron y desahogaron las pruebas de cargo con las cuales se señalaba a las tres

⁷ *Ibidem*, pp. 2 y 3.

⁸ *Ibidem*, p. 5.

⁹ *Idem*.

mujeres como las autoras del secuestro de los seis agentes. Dichas pruebas consistían en declaraciones de los agentes implicados, además de una fotografía de un diario local en la cual las tres mujeres se mostraban dispersas entre la gente, mientras observaban el tumulto que se había ocasionado en el tianguis de Santiago Mexquititlán.

Una vez decretado el cierre de la instrucción, y formuladas y ratificadas las conclusiones acusatorias por parte del fiscal, el 19 de enero de 2009 el juez emitió sentencia en contra de Alberta y Teresa, condenándolas a 21 años de prisión y a una multa de 91,000 pesos¹⁰ por el secuestro de los seis agentes, y delito en contra de servidores públicos.¹¹ Además, Alberta fue condenada por delito contra la salud en su modalidad de posesión de cocaína, pues en las declaraciones de los agentes se afirmaba que ella era La Güera, a quien habían decomisado la droga en el puesto de discos.

En contra de la anterior decisión se interpuso un recurso de apelación, el cual fue conocido por el Tribunal Unitario del Vigésimo Segundo Circuito.¹² Éste revocó la sentencia anterior y ordenó la reposición del procedimiento, a fin de realizar exclusivamente el desahogo de 62 careos, pues se habían advertido contradicciones entre las acusaciones de los agentes.

Durante cinco días se realizaron los careos ordenados por el Tribunal, dentro de los cuales ninguna de las tres mujeres contó con un intérprete que transparentara los cuestionamientos realizados por el juez. No obstante, este hecho motivó la recomendación 1/2009 del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, con la cual señalaban la violación a los derechos lingüísticos de Jacinta. Asimismo, la CNDH emitió la recomendación 047/2009,¹³ con la que advertía al procurador que en la integración del caso se habían visto violentadas distintas reglas procesales en contra de las acusadas; por último,

¹⁰ *Ibidem*, p. 7, y Centro Pro, *Dossier de prensa de Doña Jacinta Francisco Marcial*, p. 4, disponible en: <https://centroprodh.org.mx/2017/12/12/dossier-de-prensa-de-dona-jacinta-francisco-marcial/> (fecha de consulta: 4 de diciembre de 2019).

¹¹ Jacinta fue sentenciada a la misma pena el 19 de diciembre de 2008.

¹² Recurso de Apelación 2/2010, p. 7.

¹³ Véase CNDH, Recomendación 046/2009, del 17 de julio de 2009.

Amnistía Internacional declaró a Jacinta como “presa de conciencia” y solicitó su inmediata liberación.¹⁴

Agotada la reposición del procedimiento, el 3 de septiembre de 2009 la Procuraduría presentó conclusiones no acusatorias en contra de Jacinta, quien finalmente fue liberada el 15 de septiembre de ese año. Sin embargo, esto no fue así para Alberta y Teresa, ya que el 25 de noviembre —Día Internacional para la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres— se presentaron conclusiones acusatorias en su contra, y el 19 de febrero de 2010 el juez cuarto de distrito del estado de Querétaro dictó sentencia condenatoria por 21 años de prisión y una multa de 91,000 pesos.¹⁵

La decisión fue apelada, y el 23 de febrero de 2010 su trámite fue admitido por el juez, quien remitió el caso al Tribunal Unitario del estado de Querétaro.¹⁶

Para este momento el caso ya tenía una presencia mediática muy importante, en buena medida propiciada por la defensa del Centro Pro, quienes se esforzaron en visibilizar el asunto como un problema de discriminación en contra de mujeres indígenas, víctimas de las inequidades de un sistema penal.¹⁷

La estrategia resultó efectiva, dado que el caso llamó la atención de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, específicamente del ministro Juan N. Silva Meza, quien el 16 de marzo de 2010 solicitó que la Corte ejerciera la facultad de atracción respecto de la apelación interpuesta por Alberta y Teresa.

De acuerdo con el ministro, el caso cumplía las características de “interés y trascendencia”, además que, a dicho de la Corte, el caso “permit[ía] a la Primera Sala seguir perfeccionando

¹⁴ Véase “Doña Jacinta, presa de conciencia”, *El País*, 18 de agosto de 2009, disponible en: https://elpais.com/internacional/2009/08/19/actualidad/1250632803_850215.html; Amnistía Internacional, *op. cit.*, p. 2.

¹⁵ Recurso de Apelación 2/2010, p. 8.

¹⁶ *Ibidem*, p. 11.

¹⁷ Véase Arriaga, Luis, “Alberta y Teresa, nombramiento como presas de conciencia”, Centro Prodh, disponible en: <https://centroprodh.org.mx/2010/02/12/alberta-y-teresa-presas-de-conciencia/>.

sus criterios relacionados con asuntos que involucren la prohibición a la discriminación, los derechos de la mujer y los derechos de los pueblos indígenas”.¹⁸

Así las cosas, el 29 de marzo de 2010 la Primera Sala de la Corte designó a la ministra Olga Sánchez Cordero como la ponente del asunto. El cual fue resuelto a favor de Alberta y Teresa el 28 de abril de ese año. A continuación se resumen los argumentos por los cuales la SCJN decidió declarar su libertad.

III. LO QUE DIJO LA CORTE

En el estudio del caso la Corte abordó uno por uno los delitos que se imputaban en contra de Alberta y Teresa, para así constatar si las pruebas y declaraciones que obraban en el expediente eran suficientes para acreditar la existencia del delito, esto es, acreditar el cuerpo del delito y la plena responsabilidad de acuerdo con la legislación vigente para el momento del juicio.

En este sentido, la Corte inició con el estudio del delito contra la salud en su modalidad de posesión de cocaína.¹⁹ Para lo cual se analizaron los cinco elementos del delito: la existencia de una sustancia considerada como estupefaciente; que alguien tenga dentro de su radio de acción y ámbito de disponibilidad dicha sustancia; que tanto por la cantidad del narcótico poseído, así como por las demás circunstancias del hecho, no pueda considerarse que estaba destinado para realizar alguna de las conductas previstas por el artículo 194 del Código Penal Federal; que el sujeto activo no sea miembro de una organización delictuosa; y que dicha conducta se lleve a cabo sin contar con la autorización de la Secretaría de Salud.

Del análisis de los anteriores elementos la Corte consideró que cada uno de ellos eran satisfechos completamente.²⁰ Para dicha

¹⁸ Recurso de apelación 2/2010, pp. 12 y 13.

¹⁹ *Ibidem*, p. 269.

²⁰ *Ibidem*, p. 270.

comprobación, las y los ministros se limitaron a valorar los informes policiales rendidos por los agentes implicados en el caso. En dicho informe se constataba la existencia de dos bolsas de plástico que contenían un polvo blanco con las características propias de la cocaína, las cuales se habían encontrado debajo del mantel de uno de los puestos del tianguis. El cual, supuestamente, pertenecía a La Güera.

No obstante, las declaraciones de los agentes bastaron para acreditar el cuerpo del delito, las mismas declaraciones rendidas en el informe se consideraron insuficientes para demostrar la plena responsabilidad de Alberta. Pues aunque los agentes aseguraban que ella era La Güera —mujer que intentaron detener en el tianguis de Santiago Mexquititlán— la Corte determinó que no existían elementos —más allá de las declaraciones— que corroboraran su dicho. Por tal motivo, se concluyó como desestimada la acusación por el delito de posesión de cocaína.²¹

En relación con el segundo delito, la Corte continuó con su metodología de análisis para la privación ilegal de la libertad en su modalidad de secuestro. Esto es: que alguien prive de la libertad personal a otro; que la anterior conducta se realice con la finalidad de obtener un rescate, y, que esa conducta se lleve a cabo en grupo de dos o más personas.

Para iniciar con su estudio, el proyecto de la ministra Sánchez Cordero advirtió que en la sentencia del juez de primera instancia se habían tomado las declaraciones de los agentes como único elemento para comprobar el delito. Al repasar tales declaraciones, así como las rendidas en los careos supletorios ordenados por el Tribunal Unitario, la Corte advirtió una serie de contradicciones de tiempo, modo y lugar entre los dichos de los agentes. Especialmente, al considerar que no era clara la razón por la cual habían sido retenidos. Ello, debido a que las respuestas oscilaban entre haberse visto impedidos de retirarse a no ser que indemnizaran a los comerciantes por los destrozos producidos, o bien, si La Güera

²¹ *Ibidem*, pp. 280-285.

había ordenado que se les retuviera bajo amenazas hasta que pagaran un monto de 80,000 pesos.

Ante las contradicciones la Corte planteó las siguientes preguntas: ¿por qué no reportaron el evento ante sus superiores jerárquicos? o ¿si los agentes fueron víctimas de un acto de privación ilegal, por qué no se emplearon estrategias policiales para su liberación?²² Tal vez, habría cabido preguntarse ¿cómo las tres mujeres desarmadas podrían haber retenido a seis agentes entrenados y armados?

Asimismo, la Corte tomó nota del acuerdo establecido entre los comerciantes y los agentes, de manera que cinco de ellos pudieron salir a reunir el dinero pactado, además de que el agente que permaneció en el poblado no fue impedido de retirarse en ningún momento. Razón por la cual no era posible acreditar que se haya eliminado “terminantemente la libertad ambulatoria... o bien [retenido] impidiéndole irse del lugar donde se halla[ba]”.²³

En conclusión, no era posible acreditar que el dinero entregado a los comerciantes se trataba del pago de un rescate o la indemnización por un daño, así como tampoco se acreditaba la restricción de la libertad personal de los agentes.

Por último, al haber desestimado los dos anteriores delitos, la Corte consideró que resultaba estéril e ilógico analizar el delito cometido en contra de servidores públicos si, como quedaba claro, no había un ilícito que analizar.

Dicho todo lo anterior, y después de haber permanecido casi cuatro años presas por un delito que jamás cometieron, la Corte no tuvo más que determinar la inmediata liberación de Alberta y Teresa.

IV. LO QUE NO DIJO LA CORTE

Hasta este punto se han expuesto los razonamientos que llevaron a la SCJN a determinar que, en el caso de Alberta y Teresa,

²² *Ibidem*, p. 406.

²³ *Ibidem*, p. 396.

no existían elementos que dieran crédito a la historia de seis agentes federales que aseguraban haber sido secuestrados por tres mujeres indígenas, completamente desarmadas.

No obstante que coincidimos por completo con la conclusión a la que arribó la Corte, también consideramos que el caso que se presentaba era una oportunidad idónea para generar un desarrollo jurisprudencial en torno al principio de igualdad. Especialmente, en torno a la visión que podía adoptar la Corte al momento de abordar un asunto en que se interseccionaban distintas categorías, como los derechos de las mujeres, personas indígenas y personas en situación de pobreza.

1. *Una mirada interseccional*

En el análisis contemporáneo de los temas sociales, el concepto de interseccionalidad ha cobrado una fuerte presencia en las áreas académicas, políticas y, particularmente, del derecho.²⁴ En este sentido, es importante mencionar que buena parte de esta difusión ha sido realizada por las teorías feministas, que encontraron en la interseccionalidad una herramienta, tanto teórica como metodológica, que permite visibilizar las complejidades particulares de las distintas dinámicas de poder.²⁵

Toda vez que la difusión del término ha llegado hasta muy distintos rincones, esta expansión ha venido acompañada de intensos debates respecto de su definición y su conceptualización.²⁶ Ello, pues como señala Patricia Hill Collins, la interseccionalidad puede ser abordada como un campo de estudio en sí mismo; como

²⁴ Véase Hill Collins, Patricia y Bilge, Sirma, *Intersectionality*, Cambridge, UK-Malden, MA, Polity Press, 2016, p. 6.

²⁵ Véase Viveros Vígoya, Mara, “La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación”, *Debate Feminista*, núm. 52, 2016, p. 2.

²⁶ Véase Yuval-Davis, Nira, “Más allá de la dicotomía del reconocimiento y la redistribución”, en Zapata Galindo, Martha *et al.* (eds.), *La interseccionalidad en debate, Actas del Congreso Internacional “Indicadores Interseccionales y Medidas de Inclusión Social en Instituciones de Educación Superior”*, Berlín, 23-27 de noviembre de 2012, pp. 22 y 23.

una herramienta analítica para la observación de la realidad; o bien, como una praxis crítica de los actores sociales.²⁷

No obstante esto, Hill Collins también señala que, por ahora, existe un amplio consenso sobre los contornos generales de la interseccionalidad, la cual es definida de la siguiente manera:

El término interseccionalidad hace referencia a la percepción crítica en la que la raza, la clase, el género, la sexualidad, el origen étnico, la nación, la capacidad y la edad operan no como entidades unitarias, mutuamente excluyentes, sino como fenómenos de construcción recíproca que a su vez dan forma a complejas desigualdades sociales.²⁸

Una vez sorteadas con relativa ligereza las complicaciones respecto de su definición, podemos entender a la interseccionalidad como una forma de mirar la complejidad del mundo, en la que los acontecimientos sociales, así como las categorías con las que entendemos y nos explicamos esa realidad, no son elementos individuales y aislados, sino que se conforman por distintos factores que interactúan entre sí y les dan identidad.²⁹

Si bien, la aparición del término se remonta a finales de los años ochenta, la propuesta de una mirada compleja de los acontecimientos políticos y sociales, en la que se utilizaba la triada de sexo-raza-género, ya era recurrente en el activismo de las feministas negras de los Estados Unidos.³⁰ Además, incluso antes a la aparición de estos movimientos, o de la mayoría de los más reconocidos textos académicos del feminismo, Sojourner Truth,³¹ una mujer negra, ex esclava de una plantación, que dedicó su vida libre a la lucha

²⁷ Véase Hill Collins, Patricia, "Intersectionality's Definitional Dilemas", *The Annual Review of Sociology*, núm. 41, 2015, p. 3.

²⁸ *Ibidem*, p. 2. Traducción propia.

²⁹ Hill Collins, Patricia y Bilge, Sirma, *op. cit.*, p. 3.

³⁰ Véase Yuval-Davis, Nira, *op. cit.*, p. 22, y Hill Collins, Patricia, "Intersectionality's Definitional Dilemas", *cit.*, pp. 9 y 10.

³¹ Llamada alguna vez Isabell, pero cambio su nombre al obtener su libertad y convertirse en predicadora. Véase Brah, Avtar y Phoenix, Ann, "Ain't I A Woman?"

por la abolición de la esclavitud, pronunció en 1851 en la Convención de los Derechos de la Mujer en Akron, Ohio, su icónico discurso *Ain't I a woman*.³²

En este discurso,³³ Sojourner Truth confronta de una manera clara y contundente la exclusión que ella —como una mujer negra— padecía a consecuencia de la noción de feminidad basada, exclusivamente, en la visión de las mujeres blancas de aquel entonces.

Bueno, niños, donde hay tanto escándalo, debe haber algo fuera de lugar, creo que entre los negros del sur y las mujeres del norte —todos hablando de derechos— los hombres blancos estarán en aprietos muy pronto. ¿Pero qué es todo esto de lo que hablan? Ese hombre de allí dice que las mujeres necesitan que las ayuden a subir a los carruajes, que las levanten sobre las zanjas y que tengan el mejor lugar en todas partes. A mi nadie me ofrece ningún mejor lugar ¿Y acaso no soy una mujer? ¡Mírenme! Miren mi brazo. He arado, he plantado y he recolectado en los graneros. Y ningún hombre pudo dirigirme. ¿Y acaso no soy una mujer? Pude trabajar tanto y comer tanto como cualquier otro hombre —cuando pude conseguirlo—, ¡y soportar el látigo también! ¿Y acaso no soy una mujer? He tenido hijos y he visto a la mayoría de ellos vendidos como esclavos, y cuando lloré con la pena de una madre, nadie más que Jesús me escuchó. ¿Y acaso no soy una mujer?³⁴

Como ya mencionamos, tanto el discurso de Sojourner Truth, como el activismo de diversas feministas negras ya incorporaban una mirada compleja de los fenómenos sociales.³⁵ Sin perjuicio

Revisiting Intersectionality”, *Journal of International Women’s Studies*, vol. 5, núm. 3, mayo de 2004, p. 76.

³² *Idem*.

³³ Toda vez que no hay un registro gráfico de las palabras que pronuncio Sojourner, se especula que existen dos versiones del discurso. Aquí se cita la versión que Avtar Brah y Ann Phoenix consideran más precisa. Véase *idem*.

³⁴ *Ibidem*, p. 77. Traducción propia.

³⁵ Patricia Hill Collins remarca que antes del aporte terminológico de Kimberle Crenshaw, el análisis académico y el activismo político de las mujeres negras de Estados Unidos, ya habían utilizado el trinomio de raza-sexo-género para exponer

de esto, diversos estudios coinciden en reconocer a Kimberlé Crenshaw como la autora del término interseccionalidad.³⁶ En su artículo “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex”,³⁷ Crenshaw argumenta cómo las políticas antidiscriminatorias y las posturas del llamado feminismo blanco marginaban a las mujeres negras. Pues las situaciones particulares a las que ellas se enfrentaban no eran reconocidas por ninguna de estas posturas.³⁸ En primer lugar, las políticas antidiscriminatorias se basaban en la experiencia de los hombres negros, mientras que la construcción del argumento feminista centraba el debate en la experiencia de las mujeres blancas.³⁹

Para ejemplificar el problema, Crenshaw expone los razonamientos de la Corte Suprema de Justicia estadounidense en el caso *DeGraffenreid v. General Motors*. En este, un grupo de mujeres negras, trabajadoras de la empresa General Motors, denunciaban una práctica discriminatoria, en la que la empresa no había contratado mujeres negras sino hasta después de 1964. Esto derivó en que el grupo de mujeres fueran despedidas con posterioridad, ya que no cumplían con los años de antigüedad suficientes para conservar su empleo ante la recesión económica que afectaba al país.⁴⁰

En el caso, las mujeres exigían ser reconocidas como mujeres negras, ya que ello representaba el punto neurálgico de la discusión. Pues la discriminación de la que habían sido víctimas no se debía al hecho de ser mujeres o al hecho de ser negras, sino a la intersección de ambas categorías.⁴¹ Como ellas argumentaban, la empresa sí habían contratado mujeres blancas y hombres negros con anterioridad

las violencias cruzadas de las que eran víctimas. Véase Hill Collins, Patricia, *op. cit.*, pp. 9 y 10.

³⁶ Viveros Vigoya, Mara, *op. cit.*, p. 5.

³⁷ Véase Crenshaw, Kimberlé, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum*, vol. 1989, núm. 1, disponible en: [h5p://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8](https://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8).

³⁸ *Ibidem*, p. 140.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 141.

⁴¹ *Idem*.

a la Ley de Derechos Civiles de 1964, pero no constaba la contratación de mujeres negras durante el mismo periodo.⁴² Esto las colocaba en una situación de desventaja, ya que no podían cumplir con los años de antigüedad suficientes para evitar ser despedidas.

No obstante lo anterior, la Corte estadounidense se negó a reconocer el argumento de las reclamantes, pues consideró que la combinación de categorías no tenía precedentes en su jurisprudencia, además de que la pretensión de crear una nueva categoría, que gozara de mayores protecciones a las previamente establecidas, atentaba contra la racionalidad judicial del tribunal.⁴³

La historia legislativa en torno al Título VII [de la Ley de Derechos Civiles de 1964] no indica que el objetivo del estatuto era crear una nueva clasificación de 'mujeres negras' que tendrían mayor estatus que, por ejemplo, un hombre negro. La perspectiva de crear nuevas clases de minorías protegidas, regidas solo por los principios matemáticos de permutación y combinación, plantea claramente la posibilidad de abrir la caja de Pandora.⁴⁴

Como argumenta Kimberlé Crenshaw,⁴⁵ este razonamiento por parte de la Corte estadounidense impide a las mujeres negras el hacer visibles las problemáticas particulares a las que ellas se enfrentan, pues siempre que se encuentren ante una situación similar, deberán elegir entre alguna de estas dos categorías.

2. *Categorías sospechosas*

El uso de las llamadas categorías sospechosas tiene una larga data en la historia jurisprudencial estadounidense. Diversos textos⁴⁶

⁴² *Ibidem*, p. 142.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *DeGraffenreid*, 413 F Supp at 144. Citado en *idem*. Traducción propia.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Véase Santiago Juárez, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, Conapred-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 142.

coinciden en reconocer la sentencia *Korematsu v United States*⁴⁷ como el parteaguas respecto de este concepto. En el caso, Fred Korematsu, trabajador industrial de los Estados Unidos, se negó a cumplir con la orden ejecutiva emitida por el presidente Roosevelt. En ésta, se ordenaba a las personas japonesas (o descendientes de japoneses), residentes de los estados de la costa este de los Estados Unidos, ser internadas en campos de concentración estadounidenses. Todo esto, como parte de una respuesta ante los ataques del ejército nipón a la base de Pearl Harbor.⁴⁸

Para el análisis del caso, la Corte consideró que el uso de la raza, como criterio definitorio para el tratamiento diferenciado de las personas, representaba una categoría sobre la cual corría la sospecha de inconstitucionalidad. Por ello, requería de un escrutinio rígido para determinar su validez. Si bien, en el caso se determinó que el decreto del presidente Roosevelt superaba el escrutinio, y el caso *Korematsu* quedó marcado como una nota negativa en la jurisprudencia estadounidense, los criterios desarrollados a partir del mismo sirvieron de base para la resolución favorable de posteriores casos, en los que la raza o la nacionalidad pretendían ser utilizados como justificación para la restricción de la libertad de las personas.⁴⁹

Actualmente, en distintas legislaciones es posible observar catálogos que enlistan una serie de categorías que se consideran sospechosas de ser discriminatorias, pues características personales como la raza, el sexo y la religión, entre otras, no se consideran criterios razonables para justificar un tratamiento diferenciado entre las personas.⁵⁰ Por lo que las distintas leyes que prevén estos catálogos intentan evitar que el Estado restrinja derechos a partir de alguno de estos criterios.

⁴⁷ Véase 323 U. S. 214, 216 (1944).

⁴⁸ Santiago Juárez, Mario, *op. cit.*, pp. 142-144.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ Véase González Le Saux, Marianne y Parra Vera, Óscar, “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”, *Revista IIDH*, Costa Rica, vol. 47, enero-junio de 2008, p. 131.

Si bien, la existencia de estos catálogos es un aporte importante en el marco de la protección contra la discriminación, Roberto Saba advierte que la noción comúnmente difundida, en la que estas categorías se asocian al principio de no discriminación, provoca que cada una de estas características sean consideradas *a priori* irrazonables y requieran de un análisis de escrutinio estricto.⁵¹ El problema que esto genera es que las categorías adquieren un alcance universal y simétrico. Es decir, el criterio “sexo”, por ejemplo, no puede ser usado para privilegiar los derechos de los hombres por sobre los de las mujeres, pero al ser el sexo una clasificación abstracta que *a priori* resulta inválida, ello significaría que las políticas que intenten revertir condiciones de desigualdad, y para ello favorezcan los derechos de las mujeres por sobre de los hombres, también recaerían en invalidez.⁵²

Esto es así, porque el entendimiento clásico de las categorías parte de una visión eminentemente individualista, que se conjuga con un principio de igualdad como no discriminación,⁵³ en el que el Estado solo se preocupa por abstenerse de realizar distinciones arbitrarias, pero es omiso a las diferencias particulares de cada persona y, más importante aún, es indiferente a las desigualdades estructurales en las que las personas se circunscriben dentro de grupos que han sido históricamente discriminados. Roberto Saba apunta al respecto:

El problema del principio de no discriminación, que se traslada a la noción de categoría sospechosa entendida como irrazonable *a priori* y que se apoya en él para justificarse, es que aspira a cierto ideal de universalidad en la aplicación de la ley (del principio y de las categorías) que no es posible en aquellos contextos en que existen grupos sojuzgados o excluidos. En términos ontológicos, el principio de no discriminación y el principio de categoría sospechosa que se le asocia rechazan la existencia de los grupos

⁵¹ 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, 2016, p. 89.

⁵² *Idem.*

⁵³ *Ibidem.*, p. 109.

y, por ende, también la existencia de los grupos estructuralmente desiguales, así como la exigencia normativa (constitucional) de dismantelar las situaciones de exclusión y segregación que afectan a sus integrantes.⁵⁴

En relación con la interseccionalidad esto resulta de gran relevancia, ya que ésta no debe entenderse como la simple suma aritmética de las categorías que se hallan en una persona, pues es claro que aun cuando todas y todos podamos ser identificados con alguna raza, sexo o condición social, dichas categorías no suceden, se entrelazan, ni impactan de la misma manera en cada una de las personas. Lo anterior, en tanto que la conjugación de categorías produce la existencia de grupos que pueden ejercer o padecer el sometimiento. Viene a bien recordar las palabras de Kimberlé Crenshaw sobre este punto:

Las mujeres negras a veces experimentan discriminación de manera similar a las experiencias de las mujeres blancas; a veces comparten experiencias muy similares con los hombres negros. Sin embargo, a menudo experimentan una doble discriminación: los efectos combinados de prácticas que discriminan por motivos de raza y sexo. Y a veces, experimentan discriminación como mujeres negras, no como la suma de la discriminación por raza y sexo, sino como mujeres negras.⁵⁵

3. *La importancia de los grupos sociales*

El reconocimiento de los grupos no es un asunto menor. A partir de esta noción es posible visibilizar la existencia de dinámicas que impactan sobre personas que comparten una identificación común, y las cuales han sido históricamente excluidas del goce de sus derechos.⁵⁶ El no optar por esta visión podría difuminar conductas

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ Crenshaw, Kimberle, *op. cit.*, p. 149. Traducción propia.

⁵⁶ Véase González Le Saux, Marianne y Parra Vera, Óscar, *op. cit.*, p. 132.

estructurales, y sistemáticamente opresivas, en actos aislados de un abuso individual.

De acuerdo con Owen Fiss, un “grupo social” constituye una “entidad” con identidad propia, distinguible de cada una de las individualidades de los miembros que la componen,⁵⁷ y cada uno de estos individuos encuentran identidad en su autoidentificación como miembro del grupo.⁵⁸ Esta identificación parte de las coincidencias culturales que los miembros comparten a partir de las afinidades, formas de vida e historia similares. Con esto, cada individuo se asume como parte de un grupo y a partir de ello le es posible explicarse a sí mismo y explicar a los demás.⁵⁹

En esta construcción del grupo la identidad representa un papel fundamental, pues contrario a lo que algunas posturas asumen, los grupos sociales no son una mera asociación de individuos con características compartidas,⁶⁰ como pueden ser su deporte favorito o el color de su ropa. Estas clasificaciones que parten de una visión eminentemente individualista son lo que Fiss llama clases artificiales,⁶¹ pues su existencia se deriva de una coincidencia factual de los individuos que la componen, y su identidad como persona no se juega en la pertenencia a dicha asociación.

Como apunta Iris Marion Young, a diferencia de la asociación, la pertenencia del individuo en el grupo tiene un carácter de “proyectabilidad”, en tanto que éste se descubre como parte del grupo a partir de la identificación que hace sobre sí mismo, así como a partir del señalamiento que otros hacen sobre de él. Esto último resulta importante, ya que, como la autora señala, “los grupos son reales no como sustancia sino como formas de relaciones sociales”,⁶² lo que

⁵⁷ Véase Fiss, Owen M., “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy and Public Affairs*, núm. 5, vol. 2, 1976, p. 148.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ Véase Marion Young, Iris, *La justicia y la política de la diferencia*, España, Cátedra-Universitat de València-Instituto de la Mujer, 2000, p. 77.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 78.

⁶¹ Fiss, *op. cit.*, p. 156.

⁶² Marion Young, *op. cit.*, p. 79.

significa que “un grupo existe solo en relación con al menos otro grupo”.⁶³

Así, al asumirse como parte de un grupo, los individuos también asignan dentro de otros a aquellas personas con las que consideran que no comparten características comunes. Esta dinámica relacional puede ocurrir de manera intergrupala, como intragrupal,⁶⁴ pues así como un hombre blanco se asume diferente a un hombre negro, un hombre negro se asume diferente a una mujer negra, aunque hacia el exterior ambos sean observados como parte de un mismo grupo. Como menciona María Mercedes Gómez,⁶⁵ la construcción del “nosotros” se basa en la identificación de las diferencias con el “ellos”, que son asignados a los grupos de los “no-blancos”, “no-masculinos” o “no-heterosexuales”.

De esta manera, la identificación del grupo no es una mera descripción de un panorama social, sino que tiene un carácter instrumental⁶⁶ en tanto que delimita jerarquías y delinea relaciones de subordinación y opresión. Al respecto, Albert Memmi apunta que una de las cuestiones relevantes de la pertenencia al grupo no es únicamente la identificación de sus miembros, sino también, el descubrimiento de las condiciones de privilegio que se tienen con respecto de otro grupo, en tanto que la existencia del opresor no es posible sin la del oprimido.⁶⁷

⁶³ *Ibidem*, p. 77.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 85.

⁶⁵ Mercedes Gómez, María, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, en Motta, Cristina y Cabal, Luisa (comps.), *Más allá del derecho: justicia y género en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-CESO, 2005, p. 29.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 35 y 36.

