Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Penal

Estefanía Vela Barba
coordinadora

Suprema Corte de Justicia de la Nación
Derechos Humanos
Escuela Federal de Formación Judicial

Primera edición: noviembre de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

ISBN 978-607-552-243-2

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

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

Esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en **Materia Penal**

Estefanía Vela Barba
coordinadora

Suprema Corte de Justicia de la Nación
DERECHOS HUMANOS
ESCUELA FEDERAL DE FORMACIÓN JUDICIAL

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministro Alberto Pérez Dayán

Dirección General de Derechos Humanos

Mtra. Regina Castro Traulsen
Directora General

Contenido

Presentación XI

PRIMERA PARTE

Capítulo I

Derechos humanos, derecho penal y perspectiva de género

Isabel Montoya Ramos 3

I. El control de constitucionalidad y convencionalidad en el derecho penal 5
II. El fundamento de la obligación de juzgar con perspectiva de género 22
III. Los derechos de los acusados antes y después de las reformas constitucionales en materia penal de 2008 y en materia de derechos humanos de 2011 40
IV. Los derechos de las víctimas antes y después de las reformas constitucionales en materia penal de 2008 y en materia de derechos humanos de 2011 48

Bibliografía 54

Capítulo II

El proceso penal desde la perspectiva de género
Rebeca Saucedo López y Santiago Mesta Orendain 65

I. Introducción 67
II. La etapa de investigación 71
III. La investigación complementaria 89
IV. Etapa intermedia 138
V. La etapa de juicio 148
VI. La individualización de la sanción y la reparación del daño 179
Bibliografía 183

Capítulo III

Teoría del delito con perspectiva de género
Adriana Ortega Ortíz 199

I. Introducción 201
II. Funciones y principios del derecho penal en un estado democrático de derecho 201
III. Conclusiones 239
Bibliografía 245

Capítulo IV

La prueba en el proceso penal con perspectiva de género. Una propuesta metodológica
Raymundo Gama Leyva 251

I. Introducción 253
II. Un mapa de problemas probatorios susceptibles de analizar con perspectiva de género 254
III. Pautas metodológicas para incorporar la perspectiva de género en el análisis de los hechos y de las pruebas 268
IV. Conclusión 298
Bibliografía 299

Capítulo V

La ejecución penal desde la perspectiva de género

Corina Giacomello 307

I. Introducción..... 309
II. La reinserción social desde la perspectiva de los derechos humanos, la igualdad y no discriminación..... 313
III. Ejecución penal y alternativas a la privación de la libertad..... 326
IV. Obligación de juzgar con perspectiva de género 343
V. Aplicación de la perspectiva de género en la ejecución penal ... 347
VI. Reflexiones finales 371
Bibliografía 374

SEGUNDA PARTE

Capítulo I

El delito de feminicidio desde la perspectiva de género

Marianela Delgado Nieves 383

I. Introducción..... 385
II. La comprensión mínima del fenómeno..... 386
III. Etapa de investigación 398
IV. Etapa intermedia 413
V. Etapa de juicio..... 414
VI. Conclusiones..... 419
Bibliografía 420

Capítulo II

El homicidio

Isabel Montoya Ramos..... 429

I. Concepto de violencia en contra de las mujeres, sus tipos y los ámbitos en los que se ejerce 431
II. La violencia ejercida en el ámbito familiar como contexto bajo el cual las mujeres pueden llegar a cometer el delito de homicidio 437

III. Las mujeres en el derecho penal 444
IV. La perspectiva de género y las causas de justificación del delito para las mujeres violentadas que cometen homicidio 449
Bibliografía 461

Capítulo III
Herramientas para la incorporación de la perspectiva de género en los delitos sexuales
Dalia Berenice Fuentes Pérez y Diana Mora López 467

I. Introducción 469
II. La violencia sexual. Reflexiones generales sobre el fenómeno ... 471
III. La regulación de la violencia sexual en el derecho penal y sus principales problemáticas 486
IV. Elementos para el análisis de los delitos sexuales desde la perspectiva de género 493
V. Un caso de violencia sexual para ejemplificar 531
VI. Conclusiones 535
Bibliografía 537

Capítulo IV
La trata de personas
Mónica Elizabeth Salazar Salazar 549

I. Introducción 551
II. Antecedentes a la definición de trata de personas 552
III. Debates para considerar dentro de la definición de la trata de personas y la relación que guardan con la perspectiva de género 557
IV. La vulnerabilidad de la perspectiva de género en la trata de personas 563
V. El marco jurídico de la trata de personas en México 567
VI. Conclusión 570
Bibliografía 571

Capítulo V

Los delitos de violencia familiar

Dalia Berenice Fuentes Pérez 577

I. Introducción al fenómeno 579
II. Los derechos humanos en casos del ámbito familiar que involucren situaciones de violencia familiar 592
III. El proceso 596
IV. Medidas de protección o medidas cautelares 648
V. Conclusiones 650
Bibliografía 653

Capítulo VI

El aborto

Rebeca Ramos Duarte y Jenny Murrieta Ramírez 663

I. Introducción 665
II. Regulación del aborto en México 667
III. Jurisprudencia y precedentes 693
IV. Juzgar con perspectiva de género. Consideraciones en torno a casos en que la mujer embarazada es investigada por el delito de aborto 707
V. Conclusiones y recomendaciones 725
Bibliografía 727

Capítulo VII

Delitos contra la Salud y Delincuencia Organizada

Catalina Pérez Correa González y Sara Elena Velázquez Moreno 733

I. Introducción 735
II. Nota metodológica 737
III. Delitos contra la Salud 738
IV. Delincuencia Organizada 753
V. Conclusiones 766
Bibliografía 768

Capítulo VIII

Los delitos patrimoniales

Mariana Gil Bartomeu, Luis Alberto Muñoz López y Yuli Andrea Pliego Pérez 779

I. Introducción a la problemática de juzgar con perspectiva de género 781
II. Breve descripción de los tipos penales 785
III. Problemas de las descripciones típicas 789
IV. Herramientas para la incorporación de la perspectiva de género 792
Bibliografía 808

Capítulo IX

El secuestro, la privación de la libertad y la desaparición

Volga de Pina y Sandra Serrano 815

I. Introducción 817
II. Las razones de género en las desapariciones 821
III. Principales problemas de clasificación jurídica 825
IV. La sentencia con perspectiva de género 835
V. La búsqueda de víctimas desaparecidas 850
VI. Reflexiones finales 861
Bibliografía 862

Capítulo X

Perspectiva interseccional de discapacidad y género en el derecho penal

Mariana Díaz Figueroa 869

I. Problemática en relación con las mujeres con discapacidad 871
II. La discapacidad desde el modelo de derechos humanos 874
III. Acceso a la justicia y ajustes de procedimiento 878
IV. Perspectiva de discapacidad y propuesta metodológica para su aplicación 883
V. Problemáticas específicas que enfrentan las mujeres con discapacidad en el derecho penal 890
VI. Violencia en contra de las mujeres con discapacidad 894
Bibliografía 897

Presentación

En los últimos diez años, el derecho en nuestro país ha atravesado una verdadera revolución. La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, interpretada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dio lugar a un nuevo paradigma a partir del cual el lenguaje del derecho se ha transformado. En esta década se amplió el parámetro de regularidad constitucional, se consignaron herramientas interpretativas novedosas, se estableció la vinculatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y recientemente se afirmó la obligación de las y los jueces federales de realizar un control oficioso de convencionalidad de todas las normas sujetas a su conocimiento, entre muchos otros desarrollos.