⁶⁷ Memmi expone este fenómeno de la siguiente manera: “Una vez descubierto el lucro, sea por casualidad o por que lo había buscado, el colonizador todavía no ha tomado conciencia de cuál va a ser su papel histórico. Le falta un paso hacia el reconocimiento de su nueva situación: le falta comprender el origen y la significación de ese lucro. A decir verdad, esto no tarda en suceder. ¿Cómo podría dejar de ver por largo tiempo la miseria del colonizado y la relación entre esta miseria y su bienestar? Percibe que este lucro es fácil porque es arrancado de otros. En resumen,

Es así que, el reconocimiento de los grupos pone de relieve las dinámicas de opresión. De acuerdo con Hill Collins, la opresión se presenta ante “cualquier situación injusta en la que, sistemáticamente y durante un largo periodo de tiempo, un grupo niega a otro el acceso a los recursos de la sociedad”.⁶⁸ Asimismo, la opresión adquiere un matiz estructural en tanto que no necesita (pero tampoco excluye) que la sumisión de un grupo por otro se realice de manera intencional, pues ésta se debe a una serie de interacciones inconscientes, en las que a partir de estereotipos, dinámicas culturales o de mercado, un grupo privilegiado se favorece de la situación de opresión de otro u otros.⁶⁹

Por esta razón, reconocer el acercamiento a la discriminación a partir de grupos no supone la supresión del individuo, más bien, busca visibilizar que el reducir las relaciones sociales de opresión a hechos aislados entre individuos, anula el análisis estructural al perder de vista el contexto cultural que les da origen.

Al hacer visibles las dinámicas de opresión que operan entre grupos es posible identificar a los que Owen Fiss denomina “grupos especialmente desaventajados”, debido a que su situación de subordinación prolongada ha limitado su poder político y su ejercicio pleno de derechos.⁷⁰ Sobre estos grupos que comparten un pasado de opresión común,⁷¹ es sobre los que las políticas de igualdad deben operar de manera activa.

En este sentido, Roberto Saba propone un cambio en la metodología de estudio de las categorías sospechosas, a fin de relacionar

hace dos adquisiciones en una: descubre la existencia del colonizado y simultáneamente su propio *privilegio*”. Memmi, Albert, *Retrato del colonizado*, 8a. ed., Argentina, Ediciones de la Flor, 1996, p. 32.

⁶⁸ Hill Collins, Patricia, *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*, 2a. ed., Nueva York, Routledge, 2000, p. 4. Traducción propia.

⁶⁹ Marion Young, *op. cit.*, p. 74.

⁷⁰ Fiss, *op. cit.*, pp. 154 y 155.

⁷¹ Marion Young, *op. cit.*, p. 83.

estas últimas con un principio de igualdad como no sometimiento, en lugar de la interpretación clásica de igualdad como no discriminación. A partir de una visión apegada al principio de no sometimiento es posible compatibilizar el uso de las categorías sospechosas con la existencia de grupos sociales.⁷²

4. *La diferencia como hecho, la igualdad como norma*

Sin duda, ante un panorama como el descrito con anterioridad, en el que el surgimiento de las diferencias opera como sustento de la opresión, resulta sugerente atender a las demandas igualitarias que buscan la abolición de las diferencias para la creación de una identidad única y común.

Una reflexión similar tuvo lugar en la Suprema Corte estadounidense en 1994, durante la discusión del caso *Adarand Constructors v. Peña*.⁷³ En este, el juez Scalia afirmó que el gobierno nunca puede tener la intención de discriminar por motivos de raza —ni siquiera en aquellos casos en los que se persiguieran los “propósitos más admirables”— ya que, en su opinión, “a los ojos del gobierno, somos solo una raza aquí. Es estadounidense”.

Si bien, a primera vista la postura puede ser considerada por algunos como un reconocimiento palpable de la igualdad ante la ley, en la que todas y todos pueden ser reconocidos en un conjunto homogéneo que goza por igual de los mismos derechos, lo cierto es que la igualdad por decreto resulta igualmente opresiva.

⁷² Saba, *op. cit.*, pp. 143-145.

⁷³ Véase *Adarand Constructors v. Peña*, 515 U.S. 200, 239 (1995). Traducción propia. En el caso, la empresa Adarand Construction reclama haber perdido un contrato de subcontratación de obra frente a la empresa Gonzalez Construction, debido que en esta última se empleaba a trabajadores pertenecientes a minorías desaventajadas, y la ley otorgaba una compensación adicional al contratista principal que subcontratara con empresas que favorecieran a estos grupos. La Corte norteamericana determinó que las medidas de trato diferenciado que pretendan beneficiar a grupos minoritarios y desaventajados, también pueden ser analizadas por medio de un test de escrutinio estricto.

Al respecto, Luigi Ferrajoli advierte que en el modelo que él denomina de “homologación jurídica de las diferencias”,⁷⁴ estas últimas son anuladas, ignoradas o desplazadas en nombre de una “abstracta afirmación de igualdad”. La cual genera una “normalidad” que es al mismo tiempo “normativa” y de pertenencia obligatoria. Ya sea como en el caso del socialismo real con la serialización, o bien, en el esquema liberal con la asimilación.

Este modelo, frecuentemente utilizado por autores contractualistas, también ha sido muchas veces cuestionado desde una crítica feminista por autoras como Carole Pateman,⁷⁵ quien cuestiona la validez del parámetro de igualdad/normalidad basado en el individuo. El cual, bajo una mirada crítica, no es más que la síntesis de los rasgos privilegiados de los hombres en las sociedades liberales. Como lo explica Pateman, en el terreno público, los derechos tradicionalmente liberales siempre expresaron prerrogativas exclusivas del sexo masculino. La propiedad, tal vez, como el mejor ejemplo de ello. Lo que provoca que, para gozar de los derechos del individuo, las mujeres deberían de asimilarse a los hombres.⁷⁶

Este modelo de homologación jurídica de las diferencias genera dos consecuencias desfavorables; en primer lugar, como se ha expuesto, resta valor y elimina la diversidad, con lo que hace imposible visibilizar las dinámicas de opresión entre grupos, en tanto que estos son reemplazados por un único grupo identitario, y en segundo lugar, provoca que las personas se vean forzadas a renunciar a los elementos que les dan identidad, a fin de poder asimilarse al parámetro de normalidad.

Kenji Yoshino llama a esto el prejuicio asimilacionista,⁷⁷ con el cual las personas son “invitadas” (por usar un eufemismo)

⁷⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2007, p. 75.

⁷⁵ Véase Pateman, Carole, *El contrato sexual*, España, Anthtropos-UAM, 1995, pp. 58-108, y Phillips, Anne, *Género y teoría democrática*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 1996, pp. 33-65.

⁷⁶ Ferrajoli, *op. cit.*, p. 75.

⁷⁷ Véase Yoshino, Kenji, “Assimilationist Bias in Equal Protection: The

a asimilarse en el parámetro de normalidad normativa. Dicha asimilación transita por la conversión (*converting*), la simulación (*passing*) y el encubrimiento (*covering*). En el primero, se obliga a las personas a que abandonen el elemento de su identidad que no se ajusta al parámetro de normalidad; la segunda, implica que a la persona se le permite asumir su diferencia, pero no revelarla públicamente, y en la última, las personas pueden asumir una identidad y revelarla públicamente, siempre y cuando no se conduzcan de una manera que haga alarde de su diferencia.

Albert Memmi ilustra de buena manera lo opresivo que resulta para las personas este proceso de asimilación a partir de los siguientes cuestionamientos:

¿Debe acaso, durante toda su vida, tener vergüenza de aquello que en él es lo más real? ¿De aquello que es lo único que no ha tomado prestado? ¿Debe acaso encarnizarse en negarse y, por lo demás, soportará hacerlo todos los días? Finalmente, su liberación, ¿debe pasar por una agresión sistemática contra sí mismo?⁷⁸

Otro cuestionamiento válido en este momento es ¿qué pasa con las personas que no llegan a asimilarse en el parámetro de normalidad normativa?

Como explica Kenji Yoshino a partir de un análisis de la jurisprudencia estadounidense, hay características humanas que se consideran visibles⁷⁹ e inmutables.⁸⁰ Es decir, que son apreciables a simple vista y no son susceptibles de modificar. Tradicionalmente la raza o el sexo son ejemplos de éstas, pues las personas pueden identificar y distinguir a otras a partir de un fenotipo asociado a cierta raza o cierto sexo, y se considera que tal característica no puede

Visibility Presumption and the Case of «Don't Ask, Don't Tell», *Yale Law Journal*, vol. 108, 1998, pp. 500 y 501, y Yoshino, Kenji, «Covering», *Yale Law Journal*, vol. 111, 2002, pp. 772-774.

⁷⁸ Memmi, *op. cit.*, p. 129.

⁷⁹ Yoshino, Kenji, «Assimilationist Bias...», *cit.*, p. 493.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 496-498.

cambiar. A partir de esto se rompe la fantasía de homogeneidad en la que todas las personas son, o tienen la potencialidad de conformar un único grupo. Cuando las diferencias se hacen patentes el parámetro de normalidad normativa entra en crisis.

Como lo expone María Mercedes Gómez,⁸¹ esto genera una dinámica paradójica. Ya que la homogeneidad necesita ser reafirmada a partir de la identificación del “nosotros” y la señalización del “ellos”. Esto es así, porque la homogeneidad es imposible si no hay un elemento de contraste que la valide. En este proceso, tanto la discriminación como la exclusión desempeñan un papel crucial, pues a partir de estas conductas es como un grupo pone en evidencia las diferencias de aquellos que no son capaces de asimilarse. Reafirmando, como lo vimos antes, relaciones de opresión. Ya que no basta con señalar la diferencia, sino que es necesario valorarla negativamente y juzgarla amenazante.

La producción de homogeneidad es la producción de un nosotros, “yo mismo y la gente como yo debe protegerse de eso allá, de eso que tememos y odiamos”. Entonces, la construcción del “otro/a” es instrumental para la identificación de un “nosotros”, pero al mismo tiempo, la existencia de ese “otro/a” representa la temible posibilidad de la propia disolución.⁸²

Frente a los procesos de homologación que promueven una normalidad normativa, Ferrajoli considera que debe primar un modelo de igual “valorización de las diferencias”.⁸³ En contraste con el modelo de *homologación jurídica de las diferencias*, en el que la igualdad es una consideración de hecho que necesita negar las diferencias para poder existir, este otro modelo reconoce las diferencias como

⁸¹ Véase Gómez, María Mercedes, “Crímenes de odio en Estados Unidos. La distinción analítica entre excluir y discriminar”, *Debate Feminista*, núm. 29, 2004, pp. 174-179, disponible en: www.jstor.org/stable/42624808 (fecha de consulta: 3 de julio de 2020).

⁸² *Idem*.

⁸³ Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 75 y 76.

un hecho, las cuales son valoradas como un atributo constitutivo de la identidad de las personas, que debe ser protegido por medio de un igual derecho a ser diferentes. El autor resume este modelo en una afortunada frase que dice: “igualdad como norma, diferencia como hecho”.⁸⁴

Para un estudio interseccional esto resulta de gran relevancia. Como vimos anteriormente con la crítica que Kimberlé Crenshaw realiza sobre el caso de *DeGraffenreid v. General Motors*; al reconocer categorías que pretenden un carácter de universalización, las mujeres negras que reclamaban la protección de la ley, eran forzadas a asimilarse dentro de alguna de las categorías a las que la Corte les reconocía un estatus. Asimismo, en el caso de *Adarand Constructors v. Peña*, el razonamiento del juez Scalia⁸⁵ limita la posibilidad de la Corte para brindar medidas de acción afirmativa a favor de personas con “desventajas sociales o económicas”, debido a que la fantasía de la homologación no acepta tratos diferenciados en ningún sentido.

V. ¿ALGUIEN MÁS DIJO ALGO?

Puede resultar complicado el pensar que alguien no estaría de acuerdo con la sentencia que declaró la libertad de Alberta y Teresa después de haber sido acusadas injustamente del supuesto secuestro de seis agentes federales. Aún así, no obstante se puede coincidir con lo que dijo la Corte, no pueden dejar de mencionarse los aspectos relativos a la interseccionalidad que la Corte omitió abordar.

Si bien, para algunas personas, la ausencia de un análisis interseccional puede justificarse a raíz de la falta de normas y precedentes que guiaran la actitud de la Corte, principalmente si tomamos

⁸⁴ *Ibidem*, p. 77.

⁸⁵ Debe mencionarse que a la decisión mayoritaria también se sumaron, aunque no con los mismos argumentos, la jueza O'Connor y los jueces Rehnquist, Kennedy y Thomas.

en consideración que la resolución del caso se dio con anterioridad a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, lo cierto es que, para esa fecha, ya existía un amplio estudio, tanto académico como jurídico, que permitía dar sustento a una resolución con otra perspectiva. Contrario a lo que erróneamente puede llegar a considerarse, los derechos humanos no comenzaron a existir a partir del año 2011.

A continuación, nos disponemos a dar un panorama general de aquellos estándares internacionales que, para la fecha de la resolución del caso de Alberta y Teresa (28 de abril de 2010), ya se encontraban vigentes.

1. *Sistema universal de derechos humanos*

En lo que respecta al ámbito universal de protección de los derechos humanos, 1975 representó un punto de inflexión en el desarrollo de programas que buscaban la consolidación de la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres. A partir de esa fecha, en que la ONU declaró el Año Internacional de la Mujer,⁸⁶ se dio paso, de la misma manera, al Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer, dentro del cual puede destacarse la aprobación en 1979 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,⁸⁷ que entró en vigor en 1981; y las Estrategias de Nairobi, aprobadas en 1985 por la Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz.⁸⁸

⁸⁶ Véase ONU, *Report of the World Conference of the International Women's Year*, México, 19 de junio-2 de julio de 1975, E/CONF.66/34, E.76. IV.1.

⁸⁷ Véase ONU, *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, del 18 de diciembre de 1979.

⁸⁸ Véase ONU, *Report of the World Conference to Review and Appraise the Achievements of the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace*, Nairobi, 15-26 de julio de 1985, A/CONF.116/28/Rev. 1.

Asimismo, la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994,⁸⁹ abordó explícitamente la necesidad de eliminar todas las formas de violencia contra la mujer, además de erradicar todas las formas de discriminación por motivos de sexo; por su parte la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, reunida en 1995 aprobó la Declaración y Plan de Acción de Bejín.⁹⁰ La Declaración realizaba un atento llamamiento a los Estados para garantizar el derecho a la igualdad de las mujeres, tomado en cuenta los distintos factores que se intersectan y agravan sus condiciones de vulnerabilidad.

Intensificar los esfuerzos para garantizar el disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales a todas las mujeres y las niñas que enfrentan múltiples barreras para lograr su potenciación y su adelanto por factores como la raza, la edad, el idioma, el origen étnico, la cultura, la religión o la discapacidad, o por pertenecer a la población indígena.⁹¹

Por su parte, el Plan de Acción también ampliaba la comprensión de esta serie de barreras, al considerar que en muchas ocasiones, además de los factores mencionados anteriormente, las mujeres encuentran obstáculos relacionados con su situación familiar, socioeconómica, o bien, la marginación de las zonas rurales que se encuentran aisladas o empobrecidas.⁹² Además, se hace mención de las barreras a las que se enfrentan las mujeres refugiadas, desplazadas, las mujeres migrantes y trabajadoras migrantes.⁹³

⁸⁹ Véase ONU, *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*, El Cairo, 5-13 de septiembre de 1994, A/CONF.171/13/Rev.1., Principio 4.

⁹⁰ Véase ONU, *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, Beijing, 4-15 de septiembre de 1995, A/CONF.177/20/Rev.1.

⁹¹ ONU, *Declaración de Bejín*, aprobada en la 16a. sesión plenaria, celebrada el 15 de septiembre de 1995, Punto 32.

⁹² Véase ONU, *Plataforma de Acción de Bejín*, aprobada en la 16a. sesión plenaria, celebrada el 15 de septiembre de 1995, párr. 46.

⁹³ *Idem.*

Un aspecto a destacar es que el Plan de Acción de Beijín llamaba la atención sobre el fenómeno de la “feminización de la pobreza”.⁹⁴ La cual se explica a partir de prácticas patriarcales, con las que las mujeres se ven sistemáticamente excluidas de las actividades económicamente remuneradas, haciéndolas dependientes económicas y limitando con ello su autonomía personal.

50. Aunque la pobreza afecta a los hogares en general, debido a la división del trabajo sobre la base del género y las responsabilidades relativas al bienestar familiar, las mujeres soportan una carga desproporcionada al tratar de administrar el consumo y la producción del hogar en condiciones de creciente escasez. La pobreza afecta de manera especialmente aguda a las mujeres que viven en hogares rurales.⁹⁵

Posteriormente, en el año 2000, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial emitió su Recomendación General núm. 25, en la que tomaba nota de “que la discriminación racial no siempre afecta a las mujeres y a los hombres en igual medida ni de la misma manera”.⁹⁶ Ya que, “existen circunstancias en que afecta únicamente o en primer lugar a las mujeres, o a las mujeres de distinta manera o en distinta medida que a los hombres”.⁹⁷ En sentido similar, dos años después la Comisión de Derechos Humanos de la ONU emitió la Resolución 2002/52, relativa a la eliminación de la violencia contra la mujer. En ésta, se instaba a los Estados a observar que hay “formas múltiples de discriminación”⁹⁸ que afectan a las mujeres por distintas razones como la raza o el

⁹⁴ *Ibidem*, párr. 48.

⁹⁵ *Ibidem*, párr. 50.

⁹⁶ ONU, CERD, *Recomendación general N° XXV relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género*, 56o. período de sesiones (2000), 1391a. sesión, 20 de marzo de 2000, párr. 1.

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ ONU, Comisión de los Derechos Humanos, *Resolución 2002/52 sobre La Eliminación de la Violencia contra la Mujer*, 58o. período de sesiones, E/CN.4/RES/2002/52, pp. 1-2.

origen étnico, lo cual las hace blanco de formas agravadas de violencia.

Adicionalmente, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), principal órgano de supervisión del cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ha emitido distintas recomendaciones en torno a la intersección de condiciones que incrementan la discriminación contra la mujer. Especialmente, en la Recomendación General núm. 25 del año 2004, el comité prevenía a los Estados a que, en la implementación de medidas especiales a favor de la igualdad sustantiva, se tomaran en consideración las formas de “discriminación múltiple contra la mujer y las consecuencias negativas y complejas que tiene”.⁹⁹ En ese mismo sentido, el 16 de diciembre de 2010 —tan solo meses después de la emisión de la sentencia de la SCJN— el Comité CEDAW hizo mención expresa del término interseccionalidad en su Recomendación General núm. 28.

18. La interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2. La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres. Los Estados partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas.¹⁰⁰

⁹⁹ Véase ONU, CEDAW, *Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal*, 30o. periodo de sesiones, 2004, párr. 12.

¹⁰⁰ ONU, CEDAW, *Recomendación general No. 28, Las Obligaciones Básicas de los Estados Partes en virtud del artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, 47o. periodo de sesiones, 2010, párr. 18.

2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En lo que respecta al ámbito regional, la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) es el organismo internacional más longevo en el mundo en tratar, específicamente, el tema de los derechos de las mujeres. Creada en 1928, la CIM impulsó la adopción de la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer, el primer instrumento internacional en abordar los derechos de las mujeres.¹⁰¹ Asimismo, en 1975 implementó el Plan Regional de Acción para el Decenio de la Mujer en las Américas (1976-1985),¹⁰² en el cual promovía la participación plena de las mujeres en todos los ámbitos económicos y sociales de los Estados de la región. En este plan, se prestaba especial atención a la situación de las mujeres de los entornos rurales y no urbanos.

En 1994, la CIM también jugó un papel importante para la consolidación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer,¹⁰³ también conocida como “Convención de Belém do Pará”.¹⁰⁴ En el preámbulo de la Convención se realizaba un pronunciamiento expreso en contra de las “relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”.

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como uno de los órganos principales del sistema creó en 1994 la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres,¹⁰⁵ cuyo primer mandato fue realizar un informe sobre la situación que acontecía en torno a los derechos de las mujeres en las Américas. En este

¹⁰¹ Véase CIM, *Historia Historia en breve de la Comisión Interamericana de Mujeres*, pp. 2-3, disponible en: <http://www.oas.org/es/CIM/nosotros.asp>.

¹⁰² Véase OEA, CIDH, *Decenio de la Mujer*, AG/RES (VI-0/76)

¹⁰³ México suscribió dicha convención en 1995 y fue hasta 1998 que se ratificó.

¹⁰⁴ Véase OEA, *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer*, Suscrita en el XXIV Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, Belém do Pará, Brasil, 6-10 de junio de 1994.

¹⁰⁵ Véase OEA, CIDH, *Vigésimo Cuarto Período Ordinario-Actas y Documentos Volumen I*, Belém do Pará, Brasil, 6-10 de junio de 1994.

informe de 1998,¹⁰⁶ la CIDH destacó la presencia de numerosas leyes y prácticas gubernamentales que atentaban contra la igualdad de las mujeres. De manera adicional, en el año 2001, la CIDH presentó su informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay,¹⁰⁷ en el que puso especial énfasis a la situación agravada de violencia que experimentaban las mujeres por razón de su edad o pertenencia a zonas rurales.

En su informe de 2006, sobre las Mujeres frente a la Violencia y la Discriminación derivadas del Conflicto Armado en Colombia,¹⁰⁸ la CIDH puso de relieve la experiencia de doble discriminación que padecían las mujeres indígenas y afrocolombianas. Ya que, “al estar expuestas históricamente a dos formas de discriminación”,¹⁰⁹ el informe consideró que eran “doblemente vulnerables a ser abusadas y victimizadas por los grupos armados en su lucha por controlar recursos y territorios”.¹¹⁰

Esta situación fue reiterada en el informe de 2007, sobre el Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas,¹¹¹ en el cual la CIDH dedicó un capítulo para mencionar las complicaciones acentuadas a las que las mujeres indígenas se enfrentan en la búsqueda de justicia.

195. La CIDH ha observado que la violencia, la discriminación y las dificultades para acceder a la justicia afectan en forma diferenciada a las mujeres indígenas y afrodescendientes, debido a que están particularmente expuestas al menoscabo de sus derechos

¹⁰⁶ Véase CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.100, 13 de octubre de 1998.

¹⁰⁷ Véase CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, OEA/Ser.L/VII.110. Doc. 52, 9 de marzo de 2001, párr. 26.

¹⁰⁸ Véase CIDH, *Informe sobre las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.67, 18 de octubre de 2006.

¹⁰⁹ *Ibidem*, párr. 102.

¹¹⁰ *Idem*.

¹¹¹ Véase 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.

por causa del racismo. Asimismo, ha constatado que los obstáculos que enfrentan para acceder a recursos judiciales idóneos y efectivos que remedien las violaciones sufridas, pueden ser particularmente críticos porque sufren de varias formas de discriminación combinadas, por ser mujeres, por su origen étnico o racial y/o por su condición socio-económica.¹¹²

Por último, tanto la CIDH como la Corte IDH han abordado el tema de la discriminación múltiple a la que se enfrentan las mujeres indígenas. En el informe de fondo de Ana, Beatriz y Celia González Pérez,¹¹³ la CIDH analizó la situación de tres mujeres indígenas tzeltales que fueron privadas de la libertad, golpeadas y violadas por militares mexicanos quienes, en el marco del conflicto armado en Chiapas, pretendían hacerlas confesar su vinculación con el EZLN. Al respecto, la CIDH consideró que “el dolor y la humillación que sufrieron las mujeres se agrava por su condición indígena”. Ello, debido al “desconocimiento del idioma de sus agresores y de las demás autoridades intervinientes; y además, por el repudio de su propia comunidad como consecuencia de los hechos aquí establecidos”.¹¹⁴

Consideraciones similares han sido sostenidas por la Corte IDH en casos como *Fernández Ortega y otros vs. México*¹¹⁵ y *Rosendo Cantú y otra vs. México*,¹¹⁶ en los cuales de manera lamentable se reproducen los hechos de violencia y violación de mujeres indígenas por parte de integrantes de las fuerzas armadas, ahora en el contexto de la sierra de Guerrero.

¹¹² *Ibidem*, párr. 195.

¹¹³ Véase CIDH, *Informe No 53/01. Fondo. Ana, Beatriz y Celia González Pérez (México)*, 4 de abril de 2001.

¹¹⁴ *Ibidem*, párr. 95.

¹¹⁵ Véase Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215.

¹¹⁶ Véase Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216.

Además de lo hasta ahora expuesto, un aspecto adicional a considerar respecto del caso de Alberta y Teresa, es el que el relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, resaltó en su informe del año 2003 respecto de México.¹¹⁷ En este se menciona que los pueblos indígenas se encuentran en una amplia vulnerabilidad en relación a la procuración y administración de justicia. No solo por las complicaciones para entender el idioma, sino porque se registra un alto índice de abusos policiales en su contra.

30. Es práctica ampliamente generalizada la detención de sospechosos o presuntos delincuentes sin orden de arresto, la detención preventiva por un tiempo que excede el estatutario, el allanamiento de morada, el robo de pertenencias de las víctimas y otros abusos y negación del debido proceso, de los cuales son culpables las policías municipales y estatales, y a veces la policía preventiva e incluso elementos del Ejército. Uno de los temas recurrentes refiere a abusos físicos y tortura a detenidos indígenas y la poca efectividad de las denuncias al respecto. Existen documentación y testimonios sobre indígenas muertos en circunstancias no aclaradas mientras estaban en manos de la autoridad. El Relator Especial recibió numerosas quejas al respecto durante su misión.¹¹⁸

VI. LO QUE PUDO DECIRSE

Como puede apreciarse, no eran pocos los documentos de los cuales la SCJN podía haber echado mano dentro de su análisis. Aunque una objeción válida podría ser el hecho de que el caso consistía en un recurso de apelación que fue atraído por la Corte; situación que exigía se valoraran los razonamientos expresados por el juez cuarto de distrito del estado de Querétaro, no se puede

¹¹⁷ Véase ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, Misión México*, E/CN.4/2004/80/Add.2, párr. 29.

¹¹⁸ *Ibidem*, párr. 30.

pasar por alto que la función de la justicia constitucional no se limita a aclarar los aspectos de legalidad que puedan presentarse en el caso, sino que requiere una valoración de los hechos que dan origen al mismo, así como de las actuaciones de las autoridades que han intervenido en él.

Aharon Barak menciona que la función de los tribunales constitucionales no es la de “corregir los errores de los tribunales inferiores”,¹¹⁹ sino que “la principal preocupación del tribunal constitucional es la más amplia acción correctiva de todo el sistema”.¹²⁰ Para ello, debe asumir que su función desempeña un papel casi pedagógico¹²¹ frente a los otros poderes —y la sociedad misma—, al transmitir por medio de sus sentencias una noción de respeto a los principios constitucionales y de visibilización de las condiciones estructurales que pueden dar origen a una violación de tales principios.

La misma Corte mexicana mencionó que la atracción del caso de Alberta y Teresa buscaba ampliar la jurisprudencia constitucional en torno a los derechos de las mujeres indígenas. De igual manera, no fueron pocos los pronunciamientos emitidos por el Centro Pro y otras organizaciones, en las que se hacía hincapié sobre las circunstancias agravadas de discriminación que se presentaban en el caso. Sin embargo, nada de esto fue retomado dentro de los argumentos de la sentencia.

Como se mencionó anteriormente, el solo hecho de nombrar a Alberta y Teresa como mujeres indígenas en una condición de vulnerabilidad, representa un acto de reconocimiento de un grupo que experimenta dinámicas de opresión que se sustentan en la negación prolongada de su acceso al poder político y el ejercicio de sus derechos. Por otro lado, invisibilizarlas como mujeres indígenas, y reducir los argumentos de la sentencia a un caso de insuficiencia

¹¹⁹ Véase Barak, Aharon, *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, México, SCJN, 2008, p. 1.

¹²⁰ *Idem*.

¹²¹ *Ibidem*, p. 16.

probatoria, pretende dar un tratamiento homologado que no toma en cuenta las condiciones de asimetría que hicieron posible la existencia de un caso como este.

Es por todo esto que reconocer a Alberta y Teresa como mujeres indígenas implica el reconocimiento de una serie de factores que a lo largo de la historia han condicionado su libre acceso a los derechos. Como lo menciona la CIDH:

[L]as mujeres indígenas son integrantes de pueblos y comunidades marcadas por los efectos de la colonización, por distintas formas de racismo social e institucional... [S]on integrantes de un género que a lo largo de la historia ha sufrido discriminación, ha sido objeto de estereotipos sociales, y ha sido excluido de la vida social y política de sus comunidades, municipios y países[. Además,] suelen vivir en la pobreza y se enfrentan con desigualdad y discriminación cuando tratan de lograr la autonomía económica y financiera.¹²²

Ante este panorama, la justicia constitucional adquiere una función estructural al implementar medidas diferenciadas que busquen revertir las condiciones de sometimiento de un grupo frente a otro. De esta manera, el principio de igualdad no opera como un límite a los tratos diferenciados, sino como una garantía del no sometimiento. Tanto autores y autoras como Owen Fiss,¹²³ Roberto Saba¹²⁴ y María Ángeles Barrere,¹²⁵ así como organismos como la CIDH,¹²⁶

¹²² CIDH, *Informe sobre las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.44/17, 17 de abril del 2017, párr. 32.

¹²³ Véase *supra*, nota 56.

¹²⁴ Véase Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad...*, *cit.*, pp. 79-81; Saba, Roberto, *Pobreza, derechos y desigualdad estructural*, México, SCJN-TEPJF-IEDE, 2012, p. 55.

¹²⁵ Véase Barrere Unzueta, María Ángeles, “Problemas del Derecho Antidiscriminatorio: Subordinación versus Discriminación y Acción Positiva versus Igualdad de Oportunidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 60, 2001, p. 11.

¹²⁶ CIDH, *Acceso a la justicia...*, *cit.*, párrs. 71-80.

la Corte IDH¹²⁷ y el Comité CEDAW¹²⁸ han sostenido una interpretación similar de las obligaciones estatales en materia de igualdad.

Por tanto, como un primer paso en este sentido correspondía a la Corte mexicana ir más allá de un análisis legal del caso, para así señalar la serie de irregularidades y patrones estereotípicos y estructurales que hicieron posible la acusación, detención, enjuiciamiento y cuatro años de encarcelamiento de Alberta y Teresa.

VII. BIBLIOGRAFÍA

“Doña Jacinta, presa de conciencia”, *El País*, 18 de agosto de 2009, disponible en: https://elpais.com/internacional/2009/08/19/actualidad/1250632803_850215.html.