A pesar de estos cambios dramáticos en nuestro sistema, el modelo de formación y capacitación de personal jurisdiccional y los materiales de apoyo se habían mantenido estáticos y no evolucionaron a la par. Por ello, desde el inicio de mi gestión como Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal expuse la necesidad de consolidar un nuevo perfil de las personas juzgadoras, sustentado en la formación de las competencias y habilidades propias del nuevo paradigma constitucional.

En ese contexto, y teniendo en mente las necesidades formativas de nuestros operadores de justicia, la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema

Corte y la Escuela Federal de Formación Judicial diseñaron el proyecto editorial *Manuales de Actuación*, dirigido especialmente al personal jurisdiccional. Los *Manuales* buscan ser verdaderas herramientas didácticas que, por un lado, faciliten la resolución de los casos a la luz de los estándares más actualizados en derechos humanos, y por el otro, contribuyan a la formación especializada en temas esenciales para la impartición de justicia.

Así, los *Manuales* abordan temas que han sido poco explorados en la formación de las y los impartidores de justicia, aun cuando resultan trascendentales para su labor. Algunos *Manuales* desarrollan conocimientos transversales a la función jurisdiccional, con independencia de la materia. Otros buscan profundizar sobre temas específicos en diversas materias como penal, civil o laboral.

Cada *Manual* es coordinado académicamente por una persona experta en el tema. Por su parte, los capítulos son escritos por personas nacionales e internacionales que fueron cuidadosamente elegidas a partir de su formación y experiencia. El eje rector, en todo momento, ha sido fortalecer la impartición de justicia con herramientas pedagógicas accesibles, y claras, en línea con nuestra visión de una nueva formación judicial.

En ese contexto, el *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, elaborado por la Suprema Corte en el año 2013 y recientemente actualizado en 2020, ofrece los conceptos básicos y los estándares mínimos que deben conocer todas las personas juzgadoras para resolver con perspectiva de género, de manera general, en todas las materias. Con todo, conscientes de la necesidad de brindar lineamientos específicos para aplicar la perspectiva de género en cada una de las materias, decidimos incluir dentro del proyecto de *Manuales de actuación* una serie de manuales que acompañen al *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, con la intención de poner a disposición del personal jurisdiccional conocimiento especializado en las materias penal, familiar y laboral.

Así, en esta ocasión me complace presentar los manuales para juzgar con perspectiva de género en materias penal, familiar y laboral. A estos manuales los caracteriza

su rigor metodológico, así como su presentación clara y accesible. Asimismo, los une un objetivo común: fortalecer la protección de los derechos de todas las mujeres y personas de la diversidad sexual que participan en un proceso judicial, brindando a juezas y jueces un instrumento didáctico que les proporciona las herramientas para lograrlo.

Cada uno de estos manuales se encuentra dividido en dos partes. La primera parte ofrece elementos básicos sobre la forma en la que se aplican los derechos humanos en cada proceso, así como diversos aspectos sobre el razonamiento probatorio, las reparaciones o la ejecución de las sentencias desde la perspectiva de género.

La segunda parte de los manuales se enfoca en delitos o problemáticas concretas de cada una de las materias. Recordemos que en cada rama del derecho existen diferentes relaciones y dinámicas con cargas de género que deben ser visibilizadas y tomadas en cuenta por las personas juzgadoras del país al momento de resolver algún caso. Por ello, cada capítulo ofrece los instrumentos necesarios para desarrollar los procedimientos y diligencias de situaciones específicas, con enfoque de género.

En relación con el *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia penal,* a partir de diversos precedentes, las autoras desarrollan los estándares vinculados con la investigación y procesamiento de feminicidios, homicidios, delitos sexuales, la trata de personas, la violencia en la familia, el aborto, los delitos contra la salud y la delincuencia organizada, los delitos patrimoniales, el secuestro, la privación ilegal de la libertad y la desaparición, así como casos que involucren a personas con discapacidad desde la perspectiva de género.

Por su parte, en el *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia familiar* primero se presentan las bases constitucionales y convencionales que rigen en la materia. Después se abordan problemáticas de género en temas concretos dentro de dicha materia, entre ellos, violencia contra la familia, las uniones, la relación de filiación, los alimentos y compensación, la guardia y custodia, la tutela y las infancias LGBTQI+. El análisis tiene como base los estándares más protectores que ha emitido la Suprema Corte y los organismos internacionales en este campo.

Finalmente, el *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia laboral* parte de la trascendental reforma constitucional en materia laboral de 2017, así como de la publicación de la nueva Ley Federal del Trabajo de 2019. En ese sentido, el *Manual* examina los criterios más protectores que se pueden aplicar durante las distintas etapas del proceso laboral, así como en casos relacionados con la discriminación en la contratación, promoción y despido; los cuidados y el trabajo; la brecha salarial; la violencia laboral; discriminación a las mujeres con discapacidad; el trabajo del hogar, y los sindicatos.

Desde mi llegada a la Presidencia de la Suprema Corte, el compromiso en el Poder Judicial de la Federación ha sido nivelar el terreno para que la justicia esté al alcance de todas y todos, sin excepción. En este contexto se inserta la publicación de los manuales para juzgar con perspectiva de género en las materias penal, familiar y laboral, a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos.

Estoy seguro de que estas herramientas de consulta jugarán un papel muy importante en la formación y capacitación continua del personal jurisdiccional y de todas las personas interesadas. De esta manera, la Suprema Corte contribuye a consolidar una justicia más accesible y más igualitaria en todos los rincones de nuestro país.

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de Judicatura Federal

Primera Parte

Capítulo I

Derechos humanos, derecho penal y perspectiva de género

Isabel Montoya Ramos*

* Maestra en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos por la Academia de Derecho Internacional de la Universidad de Ginebra, Profesora en la Maestría de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana Ciudad de México

Derechos humanos, derecho penal y perspectiva de género. I. El control de constitucionalidad y convencionalidad en el derecho penal; II. El fundamento de la obligación de juzgar con perspectiva de género; III. Los derechos de los acusados antes y después de las reformas constitucionales en materia penal de 2008 y en materia de derechos humanos de 2011; IV. Los derechos de las víctimas antes y después de las reformas constitucionales en materia penal de 2008 y en materia de derechos humanos de 2011.

I. El control de constitucionalidad y convencionalidad en el derecho penal

1. El control de constitucionalidad en México

a. Concepto, elementos y características

La Constitución establece los límites al poder de los Estados. En ese sentido, el control de constitucionalidad es una herramienta fundamental en los Estados democráticos para lograr ese objetivo.

El control de constitucionalidad consiste en un ejercicio comparativo entre lo establecido por la Constitución y las normas que se encuentran jerárquicamente por debajo de ésta. En el resultado de este ejercicio, deberá prevalecer siempre la Constitución. Esto significa que todo el cuerpo normativo de un Estado deberá ser compatible con la Constitución (Quiroz Castro, 2016, p. 59). Ahora bien, el control de constitucionalidad puede manifestarse de dos maneras distintas, dependiendo del sistema jurídico al cual pertenezca un determinado Estado: el control difuso de constitucionalidad y el control concentrado de constitucionalidad. Estas diferencias serán abordadas más adelante.

Por otro lado, es posible distinguir entre dos tipos de aplicación del control de constitucionalidad: el control abstracto y el control concreto (Quiroz Castro, 2019, p. 61). Esta distinción dependerá del momento en que la autoridad competente ejerza el control de constitucionalidad. Tratándose del control abstracto, éste se aplica cuando se somete una norma al ejercicio comparativo señalado en el párrafo anterior, sin que haya existido un acto de aplicación de dicha norma. Un ejemplo del control de constitucional abstracto en el sistema jurídico mexicano es la acción de inconstitucionalidad, prevista por el artículo 105, fracción II, de nuestra Carta Magna, en virtud de la cual se plantean las posibles contradicciones entre normas de carácter general y la Constitución. A su vez, el control de constitucionalidad concreto se da cuando existe una aplicación de una norma jurídica a un caso específico.

Adicionalmente, el control de constitucionalidad puede dividirse en virtud del órgano encargado de ejercerlo. Por un lado, el modelo de control de constitucionalidad concentrado, el cual está a cargo de un único órgano, separado del poder judicial, denominado Tribunal Constitucional. Por otro lado, el modelo de control difuso pone a cargo de todos los jueces y las juezas la tarea de ejercer el control de constitucionalidad (Highton, 2019, pp. 108-109). Más adelante se abordarán a detalle los controles concentrado y difuso.

En México, el control de constitucionalidad se ejerce en dos vertientes independientes entre sí. Por un lado, se ejerce un control de constitucionalidad concentrado, a cargo del Poder Judicial de la Federación, a través de vías directas de control como las acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto. Por otro lado, el resto de los jueces y las juezas del país, en el ámbito de sus competencias, ejercen un control de constitucionalidad difuso sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada (Gómez Camacho, 2019).

b. Orígenes del control de constitucionalidad

Los orígenes históricos del control de constitucionalidad pueden rastrearse principalmente en dos fuentes distintas, dependiendo de si se habla del modelo de

control concentrado o difuso. El control de constitucionalidad concentrado encuentra sus orígenes en el continente europeo.

En Francia, los jueces y las juezas, siendo partidarios del régimen en el poder, estaban estrechamente vinculados con la monarquía. A diferencia de lo que sucedió en Estados Unidos, la confianza no era depositada en los jueces y las juezas, sino que se comenzó a centralizar el ejercicio del control de constitucionalidad en un solo órgano, denominado Tribunal Constitucional (Gómez Camacho, 2019). El Tribunal Constitucional más antiguo en el mundo es el austriaco, inspirado por las ideas de Hans Kelsen y previsto desde la Constitución austriaca de 1920 (Andaluz, 2008, p. 432).

El modelo de control difuso, o revisión judicial, tiene su origen en Estados Unidos. Debido a la confianza que había en los jueces y las juezas, se les atribuyó la facultad de ejercer el control de constitucionalidad para mantener la supremacía de la Constitución y limitar el poder de las legislaturas que representaban el poder de las mayorías circunstanciales en perjuicio de las minorías (Highton, p. 112).

A diferencia del control concentrado en países europeos, que tuvo su origen desde la letra de la Constitución de los Estados, el control difuso en Estados Unidos se materializó por primera vez como una construcción jurisprudencial en la sentencia *Marbury vs Madison*, resuelto por la Suprema Corte de Estados Unidos en 1803. En este caso, el juez John Marshall —entonces Presidente de la Suprema Corte— resolvió inaplicar un precepto de la Ley de Organización Judicial de 1789, por ser contrario a la Constitución de Virginia de 1787 (Marshall, 1803).

El antecedente más remoto del control de constitucionalidad en México puede encontrarse en la Constitución de 1824. Si bien no se hacía referencia a un concepto como "control de constitucionalidad", sí se preveía un procedimiento similar a una controversia constitucional, reglamentando posibles conflictos de invasión de competencias constitucionales (Márquez Rábago, 2016, p. 73). Este procedimiento fue recogido por la Constitución de 1857, la cual también preveía la reclamación de violaciones constitucionales y el juicio de amparo (*ibidem*, p. 78). Actualmente, el artículo 105 constitucional establece los procedimientos de control de constitucionalidad, a saber, las acciones de inconstitucionalidad y

controversias constitucionales, así como el juicio de amparo previsto por el artículo 107 constitucional.

c. El control concentrado de constitucionalidad

Tal como se anticipó líneas arriba, el modelo de control concentrado de constitucionalidad tiene, como su principal distinción frente al control difuso, un órgano separado del Poder Judicial, el cual está encargado de ejercer el control de constitucionalidad. En ese sentido, los Estados que han adoptado el modelo de control concentrado de constitucionalidad cuentan con un Tribunal o Corte Constitucional que tiene la facultad de conocer y resolver sobre la constitucionalidad de las normas.

En México, hasta la reforma constitucional de 2011, solamente existía el control concentrado. Antes de 2011, existían tesis jurisprudenciales que reconocían el control de constitucionalidad como atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación (Tesis: P./J. 73/99, p. 18) o que incluso prohibían el control difuso de la constitucionalidad, argumentando que no existía un fundamento en la Constitución que sustentara dicho control (Tesis: P./J. 74/99, p. 5).

El control concentrado de constitucionalidad reúne ciertas características principales (Pérez Royo, 1997, p. 168). En primer lugar, el control se confía a tribunales constitucionales distintos del Poder Judicial, del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, el cual solamente actúa a instancia de parte. Dependiendo del tipo de órgano que ejerza su legitimidad para llevar un asunto al tribunal constitucional, podrá ejercer un control abstracto o concreto. Es decir, si el órgano que lleva un asunto al tribunal constitucional es un órgano político, el tribunal ejercerá un control abstracto para determinar la constitucionalidad de una norma que no ha sido aplicada a algún caso específico. Por el contrario, si es un órgano jurisdiccional, el tribunal ejercerá un control concreto, aplicado al caso específico del cual surja la cuestión de constitucionalidad.