Amnistía Internacional, *Libertad para Jacinta Marcial*, AMR 41/041/2009.

ARRIAGA, Luis, “Alberta y Teresa. Nombramiento como presas de conciencia”, Centro Prodh, disponible en: <https://centroprodh.org.mx/2010/02/12/alberta-y-teresa-presas-de-conciencia/>.

BARAK, Aharon, *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, SCJN, México, 2008.

BARRERE UNZUETA, María Ángeles, “Problemas del Derecho Antidiscriminatorio: Subordinación versus Discriminación y Acción Positiva versus Igualdad de Oportunidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 60, 2001.

BRAH, Avtar y PHOENIX, “Ann, Ain’t I A Woman? Revisiting Intersectionality”, *Journal of International Women’s Studies*, vol. 5, núm. 3, mayo de 2004.

Centro Prodh, “Dossier de prensa de Doña Jacinta Francisco Marcial”, disponible en: <https://centroprodh.org.mx/2017/12/12/dos>

¹²⁷ Véase Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14* de 19 de agosto de 2014. Serie A, núm. 21, párr. 71.

¹²⁸ CEDAW, Recomendación General núm. 25..., *cit.*, párrs. 15-24.

- sier-de-prensa-de-dona-jacinta-francisco-marcial/* (fecha de consulta: 4 de diciembre de 2019).
- CNDH, Recomendación 046/2009, del 17 de julio de 2009.
- CRENSHAW, Kimberlé, “*Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*”, *University of Chicago Legal Forum*: vol. 1989, núm. 1, artículo 8o.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2007.
- FISS, Owen M., “Groups and the equal protection clause”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 5, núm. 2, 1976.
- GÓMEZ, María Mercedes, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, en MOTTA, Cristina y CABAL, Luisa (comps.), *Más allá del derecho: justicia y género en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, CESO, 2005.
- GÓMEZ, María Mercedes, “Crímenes de odio en Estados Unidos. La distinción analítica entre excluir y discriminar”, *Debate Feminista*, vol. 29, 2004, disponible en: www.jstor.org/stable/42624808 (fecha de consulta: 3 de julio de 2020).
- GONZÁLEZ LE SAUX, Marianne y PARRA VERA, Óscar, “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”, *Revista IIDH*, Costa Rica, vol. 47, enero-junio de 2008.
- HILL COLLINS, Patricia y BILGE, Sirma, *Intersectionality*, Cambridge, UK-Malden, MA, Polity Press, 2016.
- HILL COLLINS, Patricia, *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*, 2a. ed., Nueva York, Routledge, 2000.
- HILL COLLINS, Patricia, “Intersectionality’s Definitional Dilemmas”, *The Annual Review of Sociology*, núm. 41, 2015.
- MARION YOUNG, Iris, *La justicia y la política de la diferencia*, España, Cátedra-Universitat de València-Instituto de la Mujer, 2000.

- MEMMI, Albert, *Retrato del colonizado*, 8a. ed., Argentina, Ediciones de la Flor, 1996.
- PATEMAN, Carole, *El contrato sexual*, España, Anthtropos-UAM, 1995.
- PHILLIPS, Anne, *Género y teoría democrática*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 1996.
- PULIDO JIMÉNEZ, Miguel, *Colores de libertad*, CONAPRED, 2018.
- SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.
- SABA, Roberto, *Pobreza, derechos y desigualdad estructural*, México, SCJN-TEPJF-IEDE, 2012.
- SANTIAGO JUÁREZ, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, CONAPRED-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- VIVEROS VIGOYA, Mara, “*La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación*”, *Debate Feminista*, vol. 52, 2016.
- YOSHINO, Kenji, “Assimilationist Bias in Equal Protection: The Visibility Presumption and the Case of «Don’t Ask, Don’t Tell»”, *Yale Law Journal*, vol. 108:485, 1998.
- YOSHINO, Kenji, “Covering”, *Yale Law Journal*, vol. 111, 2002.
- YUVAL-DAVIS, NIRA, “Más allá de la dicotomía del reconocimiento y la redistribución”, en ZAPATA GALINDO, Martha *et al.* (eds.), *La interseccionalidad en debate, Actas del Congreso Internacional “Indicadores Interseccionales y Medidas de Inclusión Social en Instituciones de Educación Superior”*, Berlín, 23-27 de noviembre de 2012.

Documentos internacionales

- CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.100, 13 octubre 1998.
- CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, OEA/Ser./L/VII.110. Doc. 52, 9 de marzo de 2001.

- CIDH, *Informe sobre las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.67, 18 octubre 2006.
- 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.
- CIDH, *Informe No 53/01. Fondo. Ana, Beatriz y Celia González Pérez (México)*, 4 de abril de 2001.
- CIDH, *Informe sobre las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.44/17, 17 de abril del 2017.
- Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14* del 19 de agosto de 2014, Serie A, núm. 21.
- 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.
- 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.
- OEA, CIM, *Historia en breve de la Comisión Interamericana de Mujeres*, disponible en: <http://www.oas.org/es/CIM/nosotros.asp>.
- OEA, CIDH, *Decenio de la Mujer*, AG/RES (VI-0/76).
- OEA, *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer*, Suscrita en el XXIV Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, Belém do Pará, Brasil, 6-10 de junio de 1994.
- OEA, CIDH, Vigésimo Cuarto Período Ordinario-Actas y Documentos Volumen I, *Belém do Pará, Brasil, 6-10 de junio de 1994*.
- ONU, *Report of the World Conference of the International Women's Year*, México, 19 de junio-2 de julio de 1975. E/CONF.66/34, E.76. IV. 1
- ONU, *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

- ONU, *Report of the World Conference to Review and Appraise the Achievements of the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace*, Nairobi, 15-26 de julio de 1985, A/CONF.116/28/Rev. 1.
- ONU, *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994, A/CONF.171/13/Rev.1.
- ONU, *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995, A/CONF.177/20/Rev.1.
- ONU, *Declaración de Beijing*, aprobada en la 16a. sesión plenaria, celebrada el 15 de septiembre de 1995.
- ONU, *Plataforma de Acción de Beijing*, aprobada en la 16a. sesión plenaria, celebrada el 15 de septiembre de 1995.
- ONU, CERD, *Recomendación general núm. XXV relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género*, 56o. periodo de sesiones (2000), 1391a. sesión, 20 de marzo de 2000.
- ONU, Comisión de los Derechos Humanos, *Resolución 2002/52 sobre La Eliminación de la Violencia contra la Mujer*, 58o. periodo de sesiones, E/CN.4/RES/2002/52.
- ONU, CEDAW, *Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal*, 30o. periodo de sesiones, 2004.
- ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, Misión México*, E/CN.4/2004/80/Add.2.
- ONU, CEDAW, *Recomendación general No. 28, Las Obligaciones Básicas de los Estados Partes en virtud del artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, 47o. periodo de sesiones, 2010.

Sentencias judiciales

Adarand Constructors v. Peña, 515 U.S. 200, 239 (1995).

Recurso de Apelación 2/2010, derivado de la facultad de atracción 33/2010, recurrentes: Alberta Alcántara o Alberta Alcántara Juan y Teresa González Cornelio, Sentencia del 28 de abril de 2010.

COMENTARIO A LA ACCIÓN
DE INCONSTITUCIONALIDAD 45/2014
Y A LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 275/2015
SOBRE PARIDAD DE GÉNERO
EN LOS ÓRGANOS REPRESENTATIVOS

Ana Micaela ALTERIO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La AI 45/2014.* III. *Una comprensión diferente y la CT 275/2015.* IV. *La paridad: ¿acción afirmativa temporal o principio democrático permanente?* V. *Una recapitulación crítica de la jurisprudencia y una propuesta a modo de conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución mexicana de 1917 no tiene madres. No obstante, sus padres fundadores proclamaron la igualdad de todos los mexicanos. Y, a pesar de que Hermila Galindo Acosta, anticipándose a la Real Academia Española, insistió en que la tercera persona del plural masculina incluía a las mexicanas,¹ parece que este uso idio-

* Profesora Asociada del Departamento Académico de Derecho del ITAM. Nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt México. Este artículo es una versión resumida del artículo: “Paridad de género y representación. El caso mexicano”, *Int’l J. Const.L.*, vol. 19, núm. 4, 2021. Agradezco al equipo editor del *International Journal of Constitutional Law*, especialmente a Marcela Prieto Rudolphi y Sergio Verdugo, la autorización para replicarlo parcialmente aquí. Contacto: *micaalterio@yahoo.com*.

¹ Sobre la candidatura de Hermila Galindo como “diputado” (*sic*) escribía el

mático no era tan claro entonces, por lo que las mujeres quedaron excluidas de los derechos políticos por un largo tiempo.² De hecho, tuvieron que esperar hasta 1953 para encontrar un reconocimiento constitucional explícito en el artículo 34: “son ciudadanos de la República los varones y las mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos...”, y hasta 1955 para poder participar efectivamente en unos comicios nacionales.

Pero esta incorporación, junto a otros derechos que de a poco se fueron reconociendo, no alcanzó para que las mujeres tuvieran un trato igualitario, menos aún para que lograran una participación efectiva en la vida política. Fue recién en el año 2001 que se incorporó algún elemento más sustantivo al principio de igualdad constitucional, estableciéndose la prohibición de discriminación por razones de género (entre otras) al artículo 1o. constitucional y se proclamó en el artículo 2o. la equidad en la participación de la mujer indígena.³ Si bien ya desde los años noventa se habían establecido legalmente las cuotas de género en el país,⁴ el principio de paridad tuvo

periódico *El Universal* el 20 de febrero de 1917: “La Constitución promulgada el 5 de febrero no priva a la mujer del voto, ya que establece en su artículo 34 que son ciudadanos de la República todos los que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan además los requisitos”, citado por Valles, Rosa M., “Hermila Galindo: Ideas de vanguardia; acciones que abrieron brecha”, en *Mujeres y Constitución: de Hermila Galindo a Griselda Álvarez*, 2017, pp. 51-68.

² La anécdota no es aislada. En 1867, para respaldar la primera ley del sufragio para las mujeres en Gran Bretaña, se utilizó el mismo argumento según el cual la palabra “hombre” significa “ser humano”. Entonces también se rechazó enfáticamente que el término (que hacía referencia al jefe del hogar) fuera un genérico que incluyera a las mujeres. Pateman, Carole, “Feminismo y democracia”, *Debate Feminista del Cieg*, núm. 1, 1990, pp. 3-5.

³ Garduño, Patricia, “Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de equidad de género”, en *Reformas constitucionales y equidad de género. Informe Final. Seminario Internacional Santa Cruz de la Sierra*, 21-23 de febrero de 2005, p. 169 (Sonia Montañón V. y Verónica Aranda ed., CEPAL, 2006).

⁴ En 1993 una reforma al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe) conminó por primera vez a los partidos políticos a promover una mayor participación política de las mujeres. Posteriormente, en 1996 el mismo Código estableció la recomendación para que los partidos consideraran en sus estatutos que las candidaturas no excedieran de 70% para un mismo sexo. Pero fue

que esperar hasta febrero de 2014 para tener reflejo constitucional, con su establecimiento explícito en la fracción I del artículo 41.⁵ Esta fracción, en lo que interesa establecía:

I. ...Los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de los órganos de representación política y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan y mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo, así como las *reglas para garantizar la paridad entre los géneros, en candidaturas a legisladores federales y locales* [énfasis añadido].⁶

recién en 2002 que se estableció en el Cofipe la obligatoriedad de una cuota de género del 30%, que subió al 40% en 2008. Véase Medina Espino, Adriana, *La participación política de las mujeres. de las cuotas de género a la paridad*, 2010. Hay que decir que, a pesar de estas medidas, el porcentaje de mujeres diputadas no acompañó las reformas, siendo en la LXI legislatura (2009) la más alta hasta ese momento con el 27.6% de mujeres. *Ibidem*, p. 82.

⁵ A diferencia de las cuotas (o cupos), “la paridad apunta al equilibrio entre los sexos y a que cada género esté presente en cierto porcentaje en todas las instancias deliberativas, consultivas y de decisión en la vida pública, y en especial en la política”. Bérengère Marqués-Pereira, “Cupos o paridad: ¿Actuar como ciudadanas?” *Revista de Ciencia Política*, núm. 21, 2001, pp. 101, 101-2

⁶ El artículo 41 sufrió una nueva reforma en 2019, quedando su redacción de la siguiente forma (segundo párrafo): “La ley determinará las formas y modalidades que correspondan, para observar el *principio de paridad de género* en los nombramientos de las personas titulares de las secretarías de despacho del Poder Ejecutivo Federal y sus equivalentes en las entidades federativas. En la integración de los organismos autónomos se observará el mismo principio. La renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo se realizará mediante elecciones libres, auténticas y periódicas, conforme a las siguientes bases:

I. Los partidos políticos son entidades de interés público... *En la postulación de sus candidaturas*, se observará el *principio de paridad de género*. Los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, fomentar el *principio de paridad de género*, contribuir a la integración de los órganos de representación política, y como organizaciones ciudadanas, hacer posible su acceso al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan y mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo, así como con las reglas que marque la ley electoral para *garantizar la paridad de género, en las candidaturas* a los distintos cargos de elección popular” (énfasis añadido).

La jurisprudencia que analizaré en este comentario interpreta este artículo y se desarrolló en tres momentos. En primer lugar, en la acción de inconstitucionalidad AI 45/2014 y sus acumuladas, en control abstracto, consecuencia de una reforma a las disposiciones legales electorales del Distrito Federal para adaptarlas a la paridad.⁷ En el caso, la interpretación que la Suprema Corte hizo del principio constitucionalmente establecido como una acción afirmativa, temporal, garante de la igualdad de resultados, no era una interpretación obvia, ni siquiera intuitiva y menos aún mayoritaria en el derecho constitucional comparado. En un segundo momento, la Sala Superior del Tribunal Electoral dictó la sentencia SUP-JDC-1236/2015 y sus acumuladas,⁸ en un caso concreto, que contradijo el anterior criterio de la Corte. En esta resolución, el TEPJF consideró que el principio de paridad era una medida permanente y limitada a garantizar la paridad en las candidaturas. Finalmente, en un tercer momento y conforme a sus facultades constitucionales, la Suprema Corte resolvió la contradicción de criterios en la CT 275/2015.⁹ En este último asunto, la Corte confirmó su interpretación inicial, aunque consideró que el principio de paridad es una medida permanente, destinada a asegurar la igualdad de resultados.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), *Diario Oficial de la Federación (DOF)* 05-02-1917, última reforma *DOF* 18 de diciembre de 2020, artículo 41.

⁷ Acción de Inconstitucionalidad 45/2014 y sus acumulados 46/2014, 66/2014, 67/2014, 68/2014, 69/2014 y 75/2014 [AI 45/2014], Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), 12 de marzo de 2015, *DOF*, Considerando Décimosegundo.

⁸ Sentencia SUP-JDC-1236/2015 y sus acumuladas SUP-JDC-1244/2015, SUP-JDC-1245/2015, SUP-JRC-666/2015, SUP-JRC-667/2015, SUP-JRC-668/2015, y SUP-JRC-669/2015 [SUP-JDC-1236/2015], Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación [TEPJF], 26 de agosto de 2015, *DOF*.

⁹ Contradicción de Tesis 275/2015, suscitada entre el Pleno de la SCJN y la Sala Superior del TFF [CT 275/2015], Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN], sesionado el 4 de junio de 2019.

Considero que hoy más que nunca es necesario revisar y analizar estas sentencias por los fundamentos ausentes en los fallos —pero que podría decirse subyacen a los mismos—, por dos razones esenciales. Primero, porque el principio de paridad de género se ha reafirmado y extendido constitucionalmente con la reforma de junio de 2019 a todos los poderes del Estado mexicano. Esta ampliación seguramente generará nuevos litigios y la necesidad de establecer una interpretación constitucional robusta. Segundo, porque su consagración aún genera recelos y enfrenta resistencias, quizá basadas en la falta de claridad sobre los argumentos de fondo que lo justifican. Establecer fundamentaciones rigurosas ayuda no sólo a su aceptación, sino también a su implementación exitosa desde un punto de vista feminista.

II. LA AI 45/2014

El 29 de septiembre de 2014 el Pleno de la SCJN resolvió la acción de inconstitucionalidad 45/2014 en materia electoral que incluía, entre sus considerandos, la impugnación a la “Fórmula para la asignación de diputados electos por el principio de representación proporcional, bajo criterios de equidad de género”.¹⁰ Lo que se impugnó, por un lado, fue el artículo 292, fracción II, del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del entonces Distrito Federal (CIPE-DF)¹¹ por considerar que el sistema allí previsto vulneraba los artículos 1o., 4o., 133 de la Constitución¹² y 25, inciso B, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP)¹³

¹⁰ AI 45/2015, *supra* nota 7, pp. 140 y ss.

¹¹ Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Distrito Federal (CIPE-DF), *Gaceta Oficial del Distrito Federal (GODF)* 20 de diciembre de 2010, última reforma *GODF* 21 de junio de 2017.

¹² CPEUM, artículos 1o., 4o. y 133, *DOF*, 5 de febrero de 1917, última reforma *DOF*, 18 de diciembre de 2020.

¹³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1996, en vigor 23 de marzo de 1976, artículo 25, inciso B.

al crear mediante la fórmula de integración de la lista B, una categoría que daba más peso al género que a la votación mayoritaria.

Dicho artículo establecía el mecanismo para la asignación de diputados y diputadas a la Asamblea Legislativa por el principio de representación proporcional, a través de la conformación de dos listas A y B que se intercalan para la integración de la lista definitiva. La lista A se formaba mediante una relación de trece fórmulas de candidatas y candidatas a diputados/as, cada una con su suplente del mismo género, listadas en orden de prelación, alternando hombre y mujer de manera sucesiva. Por su parte, la lista B se elaboraba con trece fórmulas de candidatos y candidatas a diputados/as que no lograron el triunfo en la elección por el principio de mayoría relativa del distrito en el que participaron, pero que alcanzaron los mayores porcentajes de votación efectiva respecto de otras candidatas/os de su propio partido en la misma elección. Con la finalidad de garantizar la paridad de género, una vez que se determinara el primer lugar de la lista B, el segundo se ocuparía por la fórmula del otro género con mayor porcentaje en la votación efectiva, y así se irían intercalando sucesivamente hasta concluir la integración.

En contra de esta norma, uno de los partidos políticos accionantes alegó el establecimiento de una discriminación positiva que generaba mayor desigualdad que la que pretendía eliminar. Asimismo, arguyó que la lista B vulneraba los principios de certeza, legalidad, imparcialidad y objetividad contrariando el artículo 116, fracción IV, inciso b, constitucional. Por otro lado, se impugnó la forma en que se integraba la lista definitiva, pues la fracción I del mencionado artículo 292 y el artículo 293, fracción VI, numeral 1, del mismo código, disponían que se intercalaran los integrantes de ambas listas.¹⁴ De esa manera, podía darse el caso de que, si las

¹⁴ Artículo 292 del CIPE- DF (versión publicada el treinta de junio de dos mil catorce): “Para la asignación de Diputados electos por el principio de representación proporcional se tendrán en cuenta los conceptos y principios siguientes: I.- Lista «A»: relación de trece fórmulas de candidatas a diputados: propietario y suplente del mismo género, listados en orden de prelación alternando fórmulas de hombre y mujer de manera sucesiva, a elegir por el principio de representación proporcional;

listas A y B tenían en primer lugar candidatos o candidatas del mismo género, los dos primeros lugares de la lista definitiva resultarían del mismo género.

Por lo que la pregunta que se planteaba al máximo tribunal era si el principio de paridad de género previsto constitucionalmente regía solo para la conformación de las listas de candidatos y candidatas previa a la elección, es decir, si se agotaba en la postulación¹⁵ o si también tenía que determinar la asignación efectiva de escaños independientemente de los resultados individuales de dicha elección. Si el alcance del principio fuera el primero, entonces la legislación prevista en el CIPE-DF sería inconstitucional. Por el contrario, el pleno de la Corte resolvió la constitucionalidad, estableciendo que ambos preceptos impugnados eran válidos.

Esta no era una respuesta obvia y su proclamación dependía de cómo se entendieran los principios de paridad y representación proporcional, lo que requería necesariamente indagar en sus fundamentos. La Corte buscó los mismos en una interpretación

II.- Lista «B»: relación de las trece fórmulas de candidatos a diputados que no lograron el triunfo en la elección por el principio de mayoría relativa del distrito en que participaron, pero que alcanzaron a nivel distrital los mayores porcentajes de la votación efectiva, comparados respecto de otras fórmulas de su propio partido en esa misma elección; *con la finalidad de garantizar la paridad de género, una vez que se determinó el primer lugar de esta lista, el segundo lugar será ocupado por la fórmula del otro género con mayor porcentaje de la votación efectiva, e irán intercalando de esta manera hasta concluir la integración de la lista*”.

Artículo 293 del CIPE- DF (versión publicada el treinta de junio de dos mil catorce): “Para la asignación de Diputados electos por el principio de representación proporcional se procederá durante el desarrollo de la (*sic*) reglas previstas en este artículo a la aplicación de una fórmula de proporcionalidad, conforme a las reglas siguientes:… VI. Para la asignación de los Diputados por el principio de representación proporcional de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal se utilizará la fórmula de proporcionalidad pura y se atenderán las reglas siguientes: 1. Se intercalarán las fórmulas de candidatos de ambas listas, iniciándose con los candidatos de la Lista ‘A’”. Las cursivas no son del original.

CIPE-DF, *GODF*, 20-12-2010, últimas reformas *GODF*, 21-06-2017.

¹⁵ Así lo entendió la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en la Sentencia SUP-JDC-1236/2015 *supra* nota 8, que dio pie a la contradicción de tesis CT 275/2015 mencionada *supra* nota 9, p. 29.

del principio de igualdad sustantiva y resolvió —a mi criterio— de manera vanguardista.

Según explica la propia SCJN, la igualdad sustantiva busca la paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de los derechos, lo que conlleva en algunos casos a que sea necesario remover y/o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impidan a los integrantes de ciertos grupos sociales gozar y ejercer sus derechos. Esto sucede con las mujeres que enfrentan condiciones de discriminación estructural.¹⁶ Prueba de ello es que —resalta la Corte— aun cuando se intentaron regulaciones en el ámbito electoral para garantizar la paridad en las candidaturas, las mismas no se tradujeron en un acceso efectivo de las mujeres a los puestos de representación.¹⁷ De allí que se “requieren acciones afirmativas que favorezcan la integración paritaria de los órganos de representación”. La Corte entiende que la reforma que incorporó la paridad en la Constitución respondió a esta necesidad, convirtiendo al estado en responsable de hacer efectiva la representación como dimensión política de la justicia.¹⁸

Como se puede observar, la Corte en este primer momento adoptó la idea de que la paridad requiere implementar una acción afirmativa a la que define como una medida de carácter administrativo y/o legislativo que implica un tratamiento preferente a un cierto grupo o sector que se encuentra en desventaja o es discriminado. En este sentido, la Corte explica en la sentencia que, por su naturaleza, la medida debe ser de carácter temporal, hasta en tanto se repare la situación que se pretende corregir, pues una vez que se haya alcanzado el objetivo de igualdad, el trato diferenciado debe desaparecer.¹⁹ Evidentemente, en esta definición la Corte está hacien-

¹⁶ AI 45/2015, *supra* nota 7, p. 148.

¹⁷ También en CT 275/2015, *supra* nota 9, pp. 52-3.

¹⁸ AI 45/2015, *supra* nota 7, p. 149.

¹⁹ *Ibidem*, p. 150. Asimismo explica que “[e]ste derecho constituye un mandato de optimización, por lo que en la medida en que no sea desplazado por una razón opuesta... el principio de paridad será la medida para garantizar la igualdad sustancial entre los géneros”, *Ibidem*, p. 152.

do alusión a la normativa del CIPE-DF que interpreta el mandato constitucional y que “se encuentra sujeta a un análisis de razonabilidad por parte de la Suprema Corte”.²⁰ Pero no se califica el principio constitucional en sí que, por su naturaleza, no podría tener aspiraciones temporales.

Con esto en mente, parece obvio que la Corte encontraría razón a la impugnación en lo relativo a la previsión legal sobre la conformación de la lista definitiva.²¹ Vimos en el caso que el Partido del Trabajo alegó que la asignación de escaños prevista no garantizaba la paridad de género pues podía pasar que la primera persona de la lista A fuera del mismo género que la primera de la lista B, generando una situación donde, si por ejemplo se tuvieran que ocupar 6 lugares, 4 fueran para un género y solo 2 para el otro.²² Por esta razón la SCJN decidió realizar una interpretación conforme de los artículos en cuestión adicionando para la integración de la lista B la obligación de que el primer lugar corresponda a la fórmula de género distinto al que encabece la lista A y que haya obtenido el porcentaje mayor de votación efectiva, garantizando así la asignación paritaria de escaños en cualquier escenario.²³

III. UNA COMPRENSIÓN DIFERENTE Y LA CT 275/2015

Un caso similar se presentó al poco tiempo ante la Sala Superior del Tribunal Electoral, aunque suscitó un razonamiento distinto. En dicha ocasión, la Sala Superior interpretó el mismo artículo

²⁰ *Ibidem*, p. 153.

²¹ *Ibidem*, pp. 160-70.

²² Ejemplo: Lista A: 1o. Hombre (H), 2o. Mujer (M), 3o. H, 4o. M... Lista B: 1o. H, 2o. M, 3o. H, 4o. M... Lista definitiva: 1o. 1 A H, 2o. 1 B H, 3o. 2 A M, 4o. 2 B M, 5o. 3 A H, 6o. 3 B H... total 4 hombres y 2 mujeres. Ver AI 45/2014 en 162.

²³ AI 45/2015, *supra* nota 7, en p. 164. Así entonces el problema que veían los partidos en la impugnación “se agrava” porque, por ejemplo, en el caso hipotético de que los primeros cuatro lugares según número de votos para la representación proporcional fueran del mismo sexo y recién el quinto de sexo distinto, ya no es que se asigne el segundo lugar efectivo al quinto en número de votos, sino el primero.

41 de la Constitución como medida permanente para combatir los resultados de la discriminación histórica y estructural, aunque circunscrita a la paridad en las candidaturas.²⁴ En su sentencia, que resolvía el reclamo por la falta de previsión de una regla de asignación paritaria de curules en el estado de Nuevo León, el Tribunal afirmó que “la paridad de género —a diferencia de las cuotas de género— constituye una *medida definitiva*, que atiende al mandato constitucional y convencional de hacer realidad el derecho a la igualdad”.²⁵

Así, el principio de paridad permite a las mujeres estar en condiciones de competir y acceder a los cargos de elección popular mediante reglas que lo instrumentalizan. Entre estas reglas están: el que los partidos políticos garanticen la paridad en la postulación de sus candidaturas (50% de mujeres); que en ningún caso a alguno de los géneros le sean asignados exclusivamente distritos en los que el partido haya obtenido los porcentajes más bajos en el proceso electoral anterior; que las fórmulas se integren con candidaturas de propietaria y suplente del mismo género y que haya alternancia para ordenar las candidaturas de representación proporcional, bajo pena de rechazar el registro del número de candidaturas de un género que exceda la paridad.²⁶

De allí que la Sala Superior no aceptara luego introducir acciones afirmativas que intenten compensar la disparidad en la

²⁴ SUP-JDC-1236/2015, *supra* nota 8, p. 45 (de 69). Es importante resaltar que aquí las actoras solicitaban que se aplicara la paridad de género en la integración del Congreso local utilizando la asignación de representación proporcional una vez pasada la elección, sin que esto estuviera previsto en la normativa del Estado. El artículo 263, fracción II, de la Ley electoral de Nuevo León, establecía que “las diputaciones de representación proporcional que correspondan a cada partido político serán asignadas a los candidatos que, no habiendo obtenido mayoría relativa en su distrito, hubieren obtenido el mayor porcentaje de votos en su distrito a favor de sus partidos”. *Ibidem*, p. 48 (de 69). Es conveniente precisar que dicho precepto fue reformado en 2017 para prever la alternancia de géneros en la asignación de diputados y diputadas de representación proporcional y su validez fue confirmada por la SCJN en las Acciones de Inconstitucionalidad 83/2017 y sus acumuladas. Véase CT 275/2015 *supra* nota 9, p. 22, nota al pie 54.

²⁵ SUP-JDC-1236/2015, *supra* nota 8, p. 43 (de 69). He quitado las negritas. Énfasis añadido.

²⁶ *Ibidem*, pp. 45-47 (de 69).

asignación de escaños derivada de las elecciones, porque —a su criterio— estas no solo trastocarían el sistema electoral de la entidad federativa, sino que violentarían la votación del electorado que también está consagrada a nivel constitucional. Además, según la Sala, vulnerarían los principios de certeza, legalidad y seguridad jurídica, y desincentivarían la participación y la competitividad de los y las candidatas en cada uno de sus distritos con el fin de alcanzar un mayor número de votos, lo que incluso podría afectar a “las candidatas registradas con mayores porcentajes de votación respecto del resto de las candidaturas de su partido”.²⁷

De allí que se suscitara la CT 275/2015, en la que la Corte resolvió la pregunta de si “¿El principio constitucional de paridad de género se agota en la postulación de candidaturas o trasciende a la integración de los órganos legislativos locales?”.²⁸ En su respuesta, el Pleno de la SCJN recuperó su primera interpretación, aunque la reconfiguró disimuladamente. Así, estableció que “el principio de paridad de género previsto en el artículo 41 [es] una herramienta constitucional de carácter *permanente* cuyo objetivo es hacer efectivos en el ámbito electoral los principios de igualdad entre el hombre y la mujer”, y que constituye un “requisito indispensable para la gobernabilidad democrática”.²⁹ Para ello entonces no basta, como estableció el Tribunal Electoral, con aplicar el principio al registro de candidaturas, sino que es necesario hacerlo trascender a la conformación de los poderes legislativos locales. En suma, afirma la Corte en su segunda sentencia, las entidades federativas sí se encuentran constitucionalmente obligadas a establecer acciones

²⁷ *Ibidem*, pp. 50-52 (de 69).

²⁸ CT 275/2015, *supra* nota 9, p. 39.

²⁹ CT 275/2015, *supra* nota 9, pp. 41 y 53. El carácter “permanente” no quedó plasmado en el criterio con carácter de tesis jurisprudencial que es el que tiene fuerza obligatoria para todo el poder judicial y que dice:

PARIDAD DE GÉNERO. EL PRINCIPIO PREVISTO EN EL ART. 41, FRACCIÓN I, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, TRASCIENDE A LA INTEGRACIÓN DE LOS ÓRGANOS LEGISLATIVOS DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS, Tesis P./J. 11/2019, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, Libro 71, octubre de 2019, p. 5.

afirmativas de género (correctivas) en la asignación de diputaciones de representación proporcional que favorezcan la integración paritaria.³⁰ Para llegar a esto, la Corte recuperó la perspectiva histórica, haciendo un recuento de la evolución constitucional de la igualdad de género y concluyó: “Cualquier interpretación del artículo 41 constitucional que fomente la existencia de espacios de representación política que escapen a su alcance normativo, *es regresiva al principio de igualdad sustantiva* entre la mujer y el varón y, por tanto, inadmisibles en términos del artículo 1º constitucional”.³¹

Respecto del supuesto choque de la paridad así entendida con el derecho al voto activo y pasivo que había reconocido el TEPJF, la Corte resolvió negando el conflicto.³² Para esto distinguió el derecho que tiene la ciudadanía de votar a un candidato o candidata determinada (y el de ella a asumir el cargo), que se agota en la elección de diputados y diputadas por el principio de mayoría relativa, de los fines de la representación proporcional. Esta última forma de representación, a decir de la Corte, tiene por fin garantizar la pluralidad de los espacios deliberativos y, en consecuencia, no toma en cuenta el voto a las personas en lo particular (que ya perdieron la elección por mayoría relativa y por tanto no tienen derecho al escaño) sino el respaldo ciudadano a los partidos políticos.³³ De allí que no fuera necesario respetar los porcentajes de votación individual para respetar la voluntad ciudadana, que se ve honrada en la medida en que a cada partido le son asignadas curules atendiendo a su representatividad.³⁴

La Corte aquí retoma los fundamentos de la reforma constitucional de 1977 —que incorporó el sistema mixto de representación nacional— y los actualiza. Si el fin de la representación proporcional era hacer posible que “el modo de pensar de las minorías esté

³⁰ CT 275/2015 *supra* nota 9, pp. 47, 42-43, 50-51.

³¹ *Ibidem*, pp. 51-54. Énfasis añadido.

³² *Ibidem*, p. 62.

³³ *Ibidem*, p. 55. El único propósito constitucional de la “representación proporcional ha sido la pluralidad ideológica a través de la incorporación de más partidos políticos al órgano legislativo”.

³⁴ AI 45/2015, *supra* nota 7, p. 159. También CT 275/2015 *supra* nota 9, p. 18.

presente en las decisiones de las mayorías”, esto significa que se debe “hacer posible el acceso al poder público de los ciudadanos pertenecientes a grupos sociales históricamente discriminados”.³⁵ Si entre los fines constitucionales de los partidos políticos está el “hacer posible el acceso de [los ciudadanos] al ejercicio del poder político de acuerdo con programas, principios e ideas que postulan”,³⁶ en esta tesitura, sigue la Corte:

La representación proporcional como principio electivo permite a los partidos políticos posibilitar tal acceso también en relación con grupos en situación de desventaja estructural que de otra manera difícilmente podrían pasar a formar parte de los órganos deliberativos. En efecto, al separar las curules de los resultados de un *individuo* en particular, el principio permite acercarlas a *grupos sociales* tradicionalmente sub-representados en los parlamentos.³⁷

Aquí se aprecia con claridad la postura de fondo que adopta la Corte. Las mujeres son un grupo social “en situación de desventaja estructural” que, si no fuera por la representación proporcional, difícilmente podría formar parte de los órganos deliberativos.³⁸

IV. LA PARIDAD: ¿ACCIÓN AFIRMATIVA TEMPORAL O PRINCIPIO DEMOCRÁTICO PERMANENTE?

Es evidente que una democracia sin mujeres tiene problemas graves de legitimidad, incluso cuando no haya impedimentos formales para

³⁵ *Ibidem*, p. 57.

³⁶ Artículo 41, fracción I, párrafo segundo de la Constitución, *supra* nota 6.

³⁷ CT 275/2015 *supra* nota 9, p. 57.

³⁸ Un problema con esta conclusión es que inmediatamente plantea la pregunta ¿por qué sólo las mujeres? Los grupos discriminados y excluidos del acceso al poder político son numerosos y están igualmente reconocidos en el artículo 1o. constitucional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Si bien la Corte estableció el principio reconociendo grupos en plural, lo cierto es que no hay nada en el diseño electoral que permita que aquellos que están sub-representados se beneficien, qua grupo, de sendas acciones afirmativas.

su participación. También es claro que el incremento de la presencia de mujeres en los órganos de toma de decisiones no significa necesariamente representación del sujeto político feminista.³⁹ ¿Viene la paridad a resolver esta situación?

Las sentencias relatadas demuestran la dificultad de establecer un fundamento único para la paridad de género. Por un lado, (i) encontramos una justificación desde la igualdad sustantiva y la necesidad de establecer medidas correctivas —como las cuotas— para alcanzarla. Por otro lado, tenemos (ii) alusiones a la democracia y una concepción de la paridad como principio permanente. De repente estos argumentos se entrecruzan y se confunden. ¿Qué diferencias, coincidencias o incluso contradicciones encontramos en los mismos? En lo que sigue intentaré responder estas preguntas a través de una síntesis de dos posturas teóricas,⁴⁰ para de allí, plantear una respuesta que, considero, puede ser superadora. Veamos.

1. *El argumento de igualdad sustantiva: la defensa de las cuotas*

Hoy en día se acepta que la mera igualdad formal, junto a cualquier forma de representación que no atienda la ausencia sistemática de ciertos grupos en las instituciones de toma de decisiones, son inaceptables. Esto pues no es cierto que las mujeres no lleguen a dichas instancias por causas socioculturales, ajenas al derecho.⁴¹

³⁹ Cobo, Rosa, “Democracia paritaria y sujeto político feminista”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 36, 2002, p. 29.

⁴⁰ Esta agrupación de ideas no se presenta necesariamente de este modo en los debates políticos, jurídicos o académicos, ni siquiera se adscriben a las mismas filosofías de pensamiento, pero las expresaré así en aras de intentar mayor claridad en la exposición y contraste entre cada una. Un intento similar realizaron Rodríguez Ruiz, Blanca y Rubio-Marín, Ruth, “Constitutional Justifications for Parity Democracy”, *Alabama Law Review*, vol. 5, núm. 60, 2009, pp. 1167-1190, aunque llegando a conclusiones diferentes.

⁴¹ Frente a la idea de que son los factores socioculturales, como la doble jornada o las tareas de cuidado, las que impiden a las mujeres acceder a las instancias representativas, la reivindicación paritaria y de cupos se centra en los mecanismos

El derecho ha contribuido históricamente a la falta de acceso de las mujeres a los órganos representativos, ha legitimado desigualdades estructurales basadas en estereotipos y en la asignación de roles de género y ha consolidado asimetrías de poder social que no son solucionables mediante un reconocimiento de igualdad en y ante la ley, sino que requieren acciones afirmativas contundentes por parte del Estado para que sean eliminadas.⁴² De allí que se ponga el énfasis en argumentos de igualdad sustantiva, contextual y en las consecuentes medidas positivas que tienen que tomarse en el ámbito jurídico para que sea posible el goce efectivo de los derechos.⁴³ Al ser estas medidas correctivas (o compensatorias) se establecen bajo el entendimiento de que deben ser temporales;⁴⁴ es decir, removidos los obstáculos estructurales que impiden el acceso de ciertos grupos a los órganos representativos y rotas las inercias de exclusión, se debe dejar al sistema de elecciones democráticas funcionar sin intromisiones.⁴⁵ Así, estas medidas especiales serían

político-institucionales como principal obstáculo para dicho acceso. Marqués-Pereira, *supra* nota 5, en p. 112 (2001). Véase también Freidenberg, Flavia, “La revolución silenciosa: de cómo las reglas que obligan a la paridad de género pueden mejorar la representación política de las mujeres”, en Clicerio, Coello y Mata, Felipe de la (eds.), *Perspectivas del Derecho Electoral*, 2020.

⁴² West, Robin, “Progressive Constitutionalism. Reconstructing the Fourteenth Amendment”, *Duke University Press*, núm. 261 1994.

⁴³ Para lograr la *igualdad sustantiva* se requieren dos tipos de acciones por parte de los Estados: *i*) acciones para lograr la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y *ii*) acciones para corregir las desigualdades de poder entre hombres y mujeres (entre las que se encuentran las medidas especiales de naturaleza temporal). La igualdad de resultados es la base para evaluar si un estado está proveyendo igualdad de oportunidades a las mujeres. Facio, Alda y Morgan, Martha, “Equity or Equality for Women? Understanding CEDAW’s Equality Principles”, *Iuraw Asia Pacific Occasional Papers Series*, núm. 14, 2009, pp. 14-5.

⁴⁴ Artículo 4.1 *in fine* de la CEDAW establece: “estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 18 de diciembre de 1979, en vigor 3 de septiembre de 1981, 1249 U. N. T. S. 13.

⁴⁵ Que pudieran terminar por perpetuar (en lugar de desvanecer) estereotipos de género. La “tesis de los efectos nocivos” se ha utilizado para criticar las cuotas por reforzar la idea de que las mujeres no son capaces de llegar a los puestos de

instrumentales, un medio para llegar a un fin: la plena igualdad de oportunidades.⁴⁶

Sobre la justificación en términos de representación, se acepta que la representación descriptiva, aquella que representa a un grupo en particular porque comparte las características del grupo como la raza o el género, no es equiparable con la representación sustantiva, aquella que actúa por el grupo, enarbolando o abogando por los intereses de sus miembros respectivos;⁴⁷ pero en todo caso hay ar-

toma de decisiones por sí mismas, estigmatizándolas como “mujer cuota”, “*ragilatas sexus*” o “*imbecillitas sexus*”. Marqués-Pereira, *supra* nota 5, p. 112. Alda Facio y Martha Morgan intentan distinguir entre las medidas de acción afirmativa (requeridas por la CEDAW) y aquellas “protectoras” (por ejemplo, no permitirles trabajar de noche para su protección) que no solo van en contra de la igualdad de oportunidades, sino que también, refuerzan mitos y estereotipos que han resultado en discriminación contra la mujer, Facio y Morgan, *supra* nota 43, p. 14. Lo cierto es que la distinción no es siempre tan sencilla. Helen Irving, considera que veces se necesita establecer leyes compensatorias aun cuando pueda parecer que refuerzan estereotipos, pues la constitución no puede solamente tener un papel transformador. Irving, Helen, *Gender and the Constitution. Equity and Agency in Comparative Constitutional Design*, núm. 104, 2008. Por su parte, el Comité CEDAW distingue entre medidas compensatorias (o reparadoras de discriminaciones sufridas en el pasado) y correctivas (o transformadoras). Y si bien reconoce que ambas deben ser parte de una estrategia necesaria de los estados para lograr la igualdad sustantiva, establece la obligación de los estados de “mejorar la situación de la mujer para transformarla en una situación de igualdad sustantiva o de facto con el hombre, independientemente de que haya o no pruebas de que ha habido discriminación en el pasado”. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general núm. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal [Recom. núm. 25] en 12 (30 de enero de 2004). Una reflexión específica sobre tipos de medidas para la igualdad en Sierra, Tatiana Alfonso y Alterio, Ana Micaela, “Judicialización de DESCAs y desigualdades estructurales: el caso de la desigualdad de género ante la SCJN”, en Courtis, Christian (coord.), *Manual sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, SCJN*, en prensa.

⁴⁶ Según Marqués-Pereira subyace a la noción de igualdad de oportunidades como igualdad de estatus, una ideología de libre competencia y de la meritocracia en el marco de una justicia redistributiva. Marqués-Pereira, *supra* nota 5, p. 104.

⁴⁷ Lo que implicaría aceptar que existen y son identificables unos intereses como los de “las mujeres”, “las personas afrodescendientes”, etcétera, lo cual es muy complicado salvo para aproximaciones esencialistas. Para una crítica a la

gumentos de justicia que justifican la presencia de dichos colectivos en los órganos de toma de decisiones.⁴⁸ Asumiendo también que, si bien la representación espejo no es factible, hay razones ligadas al análisis de las condiciones históricas de la inclusión y de las estructuras existentes de exclusión que demandan un sistema más justo de representación.⁴⁹ El modo de lograrlo es a través de cuotas o mediante asientos reservados.⁵⁰

Esta línea de argumentación reconoce la importancia de romper con las inercias de exclusión y percepción social y se apoya fuertemente en la idea según la cual, cambiar la composición de los órganos de toma de decisiones, cambia las características de los temas y políticas que se discuten.⁵¹ Un concepto clave aquí es el de “masa crítica” desarrollado por Dahlerup. Según la autora, hay un cambio cualitativo de poder cuando aumenta la proporción de mujeres que ocupan curules, aun cuando sigan siendo minoría. Esto normalmente se produciría cuando se supera el umbral del 30% de los

tendencia esencialista que producen las cuotas, véase Jane Mansbridge, “Quota Problems: Combating the Dangers of Essentialism”, *Politics & Gender*, núm. 1, 2006, p. 622. Sobre representación descriptiva y sustantiva véase Pitkin, Hanna F., *The Concept of Representation*, University of California Press, 1972.

⁴⁸ Phillips, Anne, “Descriptive Representation Revisted”, en Rohrschneider, Robert y Thomassen, Jacques, *The Oxford Handbook of Political Representation in Liberal Democracies*, 2020, p. 6.

⁴⁹ Phillips, Anne, *The Politics of Presence*, Oxford University Press, 1998, pp. 46-7.

⁵⁰ Las cuotas pueden ser establecidas constitucional o legalmente, o a nivel de partidos políticos. La diferencia con los asientos reservados (*reserved seats*) tiene que ver con que estos últimos establecen el número específico de mujeres que deben ser elegidas, mientras que las cuotas fijan el porcentaje a nivel candidaturas. Dahlerup, Drude, “El uso de cuotas para incrementar la representación política femenina”, *Mujeres en el Parlamento: más allá de los números*, IDEA, 2002, pp. 159, 163-70. También véase International IDEA & Stockholm University, *Gender Quota Database*, IDEA, 2009, disponible en: <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/quotas> (fecha de consulta: 6 de septiembre de 2021).

⁵¹ Phillips, *supra* nota 49, en p. 167. Incluso quienes critican por no probada la correlación entre mayor presencia de mujeres y mejoras en la representación sustantiva, aceptan que la representación descriptiva sí logra cambios a nivel de agenda política. Véase Grey, Sandra, “Numbers and Beyond: The Relevance of Critical Mass in Gender Research”, *Politics & Gender*, núm. 2, 2006, pp. 492-497.

escaños, lo que ha ocurrido en gran medida gracias a las cuotas.⁵² En ese momento, la minoría se puede volver lo suficientemente fuerte como para empezar a influir en la cultura del grupo, poder hacer coaliciones mayoritarias y utilizar los recursos de la institución para mejorar su propia situación y la del grupo al que pertenece.⁵³ Por supuesto que esto dependerá también de otros factores, de la propia institución en cuestión, del apoyo externo con que cuente el grupo, etcétera.⁵⁴

Así, la presencia de grupos previamente excluidos no sólo tiene un impacto simbólico (por ejemplo, creando modelos a seguir — *role models*—), sino que puede generar una mayor promoción de los intereses de esos grupos y tiene un potencial efecto transformador en la agenda política, es decir, en el abanico de políticas públicas bajo consideración.⁵⁵ Citando a Mansbridge, podría resumirse en tres argumentos separados el apoyo a algún tipo de cuota: *i*) la representación descriptiva es sustancial y simbólicamente importante, incluso necesaria para el grupo representado, así como para la política como todo; *ii*) que en una asamblea representativa un grupo tenga

⁵² Dahlerup, Drude, “De una pequeña a una gran minoría: una teoría de la “masa crítica” aplicada al caso de las mujeres en la política escandinava”, *Debate Feminista*, núm. 8, pp. 165-174 (trad. Hortensia Moreno, 1993) (citando Rosabeth Moss Kanter, *Men and Women of the Corporation*, Basic Books, 1977, para la referencia a grupo inclinado frente a grupo sesgado (minoría que no supera el 15%).

⁵³ De estas posibilidades, la de que las mujeres logren afectar la cultura política parece la menos real. Por otro lado, la experiencia escandinava alerta sobre la posibilidad de llegar a una masa crítica para temas políticos específicos, como es el mejoramiento de la representación política de las mujeres —que interesa a todas independientemente de la afiliación partidaria—, pero no para otros temas que atañen a la agenda feminista. Dahlerup, *supra* nota 52, en pp. 176, 194, 203-4.

⁵⁴ Una revisión a la teoría de la masa crítica, desligando el concepto del hecho de que las mujeres realmente consigan determinados resultados después de alcanzar dicho umbral, en Dahlerup, Drude, “The Story of the Theory of Critical Mass”, *Politics & Gender*, núm. 2, 2006, pp. 511, 517-22.

⁵⁵ Phillips, *supra* nota 49, en pp. 25, 182. Aunque se acepta que esto no necesariamente ocurrirá, se cree que “la transformación no puede siquiera comenzar, cuando cerca de la mitad de la población está efectivamente excluida de la toma de decisiones”. Dahlerup, *supra* nota 54, en p. 520.

una representación inferior a la proporcional se debe a alguna forma de discriminación contra dicho grupo, y *iii*) las cuotas son el mecanismo práctico más efectivo para lograr la representación descriptiva.⁵⁶

Sin temor a equivocarme, diría que ésta ha sido la concepción predominante en las democracias liberales a partir de los años noventa. Sin embargo, el establecimiento de cuotas (menores al 50%) pronto empezó a verse como insuficiente y el debate se trasladó a la necesidad de establecer la paridad de género.

2. *La paridad como pre-condición de la democracia*

La postura que analizaré en este apartado no es para nada unívoca. Por un lado, porque el sentido mismo de la palabra paridad no es claro. Algunas autoras entienden que la paridad significa la *condición de ser un par de los demás*, de *estar a la par*, asegurando la posibilidad de la paridad si y cuando se elija participar en una actividad o interacción.⁵⁷ En este sentido, no es una cuestión numérica de ocupar el 50% de los asientos en los parlamentos, sino que se trata de “la eliminación de las desigualdades sistémicas” y con ellas las relaciones de dominación y subordinación que repercuten en la vida política.⁵⁸ En este sentido, la paridad tendría la misma fun-

⁵⁶ Mandsbridge, *supra* nota 47, pp. 622-3. La autora también reconoce argumentos en contra de las cuotas, tanto institucionales como culturales. Especialmente sobre éstos últimos alerta sobre la tendencia al “esencialismo”, un tema que retomaré en los comentarios críticos.

⁵⁷ Fraser, Nancy, *Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, Participation* nota al pie 9 (WZB Working Paper No. FS I-98-108, 1998), disponible en: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/44061/1/269802959.pdf> (fecha de consulta: 6 de septiembre de 2021) refiriéndose a paridad en la participación, la cual requiere como condiciones la distribución de recursos materiales, así como la institucionalización de patrones culturales de interpretación y evaluación que expresen igual respeto a todos los participantes y aseguren la igualdad de oportunidades para lograr estima social.

⁵⁸ Fraser, Nancy, *Iustitia Interrupta: reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, 1997, pp. 112-3. Esta postura está anclada en los argumentos igualitarios que vimos en el apartado anterior.

damentación igualitaria que ya se analizó. En cambio, otras —la mayoría— entienden que la paridad necesariamente alude a una *distribución del 50% de la representación*, sea que esta se concrete a nivel candidaturas o que tenga que reflejar de hecho la composición de los órganos representativos. Me detendré en este último entendimiento por ser el que ha permeado en el debate constitucional que aquí me interesa.⁵⁹

Por otro lado, la falta de uniformidad se nota incluso dentro de este segundo entendimiento, en el que se pueden encontrar expresiones y fundamentos que muchas veces han dividido al feminismo. Sobre todo, se puede ver una fuerte escisión entre las aproximaciones que se califican de esencialistas, muchas provenientes de los feminismos de la diferencia⁶⁰ y otras posturas que lo rechazan (salvo un esencialismo de tipo estratégico).⁶¹

Para quienes consideran la paridad como reparto del 50% de la representación, el problema es que tomamos por dada una concepción de la democracia que es patriarcal y por tanto hostil para

⁵⁹ Actualmente la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales de México establece en su artículo 3o., inciso 1 d bis) “Paridad de género: Igualdad política entre mujeres y hombres, se garantiza con la asignación del 50% mujeres y 50% hombres en candidaturas a cargos de elección popular y en nombramientos de cargos por designación”.

⁶⁰ Pero no únicamente. Una gran parte de las promotoras de la paridad en Francia, pertenecientes al ala derecha del espectro político, interpretaron la paridad como complementariedad entre los dos sexos, aludiendo a la “pareja” hombre-mujer como la base natural de la humanidad (la *mixité*). Véase Jenson, Jane y Valiente Fernández, Celia, “El movimiento a favor de la democracia paritaria en Francia y España”, *Revista Española de Ciencia Política*, 2001, núm. 5, pp. 79-87. También Wallach Scott, Joan, “French Universalism in the Nineties”, *Differences: a Journal of Feminist Cultural Studies*, 2004, núm. 15, pp. 32-47.

⁶¹ Usando el término acuñado por Spivak, lo que significaría que la categoría “mujer”, por ejemplo, a nivel *descriptivo*, implica una comprensión unificante, artificial y estratégica que, en el nivel *transformativo*, busca destruir la mecánica que construye el perfil de la propia categoría en la cual se ha desarrollado situacionalmente una conciencia colectiva. Chakravorty Spivak, Gayatri, “Estudios de la Subalteridad en Estudios Postcoloniales”, *Ensayos Fundamentales*, pp. 33-45 (Traficantes de Sueños, 2008). Una aproximación de este tipo en Cobo, *supra* nota 39, en 38.

las mujeres.⁶² La única forma de corregirla es redefiniendo la ciudadanía, y esto solo es posible mediante la democracia paritaria. El punto de partida, podría decirse, es intuitivo: si las mujeres representan más de la mitad de la población, la igualdad exige la paridad en la representación y en la administración de las naciones.⁶³ Por tanto, no puede haber democracia —ni igualdad como característica intrínseca a la misma— y menos aún representación, sin incluir por igual a hombres y mujeres.⁶⁴ Así, la democracia paritaria se presenta como una “vindicación” y “su objetivo es irracionalizar el monopolio masculino del poder y, por ello mismo, repartir paritariamente el poder político”.⁶⁵

Como se puede ver, este enfoque cambia el eje de la discusión, pues aquí ya no importa el concepto de igualdad o de derechos que una democracia tiene que adoptar, mejorar o corregir una vez funcionando, sino del concepto mismo de democracia.⁶⁶ Digamos que esta postura nos pide dar un paso atrás y establecer las condiciones que *a priori* debe tener una democracia (o pre-condiciones) para luego ya resolver democráticamente las cuestiones de igualdad formal o sustancial y de representación de ciertos grupos sociales.⁶⁷

En este sentido, las mujeres (y sólo las mujeres, en pie de igualdad con los hombres) dejan de ser un grupo minoritario, para

⁶² *Ibidem*, pp. 37, 30-1.

⁶³ Primera Cumbre Europea Mujeres en el Poder, “Declaración de Atenas”, *Observatorio de Participación Política de las Mujeres en México*, 2017, disponible en: <http://www.oppmujeres.cdmx.gob.mx/wp-content/uploads/2017/10/0.-Declaracion-Atenas-1992-Primera-Cumbre-Mujeres-Poder.pdf> (fecha de consulta: 6 de septiembre de 2021).

⁶⁴ Scott, *supra* nota 60, en p. 43 (citando Françoise Gaspard *et al.*, *Au Pouvoir, Citoyennes! Liberté, Égalité, Parité*, Seuil eds., 1992, p. 166).

⁶⁵ Cobo, *supra* nota 39, p. 34.

⁶⁶ Rodríguez Ruiz, Blanca y Rubio Marín, Ruth, “De la paridad, la igualdad y la representación en el estado democrático”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007, pp. 117-8. Véase también Baudino, Claudie, “Parity Reform in France: Promises and Pitfalls”, *Review of Political Research*, núm. 20, 2003, pp. 387-8.

⁶⁷ Rodríguez y Rubio, *supra* nota 66, en p. 143.

constituirse en la mitad de la ciudadanía universal,⁶⁸ representante de la soberanía, superando el concepto masculino que sesgó el constitucionalismo desde los orígenes del mismo y que hace que las mujeres aún sean escépticas frente a éste.⁶⁹ Por tanto, la paridad no es una medida compensatoria, menos aún una acción afirmativa instrumental y temporal,⁷⁰ tampoco “es un mecanismo para representar a las mujeres en tanto que colectivo con intereses específicos”,⁷¹ sino la única manera posible de diseñar unas instituciones democráticas legítimas y transformadoras.⁷²

⁶⁸ Nadia Urbinati, “Why Parité is a Better Goal than Quotas”, *INT’L J. CONST. L.*, núm. 10, 2012, p. 476. Nótese que la alusión a una ciudadanía universal permite retrotraer el debate a la postura de la igualdad formal, en la cual no hacen falta acciones afirmativas y la representación no es por grupos sino general y unitaria, aunque ahora sexuada. De allí que Blanca Rodríguez Ruiz y Ruth Rubio Marín digan que la paridad así entendida “es compatible con los compromisos asumidos por el Estado, como forma de organización política moderna” y que viene a complementar, a ampliar “la legitimidad del sistema democrático sin cuestionar fundamentalmente los presupuestos teóricos ni el modelo de representación”. Rodríguez y Rubio, *supra* nota 66, pp. 118, 137. Esta postura surgió como un acomodo de los movimientos feministas franceses tras las declaraciones de inconstitucionalidad de las cuotas que hizo el Consejo Constitucional, para no confrontar el universalismo republicano ni el individualismo abstracto. Véase Scott, *supra* nota 60, p. 47. También Wallach Scott, Joan, *Parité! La Igualdad de Género y la Crisis del Universalismo Francés*, 2016, pp. 79 y ss. Praud, Jocelyne, “Introduction: Gender Parity and Quotas in European Politics”, *West European Politics*, vol. 2, núm. 35, 2012, p. 289, donde explica cómo el modelo republicano no es afín a la representación política de grupos identitarios. También Archenti, Nélica y Tula, María Inés, “Cambios normativos y equidad de género. De las cuotas a la paridad en América Latina: los casos de Bolivia y Ecuador”, *América Latina Hoy*, núm. 66, 2014, pp. 47, 50.

⁶⁹ Rubio Marín, Ruth, “Women Participatory Constitutionalism”, *INT’L J. CONST. L.*, vol. 1, núm. 18, 2020, pp. 233-244.

⁷⁰ Helen Irving, criticando la aproximación temporal de las cuotas, explica que el constitucionalismo democrático es un proceso y no un punto de llegada, por tanto, la paridad tendría que ser considerada como un aspecto operativo o estructural de la democracia que requiere protección continua. Irving, *supra* nota 45, p. 123.

⁷¹ Rodríguez y Rubio, *supra* nota 66, p. 136. Scott, *supra* nota 60, p. 42.

⁷² La transformación ocurriría al hacer que el estado deje de ser un espacio de participación de individuos conceptualizados como independientes y dé entrada en el espacio público también a la dependencia humana, gestionada mayormente por

Concebida así, la paridad permite superar (o más bien, separarse de) algunos dilemas de difícil solución que plantean las cuotas. Entre ellos: la arbitrariedad de fijar un porcentaje para la cuota de mujeres, la compleja correlación empírica entre presencia de mujeres y resultados,⁷³ la asimetría de poder dialógico,⁷⁴ el problema de la ceguera ante la interseccionalidad y el de la identificación de los múltiples grupos que pudieran requerir una representación especial. Me detendré un momento en estas dos últimas “ventajas”.

Sobre la ceguera frente a la diversidad interna de los grupos (y las relaciones de poder entre estos) o interseccionalidad,⁷⁵ se dice que las cuotas no logran superar la prevalencia de los miembros hegemónicos de cada grupo al momento de seleccionar a sus representantes.⁷⁶ Reconocer la diversidad de clase, género, raza, edad, sexualidad, desafía la percepción según la cual la igualdad de género se establece cuando las mujeres son reconocidas como iguales a los hombres.⁷⁷ En suma, el género no es una categoría aislada sino

las mujeres. Así, la democracia paritaria haría posible la desarticulación del contrato sexual. Rodríguez y Rubio, *supra* nota 66, pp. 151-2.

⁷³ En este sentido, la paridad no está condicionada al logro de ningún resultado específico, tampoco es correctiva o compensatoria por la exclusión sufrida, sino que asume que la representación tiene un valor en sí, es “estar en el juego y jugarlo como ciudadana igual en poder”. Urbinati, *supra* nota 68, pp. 468-9, 475.

⁷⁴ Que implica reconocer que el aumento de la representación descriptiva no se traduce en forma automática en un aumento proporcional de la voz deliberativa de las mujeres (*speech participation*) ni su autoridad (*perceived influence*), al menos mientras permanezcan en minoría numérica. Rubio *supra* nota 69 (2020), pp. 241-2 y Rubio Marín, Ruth, “Mujeres y procesos constituyentes contemporáneos: retos y estrategias de participación”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 187, 2020, pp. 43-53.

⁷⁵ Crenshaw, Kimberlé, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum*, núm. 1, 1989, p. 139.