Es importante señalar que el tribunal constitucional busca una declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada, por lo que el objeto central de la

impugnación ante este tipo de tribunales, es la propia norma (Gómez Camacho, 2019). Las resoluciones del tribunal constitucional tienen efectos *erga omnes,* es decir, que tienen efectos generales, y en muchos casos la norma impugnada y declarada inconstitucional queda derogada (Highton, p. 109). Es por esto que se puede caracterizar a los tribunales constitucionales como "legisladores negativos", ya que invalidan y en casos derogan aquellas normas que resulten contrarias al texto constitucional. En el caso concreto de México, al resolver una acción de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá realizar una "declaratoria de inconstitucionalidad", fundando su resolución en la violación de cualquier precepto constitucional, haya sido o no invocado en el escrito inicial de la acción de inconstitucionalidad (Ley Reglamentaria del artículo 105, artículo 71). Asimismo, podrá fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en la violación de derechos humanos consagrados en cualquier tratado internacional, haya sido o no invocado en el escrito inicial (*idem*).

d. El control difuso de constitucionalidad

Por su parte, el modelo de control difuso de constitucionalidad, al cual también se le denomina *judicial review* o control judicial, obliga a todos los jueces y las juezas que integran el Poder Judicial, a interpretar y aplicar las leyes a cada caso concreto, velando en todo momento en sus sentencias por el respeto al principio de supremacía constitucional. A diferencia del modelo de control concentrado, cuando los jueces y las juezas bajo este modelo deciden inaplicar una norma por considerarla contraria a la Constitución, no se producen efectos *erga omnes.* Por el contrario, las decisiones de los jueces y las juezas solamente producen efectos entre las partes de cada caso concreto que resuelvan, dejando subsistente la norma que han considerado inconstitucional (Quiroz Castro, 2016, p. 60).

En ese sentido, un requisito fundamental para que un juez pueda ejercer el control difuso de constitucionalidad, es que exista un litigio concreto en el cual se aplique la norma que se pretenda impugnar (*idem*). Así, no es competencia directa del juez ejercer un control de constitucionalidad, sino que puede abordar, si así lo considera el propio juez o a instancia de parte, cuestiones de constitucionalidad de las normas que se aplican en cada caso que se le presenta (Gomez Camacho, 2019).

Tal como se adelantó líneas arriba, hasta la resolución del caso Radilla Pacheco y luego, la reforma Constitucional de 2011, en México regía el sistema de control concentrado. Posteriormente, en virtud de esta reforma, se estableció la obligación de todos los jueces y las juezas de ejercer el control de constitucionalidad *ex officio*. Es importante resaltar que, derivado de lo anterior, los tribunales ordinarios no pueden excusarse del análisis de constitucionalidad, puesto que el ejercicio del control difuso no es sólo una de sus facultades, sino que es una de sus obligaciones primordiales (Ferrer MacGregor, 2013, p. 16).

2. El control de convencionalidad

a. Concepto, elementos y características

El control de convencionalidad, al igual que el control de constitucionalidad, consiste en un ejercicio comparativo entre normas. En el caso del control de convencionalidad, dicho ejercicio comparativo se realiza entre las normas internas de los Estados y diversos tratados internacionales que se encuentran sujetos a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de dicha Corte. Al igual que el control de constitucionalidad, el control de convencionalidad puede ser concentrado o difuso, dependiendo de quién lo ejerza.

El control de convencionalidad establece un estándar mínimo para los Estados que se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Bajo este estándar, se busca que en todo caso se aplique el *corpus iuris* interamericano (Ferrer MacGregor, Año 9, p. 532). Este estándar mínimo puede ser ampliado por las constituciones o la jurisprudencia de cada Estado, para formar el llamado "bloque de constitucionalidad", el cual se abordará más adelante.

El juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antônio Cançado Trindade ha señalado que el control de convencionalidad no se trata de "revisar" las sentencias de los tribunales locales, sino que la tarea de la Corte y de la Comisión Interamericana es determinar la compatibilidad o no entre el Pacto de San José y cualquier norma, acto u omisión en que incurran los Estados (Germán y Cançado Trindade, 1998, p. 584). En ese sentido, no corresponde a la Corte

Interamericana de Derechos Humanos entrometerse en las jurisdicciones locales, sin embargo en dicho tribunal podría discutirse eventualmente si una sentencia con autoridad de cosa juzgada afecta los derechos de los individuos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Corte IDH, 2006).

Es importante resaltar que el control de convencionalidad tiene dos ámbitos de aplicación: nacional e internacional. El segundo a cargo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, implica la posibilidad de que ésta declare la incompatibilidad de ciertas normas nacionales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Corte IDH, cuadernillo 7, p. 4).

Por su parte, el ámbito de aplicación nacional del control de convencionalidad está a cargo de cada Estado, principalmente por parte de los operadores de justicia, quienes deben evaluar la compatibilidad de las normas de su Estado con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los demás tratados internacionales de derechos humanos de los cuales dicho Estado sea parte y estén bajo la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este ejercicio comparativo puede tener distintos resultados. Entre ellos, se puede "expulsar" la norma del sistema interno; se le puede dar una interpretación armónica con las obligaciones internacionales del Estado; o la modificación de ciertas prácticas de los órganos estatales que puedan ser contrarias a los estándares internacionales (*idem*).

b. Orígenes del control de convencionalidad

El origen del control de convencionalidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos se puede trazar hasta el año 2003, cuando el juez Sergio García Ramírez realizó una aproximación conceptual en su voto concurrente en la sentencia de Myrna Mack Chang vs. Guatemala, de fecha 25 de noviembre de 2003 (Corte IDH , 2003). En su voto concurrente, el juez Sergio García Ramírez señaló que el Estado debe tener en cuenta como un todo, puesto que, para efectos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se puede seccionar al Estado. La responsabilidad del Estado es global y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el derecho interno, lo cual previene que algunos órganos del Estado queden fuera del "control de convencionalidad" que trae consigo la

jurisdicción de la Corte (*ibidem*, párr. 27). Posteriormente, la Corte Interamericana precisó los principales elementos del control de convencionalidad, con esa denominación, en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, del 26 de noviembre de 2006.

El fundamento del control de convencionalidad se encuentra principalmente en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por un lado, el artículo 1.1 consagra la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos, mientras que el artículo 2 obliga a los Estados a adoptar disposiciones de derecho interno cuando las leyes actuales no garanticen el ejercicio de los derechos humanos. Esto se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y las libertades que se les reconocen en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Corte IDH, Cuadernillo 7, p. 5). Asimismo, el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sirve de fundamento para el control de convencionalidad. En virtud de este artículo, los Estados están obligados a realizar las interpretaciones que permitan el goce y ejercicio de los derechos y libertades en ella contenida, de la manera más amplia.

Habiendo establecido las anteriores obligaciones de los Estados, también resulta relevante el artículo 27 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados. Este artículo dispone que los Estados no podrán invocar disposiciones de derecho interno para incumplir sus obligaciones internacionales. En ese sentido, parte de las obligaciones internacionales de los Estados consiste en adecuar y armonizar las normas internas que resulten contrarias a sus compromisos internacionales.

A continuación, se realiza un breve recuento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han desarrollado el control de convencionalidad.

Tal como se adelantó líneas arriba, el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile fue la primera sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la cual se hizo referencia al control de convencionalidad y se establecieron sus principales elementos. Al respecto, la Corte señaló que:

> cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces/as, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos [Corte IDH, 2006, párr, 124].

Asimismo, señaló que el Poder Judicial no debe tener en cuenta solamente el tratado, sino también la interpretación que haya realizado la Corte de éste.