⁷⁶ Bird, Karen, “Intersections of Exclusion: the Institutional Dynamics of Combined Gender and Ethnic Quota System”, *Politics, Groups and Identities*, núm. 4, 2016, p. 284.

⁷⁷ Celis Karen *et al.*, “Quotas and Interseccionalidad: Ethnicity and Gender in Candidate Selection”, *International Political Science Review*, núm. 35, 2014, pp. 41 y 42.

una pieza en la compleja identidad individual que incorpora raza, clase, sexualidad, religión, origen nacional, etcétera.⁷⁸

Claro está que para ciertos feminismos hay algo que nos hace mujeres, a todas, independientemente de raza, etnia, condición social, capacidades, etcétera, y que genera el potencial transformador cuando ocupamos espacios de toma de decisiones. Para algunas es la propia concepción ética, particular, contextual, empática femenina, la que generará el cambio en los órganos representativos;⁷⁹ para otras no es la realidad biológica, sino las experiencias sociales, producto de la división sexual del trabajo, las que permiten cambiar los ejes de la discusión pública.⁸⁰ Pero, si ponemos en duda estas ideas, la falta de interseccionalidad en las cuotas se presenta problemática.

En cambio, desde la concepción paritaria ahora analizada, la hipótesis es que, estableciéndose un mecanismo para contar con una participación del 50% de mujeres, las lógicas de preeminencia social que suelen reproducir las cuotas (y la necesidad de las mujeres que llegan a puestos de decisión vía cuotas de pactar con estructuras inamoviblemente patriarcales que las instrumentalizan) se terminarán, permitiendo que un grupo mucho más diverso y representativo de mujeres llegue a las instancias políticas.⁸¹ De hecho, se presenta

⁷⁸ Kuperberg, Rebecca y Norris, Haley, *Are quotas feminist? A theoretical approach* (8 de junio de 2017) (manuscrito sin publicar).

⁷⁹ Sobre el paradigma político de la diferencia, véase la explicación de Cobo, *supra* nota 39, pp. 36-8.

⁸⁰ Rodríguez Ruiz y Rubio Marín afirman: “Por su realidad y experiencia social, sí hay buenas razones para pensar que algunos intereses tienen género, es decir, que aunque no afecten e interesen a *todas* las mujeres por igual, afectan e interesan, de forma global *más al conjunto de mujeres que al de hombres*. Lo cual no implica esencializar a la mujer”. Rodríguez y Rubio, *supra* nota 66, p. 138.

⁸¹ Una de las cuestiones que las cuotas no han logrado superar es la de cambiar la cultura política y abolir los problemas que tienen las mujeres para compaginar sus responsabilidades familiares con sus carreras políticas. Dahlerup, *supra* nota 52, p. 203. Justamente esto podría revertirse con la paridad, que permite crear “las bases para que el tipo de mujeres que entren en la política vaya siendo cada vez más representativo del género femenino en términos funcionales”. Rodríguez y Rubio, *supra* nota 66, p. 155. Aquí la lógica es que las mujeres que ingresan a la política por cuotas, funcionalmente buscan equipararse a los hombres (delegan trabajos de

la posibilidad de generar cuotas anidadas (*nested quotas*) una vez establecida la paridad para incorporar la diversidad dentro de ésta.

Sobre la superación del problema de multiplicación de grupos que requerirán una cuota como ventaja de la paridad, la cosa es más complicada. Diría que esto se logra a costa de cerrar la posibilidad de ampliación de la ciudadanía (como precondition democrática) a otras minorías.⁸² También a costa de caer en postulados no solo esencialistas,⁸³ sino que refuerzan el sistema binario del género.⁸⁴ Soy consciente de la objeción de regresión al infinito que puede implicar que cada grupo reclame una representante “como sí”, que se exagera si se considera también la interseccionalidad; pero no por sus dificultades prácticas, se puede descartar el fundamento de justicia detrás de la representación descriptiva.

La estrategia de presentar a las mujeres no como grupo minoritario sino como la mitad del pueblo soberano —o la mitad de la especie humana— que resuelve la integración de la ciudadanía *a priori*

cuidados o no los tienen), pero habiendo una mitad de mujeres en el espacio público, esos roles se transformarán. Diría dos cosas al respecto. La primera es que esta ventaja podría conseguirse igualmente mediante cuotas del 50% (o asientos reservados). La segunda es que, donde las hay, no se ha probado que esta ventaja se haya producido.

⁸² Si seguimos la noción de Urbinati, según la cual la ciudadanía es una identidad previa y superior a cualquier otra porque pertenece al campo de la libertad política y, como la autora, comprendemos al género como una especificidad ubicua y universal que permea todas las otras especificidades, así como la generalidad de la ciudadanía, entonces el criterio de ciudadanía en una democracia representativa debe ser del 50% para cada sexo. Urbinati, *supra* nota 68, p. 476.

⁸³ En tanto se plantee como permanente y unida a una dualidad anatómica y no como atada a necesidades históricas contingentes que deben superarse. Véase Scott, *supra* nota 68, pp. 112 y ss.

⁸⁴ Por sistema binario de género (o de sexo) se entiende la construcción del sexo o del género como dos categorías opuestas y exhaustivas: masculino y femenino; hombre y mujer. Para algunos feminismos este sistema no solo es fácticamente erróneo, sino que además es problemático y peligroso. Es problemático en tanto naturaliza estas categorías, invisibilizando o excluyendo otras identidades. Es peligroso, porque se puede apoyar en otros falsos binarios como público/privado, personal/político, universal/particular, igualdad/diferencia y puede servir para solidificar jerarquías de poder e identidad. Kuperberg y Norris, *supra* nota 78.

y que adoptó, por ejemplo, parte del movimiento por la paridad en Francia, genera la implausible consecuencia de volver imposible para otras minorías aprovechar las críticas que las mujeres lograron hacia la democracia republicana.⁸⁵ Es decir, este cambio de enfoque rompe lo que Lépinard llama “cadena de equivalencias” y que de otra manera permitiría ligar las críticas por la sub-representación de las mujeres a la sub-representación de otros grupos.⁸⁶

La respuesta que se ha dado a esta crítica es que las mujeres no son como los demás grupos, pues integran todos los grupos.⁸⁷ En otras palabras, cualquier colectivo étnico, racial, religioso, de clase, orientación sexual, etcétera, está compuesto necesariamente por mujeres y hombres:⁸⁸ “El sexo, prosigue el argumento, no es un factor diferencial más sino uno de naturaleza transversal, por ser inmutable, no contingente, o, como también se dice, la *prima divisio*, la diferencia universal, por ser la única indisociable a la noción misma de persona”.⁸⁹

⁸⁵ Por supuesto que dentro del movimiento por la paridad en Francia había diferentes aproximaciones y que muchas de sus promotoras estaban preocupadas por la tendencia esencialista que el mismo fue tomando. Así Françoise Gaspard (una de sus principales exponentes) reconoce la paridad como una “acción afirmativa” necesaria en un momento histórico. Con sus palabras: “It would have been preferable that the laws proposed to Parliament were conceived as a strategy and not as a dogma justified by the biological difference between the sexes”. Y sigue “At a given historical moment, parity can be a means to experiment with equality between the two socially and juridically constructed genders as they are inscribed today in the law, which can and must evolve. Such a law conceived as temporary would... aimed at correcting the consequences of a jurídicosocial construction by experimenting with numerical equality in representation”. Gaspard, Françoise, “The French Parity Movement”, en Kausen, Jytte y Maier, Charles (eds.), *Has Liberalism Failed Women? Assuring Equal Representation in Europe and the United States*, 2001, p. 65. No puedo estar más de acuerdo con esta afirmación.

⁸⁶ Phillips, *supra* nota 48, p. 11.

⁸⁷ También Cobo, *supra* nota 39, p. 40. “Las mujeres son la mitad de cada categoría social, de cada movimiento social o de cada sociedad”.

⁸⁸ Marqués-Pereira, *supra* nota 5, pp. 106-7. También Gaspard, Françoise y Izquierdo, Miquel, “Paridad: ¿Por qué no?”, *Historia, Antropología y Fuentes Orales*, núm. 22, 1999, pp. 62-3.

⁸⁹ Rodríguez y Rubio, *supra* nota 66, en p. 136 (citando a Demichel, Francine, *A*

Y eso podría aceptarse salvo por la existencia de personas intersexuales y no binarias. Y aquí entra —a mi criterio— el problema mayor.

Estas personas no son un “fenómeno muy marginal”, una anomalía “tan poco frecuente que el mero hecho de que ocurra no anula esa división [femenino-masculino] como propia del ser humano”.⁹⁰ De hecho, cuando hablamos de igualdad, lo relevante nunca ha sido el número de personas excluidas. La falta de reconocimiento discursivo a esta realidad (biológica pero también identitaria) en el fundamento mismo de la paridad, la alusión al sexo y no al género, parece un retroceso en las luchas de gran parte de los feminismos de los últimos años.⁹¹ Lo cierto es que hay que lidiar con el hecho

Parts Égales: Contribution au Débats sur la Parité, 1996). Esto ha sido criticado por esencialista y podría permitir, a mi criterio, dos lecturas. Una, sería que hace prevalecer el sexo sobre cualquier otra experiencia, lo que chocaría con toda la construcción sobre interseccionalidad que he apuntado y también, con la idea del género como construcción social y jurídica. Otra, más caritativa, sería que hace “desaparecer” al sexo como relevante para dar lugar a la discusión sobre cómo reparar “otros factores de desigualdad” ya en la arena democrática.

⁹⁰ Argudo, Rebeca, “Pablo de Lora: La calificación no-binario no tiene sentido”, *La Razón*, 6 de noviembre de 2020, disponible en: <https://www.larazon.es/cultura/20201206/cmxdxur57rfufjn6kafxawstpkfj.html?fbclid=IwAR27MiUcCTBmsfj> (fecha de consulta: 6 de septiembre de 2021). Por el contrario, “[a] nivel mundial se estima que una o dos personas de cada 100 nacen con características intersexuales, es decir con características sexuales internas (órganos y/o cromosomas) o externas (genitales) que no encajan con las normas binarias de «femenino o masculino»”. Digón, Virginia, “Mauro Cabral Grinspan, activista intersexual: «La diversidad corporal no es una patología»”, *La Voz*, 10 de noviembre de 2020, disponible en: <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/mauro-cabral-grinspan-activista-intersexual-diversidad-corporal-no-es-una-patologia> (fecha de consulta: 6 de septiembre de 2021). Véase también Fausto-Sterling, Anne, “The Five Sexes: Why Male and Female are not Enough”, *The Sciences*, núm. 79, 1993, pp. 20-24.

⁹¹ Este problema, en cambio, no ocurre con la consagración de cuotas para mujeres, por dos razones: *i*) porque se pueden instituir distintas cuotas para distintos grupos minoritarios de modo no excluyente; *ii*) porque son medidas prácticas, de naturaleza temporal, por lo que pueden modificarse antes de generar rigidez en las identidades reconocidas. Véase Mansbridge, *supra* nota 47, p. 635. Si se toma en cuenta la idea, inmortalizada por Gloria Steinem: “*A gender-equal society would be one where the word ‘gender’ does not exist: where everyone can be themselves*”, la reificación del sexo

de que, como alerta Phillips, desde que se reconoce la autoadscripción en materia de género, el panorama se ha complejizado y la multiplicación de categorías de género ha hecho más complicado el establecimiento de procesos de participación.⁹²

Entonces, como decía, el problema de una concepción de la paridad de dos sexos, ligada a la noción de ciudadanía universal abstracta como una (pre)condición permanente para la legitimidad democrática es que refuerza el binario de los sexos y clausura la lucha por la ampliación de la ciudadanía cuando apenas estamos empezando a sacarla de su concepción sesgada inicial. Si bien el esfuerzo por visibilizar el contrato sexual y desenmascarar lo masculino en la abstracción universal es de celebrarse, parece que el propio concepto atado ahora al sexo binario puede resultar opresivo si pretende llegar para quedarse.⁹³ Es decir, el potencial transformador que puede traer la integración paritaria de los órganos de toma de decisión, puede fácilmente convertirse a futuro en una estructura conservadora para el reconocimiento de la ciudadanía de las identidades no binarias y para la lucha por la deconstrucción del género que enarbola gran parte del feminismo.

es regresiva. Tampoco se trata, como se achaca a algunas postmodernas, de llevar la deconstrucción del sexo al punto de hacer desaparecer el cuerpo físico. Como afirman Kuperberg y Norris, *supra* nota 78, el cuerpo ha sido la base de la exclusión política, por lo que la inclusión de los cuerpos excluidos puede justificarse sin tener que sacrificar la lucha contra el sistema binario del género.

⁹² Phillips, *supra* nota 48, p. 12.

⁹³ Como afirma Mansbridge: “To save a parity argument that applies only to women and no other groups, one must rely on some deep structural and perhaps essentialist binary... Without such an essentialist gloss, I do not see which characteristics of the category “woman” merit cross-contextual, transhistorical representation”. Mansbridge, Jane, “The Descriptive Political Representation of Gender: an Anti-Essentialist Argument”, en Kausen, Jytte y Maier, Charles (eds.), *Has Liberalism Failed Women? Assuring Equal Representation in Europe and The United States*, 2001, p. 32.

V. UNA RECAPITULACIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA Y UNA PROPUESTA A MODO DE CONCLUSIÓN

La SCJN mexicana, en sus dos sentencias, entendió el principio de paridad como garante de la igualdad de resultados para la integración del Congreso, interpretándolo según la lógica de asientos reservados (50% hombres y 50% mujeres).⁹⁴ Esta interpretación no era obvia, sobre todo teniendo en cuenta que la letra del artículo 41 constitucional exigía a los partidos políticos hacer posible el acceso a los cargos de representación mediante las “*reglas para garantizar la paridad entre los géneros, en candidaturas a legisladores federales y locales*” (énfasis añadido).

Ahora bien, en la primera sentencia (AI 45/2014) lo que la Corte estaba examinando era la constitucionalidad de una medida legislativa que optaba por garantizar la igualdad en los resultados. En tanto, la Corte consideró que se trataba de una acción afirmativa temporal, esta interpretación del principio de paridad no tendría que pensarse estática. En este sentido, si bien afirmar que la temporalidad podría parecer una contradicción siendo que se aludía a un mandato constitucional, si se acota dicho calificativo a la interpretación de la paridad únicamente en su concreción legal como asientos reservados, podría cobrar otra dimensión, dando pie a formulaciones más flexibles que, por ejemplo, permitan garantizar la paridad en las candidaturas en un momento posterior.

Es más, podría incluso permitir un desarrollo hacia una interpretación de la paridad constitucional como la entiende Fraser de “estar a la par”, “ser un par”, sin configurar el par como dos (sexos), sino como estar en situación de igualdad (de género), de acceder como pares. Así, el principio de paridad sería permanente pero dinámico y podría estar anclado a una concepción robusta de la democracia (cuya base es la igualdad), permitiendo formulaciones

⁹⁴ En igual sentido Báez Silva, Carlos y Gilas, Karolina Mónica “Paridad de género: entre acceso a las listas y acceso a los cargos”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 36, 2017, pp. 3-18.

abiertas de la paridad, por ejemplo, que ningún grupo sexo-genérico pueda ocupar más del 50% de la representación.⁹⁵ La sentencia no da estas opciones, no tendría por qué hacerlo. Lo que sí hace es fundar el principio de paridad en los argumentos propios de la defensa de las cuotas, considerando a las mujeres como un grupo en situación de desventaja estructural que hay que corregir.

Esa misma lógica igualitarista es la que utiliza el Tribunal Electoral solo que, en su caso, circunscribe el principio de paridad a la igualdad de oportunidades, es decir, como medida que posibilita el acceso igual a los espacios públicos, pero no la obtención paritaria de escaños. En la sentencia del TEPJF la paridad constitucional se refiere a una cuota de postulación del 50%, lo que, pasadas las elecciones, puede terminar configurando una integración legislativa con porcentajes de ocupación efectiva de asientos mucho menor. Ahora bien, el mismo Tribunal interpretó este principio como una medida definitiva de configuración permanente, bajo la lógica de actuaciones exigidas a los estados (que éstos pueden configurar libremente) para abatir la discriminación,⁹⁶ sin considerarla una acción afirmativa y sin hacerse cargo de los efectos que dichas reglas pudieran tener, lo que no solo quita flexibilidad al principio constitucional, sino también efectividad a su aplicación.

En la última sentencia de la Corte (la CT 275/2015) la interpretación de la paridad se rigidiza aún más. Aunque el máximo tribunal pretendió reafirmar su sentencia inicial garantizando la igualdad en los resultados, al incorporar el carácter permanente al principio de paridad así interpretado, volvió más difícil encontrar una fundamentación coherente para el mismo. Si la primera interpretación permitía ajustes posteriores y mantener la lógica de las acciones afirmativas legales, la segunda cerró esa posibilidad, concretando

⁹⁵ Véase Alterio, Ana Micaela, “Una reflexión final, sin cierre ni falsas dicotomías”, *Int'l J. Const.l.*, vol. 4, núm. 19, 2021. Una propuesta que es aceptada también por Rubio-Marín, Ruth, “En defensa de la paridad como forma de entender la democracia, con vocación de permanencia”, *Int'l J. Const.l.*, vol. 4, núm. 19, 2021.

⁹⁶ SUP-JDC-1236/2015, *supra* nota 8, en pp. 43-4 (de 69)

un sistema permanente de asientos reservados a nivel constitucional que refuerza el binario de los sexos.⁹⁷

Ahora bien, ¿qué virtudes e inconvenientes podemos encontrar en este vaivén de posibilidades interpretativas? Lo primero las virtudes. Que la Corte se haya hecho cargo de las barreras que han imposibilitado históricamente el acceso de las mujeres a los órganos de toma de decisiones y haya querido garantizar una integración paritaria y, de esa manera, consolidar una masa crítica de mujeres en las instituciones representativas, es de celebrarse. Muchos países no lo han logrado a pesar de contar con cláusulas expresas; de allí que la interpretación de la Corte pueda calificarse de progresista y transformadora por sus efectos redistributivos.⁹⁸ Hoy en día, México es el país número uno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos con el mayor número de mujeres parlamentarias, con un 49.2% en el Senado y un 48.2% en la Cámara de Diputados.⁹⁹ Además, que en su interpretación haya un reconocimiento expreso a la evolución histórica que ha comportado la igualdad de género, deja la puerta abierta a configuraciones evolutivas del principio constitucional de paridad, reconociendo que es hoy cuando requiere de este tipo de acciones afirmativas para las mujeres, pero pudiendo extenderse mañana a otras personas.¹⁰⁰

⁹⁷ Jane Mansbridge desaconseja establecer sistemas tan rígidos para las cuotas, pues pueden generar una reafirmación eterna de las diferencias como esenciales entre los géneros. Las mujeres tienen mucho que temer a las interpretaciones que basan esas diferencias en características naturales, estáticas y no en los sesgos estructurales de un sistema que históricamente las ha discriminado y que debe cambiar. Mansbridge, *supra* nota 47, p. 635.

⁹⁸ Como nos demuestra la experiencia comparada, la interpretación de la Corte no era obvia. Sabemos cómo, incluso con previsiones paritarias, interpretaciones que la ciñen a las candidaturas (y sistemas electorales indiferentes a sus consecuencias) generan resultados que siguen menoscabando la presencia efectiva de mujeres. Véase por ejemplo Jenson y Valiente Fernández, *supra* nota 60, p. 79.

⁹⁹ OECD, *Government At a Glance*, p. 91 (OECD publ., 2019).

¹⁰⁰ Esta alusión a la historia permitiría evaluar la interpretación de la Corte como estratégica y en ese sentido, salvar las críticas al esencialismo y la petrificación.

Máxime cuando la Corte hace su interpretación bajo el paraguas de la garantía de igualdad sustantiva para los grupos sociales en situación de desventaja estructural.

Entre los inconvenientes, considero que la última interpretación de la Corte empeoró su aproximación inicial al establecer una mayor rigidez en el principio y así codificar el binario sexual con más fuerza.¹⁰¹ Como decía, la falta de flexibilidad que genera la combinación de considerar la paridad constitucional como un 50% de asientos reservados para las mujeres, sumada a su vocación de permanencia, puede tanto tender a concepciones esencialistas, como a anular discursivamente la lucha por la ciudadanía de las personas de género no binario. Asimismo, puede ayudar a instalar una falsa percepción de relativa menor importancia respecto a la presencia de otros grupos sub-representados en los órganos de toma de decisiones, para quienes no se exige ninguna medida.¹⁰²

Esto no significa que la sentencia no sea digna de alabanza, menos aún que no considere positiva la previsión constitucional del principio de paridad. Como he dicho anteriormente, la normativa y jurisprudencia mexicanas me parecen vanguardistas y transformadoras por sus efectos distributivos en términos de acceso al poder político de las mujeres. Esto no quita la necesidad de alertar sobre las inconsistencias que puede producir una argumentación que mezcla aproximaciones distintas en el entendimiento del principio de paridad. Tampoco inhibe el alertar que una concepción tan rígida de dicho principio puede tener efectos negativos para la lucha feminista por la igualdad de género.

¹⁰¹ Una cláusula de paridad que no se interprete como estricto 50% quizá puede dejar algún intersticio para considerar a hombres y mujeres como categorías no exhaustivas, aunque no haya sido la intención original de la cláusula constitucional.

¹⁰² Como decía al tratar la ceguera interseccional, el género es sólo una categoría dentro de una identidad compleja. En distintos contextos pueden resultar más sobresalientes algunos aspectos de la identidad que otros. De allí que, para algunas mujeres, el hecho de compartir la identidad sexual o de género puede no ser suficiente para sentirse descriptiva o simbólicamente representada. Por lo que centrarse solo en la representación del género puede ocultar otros rasgos de la identidad y generar la exclusión de ciertas mujeres. Kuperberg y Norris, *supra* nota 78.

Seguramente pronto tocará a la Corte volver a interpretar el ya reformado artículo 41, o alguna otra disposición que haya incorporado la paridad transversal que se consagró en 2019.¹⁰³ Esa será la oportunidad de revisar este precedente. Propongo una lectura de la paridad de género que niegue el esencialismo y plantee el principio constitucional como habilitador de acciones afirmativas de carácter provisional, correctivas y estratégicas, de un sujeto político, la mujer, en permanente construcción y deconstrucción dentro de un entendimiento de la política desde los movimientos sociales.¹⁰⁴ Así, la paridad se presentará como un principio dinámico, sujeto a interpretaciones progresivas para garantizar la igualdad de género en sentido sustantivo, que en este momento histórico requiere del establecimiento de una cuota de representación efectiva por sus potenciales efectos transformadores para eliminar las jerarquías sociales y mejorar el sistema democrático. Por eso la cuota es estratégica, un medio para alcanzar un fin: restablecer la igualdad, ampliar la libertad y la autonomía de las excluidas.¹⁰⁵ Y por eso también debe ser provisional, pues debe acompañar la precariedad propia de la identidad construida por los movimientos sociales feministas que luchan por sus derechos. Una identidad contingente, ligada al sujeto político colectivo y no a un dato biológico,¹⁰⁶ permitirá realizar esas cadenas de equivalencia de las que hablaba anteriormente y que eventualmente habilitarán el incremento de poder político para otros grupos históricamente marginados.

¹⁰³ Véase al respecto Vázquez Correa, Lorena, “Reforma constitucional de paridad de género: rutas para su implementación”, *Cuaderno de investigación, Instituto Belisario Domínguez*, núm. 58, 2019, pp. 3 y ss.

¹⁰⁴ Cobo, *supra* nota 39, p. 29

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 38.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 41-2. En palabras de la autora: “Hay que evitar los peligros de la ontologización de la identidad de género... solo cuando la codificación genérica se vuelve fluida puede constituirse un caldo de cultivo idóneo para el florecimiento de una nueva cultura del sujeto”.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS
SOCIALES Y LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL.
EL CASO DEL HOSPITAL GENERAL
DE HUAJUAPAN DE LEÓN

Roberto NIEMBRO O.*

SUMARIO: I. *La controversia constitucional 38/2015.* II. *El constitucionalismo transformador y la justiciabilidad de los derechos sociales.* III. *Las obligaciones positivas del Estado para proteger los derechos sociales.* IV. *Las controversias constitucionales como procesos efectivos para la garantía de los derechos humanos.* V. *Conclusión.* VI. *Bibliografía.*

El objetivo de este trabajo es comentar la sentencia dictada por la Suprema Corte en la controversia constitucional 38/2015, por medio de la cual se ordena al gobierno del estado de Oaxaca que en un plazo de dieciocho meses construya la ampliación del Hospital del municipio de Huajuapán de León y dé inicio a la prestación del servicio. El municipio planteó ante la Suprema Corte la omisión por parte del Estado de construir la ampliación del Hospital General al que éste se había comprometido mediante el mecanismo de coordinación desplegado con el municipio.

* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (sobresaliente *Cum Laude*). Actualmente es docente del seminario de Derecho Constitucional en el ITAM. Candidato a investigador nacional en el Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

Si bien hay algunos otros casos relevantes recientes resueltos por la Suprema Corte sobre derechos sociales como la educación,¹ el medio ambiente,² el derecho a la salud,³ el derecho al trabajo,⁴ etcétera, que avizoran una agenda en la materia, esta controversia constitucional es un buen ejemplo de la creatividad pretoriana⁵ que busca proteger los derechos sociales. Además, es un caso muy útil para pensar en la trascendencia que tienen las obligaciones positivas del Estado de promover, proteger y garantizar los derechos sociales y no solo de respetarlos;⁶ la relación necesaria que existe entre la protección de los derechos humanos y el ejercicio de las competencias atribuidas a los distintos niveles de gobierno prevista en el artículo 1o., tercer párrafo, de la Constitución: “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”, así como en la potencialidad y los desafíos de utilizar mecanismos procesales como las controversias constitucionales, diseñadas originalmente para defender la distribución de competencias, para la protección de nuestros derechos.

El artículo está dividido en cinco apartados. En el primero hago un breve relato del caso. Después introduzco una de las corrientes del constitucionalismo que más ha enfatizado la garantía judicial de los derechos económicos y sociales, como es el constitucionalismo transformador. Desde mi punto de vista, la aproximación a la justiciabilidad de los derechos sociales se comprende mejor si se tiene en cuenta la filosofía constitucional que la defiende.⁷ Posteriormente

¹ AR 323/2014.

² AR 307/2016.

³ AR 378/2014.

⁴ AD 9/2018.

⁵ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 46.

⁶ Young, Katherine G., *Constituting Economic and Social Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2012, p. 100.

⁷ Sobre cómo las concepciones constitucionales organizan nuestros entendi-

te, expondré cómo los derechos sociales son acordes con una visión del Estado que lo obliga a la provisión de servicios públicos y no solo a abstenerse de interferir en la esfera de libertad de las personas. De esta manera, hay una vinculación entre la protección y garantía de los derechos y las capacidades del Estado. En cuarto lugar, analizo la conveniencia de utilizar la controversia constitucional para la garantía de estos derechos y sugiero algunas reformas legales indispensables para lograrlo. Si bien la controversia constitucional 38/2015 es un buen ejemplo de la creatividad judicial para proteger por una vía indirecta los derechos sociales, ahora es necesario pensar cómo lograr que se cumplan las sentencias con efectos transformadores. Como argumentaré más adelante, las controversias constitucionales pueden ser instrumentos útiles para que las organizaciones de la sociedad civil a través de los municipios, como los entes de gobierno más cercanos a la gente, puedan lograr la garantía de sus derechos sociales. Finalmente daré una conclusión.

I. LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL 38/2015

La controversia fue promovida por el municipio de Huajuapán de León en contra del Poder Ejecutivo del Estado de Oaxaca y los poderes Legislativo y Ejecutivo federales. Las omisiones atribuidas a los poderes federales se consideraron inexistentes. Sin embargo, las omisiones del Poder Ejecutivo del estado sí existieron y fueron consistentes en la omisión de coordinarse con el gobierno federal al no expedir las órdenes correspondientes, supervisar a sus subalternos, y dictar las medidas necesarias para el inicio y conclusión de la obra de la ampliación del Hospital General de Huajuapán de León.

El municipio demostró su interés legítimo al ser parte del Sistema Estatal de Salud en el que participan tanto las autoridades federales, estatales y municipales, pues todas deben coordinarse para

mientos de diseños institucionales véase Weinrib, Lorraine E., “The Postwar Paradigm and American Exceptionalism”, en Choudry, Sujit (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006, p. 110.

proteger el derecho a la salud. Entre esas acciones de coordinación el municipio donó una fracción de terreno a favor del organismo descentralizado del Poder Ejecutivo de Oaxaca denominado “Servicios de Salud de Oaxaca” con la finalidad específica de construir un proyecto hospitalario. En virtud de que el Estado no concluyó el trámite destinado a la obtención de los fondos para la construcción de la ampliación del Hospital General, la Suprema Corte declaró inconstitucional la omisión por violación al artículo 115, fracción III, de la Constitución.

Ante dicha omisión, la sentencia dictó algunos efectos novedosos para nuestro entorno: *i)* ordenó que el gobernador del estado de Oaxaca en el plazo de treinta días hábiles siguientes a la notificación del fallo, informara sobre las acciones concretas que llevaría a cabo, tendentes al inicio de la construcción del hospital en el terreno donado por el municipio de Huajuapán de León; *ii)* con posterioridad a ello, debía informar periódicamente sobre el avance de la obra hasta su total conclusión e inicio de la prestación de los servicios, y *iii)* en un plazo máximo de dieciocho meses a partir de que sea notificada la sentencia debía iniciar la prestación del servicio en el Hospital General de Huajuapán de León o, en su caso, elegir otra vía de financiamiento y demostrar avances significativos respecto de la solicitud de fondos económicos. Si seguimos la clasificación propuesta por Rodríguez-Garavito, el efecto *iii)* es una orden o medida judicial fuerte que establece acciones concretas de resultado y fechas firmes, mientras que los efectos *i)* y *ii)* son medidas de seguimiento.⁸ En este caso no hay contenido del derecho a la salud, los derechos humanos, hasta ahora, no son objeto de la controversia constitucional.

Infortunadamente, por las noticias que se pueden conocer en la prensa, hoy en día el Hospital no ha sido construido.⁹ En esta tesi-

⁸ Rodríguez-Garavito, César, “El activismo dialógico y el impacto sobre de los fallos sobre derechos sociales”, en Gargarella, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014, p. 232.

⁹ Gómez, Nathalie, “Vence plazo ordenado por Suprema Corte para cons-

tura, la pregunta es cómo generar los incentivos institucionales para que en el futuro estas sentencias que buscan transformar la realidad social se hagan efectivas.

II. EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR Y LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Una de las corrientes del constitucionalismo que ha defendido la justiciabilidad de los derechos sociales es el constitucionalismo transformador. Esta concepción se preocupa en pensar cómo la justicia constitucional puede contribuir a hacer realidad los compromisos constitucionales de *cambio social* a través del derecho de manera pacífica, en una dirección democrática, participativa e igualitaria.¹⁰ La propuesta transformadora de la justicia constitucional no es una propuesta de restricción judicial, ni complementaria de otras teorías, y no busca limitar los alcances de la justicia constitucional en América Latina, sino ser una *guía* de acción para los tribunales constitucionales existentes en la región (con aspiración a la institucionalización, para que no quede en el mero voluntarismo).

Una concepción transformadora de la justicia constitucional conlleva retos importantes para los jueces. Desde esta visión, la justicia tiene entre sus cometidos combatir la profunda desigualdad social, política y económica de nuestras sociedades latinoamericanas. Una de las vías identificadas para lograr la transformación es la

trucción del Hospital de Huajuapán”, *Informativo. Periodismo que respeta tus derechos*, 21 de mayo de 2019, disponible en: <https://informativo6y7.mx/vence-plazo-ordenado-por-suprema-corte-para-construccion-del-hospital-de-huajuapán/>; “Requiere la SCJN construir Hospital General de Huajuapán”, *El Imparcial. El Mejor Diario de Oaxaca*, 30 de enero de 2020, disponible en: <https://imparcialoaxaca.mx/los-municipios/401149/requiere-la-scn-construir-hospital-general-de-huajuapán/>.

¹⁰ Gargarella, Roberto, “The New Latin American Constitutionalism”, en Bogdandy, Armin von et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Jus Commune*, Nueva York, Oxford University Press, 2017, p. 212.

justiciabilidad de los derechos sociales,¹¹ para lo cual algunos autores se han inclinado por soluciones dialógicas mediante las cuales los jueces exigen el cumplimiento de estos derechos, pero la implementación y diseño de políticas públicas se llevan a cabo por los poderes políticos en colaboración con los afectados, con la supervisión y seguimiento de los tribunales.¹²

Como se sabe, la previsión de los derechos sociales en los textos constitucionales tiene entre sus primeras expresiones a la Constitución mexicana de 1917¹³ y a la Constitución de Weimar de 1919, y es un rasgo que las distingue de la Constitución de los Estados Unidos. De acuerdo con esta cosmovisión el Estado necesita ser empoderado por la Constitución y no solo limitado, para llevar a cabo los deberes positivos que estos derechos implican.

Ahora bien, una visión transformadora de la justicia además de abogar por la justiciabilidad de los derechos sociales —con los límites inherentes que tiene la intervención judicial para cambiar la sociedad a través de sus sentencias—, plantea un reto más importante vinculado con las condiciones ideológicas o estructurales de nuestras democracias. Así, a un nivel más profundo el desafío para la justicia es combatir la concepción neoliberal de los derechos humanos que se ha incorporado a través de los años en nuestro bagaje intelectual. Conforme a esta concepción, el derecho a la propiedad tiene primacía frente a los demás derechos, los derechos humanos son instrumentos para la protección de la libertad

¹¹ Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative constitutionalism in Latin America...*, *cit.*

¹² Gargarella, Roberto, “Why do we Care About Dialogue”, en Young, Katherine G. (ed.), *The Future of Social and Economic Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019; Niembro, Roberto y Alterio, Ana Micaela, “La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional. El caso vacantes”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 16, 2011.

¹³ Grote, Rainer, “The Mexican Constitution of 1917. An early example of Radical Transformative Constitutionalism”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative constitutionalism in Latin America*, *cit.*; Gargarella, Roberto, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The engine room of the Constitution 100*, Nueva York, Oxford University Press, 2013.

de mercado, y los derechos sociales en el mejor de los casos, son de segundo nivel o normas programáticas. Además, se teme y se combate la política de masas. Por el contrario, una visión igualitaria de los derechos defiende un estado social redistributivo y la provisión estatal de las condiciones materiales necesarias para ejercer los derechos civiles y políticos, abogando por la politización de la sociedad y el autogobierno colectivo.¹⁴

Así, un modelo transformador de justicia constitucional, además de proteger los derechos sociales, debe dar especial protección al derecho a la protesta, a la libertad de expresión y de asociación, el derecho de huelga, etcétera, indispensables para recuperar la politización de la sociedad, pues es a través de la movilización social —acompañada por la justicia constitucional— que se puede aspirar a que las promesas igualitarias de la constitución se hagan realidad.¹⁵ De esta manera, tiene todo el sentido el énfasis que autores como Gargarella han puesto en sus trabajos en el derecho a la protesta, como el primer derecho.¹⁶

Hay una razón adicional para que la justicia constitucional priorice la protección del derecho a la protesta y la libertad de expresión. Si el constitucionalismo transformador se caracteriza por tribunales activistas que protegen derechos sociales en busca de una sociedad igualitaria, su protección depende de la conformación que un momento y lugar determinados tenga el tribunal. Es decir, el programa de cambio social que la Constitución prevé porque nosotros así lo quisimos, queda a merced de la buena voluntad de los jueces constitucionales. De ahí que los tribunales constitucionales no pueden

¹⁴ Whyte, Jessica, *The Morals of the Market*, Reino Unido, Verso, 2019, pp. 23, 28, 30 y 155.

¹⁵ Schor, Miguel, “Constitutionalism Through the Looking Glass of Latin America”, *Texas International Law Journal*, vol. 41, 2006, pp. 7 y 35. Sandra Fredman hace referencia a la idea de Amartya Sen sobre la importancia de la libertad de expresión y el derecho a la protesta para conceptualizar y demandar la efectividad de los derechos sociales. Cfr. Fredman, Sandra, *Human Rights Transformed. Positive rights and positive duties*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 140.

¹⁶ Gargarella, Roberto, *El derecho a la protesta*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pp. 20 y 193.

limitarse —aunque no es poco— a garantizar los derechos sociales, sino que a la par deben darle sustento a una ciudadanía activa, requisito indispensable para un constitucionalismo igualitario.

En otras palabras, el papel transformador de la justicia constitucional no solo está en admitir y llevar a cabo la justiciabilidad de los derechos sociales como medios para garantizar las condiciones materiales mínimas que permiten a las personas ejercer sus libertades y derechos políticos. También está en fomentar un debate robusto y popular sobre los derechos, es decir, en garantizar uno de los principios fundamentales del proceso político.

III. LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DEL ESTADO PARA PROTEGER LOS DERECHOS SOCIALES

Hace algunos años la doctrina sobre derechos sociales argumentó convincentemente que tratándose tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos sociales su protección impone al Estado el cumplimiento de un complejo de obligaciones positivas y negativas, derrotando los argumentos en contra de su justiciabilidad basados en la distinta “naturaleza” de los derechos.¹⁷ Piénsese, por ejemplo, en la protección de la seguridad pública, la que requiere de instituciones policiales, de la formación y capacitación del personal, la provisión de uniformes, vehículos y armas, etcétera, o la organización de elecciones que requiere de institutos electorales que las organicen, la necesidad de papeletas y urnas, etcétera.

Las obligaciones positivas del Estado se sustentan en la idea que para ser libre no basta con que no haya interferencias en nuestra área protegida por los derechos humanos, sino también exige ser libres de la necesidad o el miedo. Esta idea de libertad demanda la protección y garantía por parte del Estado de los derechos sociales, es decir, de la provisión mediante acciones positivas de las condiciones materiales para ejercer la libertad.¹⁸

¹⁷ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 25.

¹⁸ Fredman, Sandra, *op. cit.*, p. 54.

A partir de la reforma de 2011, el artículo 1o. de la Constitución mexicana establece, por un lado, las obligaciones de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar, las que implican no interferir en las actividades resguardadas por los derechos humanos, en protegerlos frente a amenazas de terceros, y tomar acciones positivas para garantizar los derechos. Por otro lado, establece una relación necesaria entre el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas las autoridades de los distintos niveles de gobierno y la protección y garantía de los derechos humanos. En su párrafo tercero señala “[t]odas 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 México la doctrina ha interpretado las obligaciones que tiene el Estado de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Además, ha explicado los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.¹⁹ Sin embargo, no se ha enfatizado lo suficiente la relación que existe entre el deber que tienen todas las autoridades de ejercer las competencias que tienen atribuidas y la protección y garantía de los derechos. Esta idea se separa de la concepción tradicional del constitucionalismo como un conjunto de instrumentos preventivos o restrictivos (constitucionalismo negativo) y considera que la protección de los derechos humanos exige de las capacidades del Estado (constitucionalismo positivo). Así, mientras que para la visión del constitucionalismo negativo la división vertical y horizontal del poder son instrumentos que solo sirven de controles mutuos para proteger las libertades; para el constitucionalismo positivo las Constituciones no solo limitan sino

¹⁹ Véanse Carbonell, Miguel, “Las obligaciones del Estado en el artículo 1o. de la Constitución mexicana” y Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Salazar Ugarte, Pedro y Carbonell Sánchez, Miguel (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

empoderan, facilitan y facultan a las instituciones del Estado para proteger los derechos humanos.²⁰

De esta manera, la visión de los derechos prevista en el artículo 1o. constitucional exige tanto la acción como la no interferencia del Estado.²¹ Así, un Estado débil que no ejerce sus competencias²² puede ser tan perjudicial para los derechos como el Estado ilimitado temido por algunos liberales. De hecho, como lo muestra la CC 38/2015, las omisiones estatales son una de las principales amenazas para la garantía de los derechos sociales.

Ahora bien, reconocer y aceptar que un Estado fuerte con capacidades institucionales es indispensable para la protección y garantía de los derechos y acorde con el liberalismo, no implica dar un paso atrás al sistema autoritario posrevolucionario, en el que los derechos sociales previstos en los artículos 27 y 123 de la Constitución se convirtieron en instrumentos de poder extraordinarios para el presidente o “armas políticas en manos de los dirigentes del Estado”.²³

IV. LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES COMO PROCESOS EFECTIVOS PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Una de las lecciones que la historia del constitucionalismo latinoamericano nos ha dado a lo largo de los años es que el incremento de derechos humanos en las Constituciones no es una medida que mejore necesariamente el desempeño democrático. Por esta razón, Gargarella nos advierte sobre la necesidad de pensar también

²⁰ Holmes, Stephen, *Passions & Constraints On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 1995, pp. 7, 8, 19 y 100; Barber, NW, “Constitutionalism: Negative and Positive”, *Dublin University Law Journal*, vol. 38, núm. 2, 2015.

²¹ Fredman, Sandra, *op. cit.*, p. 85.

²² Holmes, Stephen, “What Russia Teaches us Now, How Weak States Threaten Freedom”, *The American Prospect*, 1997.

²³ Córdova, Arnaldo, *La formación del poder político en México*, México, Era, 2018, pp. 21, 33 y 34.

en reformas institucionales a la sala de máquinas de la Constitución, es decir, en cómo incorporar la voz de la sociedad civil en los órganos que toman las decisiones.²⁴ Solo de esta manera se podrán lograr cambios en la realidad.

En esta tesitura, la pregunta es si la controversia constitucional puede o no ser un proceso constitucional idóneo para la protección de los derechos, y si es así, cuáles reformas son necesarias para lograrlo. La controversia constitucional 38/2015 es una buena invitación para reflexionar sobre este punto, pues sin abordar directamente la violación del derecho a la salud, sino la violación de competencias del municipio en materia de salud, ordena la construcción del Hospital General y la prestación del servicio en un plazo de dieciocho meses, es decir, es una sentencia que indirectamente protege el derecho a la salud fijando acciones claras y plazos firmes, exigiendo informes periódicos de avances de la obra e inicio de la prestación de los servicios.²⁵ Lamentablemente y como ya se había mencionado, hasta el día de hoy no se ha logrado el cumplimiento de la sentencia.

De esta manera debemos preguntarnos si ¿la protección efectiva de los derechos humanos requiere que sean objeto de la controversia constitucional? ¿Qué tipo de órdenes de reparación son más efectivas? ¿Cómo lograr que las sentencias sí se cumplan?

En primer lugar, a diferencia del juicio de amparo, la controversia constitucional es una vía directa ante la Suprema Corte, por lo que los litigantes no tienen que recorrer todo el aparato judicial para obtener un pronunciamiento de este máximo tribunal. Sin embargo, ni las personas ni las organizaciones sociales están legitimadas para interponerla, pues solo lo pueden hacer los municipios, las entidades federativas o alguno de sus poderes, la Federación o alguno de sus poderes y los órganos constitucionales autónomos federales. Y es a partir de la reforma constitucional de 1995 al artículo 105 constitucional que se facultó al municipio para interponer la controversia

²⁴ Gargarella, Roberto, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010*, cit.

²⁵ Sobre este punto véase Rodríguez-Garavito, César, *op. cit.*, p. 216.

constitucional en contra de otros municipios, los estados o la Federación.²⁶

Comúnmente las controversias constitucionales han sido consideradas como procesos constitucionales cuyo objeto es la resolución de los conflictos competenciales entre los distintos niveles de gobierno y entre los poderes del Estado.²⁷ Asimismo, la Suprema Corte ha determinado que por esta vía se pueden proteger, por ejemplo, garantías institucionales como la independencia judicial.²⁸ De esta manera, el objeto de protección de este medio de control constitucional no son los derechos humanos, y en caso de alegarse su violación, la controversia constitucional solo es procedente si además de argumentarse vulneración a derechos se hacen valer violaciones a la distribución de competencias prevista en la Constitución.²⁹

En este sentido, para que los derechos humanos sean objeto de la controversia constitucional es necesaria una reforma constitucional que así lo prevea. En el proyecto de reforma judicial elaborado por el propio Poder Judicial Federal y presentado como iniciativa por el presidente de la República, se da un primer paso para hacer de la controversia constitucional un medio útil para la protección de derechos humanos. En la reforma se propone una modificación al artículo 105, fracción I, de la Constitución para introducir la posibilidad que a través de la controversia constitucional se hagan valer violaciones a derechos humanos.³⁰ Esta reforma plantea un potencial transformador para las controversias constitucionales. Esto

²⁶ Cárdenas Gracia, Jaime, “El municipio en las controversias constitucionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 86, 1996, p. 447 y ss.

²⁷ Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2005, p. 206.

²⁸ Tesis 1a. CXVIII/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 1a. Sala, Libro 4, marzo de 2014, t. I, p. 721.

²⁹ Tesis P./J. 42/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Pleno, Libro 25, diciembre de 2015, t. I, p. 33.

³⁰ Se agrega un último párrafo que dice “En las controversias previstas en esta fracción únicamente podrán hacerse valer violaciones directas a esta Constitución, así como a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales en que el Estado Mexicano sea parte”.

es así, pues aun cuando los derechos humanos pueden protegerse de manera indirecta en la controversia constitucional sin que sean objeto del proceso constitucional, como sucede en el régimen vigente y un buen ejemplo es la CC 38/2015, es importante que la disputa se defina y perciba como un problema de violación de derechos.³¹

Podría pensarse que no es necesario incluir a los derechos como objeto de protección de la controversia constitucional para no desvirtuar su naturaleza y dado que es suficiente que exista la posibilidad de impugnar omisiones en el ejercicio de las competencias, ordenándose como consecuencia una política pública. Sin embargo, este argumento pierde de vista que los derechos tienen su propio lenguaje³² y se interpretan con metodologías específicas como el test de proporcionalidad o la ponderación, que existen tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos firmadas por México que son normas vinculantes, así como interpretaciones de órganos internacionales que sirven para dotarles de contenido. Así, de no incluirse a los derechos como objeto de protección de la controversia constitucional, no nos haríamos las preguntas que nos plantea el test de proporcionalidad u otras metodologías para analizar las limitaciones o conflictos de derechos, ni serían tomadas en cuenta las fuentes mencionadas.

Ahora bien, de aprobarse la reforma judicial e incluir a los derechos humanos como objeto de la controversia constitucional, la pregunta siguiente es cómo hacer que coincidan el interés de los municipios en proteger sus competencias ante actos u omisiones del Estado o de la Federación con los intereses de las personas en combatir las afectaciones a sus derechos sociales causadas por esas acciones u omisiones,³³ pues los municipios no tienen los incentivos para proteger esos derechos.

³¹ Este es uno de los efectos simbólicos directos sobre los que llama la atención Rodríguez-Garavito, César, *op. cit.*, p. 219.

³² Cruz Parcero, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

³³ Chilton, Adam y Versteeg, Mila, *How Constitutional Rights Matter*, Nueva York, Oxford University Press, 2020, p. 30.

De acuerdo con el artículo 11 de la Ley Reglamentaria,³⁴ el actor comparecerá a juicio por conducto de los funcionarios que, en términos de las normas que los rigen, estén facultados para representarlo. De acuerdo con esta disposición, en el caso de los municipios, es en la legislación local donde se prevé quiénes son los funcionarios que tienen su representación. Comúnmente estas son las leyes orgánicas municipales y es el síndico municipal quien tiene esa representación, o en su defecto, el presidente municipal.

Pues bien, una posibilidad para hacer coincidir los intereses de los municipios en proteger sus competencias con los intereses de las organizaciones sociales de proteger sus derechos, es prever en las legislaciones locales los supuestos en que éstas³⁵ puedan exigir al funcionario que representa al municipio la interposición de una controversia constitucional en contra de actos u omisiones que afectan las competencias del municipio y que a su vez constituyan una violación de los derechos humanos.

Es importante notar que dicha posibilidad no requiere de una reforma al artículo 105 de la Constitución, pues no se trata de cambiar los entes legitimados para interponer la controversia constitucional, sino de prever los supuestos en que las organizaciones sociales podrán exigir al funcionario facultado por la legislación local que interponga la controversia en representación del municipio en defensa de sus competencias y de los derechos humanos afectados. Esta posibilidad tendría dos beneficios. Por un lado, se abre una vía directa ante la Suprema Corte y más efectiva —por el alcance de los efectos de las sentencias— para la justiciabilidad de los derechos sociales. Por el otro, se lograría que en el seguimiento del cumplimiento

³⁴ Artículo 11. El actor, el demandado y, en su caso, el tercero interesado deberán comparecer a juicio por conducto de los funcionarios que, en términos de las normas que los rigen, estén facultados para representarlos. En todo caso, se presumirá que quien comparezca a juicio goza de la representación legal y cuenta con la capacidad para hacerlo, salvo prueba en contrario.

³⁵ Sobre la trascendencia que tiene para su eficacia que sean las organizaciones sociales las que respalden los reclamos de derechos véase Chilton, Adam y Versteeg, Mila, *op. cit.*, p. 34.

de las sentencias se involucren las propias organizaciones sociales, quienes tienen un interés directo en que sí se cumplan,³⁶ independientemente de los cambios políticos en los gobiernos municipales o estatales.

Por un lado, la controversia constitucional no se enfrenta con el obstáculo —advertido por varios autores—³⁷ del principio de relatividad de las sentencias de amparo, que al ser interpretado de una manera formalista por los operadores jurídicos ha impedido que se otorgue protección alguna que beneficie a terceros ajenos al juicio, pues la controversia constitucional tiene un régimen legal distinto. Esto es así, pues el artículo 41, fracción IV, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución faculta a la Suprema Corte para dotar de los efectos necesarios a sus sentencias que le den plena eficacia.³⁸ De hecho, la Suprema Corte ha interpretado que esta disposición le dota de amplias atribuciones para fijar los efectos de sus sentencias.

Por otro lado, aun cuando en la práctica jurisdiccional la Suprema Corte le ha dado un mayor alcance a sus sentencias dictadas en las controversias constitucionales, como lo ejemplifica la CC

³⁶ Sobre la relevancia que tienen las coaliciones directamente interesadas en el cumplimiento véase el caso sobre alimentación de la Corte Suprema de India o el caso de medicinas contra la transmisión de madre a hijas de VIH de la Corte Constitucional de Sudáfrica. Young, Katherine G., *Constituting Economic and Social Rights*, cit., pp. 205 y 278.

³⁷ Ortega Soriano, Ricardo Alberto, “Algunos problemas para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en México: Cuestiones persistentes y nuevas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año III, núm. 5, 2017, pp. 415 y 439. González Piña, Alejandro, “Los derechos sociales y su exigibilidad. Algunos problemas para su protección a través del juicio de amparo”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año III, núm. 5, 2017, pp. 465 y 475.

³⁸ Artículo 41. Las sentencias deberán contener:

IV. Los alcances y efectos de la sentencia, fijando con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, las normas generales o actos respecto de los cuales opere y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda. Cuando la sentencia declare la invalidez de una norma general, sus efectos deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada;

38/2015, no basta con el dictado de sentencias transformadoras, sino que es necesario generar los incentivos necesarios para que se haga un seguimiento efectivo de su cumplimiento.

En efecto, las sentencias que protegen y garantizan los derechos sociales deben ser entendidas como instrumentos que pueden ser útiles —y no como triunfos definitivos— para quienes llevaron esos reclamos ante los tribunales para hacer cambios en la política pública,³⁹ pero que requieren de su implementación por los poderes políticos. Como se sabe, ésta no es una tarea fácil. De hecho, el proceso subsecuente al dictado de la sentencia es tan relevante como el proceso jurisdiccional mismo en el que se dictó la resolución.⁴⁰ Por estas razones resulta fundamental el involucramiento de las organizaciones sociales en el momento de la implementación de las sentencias, pues de ellas depende en buena medida su efectividad.⁴¹

En la literatura especializada hay un consenso en el sentido que el cumplimiento de las sentencias requiere de control y monitoreo constante una vez dictada la sentencia.⁴² Por ello es importante que las organizaciones que tienen un interés directo en su cumplimiento se involucren en dichas tareas. Ahora bien, para que estas organizaciones puedan utilizar las sentencias y lograr cambios sociales requieren de recursos económicos, soporte logístico y abogados capacitados. Además, estos recursos resultan necesarios para presionar por una agenda judicial sobre derechos que se sostenga en el tiempo.⁴³

³⁹ Scheingold, Stuart A., *The Politics of Rights*, Michigan, University of Michigan Press, 2004, pp. 6 y 7; King, Jeff, *Judging social rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 18.

⁴⁰ Langford, Malcolm *et al.*, “Introduction: From Jurisprudence to Compliance”, en Langford, Malcolm *et al.* (eds.), *Social Rights Judgments and the Politics of Compliance: Making it Stick*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 3 y 4.

⁴¹ *Ibidem*, p. 23.

⁴² Scheingold, *op. cit.*, p. 120; Rodríguez-Garavito, César, *op. cit.*, p. 211.

⁴³ Epp, Charles R., *The Rights Revolution*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998, pp. 5, 9, 18, 69 y 89.

Para la etapa de seguimiento del cumplimiento de las sentencias, una práctica que ha resultado útil en el derecho comparado son las audiencias públicas convocadas por la Corte Constitucional de Colombia, que permite a las organizaciones sociales participar en este proceso y debatir sobre las opciones.⁴⁴ De esa manera, el diseño y ejecución de la política pública se lleva a cabo junto con las principales interesadas, al mismo tiempo que se genera un apoyo social para el tribunal para el cumplimiento de su sentencia.⁴⁵

V. CONCLUSIÓN

La justiciabilidad de los derechos sociales en México es una práctica reciente de la Suprema Corte, al igual que la de muchos otros derechos humanos. Algunos de los casos notables de esta tendencia es la controversia constitucional 38/2015, por la creatividad judicial para lograr su justiciabilidad a través de un proceso constitucional destinado a la protección de competencias. Ahora bien, siendo que hoy en día la sentencia dictada en la citada controversia no ha sido cumplida, probablemente por los cambios de gobiernos en el municipio y en el estado de Oaxaca, es momento de pensar cómo asegurarnos que las sentencias se cumplan y efectivamente transformen la realidad.

Un primer paso para hacer de la controversia constitucional un mecanismo útil para la protección de los derechos humanos es la propuesta de reforma al artículo 105, fracción I, de la Constitución, que incorpora la posibilidad de argumentar violaciones a derechos humanos de fuente nacional o internacional. Ahora bien, una vez incorporados los derechos como objeto de la controversia, es necesario generar los incentivos necesarios para que coincidan los intereses de los municipios de defender sus competencias con los de las personas en que se protejan y garanticen sus derechos. Por ello he sugerido

⁴⁴ Rodríguez-Garavito, César, *op. cit.*, pp. 226 y 232.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 237.

la necesidad de reformas a las legislaciones locales que permitan a las organizaciones sociales exigir al funcionario que representa al municipio la interposición de una controversia constitucional, en los casos en que haya una afectación a sus competencias y a los derechos humanos. Esta posibilidad, además, permitirá el involucramiento de las organizaciones sociales en la etapa de ejecución de las sentencias, por lo que se podrá evitar que los cambios de partidos políticos en los gobiernos municipales y estatales dificulten su cumplimiento.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- BARBER, NW, “Constitutionalism: Negative and Positive”, *Dublin University Law Journal*, vol. 38, núm. 2, 2015.
- BOGDANDY, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Nueva York, Oxford University Press, 2017.
- CARBONELL, Miguel, “Las obligaciones del Estado en el artículo 1o. de la Constitución mexicana”, en SALAZAR UGARTE, Pedro y CARBONELL SÁNCHEZ Miguel (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “El municipio en las controversias constitucionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 86, 1996.
- CHILTON, Adam y VERSTEEG, Mila, *How Constitutional Rights Matter*, Nueva York, Oxford University Press, 2020.
- CÓRDOVA, Arnaldo, *La formación del poder político en México*, México, Era, 2018.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.
- EPP, Charles R., *The Rights Revolution*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998.

- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2005.
- FREDMAN, Sandra, *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.
- GARGARELLA, Roberto, “Why do we Care About Dialogue”, en YOUNG, Katherine G. (ed.), *The Future of Social and Economic Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.
- GARGARELLA, Roberto, “The New Latin American Constitutionalism”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Nueva York, Oxford University Press, 2017.
- GARGARELLA, Roberto, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution 100*, Nueva York, Oxford University Press, 2013.
- GARGARELLA, Roberto, *El derecho a la protesta*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
- GONZÁLEZ PIÑA, Alejandro, “Los derechos sociales y su exigibilidad. Algunos problemas para su protección a través del juicio de amparo”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año III, núm. 5, 2017.
- GROTE, Rainer, “The Mexican Constitution of 1917. An Early Example of Radical Transformative Constitutionalism”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Nueva York, Oxford University Press, 2017.
- HOLMES, Stephen, “What Russia Teaches us Now, How Weak States Threaten Freedom”, *The American Prospect*, 1997.
- HOLMES, Stephen, *Passions & Constraints On the theory of liberal democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 1995.
- KING, Jeff, *Judging Social Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- LANGFORD, Malcolm *et al.*, “Introduction: From Jurisprudence to Compliance”, en LANGFORD, Malcolm *et al.* (eds.), *Social Rights*

Judgments and the Politics of Compliance: Making it Stick, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

NIEMBRO, Roberto y ALTERIO, Ana Micaela, “La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional. El caso vacantes”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 16, 2011.

ORTEGA SORIANO, Ricardo Alberto, “Algunos problemas para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en México: Cuestiones persistentes y nuevas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año III, núm. 5, 2017.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César, “El activismo dialógico y el impacto sobre de los fallos sobre derechos sociales”, en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.

SCHEINGOLD, Stuart A., *The Politics of Rights*, Michigan, University of Michigan Press, 2004.

SCHOR, Miguel, “Constitutionalism Through the Looking Glass of Latin America”, *Texas International Law Journal*, vol. 41, 2006.

VÁZQUEZ, Luis Daniel y SERRANO, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en SALAZAR UGARTE, Pedro y CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

WEINRIB, Lorraine E., “The Postwar Paradigm and American Exceptionalism”, en CHOUDRY, Sujit (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006.

WHYTE, Jessica, *The Morals of the Market*, Reino Unido, Verso, 2019.

YOUNG, Katherine G., *Constituting Economic and Social Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2012.

JUZGADO EN CASTILLA: EL DERECHO
A INTÉRPRETE Y DEFENSOR PARA PERSONAS
INDÍGENAS EN PROCESOS ESTATALES.
(COMENTARIO AL AMPARO DIRECTO 59/2011)

Rodrigo CAMARENA GONZÁLEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho a la igualdad y los derechos a la diferencia.* III. *Los derechos a expresarse en su lengua materna y a un defensor que conozca su lengua, cultura y sistema jurídico.* IV. *Análisis de la sentencia AD 59/2011.*
V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es realizar un análisis crítico de la sentencia que recayó al amparo directo 59/2011 en la que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) definió el alcance del derecho constitucional de personas indígenas a contar con un intérprete y un defensor que conozca su lengua, su cultura y su sistema jurídico en un procedimiento penal.

La sentencia deriva del caso de un indígena tsotsil de San Cristóbal de las Casas acusado de un delito estatal menor, quien rindió su declaración preparatoria ante el Ministerio Público en “castilla”.

* Profesor en el ITAM. Candidato investigador Conacyt. Agradezco a Inés Durán Matute por sus sugerencias y críticas y a Fernanda Araujo por su ayuda en esta investigación.

Castilla es el término con el que los pueblos originarios de Chiapas se refieren al castellano con alusión a sus orígenes impositivos coloniales y a sus efectos asimilacionistas en el presente. El imputado tampoco tuvo acceso a un defensor que conociera su lengua y su cultura. La controversia principal en el amparo fue si tenía un derecho constitucional tanto a un intérprete que conociera su lengua, y cultura y sistema jurídico, como a un defensor que reuniera estos mismos requisitos.