Luego, en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú (Aguado Alfaro y otros), se proporcionó una aproximación al concepto de control de convencionalidad. Al respecto, la Corte Interamericana señaló que la obligación que tienen los jueces y las juezas de ejercer un control de convencionalidad debe realizarse *ex officio,* dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (Corte IDH, 2006, párr. 158). Asimismo, resaltó que este control de convencionalidad *ex officio* no debe quedar limitado exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

Posteriormente, en el caso Radilla Pacheco vs. México, —asunto emblemático para el Estado mexicano—, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resaltó que la sola supresión o expedición de normas en el derecho interno no implican una garantía a los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se requiere adicionalmente "el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma" (Corte IDH, 2009, párr. 338). En efecto, la existencia de la norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Su interpretación y aplicación deben ser consistentes con los principios convencionales y constitucionales a los cuales se encuentra obligado el Estado.

En este caso se analizó la inconvencionalidad de la intervención de la jurisdicción militar para resolver los hechos relativos a la desaparición forzada del señor

Radilla Pacheco. Las juezas y los jueces nacionales resolvieron que el caso de desaparición forzada era competencia de la jurisdicción militar conforme al artículo 13 de la Constitución y el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar. La Corte determinó que el artículo 57 del Código de Justicia Militar era incompatible con la Convención Americana y en consecuencia, el Estado debía adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales de la materia y de la Convención Americana (Corte IDH, 2009, párr. 342).

La Corte Interamericana señaló que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces y juezas, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, así como la interpretación que de la misma ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de este instrumento (Corte IDH, 2009 C, párr. 339).

Esta sentencia derivó en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitiera el Acuerdo del Tribunal pleno en el Expediente Varios 912/2010, en el cual se enunciaron las obligaciones del Estado mexicano a raíz de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco vs. México. En dicho acuerdo, se señaló que, para el Poder Judicial, no sólo son vinculantes los puntos concretos de resolución de la sentencia, sino que son vinculantes la totalidad de criterios contenidos en la misma. Asimismo, el resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos en los cuales el Estado mexicano no sea parte, tendrá el carácter de criterio orientador para todos los jueces y las juezas mexicanos.

Posteriormente, el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, retomó lo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los asuntos que se han expuesto. Asimismo, puso especial énfasis en que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de

la jurisdicción militar en México, debían adecuarse a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y que aplican para toda violación de derechos humanos posiblemente cometida por miembros de las fuerzas armadas (Corte IDH, 2010, párr. 233). Lo anterior implica que independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario (*idem*).

En este asunto, la Corte Interamericana enfatizó lo señalado en el caso Radilla Pacheco al establecer que: "cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces/as, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces/as y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un `control de convencionalidad´ entre las normas internas y la Convención Americana" (*ibidem*, párr. 225).

c. El control concentrado de convencionalidad

Al igual que el control de constitucionalidad, el control de convencionalidad puede dividirse en concentrado y difuso. De la misma manera en que los Tribunales Constitucionales ejercen su control concentrado de constitucionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el organismo encargado de ejercer el control concentrado de convencionalidad. El juez Eduardo Ferrer MacGregor afirma que el ejercicio del control concentrado de convencionalidad es precisamente la razón de ser de dicho tribunal (Ferrer MacGregor, año 9, p. 560).

En efecto, el control de convencionalidad se encuentra de manera inherente dentro de las facultades de la Corte, la cual tiene a su cargo resolver los casos contenciosos que se sometan a su consideración. La Corte deberá realizar el ejercicio de compatibilidad entre el acto que se alega violatorio a la Convención Americana de Derechos Humanos y la propia Convención.

d. El control difuso de convencionalidad

Por otro lado, el control difuso de convencionalidad debe ser ejercido por los jueces, juezas y órganos de administración de justicia nacionales de cada Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este control resulta en una "nacionalización" (*ibidem*, p. 562) del derecho internacional. Esta afirmación se debe a que los jueces y juezas nacionales están obligados a realizar un examen comparativo entre las normas y actos nacionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y todos aquellos tratados internacionales sobre derechos humanos que están bajo la competencia de la Corte.

En este punto, es importante recordar el voto realizado por el juez Ferrer MacGregor en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. En este voto, el juez, en ese entonces *ad hoc,* señaló que el control difuso es una obligación de todos los jueces y las juezas y órganos mexicanos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, pertenecientes o no al Poder Judicial, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización (Corte IDH, 2010, párr. 66). Asimismo, el juez Ferrer MacGregor destacó que los jueces y juezas nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la nueva "misión" que ahora tienen para salvaguardar el *corpus juris* interamericano a través de este nuevo "control" (*ibidem*, párr. 24).

Por otro lado, destacó que el control difuso de convencionalidad tiene diversos grados de intensidad, al exponer lo siguiente:

> el control difuso de convencionalidad si bien se ejerce por todos los jueces nacionales, tiene diferentes grados de intensidad y realización, de conformidad con "*el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*". En principio, corresponde a todos los jueces y órganos jurisdiccionales realizar una "interpretación" de la norma nacional a la luz de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (y eventualmente de otros tratados), así como de la

> jurisprudencia de la Corte IDH y siempre con la regla interpretativa del principio *pro homine* a que refiere el artículo 29 del Pacto de San José; en ese primer grado de intensidad se escogerá la interpretación conforme con los parámetros convencionales y, por consiguiente, se desecharán aquellas interpretaciones inconvencionales o que sean de menor efectividad en el goce y protección del derecho o libertad respectivo; existe, en este sentido, un parangón con la "interpretación conforme" con la Constitución que realizan los jueces nacionales, especialmente los jueces constitucionales. En segundo término, y sólo si no puede salvarse la convencionalidad de la norma interna, el "control de convencionalidad" debe realizarse con mayor intensidad, sea inaplicando la norma al caso particular, o bien declarando su invalidez con efectos generales, como resultado de su inconvencionalidad, de conformidad con las respectivas competencias de cada juez nacional [Corte IDH, 2010, párr. 41].

3. La reforma constitucional en materia de derechos humanos y los controles de constitucionalidad y convencionalidad

a. La reforma constitucional en materia de derechos humanos

El Estado mexicano ha sido condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas ocasiones, reiterando la obligación de los jueces y las juezas de ejercer un control de convencionalidad sobre las normas nacionales. Esto derivó en un cambio de paradigma para el sistema de justicia mexicano.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue objeto de una reforma de gran relevancia. Esta reforma modificó diversas disposiciones, con el fin de establecer un nuevo sistema que busca fortalecer la protección de los derechos humanos en todos los sentidos, obligando a todas las autoridades a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. En virtud de esta reforma, se introdujo textualmente el control difuso de convencionalidad en el artículo 1o. constitucional al señalar 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".

Como resultado de lo anterior, la Constitución ahora reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte. Es importante resaltar que esto significa una evolución en la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano (Tesis: P./J. 20/2014, p. 202).

Esta reforma también trajo consigo la prohibición tajante en contra de todo tipo de discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Asimismo, se introdujo el "principio pro persona", en virtud del cual, los órganos jurisdiccionales están obligados a aplicar la norma que resulte más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica que se analice.