La relevancia teórica de esta sentencia descansa en la manifestación de dos usos del derecho a la igualdad. El primer uso positivo o nivelador se manifiesta cuando los agentes estatales tratan a las personas como sujetos con los mismos derechos a pesar de las desigualdades sociales entre ellos. El indígena de clase trabajadora hablante de tsotsil de Los Altos de Chiapas tiene el mismo derecho a la justicia que el empresario mestizo e hispanoparlante de la Ciudad de México. En cambio, una malinterpretación del derecho a la igualdad es inferiorizadora. Esta interpretación equivocada de la igualdad implica una postura miope a las diferencias culturales, étnicas, lingüísticas o jurídicas constitucionalmente relevantes que termina por sancionar la diversidad. Aunque tanto el empresario como el trabajador indígena tienen formalmente los mismos derechos, no se puede ignorar la exclusión y jerarquización real. Esta desigualdad debe ser reparada mediante un trato diferenciado. Como la misma sentencia indica: “La igualdad ante la ley es violada tanto cuando se trata desigualmente a los iguales, como cuando se trata igualmente a los desiguales”.¹ Esta disyuntiva de la igualdad formal se traduce en lo que Boaventura de Sousa Santos llama el nuevo *imperativo categórico multicultural*: “Tenemos derecho a ser iguales cada vez que la diferencia nos inferioriza; tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza”.² El reto de un Estado pluricultural como México es tomar medidas para

¹ SCJN, Amparo Directo 59/2011, 28 de noviembre de 2012, p. 77.

² Sousa Santos, Boaventura de, “Desigualdad, exclusión y globalización”, *Revista de Interculturalidad*, año 1, núm. 1, octubre de 2004-marzo de 2005, p. 34.

garantizar tanto el derecho a la igualdad como el derecho a la diferencia de los grupos minoritarios.

Sobre todo, la sentencia es de suma relevancia para la práctica judicial en una sociedad profundamente racista como la mexicana. En un país donde de las personas encuestadas que dijeron ser discriminadas, 40.3% considera que fue por su condición de ser indígena,³ o en el que la posibilidad de una presidenta indígena desencadenó comentarios en redes sociales como “¿Quién es #Marichuy y por qué no está haciendo pozole?”⁴ es de esperarse que estos prejuicios se manifiesten en violaciones a derechos fundamentales en procesos penales. Así lo evidenció el caso de Ernestina Ascencio, mujer indígena quien a sus 73 años murió por consecuencia de una violación sexual cometida por agentes militares que quedó impune y cuyo testimonio fue menospreciado por autoridades estatales —incluida la titular del Instituto Nacional de la Mujer— por estar moribunda y darse en náhuatl.⁵ O el caso de Sebastiana Gómez, indígena tsotzil acusada de transportar cocaína quien fue liberada por la SCJN después de tres años de prisión preventiva en los que careció de un intérprete y defensor que conociera su lengua, cultura y sistema jurídico.⁶ En este contexto, la SCJN, como máximo intérprete de la Constitución, tiene un papel privilegiado para crear, reproducir, agravar, mitigar o desterrar la discriminación hacia los indígenas.

³ INEGI, Encuesta Nacional sobre Discriminación 2017, disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enadis/2017/doc/enadis2017_resultados.pdf.

⁴ Trejo Corona, Francisco J., “El detestable racismo contra Marichuy”, *Tercera Vía*, 17 de octubre de 2017, disponible en: <http://terceravia.mx/2017/10/detestable-racismo-contra-marichuy-en-las-redes-sociales-mexicanas/>.

⁵ Belausteguigoitia, Marisa, “Morir en náhuatl. El caso de Ernestina Ascencio”, *Debate Feminista*, vol. 36, octubre de 2007, pp. 161-168; “«Inaceptables», las reacciones oficiales ante el caso de Ernestina Ascencio”, *La Jornada*, 6 de abril de 2007, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2007/04/06/index.php?section=politica&article=009n1pol>.

⁶ SCJN, Amparo en revisión 619/2008, de 6 de mayo de 2009; Aranda, Jesús, “Tras 3 años encarcelada, ordenan liberar a tzotzil a la que le violaron sus derechos”, *La Jornada*, 7 de mayo de 2009, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2009/05/07/politica/017n2pol>.

De hecho, la sentencia destaca porque la Corte adopta una postura que ella misma denomina “realista” encaminada a romper la brecha entre el texto normativo y la realidad. La Corte tiene una responsabilidad única para disminuir la “brecha de implementación”⁷ entre el texto constitucional y el goce efectivo del derecho de indígenas a expresarse en su lengua materna y a tener una defensa adecuada. En un contexto de discriminación generalizada es importante preguntar ¿cómo ha interpretado la Corte el derecho de personas indígenas a un intérprete? ¿Cómo entiende el derecho a una defensa adecuada en situaciones de pluralismo jurídico? ¿La sentencia se toma en serio el derecho a la diferencia de indígenas en procedimientos estatales? ¿Ha sacudido o el *statu quo* o lo ha reproducido?

Para responder estas cuestiones y lograr el objetivo antes indicado, este trabajo se compone de tres apartados, además de esta introducción y conclusiones. El primero enmarca la discusión dentro del marco del derecho a la igualdad y el catálogo de derechos diferenciados con los que cuentan las personas indígenas. El segundo apartado aborda en específico los derechos individuales a expresarse en lengua materna y el derecho a contar con un defensor que conozca su sistema jurídico indígena. Después, se realiza un análisis de la postura que adoptó la SCJN sobre ambos derechos.

II. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LOS DERECHOS A LA DIFERENCIA

La igualdad formal es el cimiento del Estado liberal. El derecho liberal supera el sistema normativo estamental del antiguo régimen basado en privilegios. En cambio, el Estado liberal se ancla tanto en el principio objetivo como en el derecho subjetivo de la igualdad. Todos los destinatarios jurídicos tienen las mismas capacidades,

⁷ Stavenhagen, Rodolfo, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, 27 de febrero de 2007, pp. 4-6, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2007/4993.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2007/4993>.

obligaciones y derechos.⁸ El derecho, o más bien dicho, el servidor público en nombre del derecho, debe tratar a todas las personas de manera similar sin distinciones de clase social, discapacidades, género, etnia, lengua o religión. Así, se establece una presunción de que la regla general es el trato similar. La excepción, que siempre debe ir justificada, es el trato diferenciado.

Sin embargo, se corre el riesgo que una concepción formal de la igualdad, insensible a las diferencias reales, termine por imponer una cultura dominante.⁹ En el plano internacional, el derecho a la diferencia surge como una respuesta a la aplicación indiscriminada de las normas jurídicas defendidas por la mayoría que impactan negativamente en las minorías. En 1935, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, sostuvo que la educación pública monolingüe en Albania, a pesar de aplicarse igualmente a todos los ciudadanos, violaba el derecho a la igualdad de los grupos lingüísticos minoritarios.¹⁰ Esta preocupación se consagró en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR):

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

El Comité de Derechos Humanos considera que este artículo impone la obligación a los Estados de tomar medidas positivas para proteger la identidad cultural de las minorías, particularmente de pueblos indígenas.¹¹ O sea, se deben tomar medidas legislativas,

⁸ Lucy, William, *Law's Judgment*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2017, p. 14.

⁹ García Clarck, Ruben R., *Derecho a la diferencia y combate a la discriminación*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2006, p. 7.

¹⁰ Opinión Consultiva acerca de las escuelas minoritarias en Albania, 6 de abril de 1935, PCIJ Reports, Series A/B, No 64, 1935.

¹¹ Observación General núm. 23, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 27-Derecho de las minorías, 50o. periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 183 (1994).

presupuestarias, de capacitación para que los tres poderes hagan efectiva la igualdad de oportunidades entre todos los sujetos jurídicos, al mismo tiempo que se protege la identidad cultural de los grupos minoritarios.

Una interpretación comprometida con la igualdad sustantiva, y no meramente formal, debe tomar en cuenta dos puntos. Primero, la obligación de garantizar que todos los miembros de minorías están en aptitudes de ejercer sus derechos en igualdad de circunstancias que los miembros del grupo dominante.¹² En segundo lugar, se debe garantizar la autonomía cultural de los grupos étnicos o lingüísticos minoritarios para que preserven sus lenguas, costumbres, instituciones y sistemas jurídicos que los hace diferentes a la cultura dominante. Aunque las culturas son cambiantes, se debe asegurar que la prerrogativa del cambio permanezca al interior del grupo minoritario y no que sea impuesto por la cultura dominante desde afuera. Es decir, por ejemplo, en México se deben tomar medidas para que un indígena utilice su lengua materna en procesos estatales, y no que se obligue formal o informalmente a que adopte la lengua mayoritaria.

En el plano nacional, el constitucionalismo mexicano cuenta con una historia bicentenaria de violaciones homogeneizadoras basadas en una concepción formal de la igualdad en perjuicio de los pueblos originarios. En 1824, justo iniciada la época independiente, Tlacotalpan, una comunidad indígena en Veracruz, exigió al gobierno local retener su régimen diferenciado de autogobierno y sistema jurídico. El gobierno rechazó la petición por su carácter “ilegal e injusto”.¹³ A inicios del siglo XX y de pleno constitucionalismo social, la Ley de Escuelas de Instrucción Rudimentaria prohibió hasta la década de 1930 el uso de lenguas indígenas en pro de la política

¹² Nettheim, Garth, “The International Implications of the Native Title Act Amendments”, *Indigenous Law Bulletin*, vol. 4, núm. 9, 1998, p. 12.

¹³ Aguirre Beltrán, Gonzalo, *Formas de gobierno indígena*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1981, pp. 59-61.

expresa de castellanización.¹⁴ Si bien la Constitución de 1917 reconoció la propiedad comunal de las “Tribus”, no reconoció su autogobierno.¹⁵ En el plano jurisprudencial, la discriminación hacia los indígenas brilló por su invisibilización. Uno de los pocos precedentes de la SCJN del siglo XX estableció que “las personas de raza indígena” no eran “incapacitados” mentales para efectos de adjudicar responsabilidad penal.¹⁶ La igualdad formal se tradujo en doscientos años en una ciudadanía homogeneizada, mestiza, hispanoparlante y de inspiración europea.

En 1994, debido a estas y otras violaciones sistemáticas a su derecho a la diferencia y a la no discriminación, el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) se hizo público declarándole la guerra al gobierno federal. El levantamiento armado en contra del gobierno federal se suspendió con el compromiso de éste de cumplir con los Acuerdos de San Andrés. Estos acuerdos, incluían, además de los derechos a representación política y educación intercultural, la exigencia de cuatro derechos diferenciados para individuos indígenas en procesos estatales.¹⁷ Primero, el uso de su propia lengua en declaraciones y testimonios. Segundo, el nombramiento de intérpretes, aprobados por la persona indígena, que conozcan su lengua y respeten su cultura y sistema jurídico. Tercero, que el defensor de oficio conozca la lengua, cultura y sistema jurídico indígena. Cuarto, el uso, cuando fuera necesario, de peritajes antropológicos y prácticos para considerar usos y costumbres que fueran relevantes para dictar sentencia. Los Acuerdos, en resumidas cuentas, exigían el trato horizontal a las lenguas, culturas y sistemas jurídicos indígenas.

¹⁴ Montemayor, Carlos, *Chiapas, La rebelión indígena de México*, México, Planeta, 1997, p. 110.

¹⁵ Constitución de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917 (CPEUM), artículo 27.

¹⁶ INCAPACITADOS. NO LO SON LAS PERSONAS DE RAZA INDIGENA (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS), tesis 236217, Primera Sala, vol. 52, Séptima Época, p. 25.

¹⁷ Acuerdos de San Andrés del 16 de febrero de 1996, “Derechos y Cultura Indígena”, 3.1, Compromisos para Chiapas del Gobierno del Estado y Federal y el EZLN, Garantías de acceso pleno a la justicia.

Aunque el gobierno incumplió estos acuerdos a través de la reforma constitucional de agosto de 2001 en materia indígena, sí reconoció ciertos derechos diferenciados. La reforma confirmó el carácter pluricultural de la nación sustentada en los pueblos originarios previamente reconocida en 1992. Además, reconoció derechos colectivos como el derecho a la consulta previa en el Plan Nacional de Desarrollo y a aplicar sus sistemas normativos siempre que respetaran derechos humanos. También reconoció el derecho a la tutela judicial efectiva para indígenas, teniendo en cuenta sus costumbres, y garantizando el acceso a intérpretes y defensores que conozcan su lengua y cultura.

Así, el derecho a la diferencia se ha ido forjando a través de mandatos jurídicos, exigencias de movimientos sociales indígenas, así como con aportaciones académicas. Autores como Will Kymlicka, Boaventura de Sousa Santos, Charles Taylor y Luis Villoro también advierten del peligro homogeneizador de la igualdad formal. Taylor, por ejemplo, propone derechos diferenciados para indígenas canadienses con el objeto de garantizar su supervivencia cultural, incluso si ellos entran en tensión con derechos liberales clásicos.¹⁸ Por su parte, Villoro afirma que la igualdad equivale a “la atribución de las mismas oportunidades para elegir valores diferentes; implica el derecho a las diferencias”.¹⁹

El derecho a la diferencia es, en realidad, un abanico de derechos diferenciados que distinguen a los pueblos originarios de la cultura dominante. Si la cultura dominante se caracteriza por ser mestiza, hispanoparlante, de influencia europea y con cosmovisión liberal. Debe haber un enfoque integral que proteja cada uno de estos aspectos dentro de los pueblos indígenas. Estos derechos diferenciados buscan dos fines. Por un lado, proteger a los individuos como miembros de una comunidad. El derecho a la diferencia incluye el derecho de los indígenas a que se expresen en su lengua

¹⁸ Taylor, Charles, “La política del reconocimiento”, en Taylor, Charles *et al.*, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 63.

¹⁹ Villoro, Luis, *Estado plural, pluralidad de culturas*, México, UNAM, 2002, p. 103.

materna y a respetar sus sistemas jurídicos como guía de su conducta. Al mismo tiempo, se protege la identidad colectiva de las comunidades que se distinguen de la sociedad dominante. En este contexto sociopolítico y dentro del marco conceptual de la pluriculturalidad, la SCJN se ha involucrado en el desarrollo de los derechos indígenas, sobre todo a partir de la reforma de derechos humanos del 2011.²⁰

III. LOS DERECHOS A EXPRESARSE EN SU LENGUA MATERNA Y A UN DEFENSOR QUE CONOZCA SU CULTURA, LENGUA Y SISTEMA JURÍDICO

En el amparo directo 59/2011, la SCJN interpretó dos derechos íntimamente vinculados para el acceso a la justicia estatal de personas indígenas. Ambos están reconocidos por el artículo 2o., inciso A, apartado VIII, de la Constitución:

Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: ...

VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. *Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.*

El derecho de los indígenas a la tutela judicial efectiva se distingue de otros derechos diferenciados. En contraste con el derecho a la autonomía que requiere que el Estado se *abstenga* de invadir la esfera competencial de comunidades indígenas, los derechos a un

²⁰ Gómez Rivera, Magdalena, “La Suprema Corte y los Pueblos indígenas: Tendencias y desafíos frente al nuevo paradigma de derechos humanos”, en *Los pueblos indígenas y la constitución de 1917: una revalorización del pasado hacia el presente*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015, p. 595.

intérprete y a un defensor que conozcan su lengua y cultura requieran que el Estado *intervenga* para hacerlos efectivos. Es decir, el Estado debe ser proactivo para que los individuos sean oídos en un plano de igualdad procesal el mismo tiempo que se protege su diversidad.

1. *Derecho a expresarse en su lengua materna en procedimientos estatales*

El primer derecho es la prerrogativa de toda persona de hablar su lengua materna en procedimientos estatales. Desde el principio, es primordial enfatizar, tal y como lo hace el *Centro Profesional Indígena de Asesoría Defensa y Traducción* (CEPIADET A.C.), que es un derecho fundamental de la persona indígena y no un mero problema de comunicación.²¹ El plurilingüismo no es un “obstáculo” entre hispanoparlantes y hablantes de lenguas originarias. Mucho menos es muestra de ignorancia de la lengua dominante. Más bien, siguiendo a León Portilla, podemos decir que es una prerrogativa inalienable que tiene cualquier persona de expresarse en la lengua (o lenguas) con la cual representa y reconstruye al mundo.²² La lengua es el puente que une al individuo con sus emociones, la naturaleza, el mundo y lo intangible.²³ Pero no solo eso, la lengua teje vínculos sociales, da sensación de protección y familiaridad al expresarse ante pares de su misma comunidad lingüística y cultural. La lengua influye, incluso, en nuestros procesos cognitivos acerca del tiempo y el espacio.²⁴ El derecho a hablar, escuchar, leer y escribir la lengua con la

²¹ CEPIADECT, *Informe sobre el estado que guardan los derechos lingüísticos de los pueblos y comunidades indígenas en el sistema de procuración y administración de justicia en Oaxaca*, Oaxaca de Juárez, CEPIADECT, 2010, p. 11.

²² León Portilla, *Pueblos indígenas en México Tomo I: Autonomía y diferencia cultural*, México, UNAM, 2003, p. 39.

²³ León Portilla, “Cuando muere una lengua/Ihcuac thalhtolli ye miqi”, disponible en: <http://www.revistadeluniversidad.unam.mx/8210/leon/82leon.html>.

²⁴ Boroditsky, Lera y Gaby, Alice, “Remembrances of Times East: Absolute Spatial Representations of Time in an Australian Aboriginal Community”, *Psychological Science*, núm. 21, 2010, p. 1635.

que las personas crecieron es vital en un procedimiento penal en el que está en juego la libertad humana.

El derecho genérico a hablar la lengua materna en procedimientos judiciales se encuentra en varios instrumentos internacionales. La Convención Americana de Derechos Humanos reconoce, en su artículo 8.2. a) el derecho de todo inculpado a “ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal”; en su artículo 14. 3 f) del ICCPR “ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal”. Si bien estas disposiciones parecen partir de un modelo monolingüístico o de lengua dominante, reconocen el derecho de toda persona, indígena o no, a hablar su lengua en los procedimientos estatales y la correspondiente obligación estatal de realizar medidas institucionales para garantizar este derecho.

Sin embargo, en México, además del derecho genérico de cualquier persona a un intérprete, existe el derecho diferenciado de las personas indígenas a comunicarse en su lengua. El segundo párrafo del artículo 10 de la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas establece la obligación de autoridades federales, tanto en la procuración como administración de justicia de proveer asistencia gratuita de intérpretes y defensores en todo juicio. El siguiente párrafo establece el mandato correlativo para entidades federativas. Este es un derecho autónomo del derecho de los hablantes de lenguas no indígenas a conducirse con su lengua materna. La cultura dominante jerarquizó y excluyó a lenguas indígenas, desincentivando su uso, prohibiéndolas, o llamándolas “dialectos”. Ello a pesar de que, por ejemplo, “[e]l náhuatl es un sistema lingüístico tan completo como el alemán” o “el maya en un sistema tan complejo como el francés”.²⁵ Por ello, existe un apartado constitucional y una ley especial que obliga a la federación y los estados, a los poderes legislativo y judicial, para salvaguardar este derecho, en coordinación con el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (Inali),

²⁵ Montemayor, Carlos, *Chiapas, La rebelión indígena de México*, cit., p. 111.

perteneciente al Poder Ejecutivo. La ley va encaminada a implementar la reforma y surge como una respuesta a desterrar prácticas “estructuralmente disfuncionales” para todos los “mexicanos cuya lengua materna es distinta de la lengua de los conquistadores”.²⁶

Este derecho diferenciado se amplía y refuerza con el bloque de constitucionalidad mexicano. El artículo 12 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado en 1990, obliga a los Estados a garantizar que los indígenas comprendan y se hagan comprender en todos los procedimientos estatales con la asistencia de intérpretes u otros medios. El artículo 28.3 del mismo documento obliga a las autoridades estatales a tomar medidas para preservar, promover y practicar el uso de lenguas indígenas. Por su parte, si bien no es un instrumento vinculante, pero sí de peso interpretativo, la Declaración de las Naciones Unidas de Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) de 2007 establece varias prerrogativas relevantes. La DNUDPI abre su preámbulo afirmando el derecho de los pueblos indígenas a “ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales”. Después, en su artículo 13.2 reconoce el derecho de los pueblos indígenas de entender y hacerse entender en actos políticos, jurídicos y administrativos por medio de interpretación u otros medios apropiados. El primer documento reconoce a los individuos como titulares de derechos lingüísticos y el segundo a los pueblos como sujeto colectivo. La aparente paradoja se resuelve porque cualquier derecho individual a hablar una lengua se hace en medio y gracias a una comunidad lingüística.²⁷

La realidad confirma día a día la necesidad de intérpretes competentes y el poder que éstos tienen en procesos legales en que intervienen indígenas. Por ejemplo, el caso de Luis Zacarías, indígena

²⁶ Espadas Ancona, Uuc-kib, *Exposición de motivos de la Ley Federal de Derechos Lingüísticos*, México, Congreso de la Unión, 25 de abril de 2001.

²⁷ Stavenhagen, Rodolfo, “Making the Declaration Work”, en Charters, Claire y Stavenhagen, Rodolfo (eds.), *Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on The Rights of Indigenous Peoples*, Copenhagen, International Work Group for Indigenous Affairs, 2009, p. 363.

ñañuhu, quien después de un incidente, pasó casi una década en un centro de asistencia social del Distrito Federal, diagnosticado erróneamente con “retraso mental moderado” por decir palabras “incoherentes” cuando en realidad no hablaba castellano.²⁸ O el caso ya referido de Ernestina Ascencio, en el que sus hijos confirmaron que su madre dijo haber sido violada por militares, pero el término “violación” fue traducido del náhuatl al español —quizá con mala fe— como “se le encimaron”.²⁹ O el fenómeno bien documentado de “concurrency infundada”, es decir, cuando una persona asiente en una conversación intercultural y/o bilingüe sin que en realidad comprenda la pregunta.³⁰

El derecho a un intérprete es imprescindible desde el inicio de cualquier procedimiento legal en que interviene un indígena, y con mayor razón en uno penal. Primero se debe indagar si la persona se autoadscribe como indígena, si su lengua materna no es el castellano, así como identificar diferencias culturales. De ser así, se debe informar todo el catálogo de derechos generales y diferenciados de los que dispone. Con respeto y ajustes razonables a la diversidad cultural, lingüística y jurídica, se debe explicar la causa de detención o interrogatorio, su derecho a intérprete y defensor, cómo funciona el proceso y las posibles consecuencias de este. Después, a lo largo de la secuela procesal, se deben tomar todas las medidas para entablar una defensa adecuada. Este derecho implica una enorme responsabilidad estatal. Por un lado, está la responsabilidad institucional de la federación o de las entidades federativas de tomar las medidas adecuadas para proveer intérpretes competentes y éticos. Por otro, está la responsabilidad individual de cada intérprete de trasladar contenidos entre lenguas de buena fe, no sesgadas, y de manera culturalmente sensible.

²⁸ Gómez Rivera, “La Suprema Corte y los Pueblos indígenas”, *cit.*, p. 671.

²⁹ Comisión Nacional de Derechos Humanos, Recomendación 34/2007, 3 de septiembre de 2007, pp. 26, 194, 163, 248, 285, 359-360, 367.

³⁰ Liberman, Ken, “Ambiguity and Gratuitous Concurrence in Inter-Cultural Communication”, *Human Studies*, vol. 3, núm. 1, 1980, pp. 65-85.

El derecho a un intérprete salvaguarda el derecho a la igualdad y el derecho a la diferencia. De no ser por este derecho, no se podría alcanzar una igualdad procesal entre el hablante de una lengua indígena y los hablantes de una lengua dominante. No se puede tener un intercambio horizontal de argumentos cuando existe disparidad lingüística. Por otro lado, se protege la identidad cultural de un individuo al detectar diferendos lingüísticos y culturales y las consecuencias que podría tener una decisión de traducción que se abstraiga de las peculiaridades de la lengua indígena.

2. Derecho a un defensor que conozca su lengua, cultura y sistema jurídico

El derecho a contar con un defensor que conozca su lengua y cultura se relaciona con otras dos disposiciones constitucionales. El artículo 2 A II establece, como expresión de su derecho a la libre determinación, el derecho a aplicar sus sistemas normativos en conflictos internos, sujeto a límites constitucionales, y con especial protección a las mujeres; ello, de acuerdo con los supuestos previstos por la ley. Es decir, la Constitución reconoce la existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos que coexisten con el estatal. Por otra parte, el artículo 20 B VIII reconoce el derecho de toda persona imputada en un proceso penal a un abogado, elegido libremente, sea un defensor privado o un público.

Este derecho también se fortalece con los artículos 8o. a 10 del Convenio 169 de la OIT. Los cuales obligan a los juzgadores, de manera sintetizada, a *i)* considerar su derecho consuetudinario indígena; *ii)* respetar sus métodos sancionatorios en armonía con el derecho internacional humanitario; *iii)* considerar especificidades culturales, sociales y económicas al imponer sanciones penales, y *iv)* preferir medidas alternativas a la prisión. La DNUDPI, en sus artículos 4o., 5o., y 35 complementa esta prerrogativa reconociendo el derecho a la autonomía para cuestiones internas, a preservar sus instituciones jurídicas y políticas, y a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

La reforma de 2001 elevó a rango constitucional el derecho a un defensor bilingüe, bicultural y bijurídico. Este derecho, como indica Francisco López Bárcenas, estaba previsto en varias leyes locales y federales previo a la reforma.³¹ El hoy abrogado Código Federal de Procedimientos Penales, por ejemplo, en su artículo 124 bis explicitaba que tanto el defensor como el intérprete debían tener “pleno conocimiento” de su lengua y cultura.

Es esencial que el defensor conozca tanto el sistema jurídico dominante como el indígena al menos por dos razones. En primer lugar, por el posible conflicto filosófico entre un sistema arraigado predominantemente en una cosmovisión liberal individualista, por un lado, y uno arraigado en la “comunalidad”.³² Definir la comunalidad corre el riesgo de esencializar a los pueblos originarios y de abstraer la diversidad entre ellos.³³ Sin embargo, se puede aproximar un entendimiento de este concepto como un complejo entramado de relaciones de parentesco más allá de la familia nuclear, basados en el respeto y la reciprocidad donde la tierra y el trabajo se comparten con el objeto de mantener o restablecer el equilibrio en la vida comunitaria.³⁴ Es esencial subrayar la comunalidad para no entender el derecho indígena como una mera codificación de costumbres ancestrales sino como la gestión dinámica de relaciones sociales. Una postura comunalista parece sugerir que en caso de conflictos al interior de la comunidad el fin máximo es proteger y reparar los lazos comunitarios y no sancionar al individuo.

En segundo lugar, el derecho a un defensor que conozca su sistema jurídico es necesario para acabar con el prejuicio de que

³¹ López Bárcenas, Francisco, *Legislación y derechos indígenas en México*, México, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados, 2010, pp. 137-146, 174.

³² Asistencia legal por los Derechos Humanos, *Entre la realidad y la justicia*, México, AsiLegal, 2018, p. 77.

³³ Esteva, Gustavo, “Para sentipensar la comunalidad”, *Bajo el Volcán*, vol. 15, núm. 23, 2015, pp. 171-186.

³⁴ Martínez Luna, Jaime, “Conocimiento y comunalidad”, *Bajo el Volcán*, vol. 15, núm. 23, 2015, pp. 99-112.

los sistemas jurídicos indígenas son “salvajes”, “primitivos” o ineficientes, paralelo a la idealización del derecho “moderno”.³⁵ La postura dominante asume que el derecho estatal de inspiración europea es más adecuado para proteger la dignidad humana que los sistemas jurídicos indígenas. La misma Constitución reproduce este prejuicio al establecer que la aplicación de los sistemas normativos indígenas debe respetar derechos humanos, como si aquel no fuera un derecho humano. De igual manera, se asume que el derecho estatal es más eficiente, por ejemplo, al prevenir y reparar daños causados por delitos. Se ignora, por un lado, la desconfianza generalizada que existe sobre la justicia penal estatal, y por otro, que la comunidad, como unidad más cercana, puede ser el contexto idóneo para resolver problemas.

Luego, desde un punto de vista pragmático, es inevitable que surjan conflictos jurídicos entre ambos sistemas. La persona indígena no planea su comportamiento por una guía unitaria de su conducta como el monismo jurídico presupone, sino en un contexto de coexistencia e interacción de varios sistemas jurídicos. Como consecuencia de este pluralismo jurídico se da la interlegalidad.³⁶ Es decir, los sistemas jurídicos no son herméticos ni actúan de manera aislada, sino que hay interpenetración entre el sistema jurídico dominante y el indígena. Es necesario que el o la defensora detecte el conflicto y rastree la manera en que los mismos hechos pueden ser reconstruidos de distinta manera y acarrear distintas

³⁵ Clavero, Bartolomé, “Bolivia Entre Constitucionalismo Colonial y Constitucionalismo Emancipatorio”, en Chivi Vargas, Idón Moisés (coord.), *Nueva Constitución Política del Estado: Conceptos Elementales para su desarrollo normativo*, La Paz, Vicepresidencia Bolivia, 2010, pp. 97-108. Para una crítica desde la Teoría del Derecho véase Fitzpatrick, Peter, *Modernism and the Grounds of Law*, Cambridge University Press, 2001, pp. 97-100, 125-134; El Ministro de Asuntos indígenas de Australia, al oponerse a la DDPI, manifestó que “solo debe haber un Derecho para todos los australianos y no debemos permitir prácticas que no son aceptables en el mundo moderno”, disponible en: http://news.bbc.co.uk/2/hi/in_depth/6993776.stm.

³⁶ Sousa Santos, Boaventura de, “Law: A Map of Misreading. Toward a Post-modern Conception of Law”, *Journal of Law and Society*, vol. 14, núm. 3, 1987, pp. 288, 298; Hoekema, André J., “European Legal Encounters between Minority and Majority Cultures: Cases of Interlegality”, *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 37, núm. 51, 2005, pp. 1-28.

consecuencias dependiendo de los lentes jurídicos a través de los que se mire.

Sin un defensor que conozca la lengua, cultura, pero, sobre todo, el sistema jurídico del indígena, la persona cae en un estado de indefensión. El conocimiento técnico es necesario para detectar interacciones entre sistemas. Puede darse, primero, el caso que la controversia jurídica sea regulada por los dos sistemas y se pueda resolver de manera más eficiente y con una reparación más integral en sede indígena. En este caso, se puede reservar jurisdicción a la autoridad indígena tradicional y abstenerse de seguir el proceso estatal. En segundo lugar, puede ser que se siga el procedimiento estatal pero que se tomen en cuenta las normas indígenas y demás pautas culturales. Sin un defensor que dé a conocer esta dualidad normativa al órgano judicial la persona indígena sería juzgada a la luz de un solo sistema jurídico cuando en realidad se guió por otro o por ambos. Finalmente, el defensor es necesario para que haya un proceso de mutua comprensión entre agentes de distintos sistemas jurídicos, y en el mejor de los casos de aprendizaje recíproco y fertilización cruzada. Este enriquecimiento interjurídico tiene lugar, por ejemplo, con el derecho penal maya, que en vez de sancionar con prisión el homicidio, repara el daño con trabajo comunitario sobre la tierra de los familiares de la víctima que han quedado sin sustento.³⁷ El defensor bijurídico es el vehículo para un trato horizontal entre dos sistemas normativos que ordenan la Constitución, el Convenio 169 de la OIT y la DNUDPI.

IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA AD 59/2011

1. *Hechos y antecedentes*

Como es frecuente, aunque es algo que empieza a cambiar al interior de la Corte, la sentencia es escueta y contradictoria en los hechos. Según la sentencia, el 16 de abril de 2010, en San Cristóbal

³⁷ Dussel, Enrique, *20 tesis sobre política*, México, Siglo XXI, 2006, p. 105.

de las Casas, Chiapas, se encontró un microbús, conducido por el imputado que había impactado con un inmueble, un triciclo, y, al parecer, una mujer lesionada (pp. 2-5). Sin embargo, en otro apartado se indica que no hubo daño alguno (p. 14). En la investigación se comprobó que el imputado conducía bajo el influjo de metanfetaminas, aunque él manifestó que fueron recetadas por un médico autorizado (p. 16). En vista de estos hechos, se inició la investigación penal por el delito estatal no grave de ataques a las vías de comunicación en modalidad de conducir bajo el influjo de drogas.

El 17 de abril de 2010, el imputado confesó haber cometido el delito en una declaración ministerial sin intérprete. El imputado manifestó que su lengua materna era el tsotsil o bats'i k'op, (habla verdadera), pero que comprendía el castellano. El ministerio público no le asignó intérprete y tampoco hubo perito que certificara que el imputado comprendía el castellano. Aunque no impugnó el auto de formal prisión (p. 4), sí impugnó mediante amparo directo la sentencia definitiva que lo sentenció a 10 meses y 15 días de cárcel, 25 días de multa, sin que hubiera condena de daños.

El 12 de mayo de 2011, el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito admitió el amparo. Uno de los cuatro conceptos de violación argumentados por el imputado era la transgresión al artículo 2 A VIII de la Constitución. En vista de ello, el 14 de julio de 2011, el Colegiado solicitó a la SCJN ejercer su facultad de atracción para que fijara un criterio interpretativo. La duda era: “Si los indígenas tienen un nuevo derecho en el proceso penal, el de tener defensor con conocimiento de su lengua y cultura o si esto es subsumible dentro del derecho a contar con traductor e intérprete” (p. 9).

2. El enfoque “realista” de la SCJN

El 2 de enero de 2012 la Primera Sala de la SCJN se avocó al caso. El expediente fue turnado a la ponencia del ministro Zaldivar Lelo de Larrea. El 28 de noviembre de 2012, la Primera Sala amparó al imputado. La Sala formuló ocho preguntas para resolver

el asunto (p. 18). Dentro de ellas destacan en cuanto al fondo: *i*) si se cumple el mandato constitucional con tener un perito traductor y un defensor sin importar que éste conozca su lengua y cultura y *ii*) si se requiere que la persona sea asistida por un defensor que conozca el orden jurídico mexicano y las normas consuetudinarias que rigen la vida comunitaria a la que pertenece el imputado. Además, en cuanto al remedio judicial adecuado se preguntó: “¿qué consecuencia ha de seguirse en caso de que se cometa una violación a la garantía de defensa adecuada en estos casos?”. Después, la Sala anunció la metodología para resolver la controversia, dividiendo el resto de la sentencia en siete apartados (pp. 19 y 20). Por razones de espacio y de relevancia para el objetivo de este texto, el análisis se concentra del apartado III en adelante.

En el apartado III se aborda el acceso a la justicia para las personas indígenas. La Sala inicia por reconocer que la diferencia cultural también se manifiesta en “el espacio de la justicia” (p. 47) y dilucida si se requiere que tanto el intérprete como el defensor conozcan la cultura del imputado. Desafortunadamente, desde el inicio, la Sala diluye el derecho a expresarse en su lengua materna y lo reduce a un problema lingüístico o de comunicación. La Sala considera que el objetivo de la reforma era “superar el problema lingüístico que padecían las personas indígenas vinculadas a un proceso penal” (p. 52), que es necesario “erradicar” (p. 57). Pero el plurilingüismo no es una enfermedad que se padece, o un problema que se debe eliminar. El plurilingüismo es una muestra de la diversidad. El hecho de que haya obstáculos para expresarse en lenguas originarias en procesos estatales es una consecuencia de la jerarquización y exclusión lingüística que es atribuible al Estado y a la sociedad dominante, no al indígena que lo resiste. En vez de abordar la cuestión como un derecho fundamental de la persona a comprender y hacerse comprender en un procedimiento distante de su lengua y cultura, la Sala identifica herramientas paliativas que no atacan realmente la discriminación estructural.

Más aun, la Corte rechaza que el defensor deba tener conocimiento de la lengua, cultura y sistemas jurídicos indígenas a pesar

de que eso se deriva de una interpretación literal del 2 A VIII. Según la Corte, la elección de un defensor público o privado es exclusiva y personalísima a cargo del imputado. Luego, como el texto constitucional no distinguió expresamente entre defensores para indígenas y defensores para no indígenas, no es necesario que el defensor tenga conocimientos sobre lengua, cultura y derecho indígena. Se apela a la autonomía individual del imputado para renunciar a la obligación estatal de proveer un defensor bicultural. Según la SCJN, basta con un “binomio”: intérprete que conozca lengua y cultura y un defensor que no tiene que reunir estos requisitos.

Esta decisión interpretativa es cuestionable al menos por dos razones. En primer lugar, es redundante interpretar que la expresión “que conozca su lengua y cultura” se refiere solo al intérprete y no al defensor. ¿Podría haber un intérprete que no conozca la lengua o cultura? Sería como exigir que el defensor jurídico “conozca el sistema jurídico mexicano”. Por definición, un intérprete debe conocer la lengua. Y como la misma Sala lo dice: “lengua y cultura son inseparables” (p. 65). Peor aun, la interpretación constitucional restringe un derecho que, como se vio en el apartado anterior, en disposiciones infra-constitucionales se entendía que debía aplicar tanto a intérpretes como defensores. La Sala da menos protección que la que se desprende de una interpretación textualista tanto de la Constitución como de leyes previas a la reforma. En todo caso se podría haber precisado que el defensor público debe conocer la lengua, cultura y sistema jurídico, y reservarse el derecho del imputado a designar un defensor privado que no reúna estas características, si así lo desea. En segundo lugar, la Sala menosprecia la fuerza vinculante que, de hecho, tienen los sistemas jurídicos indígenas. Basta un defensor monojurídico para asesorar a una persona que se rige por dos sistemas. En efecto, esta decisión contradice el precedente antes mencionado del caso de Sebastiana, en el que se estableció de manera expresa que tanto intérprete como defensores deben conocer la lengua, cultura y sistema jurídico.³⁸ Así, se viola el dere-

³⁸ Amparo en revisión 619/2008, *cit.*, pp. 48, 51 y 52.

cho a diferencia. No se permite que se consideren los hechos a la luz de un sistema jurídico no dominante. Pero también el derecho a la igualdad formal. Sebastiana tuvo un derecho que el imputado en este caso no. Se le descaracteriza al imputado al ignorar que forma parte de una comunidad jurídica indígena, y se le inferioriza al no proveer un contexto en el que se considere que normas jurídicas de diverso origen guían e influyen en su comportamiento.

No obstante, debe aplaudirse que la Sala adopta una postura que denomina “realista” (p. 61). La Sala se preocupa por la Constitución en acción más allá de la Constitución de papel. A pesar de lo que mandata el texto constitucional, la Corte observa que, de las 364 variantes lingüísticas del país, en el Inali solo hay intérpretes que conocen 39. O sea, se cubre apenas el 10% de la diversidad lingüística mexicana. Peor aún, en un país en el que 25 millones de personas se autoadscriben como indígenas, solo había diez defensores públicos federales que denominaban nueve lenguas. Dicho en otras palabras, la Sala identifica un auténtico estado de cosas inconstitucional, es decir, una violación masiva y sistemática de derechos fundamentales. Prácticamente cualquier indígena imputado no podría ejercer su derecho a tener un intérprete que conozca su lengua y cultura, mucho menos a contar con un defensor con esas características.

Después, en el apartado IV, la Sala aborda la posible equivalencia entre la función del intérprete y el traductor. Distingue entre el intérprete que traslada significados de viva voz y traductor que lo hace respecto textos. De nuevo, con el objeto de eliminar “barreras lingüísticas” (p. 67) y no de reconocer el derecho a expresarse en su lengua materna, la Sala establece que lo que se requiere es un intérprete conocedor de la lengua y sensible a criterios etnolingüísticos antropológicos. En caso de que falte un intérprete a una declaración ministerial, como fue en el caso concreto, el remedio judicial será declarar la nulidad de cualquier confesión.

El enfoque realista regresa en el apartado V. La Sala hace una distinción analítica entre tres concepciones del derecho indígena, a saber: *i*) sistemas normativos, *ii*) usos y costumbres y

iii) normas jurídicas. La Sala descarta la primera concepción por ser demasiado extensa y no estrictamente jurídica. Rechaza también la segunda por ser muy amplia y de carácter más social que jurídica. Entonces, se queda con la tercera concepción. Una vez que se toman sus normas como componentes de un genuino sistema jurídico, la Sala cuestiona la “simulación” (p. 75) constitucional del 2 A II cuya interpretación literal da al derecho a la aplicación los sistemas jurídicos indígenas un estatus de segunda categoría pues estaría limitado a otras disposiciones constitucionales. Sin decirlo con estas palabras, al apelar a la “simulación constitucional”, la Corte parece reconocer el legado colonialista de un pluralismo jurídico subordinado. En consecuencia, da a entender que prefiere un verdadero pluralismo donde ambos sistemas convivan en un plano de horizontalidad en el que se maximicen todos los derechos fundamentales.

No obstante, la Sala se contradice. Si dos sistemas jurídicos coexisten en un mismo territorio, entonces es necesario contar con un defensor que conozca ambos. Si, por ejemplo, existiera un conflicto entre el sistema jurídico mexicano y el francés, no bastaría el conocimiento técnico de uno de ellos. Se requeriría la intervención de un experto en el sistema jurídico extranjero. La detección de distintas aproximaciones, consecuencias o soluciones a un mismo problema jurídico no se puede atener a peritajes antropológicos sobre su sistema jurídico que pueden o no ser solicitados por el órgano judicial. Un perito es un experto que proporciona información de manera transitoria sobre un punto en particular al órgano judicial. En cambio, un defensor aporta asesoría jurídica a lo largo de todo el proceso y sobre todos los puntos controversiales con la meta de que su defendido sea absuelto. Por un lado, el enfoque realista acepta que el pluralismo jurídico es un hecho (p. 75). Además, desde una perspectiva normativa, reconoce que debe superarse una concepción homogeneizadora de los sistemas jurídicos. Sin embargo, por otro lado, no se toma una medida judicial permanente para acompañar al imputado en todo el proceso judicial en un contexto de pluralismo jurídico.

En el apartado VI reaparece la postura realista para determinar en qué medida deben ponderarse las cosmovisiones indígenas. La Sala enfatiza que los operadores jurídicos deben abandonar el paradigma “formalista” del derecho que solo considera el texto legislativo (pp. 76 y 77) sin tomar en cuenta el contexto social en el que se desenvuelve. En vista de su “vulnerabilidad cultural” (p. 78), deben considerarse especificidades y brindar más que asistencia técnica, sino incluso “facilitadores interculturales”.

El enfoque realista aparece esperanzador, pero después cae en la misma simulación que pretende reprochar. La discriminación hacia los sistemas jurídicos indígenas no es una cuestión de vulnerabilidad cultural sino de colonialismo interno.³⁹ Al ignorar la necesidad de defensores biculturales se desconoce el legado del racismo y se reproducen estructuras de subordinación sobre sistemas jurídicos que no fueron exterminados sino menospreciados. No se reconocen las obligaciones institucionales de los tres poderes y dos niveles de gobierno que deberían materializarse para revertir este proceso. Si existen pocos intérpretes y contados defensores que conozcan lenguas indígenas, es aun menos realista que se puedan ofrecer servicios gratuitos y competentes de facilitadores interculturales.

Finalmente, en su apartado VI, la Sala utiliza este marco para resolver el caso concreto. La Sala considera que al no designarle intérprete que hablara su “dialecto” (p. 80), se le vulneró el derecho a una defensa adecuada. En vista de que se presume que hubo un “error de comunicación” (p. 88), declara la nulidad de la confesión. Toda vez que en actuaciones posteriores sí tuvo un intérprete, se rechaza el remedio de reponer el procedimiento, y menos aún de ordenar la libertad inmediata mediante un amparo liso y llano. De manera tímida, la Sala insinúa que la sentencia: “[d]ebe tener el efecto de *cambiar muchas de las prácticas procesales que aún se mantienen* vigentes; lo que implica, además, el diseño y fortalecimiento

³⁹ González Casanova, Pablo, “Colonialismo interno, una redefinición”, en Borón, Atilio A. et al. (eds.), *La teoría marxista hoy: problemas y perspectivas*, México, CLACSO, 2006.

de instituciones públicas o particulares que instruyan en el conocimiento de lenguas y cultura indígenas” (p. 88, énfasis añadido).

Para este cambio estructural, admite la Sala, sería necesaria una complicada serie de mecanismos interinstitucionales. Es necesario un mayor presupuesto, mejor capacitación, certificación y profesionalización de intérpretes y defensores, desarrollo de políticas públicas, y sensibilización de funcionarios judiciales, fiscales y auxiliares. Pero todo queda en una invitación a la buena fe de las autoridades, no en un mandamiento jurídico.

La sentencia es muestra tanto de la manifestación niveladora del derecho a la igualdad como de la inferiorizadora. Si bien abordó la cuestión como un problema lingüístico, la sentencia protegió el derecho del imputado a expresarse en su lengua materna, igual que cualquier otra persona. La Sala “sancionó” con nulidad la confesión que fue extraída en una situación asimétrica por omisión, negligencia o mala fe de autoridades estatales. Así, la sentencia envía un mensaje a las fiscalías y juzgados penales para tener intérpretes competentes para personas indígenas. En caso de carecer de ellos sus procesos serán viciados. Además, aunque el enfoque realista se queda corto, sí es una herramienta útil para disminuir la brecha de implementación entre el texto y la situación de discriminación de indígenas en procesos estatales. A través de este enfoque se identifica que se necesitan garantías para hacer efectivos derechos so pena de quedar en letra muerta. Se toma en cuenta que la realidad social se regula no solo por la ley sino también por sistemas jurídicos consuetudinarios indígenas. Al mismo tiempo, se detectan posibles soluciones estructurales que pudiera remediar la discriminación lingüística y jurídica.

Sin embargo, la sentencia también tiene un efecto inferiorizador. En primer lugar, el remedio termina por sancionar la diversidad lingüística. Si el imputado no tuvo intérprete en la declaración preparatoria pero sí en el juicio, entonces solo se excluye su confesión para dictar sentencia. No se toma en cuenta que la confesión puede haber viciado el resto del procedimiento al aceptar culpabilidad en una lengua que no es la materna y en una cultura que sigue

distintas pautas. En el otro escenario; si la omisión del intérprete fue a lo largo del juicio, entonces el remedio será la reposición del procedimiento, no la libertad inmediata. En este segundo escenario puede ser que una persona indígena haya pasado años privada de la libertad, soportado un juicio viciado, y después vivirá de nuevo el mismo procedimiento una vez que se le asigne intérprete. Este tratamiento no se les da a hablantes de la lengua dominante. Los hispanoparlantes de entrada se expresan en su lengua materna. Ellos tienen la posibilidad de expresar en su lengua para comprender el proceso, formular preguntas, realizar objeciones, etcétera. En cambio, los hablantes de lenguas originarias tienen que atenerse a la buena suerte de tener un intérprete. Si no hay intérprete, la omisión estatal y la dilación procesal de otorgarles uno termina perjudicando al indígena.

En segundo lugar, la decisión establece que no existe un derecho de individuo indígena a un defensor bijurídico, bilingüe y bicultural. Sin este tipo de asesoría se complica la posibilidad de identificar cómo una misma actividad humana puede ser regulada de manera distinta e incluso de manera incompatible por el sistema jurídico indígena. También impide que se detecten penas comunitarias alternativas a la prisión que hagan efectivo los artículos 8o. al 10 del Convenio 169 de la OIT. Si el delito en contra de las vías de comunicación no causó daños, entonces se podría haber solucionado en sede comunitaria. En el caso parece que ni la mujer, ni el usuario del triciclo ni el dueño o usufructuario de la finca sobre la que impactó el microbús fueron afectados. Luego, en vez de ordenar prisión estatal, quizá la comunidad podría haber ordenado, como en otras poblaciones tsotsiles, trabajo comunitario que expía y repara el daño.⁴⁰ Ello, en el supuesto de que el consumo de sustancias hubiera sido injustificado. Además, la negación de un defensor bijurídico tiene incidencias colectivas más allá del caso. El sistema

⁴⁰ Collier, Jane F., “Cambio y continuidad en los procedimientos legales zinacantecos”, en Sierra Camacho, María Teresa (ed.), *Haciendo justicia*, México, CIESAS-Porrúa, 2004, p. 80.

jurídico tsotsil de San Cristóbal de las Casas se desconoce por las autoridades estatales. Y, en tercer lugar, la sentencia identifica, pero no repara una violación sistemática del derecho a la defensa. Aunque se detectan fallas estructurales en todo el sistema judicial en lo que refiere a intérpretes y defensores que conozcan lenguas y culturas indígenas no se genera una política que cambie ese estado de cosas.

3. *Implicaciones “realistas” del precedente*

Expandiendo el enfoque realista de la SCJN vale la pena preguntar: ¿en qué medida la decisión reprodujo, agravó, mitigó o destruyó la discriminación de personas indígenas? ¿Qué efecto tuvo su precedente en la realidad que viven miles de personas indígenas en procesos penales? Ciertamente, la SCJN es solo uno de muchos actores estatales, pero el precedente fue muy tímido para contribuir a un cambio estructural de situación respecto de intérpretes y empeoró la situación respecto la defensa.

Empezando por intérpretes, el panorama hoy en día sigue siendo desolador. Según estadísticas del Inali, aunque hay 1427 intérpretes certificados, existen cinco estados de la República que no cuentan con ningún intérprete de lenguas indígenas.⁴¹ Cualquier indígena que fuera detenido en estos estados tendría que atenerse a un intérprete práctico, en el supuesto que se les reconociera este derecho. En Sinaloa y Guanajuato solo hay un intérprete en cada estado, aunque en 2015 había, respectivamente, 83 y 102 personas indígenas privadas de la libertad que no hablaban castellano.⁴² De hecho, según datos oficiales, 47.93% de personas privadas de libertad que hablan una lengua indígena no tuvieron intérprete.⁴³ Se-

⁴¹ INALI, Estadísticas, disponible en: <https://siip.inali.gob.mx/statistics/variant>.

⁴² INEGI, Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL) 2016, Tabulados básicos, 1.8. Población privada de la libertad de 18 años y más por entidad federativa, según condición de habla de una lengua nacional distinta al español.

⁴³ AsíLegal, “Entre la realidad y la Justicia”, *cit.*, p. 52.

gún otros datos oficiales, la cifra de hablantes de lenguas indígenas privados de libertad que no fueron asistidos por intérpretes asciende a 85.2%.⁴⁴ Además, la remuneración de los intérpretes parece ser precaria. Según el CEPIADECCT, ni el presupuesto federal ni los locales suelen etiquetar recursos para servicios de intérpretes.⁴⁵

La Constitución se viola día a día. Pueden pasar días, meses, incluso años para que la federación o el estado asigne un intérprete para hablantes de lenguas originarias. Dicho en otras palabras: hablar una lengua indígena como materna y ser parte de una cultura minoritaria aumenta el tiempo en prisión o extiende el periodo de sujeción a proceso. Se deben tomar medidas institucionales entre la administración de justicia, poderes judiciales, universidades y el Inali para garantizar intérpretes competentes. La brecha de implementación para hablantes de lenguas indígenas sigue siendo abismal. El mensaje preocupante que envía este precedente, desde el punto de vista pragmático, aunque no ético-lingüístico, es que es mejor aprender la lengua dominante que expresarse en su lengua materna en un proceso estatal.

La situación con los defensores es aún menos alentadora. En un estado pluricultural y plurijurídico de 775 defensores públicos federales solo hay 45 que conocen una lengua indígena.⁴⁶ Esta cifra representa a penas el 5.8%. De estos 45, 23 son defensores con certificado oficial de lenguas y 22 cuentan con una certificación alternativa expedida por autoridades ejidales o municipales. No se encontraron datos de ningún defensor bijurídico en la República, ya fuera con credenciales formales o informales. Estas cifras contrastan con las casi 7,000 personas indígenas privadas de la libertad según datos de 2017.⁴⁷ De ellos, el 85.4% depende de un defensor

⁴⁴ Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Censo de Población Indígena Privada de la Libertad (CPIPL), 2017.

⁴⁵ CEPIADECCT, “Informe sobre el estado..”, *cit.*, p. 44.

⁴⁶ Solicitud de acceso a la información 0300000635719 y acumulada, Poder Judicial de la Federación, 7 de enero de 2020.

⁴⁷ Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, *cit.*, CPIPL, 2017.

de oficio. En el mejor de los casos, un indígena tendrá la asesoría de un defensor sobrecargado de trabajo y que difícilmente conozca su lengua y sistema jurídico.

La falta de defensores biculturales y bilingües es un factor que reproduce la hegemonía jurídica del sistema dominante. La brecha de implementación en cuanto al derecho a la defensa indígena es mayor que la de intérpretes ya que ni siquiera se reconoce la obligación estatal de contar con defensores que conozcan la lengua y sistemas jurídicos indígenas.

La violación sistemática del 2 A VII ha llevado a colectivos indígenas a organizarse para tener una defensa digna en procedimientos penales. En Chiapas, varios grupos de indígenas privados de libertad en distintas prisiones, después de aprender castellano, traducen, redactan escritos jurídicos y asesoran a sus compañeros.⁴⁸ Así se han conformado, entre otros colectivos, *Voz de Cerro Hueco* para proveer la asesoría de intérpretes que no brinda el Estado.

En pocas palabras, las personas indígenas detenidas o privadas de su libertad que no hablan castellano no tienen la misma posibilidad de defenderse que los mestizos hispanoparlantes. La autoorganización y resiliencia indígena garantiza lo que el Estado no provee. La desigualdad social se traduce en una asimetría que los mismos individuos, organizados en colectivos, tratan de enderezar.

V. CONCLUSIONES

- 1) La Corte dio un pequeño paso en la protección del derecho a la igualdad de hablantes de lenguas indígenas en procesos estatales. La violación a este derecho puede acarrear la nulidad de determinadas actuaciones o incluso de todo el procedimiento. La Corte, además, vislumbró que esta violación es sistemática en toda la República.

⁴⁸ Olvera, Al-Dabi, “Libertad se habla en tsotsil”, *Pie de Página*, 10 de febrero de 2019, disponible en: <https://piedepagina.mx/el-color-de-la-pobreza/libertad-se-habla-en-tsotsil.php>.

- 2) Sin embargo, la sentencia dejó intacta la desigualdad sistémica de personas indígenas en procedimientos estatales. A pesar de que el enfoque “realista” de la Corte detecta una falla masiva, no se toman medidas estructurales para enderezar esta situación. Esta falta de un remedio estructural termina por sancionar o jerarquizar la diversidad lingüística, cultural y jurídica de personas que no tienen el acceso al amparo.
- 3) Esta violación sistemática al derecho a la igualdad abre la puerta para demandas colectivas. La omisión a otorgar un intérprete a cientos o miles de indígenas en procedimientos estatales, sobre todo en los penales, puede ser reclamada en un amparo colectivo. En este escenario, ahora sí, se podría ordenar tomar todas las medidas interinstitucionales para que tener un intérprete de lenguas indígenas no sea una mera esperanza, sino un derecho ejercible con garantías adecuadas. Esta omisión generalizada también puede encuadrar en una actividad administrativa irregular que dé pie a una demanda colectiva por responsabilidad patrimonial del Estado. La prolongación de un proceso penal sin acceso a un intérprete por omisión estatal se traduce en un grave daño físico y psicológico. Este daño debería ser reparado económica y simbólicamente para los casos concretos, pero también prevenido mediante un ajuste presupuestal para garantizar que no se repita el daño en casos futuros.
- 4) La sentencia da una tímida protección del derecho a la diversidad lingüística. El problema surge al abordar la diversidad lingüística como un obstáculo comunicativo y no como un derecho de la persona a expresarse en su lengua. Si bien el discurso estatal resalta la diversidad como un motivo de orgullo, esto no se traduce en medidas interinstitucionales encaminadas a dar igualdad de oportunidades a indígenas en procesos estatales. La política expresa de castellanización de principios de siglo XX ahora se traduce en una política implícita que termina por presionar a los indígenas a aprender y adoptar la lengua y cultura dominante.

- 5) La sentencia no protege la diversidad jurídica. La interpretación que la SCJN hace del derecho a un defensor merma el pluralismo jurídico. Establecer que los indígenas solo tienen derecho a un defensor monojurídico tiene el efecto de silenciar argumentos que pueden originarse desde los lentes jurídicos de la comunidad indígena. La Corte niega la posibilidad de que el defensor deba ser un comparatista práctico, un experto que contraste en derecho estatal y derecho indígena en casos concretos. Así, se podrían comprender mejor las situaciones en otros contextos culturales. Además, al contrastar sistemas jurídicos se resalta la contingencia de las normas de cada uno, se puede analizar críticamente uno a la luz del otro, y ambos se pueden enriquecer mutuamente. La sentencia no contribuye a la preservación del universo de sistemas jurídicos indígenas, mucho menos favorece su revitalización.
- 6) La sentencia no protege la diversidad sancionatoria. Al menospreciar la importancia de una defensoría bijurídica, la sentencia insiste implícitamente en la prisión como medida paradigmática para sanciones penales, en violación al artículo 10.2 de la Convención 169 de la OIT. Si se toman normas comunitarias en consideración, que deberían ser invocadas por el defensor se podría evitar cárcel, buscando reparar el daño y restablecer lazos comunitarios en vez de privar la libertad. Esta medida alternativa sería una aportación indígena para humanizar la ejecución de sanciones penales.
- 7) En contraposición al preámbulo de la DNUDPI, la sentencia no se toma lo suficientemente en serio el compromiso dual con el derecho a la igualdad y el derecho a la diferencia. La sentencia no identifica, menos aun materializa las obligaciones estatales impuestas por los artículos 27 del ICCPR, y 8o. a 10 y 28.3 del Convenio 169 de la OIT para garantizar el derecho a la diferencia cultural, lingüística y jurídica de personas indígenas en procedimientos estatales. Las circunstancias actuales permiten que los mestizos hispanoparlantes se

expresen en su lengua en procedimientos jurídicos que les resultan relativamente familiares. En cambio, los miembros de pueblos originarios han tenido que organizarse para superar la omisión estatal de proveer intérpretes. La comunicación bilingüe se obstaculiza, pero más grave es que el entendimiento transcultural o bijurídico no se pueda materializar por la falta de operadores jurídicos que conozcan, pero sobre todo que respeten a los sistemas jurídicos en un plano de horizontalidad.

Igualdad y no discriminación. Comentarios a las sentencias de la SCJN, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se publicó en versión digital el 31 de mayo de 2022. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos.

Las sentencias de cualquier Corte en el mundo re presentan el material principal para comunicarse con la sociedad. Una sentencia, más allá de fijar la resolución de un caso, contiene una serie de razones y argumentos que buscan explicar la decisión, a fin de que ésta sea, no solo conocida, sino también comprendida. A diferencia de otras autoridades, las cortes se encuentran obligadas a dar a conocer los argumentos, fuentes y precedentes desde los cuales se llega a una determinación.

A partir de esta función comunicativa de las sentencias es que se articula la presente obra. Aquí se reúnen ocho decisiones judiciales de la SCJN, con las cuales se da cuenta del papel que ha jugado en la expansión y entendimiento del derecho a la igualdad y la no discriminación. En cada uno de los textos que comentan estas sentencias, se pueden encontrar puntos de contacto con las razones del tribunal, pero también críticas y diferencias con sus determinaciones.

La intención es proveer de insumos útiles que favorezcan el diálogo en torno a las decisiones del máximo tribunal de nuestro país. Promoviendo, como labor irrenunciable, favorecer el trabajo, consolidación y fortalecimiento de instituciones encargadas de la defensa, promoción y garantía de los derechos humanos.