Es aquí en donde debemos hablar del concepto de "interpretación conforme", el cual se encuentra estrechamente ligado al control difuso de convencionalidad. Con base en este concepto, las autoridades deben realizar todas sus interpretaciones conforme a la Constitución, lo cual implica buscar la protección más amplia, realizando un ejercicio de compatibilización entre el sistema constitucional y el convencional (Del Rosario Rodríguez, 2015, p. 160). Esto se traduce en el llamado "parámetro de control de regularidad constitucional" (Tesis: P./J. 20/2014, p. 202), el cual implica un catálogo de derechos humanos con base en el cual todas las autoridades deben delimitar sus actuaciones.

b. El expediente Varios 912/2010

El expediente Varios 912/2010 tiene relevancia trascendental en el derecho mexicano. Al resolver este asunto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó los alcances de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el derecho interno, así como la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos

humanos. Al respecto, la Suprema Corte determinó la primacía que tienen los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales en la jerarquía normativa mexicana.[1] En su momento, se estableció que la jurisprudencia de la Corte Interamericana se considera obligatoria cuando se trate de una sentencia en contra del Estado mexicano, mientras que las sentencias que no involucren a México, serán consideradas como criterios orientadores para los jueces/as mexicanos (Del Rosario Rodríguez, 2015, p. 204). Actualmente, la Suprema Corte sostiene un criterio que va más allá, estableciendo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es vinculante para el Estado mexicano, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, siempre que el criterio sea más favorable para la persona (Tesis: P./J. 21/2014, p. 204).

La Suprema Corte desarrolló en su resolución, entre otros temas, la obligación de los jueces y las juezas de llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* basado en un modelo de control difuso de constitucionalidad. Resaltó que anteriormente, el control de constitucionalidad era ejercido únicamente por el Poder Judicial y posteriormente se otorgó la atribución al Tribunal Electoral, lo cual había sido resultado de distintas construcciones jurisprudenciales, y no propiamente del texto constitucional (Expediente Varios 912/2010, párr. 30). Después de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, el artículo 1o. constitucional debe leerse en conjunto con el 133 para determinar el marco dentro del cual debe ejercerse el control de convencionalidad.

También señaló que si bien los jueces y juezas, al ejercer el control de convencionalidad, no pueden realizar una declaración general de inconstitucionalidad, sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores que sean contrarias a la Constitución y los tratados internacionales. En ese sentido, la Suprema Corte señaló que la interpretación que realicen las autoridades del Estado mexicano debe

[1] Esta primacía se redujo a partir de la Contradicción de Tesis 293/2011, al señalar que: "derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma"

realizarse en tres pasos: (i) interpretación conforme en sentido amplio; (ii) interpretación conforme en sentido estricto; (iii) inaplicación de la norma cuando las opciones anteriores no sean posibles (*ibidem*, párr. 34).

- La interpretación conforme en sentido amplio se refiere a que todas las autoridades del Estado mexicano deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y los tratados internacionales de los cuales sea parte, favoreciendo la protección más amplia.

- La interpretación conforme en sentido estricto implica que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces y juezas deben preferir aquella que haga a la norma acorde con los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales, para evitar cualquier vulneración al contenido esencial de dichos derechos.

- Finalmente, la inaplicación de la norma en caso de no ser posible interpretarla conforme a lo anterior, fortalece el papel de los jueces y juezas en su labor de asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos. La inaplicación consiste en que los jueces y juezas, después del análisis aquí expuesto, decidan no aplicar una norma concreta por considerarla contraria a la Constitución o a los tratados internacionales. Esta inaplicación no supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación (*ibidem* párr. 32).

En relación con lo anterior, y derivado de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, el 25 de noviembre de 2011, el Pleno de la Suprema Corte resolvió la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011. En dicha resolución, se determinó dejar sin efectos las tesis jurisprudenciales cuyos rubros son: "Control judicial de la Constitución. Es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación" (Tesis: P./J. 73/99, p. 18) y "Control difuso de la constitucionalidad

de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución" (Tesis: P./J. 74/99, p. 5).

4. Aplicación del control de convencionalidad y de constitucionalidad en el derecho penal

Como se ha expuesto hasta ahora, el cuerpo normativo en materia de derechos humanos forma un parámetro de control de regularidad constitucional, del cual el derecho penal forma parte. Tanto la Constitución como los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los cuales México es parte, contienen diversas disposiciones de derecho penal, incluyendo derechos de los inculpados y de las víctimas. En ese sentido, con fundamento en el artículo 1o., en conjunto con el 133 constitucionales y 1, 2 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todas las autoridades involucradas en el proceso penal están obligadas a ejercer un control difuso de convencionalidad dentro del ámbito de sus competencias. Por tanto, los /as de lo penal y las y los ministerios públicos, defensores/as públicas, asesores/as de víctimas y en general, todas las partes involucradas en el procedimiento penal deben dirigir sus actuaciones bajo el principio pro persona, velando en todo momento por realizar interpretaciones armónicas entre las normas internas e internacionales.

Tratándose de los derechos de los inculpados, puede encontrarse un ejemplo de lo anterior en la relación que existe entre el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 20 de la Constitución mexicana. Ambos artículos contienen disposiciones relativas a las garantías judiciales de los inculpados.

Ahora bien, para ilustrar la aplicación del control de constitucionalidad y convencionalidad por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se analizará brevemente la resolución sobre el Amparo Directo en Revisión 1412/2017. En junio de 2014, Clemente Quintana García buscó a la víctima por vía telefónica para que se reunieran. Bajo amenazas, la llevó a un cuarto de hotel, en donde la obligó a practicarle sexo oral y las amenazas continuaron. En cumplimiento a una sentencia de amparo, la Sala dictó sentencia condenatoria en contra de Clemente por el delito

de violación, por lo que Clemente promovió amparo directo, alegando, entre otras cosas, que la Sala responsable aplicó erróneamente la perspectiva de género, argumentando que las consideraciones se reducen a que la víctima es mujer, colocándola en un plano de superioridad, lo cual violentó su derecho a la igualdad por haberlo discriminado.

Ahora bien, una de las cuestiones que la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo que resolver fue en relación con el valor que debe otorgarse a la declaración de la víctima para acreditar hechos constitutivos de violencia sexual. Para determinar esto, se analizó el planteamiento a la luz de la doctrina y precedentes desarrollados por la Primera Sala de la Suprema Corte, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la perspectiva de género.

Con base en este ejercicio comparativo, la Suprema Corte llegó a la conclusión de que la actuación de la autoridad responsable se ajustó plenamente a sus obligaciones bajo el sistema jurídico mexicano e interamericano, puesto que, dada la naturaleza de la violencia sexual, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho (Amparo Directo en Revisión 1412/2017, p. 17). Esto no significa que cualquier testimonio sea suficiente para derrotar la presunción de inocencia, ya que cuando haya pruebas de descargo, éstas deben ser confrontadas con las pruebas de cargo para estimar si se acredita la existencia del delito y la responsabilidad penal del inculpado (*ibidem*, p. 18).

II. El fundamento de la obligación de juzgar con perspectiva de género

1. Instrumentos internacionales

La CEDAW es vinculante para el Estado mexicano desde que fue ratificada el 3 de septiembre de 1981. Esta Convención tiene como uno de sus objetivos, modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia y adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir la discriminación contra la mujer en todas sus formas y manifestaciones.

La Convención no hace una mención directa de la "perspectiva de género", sin embargo, el concepto puede construirse a partir del texto de sus disposiciones y de diversas recomendaciones del Comité CEDAW.[2] Tratándose concretamente de la obligación de juzgar con perspectiva de género, el artículo 2, inciso c), es uno de los fundamentos dentro de esta Convención que obligan a los Estados a juzgar con dicha perspectiva. En virtud de este inciso, los Estados se comprometen a: "Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por con ducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación."

Por su parte, la Recomendación General 33 del Comité CEDAW reconoció que la persistencia de estereotipos, las leyes discriminatorias, normas culturales patriarcales, situaciones de discriminación interseccional y problemas probatorios son obstáculos para que las mujeres accedan al derecho a la justicia en igualdad de condiciones frente a los hombres (CEDAW/C/GC/33, párrs. 3 y 8). En virtud de lo anterior, el Comité realizó diversas recomendaciones a los Estados, dentro de las cuales, recomendó: "erradicar los estereotipos y sesgos de género, mediante la incorporación de la perspectiva de género en el sistema de justicia." (CEDAW/C/GC/33, párrs. 15 y 25)

En el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, el fundamento de la obligación de juzgar con perspectiva de género se encuentra en la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* (Convención Belém do Pará), que fue ratificada por México en 1998. Esta Convención tuvo planteamientos novedosos en su articulado. Se reconoció por primera vez el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia como condición indispensable para su desarrollo. Asimismo, planteó que la violencia constituye una forma de impedir y anular el ejercicio de los derechos humanos de

[2] Esta CEDAW creó el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (el Comité CEDAW), cuyos objetivos son los siguientes: (i) examinar los progresos realizados en la aplicación de la Convención; (ii) emitir recomendaciones generales para interpretar o aclarar el contenido de la Convención; y (iii) realizar sugerencias a los Estados con base en los informes que rindan sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la Convención.

las mujeres y es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres.

El artículo 7 de la Convención establece la obligación para los Estados de adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y a llevar a cabo las acciones que en él se enlistan. Entre estas acciones, el inciso e) del artículo en cuestión, señala la obligación de: "Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer".

En este sentido, la Convención busca eliminar cualquier estereotipo basado en la idea de inferioridad de las mujeres y exige a las autoridades de los Estados a actuar reconociendo las desigualdades que existen entre géneros. Para realizar esto, es necesario que las autoridades encargadas de la impartición de justicia, juzguen con perspectiva de género para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales contenidas en la Convención.

2. Casos paradigmáticos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El primer asunto a destacar es el caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Los hechos se dieron en 1992, en el contexto del conflicto armado en Perú. El Estado peruano realizó un operativo mediante el cual se pretendía trasladar a 90 mujeres recluidas en el centro penal Miguel Castro Castro a centros penitenciarios femeninos. El operativo dio como resultado decenas de internos muertos y diversos heridos, los cuales no recibieron atención médica durante varios días.

En este asunto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que las mujeres detenidas o arrestadas no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación, deben ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas, y las mujeres embarazadas y en lactancia deben

ser proveídas con condiciones especiales. Asimismo, la Corte señaló que dicha discriminación incluye la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o porque la afecta en forma desproporcionada y que abarca actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental, sexual, y amenazas (Corte IDH, 2006, párr. 303).

Asimismo, la Corte juzgó con perspectiva de género al enfatizar que al analizar los hechos, tomaría en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera distinta a los hombres y que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas (*ibidem*, párr. 223). Se reconoció también que durante los conflictos armados, las partes que se enfrentan utilizan la violencia sexual contra las mujeres como un medio de castigo y represión, e incluso puede tener como objetivo causar un efecto en la sociedad a través de las violaciones y dar un mensaje o lección (*ibidem*, párr. 224).

Por su parte, en el caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, la Corte Interamericana hizo pronunciamientos relevantes. Los hechos del caso son los siguientes: los cuerpos de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Manjarrez y Esmeralda Herrera Monreal, quienes tenían 20, 17 y 15 años, respectivamente, fueron encontrados en estado de descomposición y con signos de violencia sexual el 6 de noviembre de 2001 en un campo algodonero, junto a otros cinco más. En este caso se declaró la responsabilidad internacional de México por la muerte de estas mujeres.

Desde que se denunció la desaparición de las tres víctimas hasta que se encontraron los cuerpos, las autoridades competentes sólo registraron las desapariciones, solicitaron a la Policía Judicial que investigara, emitieron un oficio del Programa de Atención a Víctimas de los Delitos, elaboraron carteles indicando que las víctimas habían desaparecido y recibieron testimonios de algunas personas. Adicionalmente, la actitud de las autoridades, al minimizar la desaparición de las jóvenes con comentarios discriminatorios en razón de su género y edad, hacía presumir que las autoridades eran indiferentes a las denuncias de los familiares y que no investigaron diligentemente las desapariciones a efecto de prevenir daños a la integridad psíquica o física y/o la muerte de las jóvenes.

En este caso, la Corte señaló que:

> el Estado debe conducir eficazmente el proceso penal en curso y, de ser el caso, los que se llegasen a abrir, para identificar, procesar y sancionar a los responsables materiales e intelectuales de la desaparición, maltratos y privación de la vida de las jóvenes González, Herrera y Ramos, conforme a las siguientes directrices: i) se deberá remover todos los obstáculos de jure o de facto que impidan la debida investigación de los hechos y el desarrollo de los respectivos procesos judiciales, y usar todos los medios disponibles para hacer que las investigaciones y procesos judiciales sean expeditos a fin de evitar la repetición de hechos iguales o análogos a los del presente caso; ii) la investigación deberá incluir una perspectiva de género; emprender líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual, para lo cual se deben involucrar las líneas de investigación sobre los patrones respectivos en la zona; realizarse conforme a protocolos y manuales que cumplan con los lineamientos de esta Sentencia; proveer regularmente de información a los familiares de las víctimas sobre los avances en la investigación y darles pleno acceso a los expedientes, y realizarse por funcionarios altamente capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género; iii) deberá asegurarse que los distintos órganos que participen en el procedimiento de investigación y *los procesos judiciales cuenten con los recursos humanos y materiales necesarios para desempeñar las tareas de manera adecuada, independiente e imparcial*, y que las personas que participen en la investigación cuenten con las debidas garantías de seguridad, y iv) los resultados de los procesos deberán ser públicamente divulgados para que la sociedad mexicana conozca los hechos objeto del presente caso [Corte IDH, 2009-205, párr. 455] [énfasis añadido].

Ahora bien, en el caso Espinoza Gonzáles vs. Perú, la Corte Interamericana aludió específicamente al Poder Judicial. Los hechos ocurrieron entre los años 1980 y 200, lapso en el que Perú vivió un periodo de conflicto entre grupos armados, policías y militares. En este contexto se dieron actos de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. Asimismo, se dio una práctica generalizada de violación sexual y otras formas de violencia sexual que afectaron a mujeres en el marco de un contexto más amplio de discriminación contra la mujer. En este contexto, la víctima Gladys Espinoza González fue detenida junto con su pareja. Desde su detención y durante todo el proceso penal, fue víctima de diversos actos

de violencia sexual. Al resolver este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteró que

> la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una forma de discriminación contra la mujer en el acceso a la justicia. Por ello, cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia de género, la falta de investigación por parte de las autoridades de los posibles móviles discriminatorios que tuvo un acto de violencia contra la mujer, puede constituir en sí misma una forma de discriminación basada en el género [Corte IDH, 2014, párr. 280].

Posteriormente, en el caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua la Corte Interamericana reiteró lo señalado en el asunto Espinoza González vs. Perú. Los hechos del caso fueron los siguientes: la señora V.P.C. llevó a su hija de nueve años a una consulta médica, en donde los médicos se percataron de que la niña tenía ruptura de himen y signos de una enfermedad venérea. Se determinó que el autor de los abusos fue el padre de la niña. El veredicto final fue determinar que el padre era inocente, por lo que la señora V.P.C. interpuso los recursos legales procedentes, ya que se presentaron presuntas irregularidades durante el proceso. Por su parte, las autoridades estatales presentaron denuncias en contra de la señora por injurias y calumnias. Posteriormente, la señora y su hija entraron a Estados Unidos como asiladas.

La Corte reiteró que:

> la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra la mujer propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra la mujer puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres,

> así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia [Corte IDH, 2018-350, párr. 291].

Asimismo, señaló que las investigaciones y el proceso penal deben ser dirigidos por el Estado con una perspectiva de género y niñez, con base en la condición de niña de la víctima y teniendo en cuenta la naturaleza agravada de la violación sexual, así como los efectos que podrían causar en la niña (*ibidem*, párr. 292).

En el caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México, cuyos hechos fueron los siguientes: durante los días 3 y 4 de mayo del año 2006 la policía municipal de Texcoco y San Salvador Atenco, la policía estadual del Estado de México y la Policía Federal Preventiva adelantaron operativos en los municipios de San Salvador Atenco, Texcoco y en la carretera Texcoco-Lechería para reprimir manifestaciones que se llevaban a cabo en dichos municipios. En el curso de los operativos fueron detenidas las once mujeres víctimas del caso, durante su detención y mientras eran trasladadas e ingresadas al Centro de Readaptación Social "Santiaguito", fueron sometidas a diversas formas de violencia, incluida en algunos casos la violación sexual.

La Corte señaló que:

> del derecho a las mujeres a vivir una vida libre de violencia y los demás derechos específicos consagrados en la Convención de Belém do Pará, surgen las correlativas obligaciones del Estado para respetar y garantizarlos. *Las obligaciones estatales especificadas en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará deben alcanzar todas las esferas de actuación del Estado, transversal y verticalmente, es decir, todos los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial), tanto a nivel federal como estadual o local, así como en las esferas privadas.* Ello requiere la formulación de normas jurídicas y el diseño de políticas públicas, instituciones y mecanismos destinados a combatir toda forma de violencia contra la mujer, pero también requiere, la adopción y aplicación de medidas para erradicar los prejuicios, los estereotipos y las prácticas que constituyen las causas fundamentales de la violencia por razón de género contra la mujer [Corte IDH, 2018, párr. 215] [énfasis añadido].

3. El derecho de acceso a la justicia como fundamento de la obligación de juzgar con perspectiva de género (precedentes de la SCJN)

El primer asunto para revisar es el Expediente Varios 1396/2011, el cual surgió para verificar el cumplimiento de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú, ambas víctimas de diversas formas de violencia sexual, entre ellas tortura.

La Suprema Corte determinó que los casos de violencia sexual requieren un estándar de valoración de especial naturaleza, obligando a los juzgadores a analizar, aun oficiosamente, los casos de violencia sexual con perspectiva de género. En este sentido, los juzgadores deberán:

> i) atender a la naturaleza de la violación sexual, la cual, por sus propias características, requiere medios de prueba distintos de otras conductas; ii). otorgar un valor preponderante a la información testimonial de la víctima, dada la secrecía en que regularmente ocurren estas agresiones, lo que limita la existencia de pruebas gráficas o documentales; iii) evaluar razonablemente las plausibles inconsistencias del relato de la víctima, de conformidad con la naturaleza traumática de los hechos, así como otros factores que pueden presentarse en caso de que las víctimas sean indígenas, tales como obstáculos en la expresión, la intervención de terceros o el uso de diferentes idiomas o interpretaciones en las traducciones; iv) tomar en cuenta los elementos subjetivos de la víctima, entre otros, la edad, condición social, grado académico o su pertenencia a un grupo históricamente desventajado, a fin de establecer la factibilidad del hecho delictivo y su impacto concreto; y v) utilizar adecuadamente las pruebas circunstanciales, las presunciones y los indicios para extraer conclusiones consistentes en los hechos [Expediente Varios 1396/2011, p. 32].

Asimismo, detalló que la obligación de los jueces y las juezas de *impartir justicia con perspectiva de género tiene el fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria*, tomando en cuenta lo siguiente:

> i) identificar si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; ii) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; iii) en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones; iv) de detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género; v) para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas; vi) considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género [*ibidem*, p. 41] [énfasis añadido].

Finalmente, la Suprema Corte señaló que todos los juzgadores/as nacionales "deben observar los referidos principios y directrices, a fin de asegurar el derecho humano de acceso a la tutela jurisdiccional, conforme a una impartición de justicia con perspectiva de género y tomando en cuenta la especial situación de vulnerabilidad de las personas indígenas" (Expediente Varios 1396/2011, p. 44).

Otro precedente importante dictado por la SCJN es el Amparo Directo 12/2012 en el que la abuela de una menor demandó el desconocimiento de la paternidad de ésta. En un proveído de primera instancia se determinó que la abuela tenía legitimación activa en el juicio debido a que se tuvo por acreditado el parentesco entre ella y la menor. El demandado interpuso un recurso de apelación, el cual se resolvió en el sentido de negar dicha legitimación al considerar que, de conformidad con el Código Civil para el Distrito Federal, a ella no le compete acción alguna para demandar del enjuiciado el desconocimiento de paternidad de su nieta.

Al resolver este caso, la Suprema Corte señaló que:

> la perspectiva de género en la administración de justicia obliga a leer e interpretar una norma tomando en cuenta los principios ideológicos que la sustentan, así

> como la forma en que afectan, de manera diferenciada, a quienes acuden a demandar justicia. Sólo así se puede aspirar a aplicar correctamente los principios de igualdad y equidad, pues a partir de la explicación de las diferencias específicas entre hombres y mujeres se reconoce la forma en que, unos y otras, se enfrentan a una problemática concreta, y los efectos diferenciados que producen, en unos y en otras, las disposiciones legales. Ello resulta particularmente importante en lo que toca a la motivación de las sentencias, concibiendo esto como un método que permite utilizar herramientas adicionales a los métodos tradicionales de interpretación, que pueden ser útiles para identificar y corregir la discriminación que pudieran generar las leyes y las prácticas institucionales [Amparo Directo 12/2012, párr. 77].

Posteriormente, en el Amparo en Revisión 554/2013, que versó sobre feminicidio, la víctima, ella fue encontrada muerta en su habitación. Su esposo, quien era policía ministerial, alegó que llegó a su casa y la encontró ahí con una nota de suicidio. En los testimonios de la madre de la víctima, de su hermana y de su mejor amiga, se alegó que ella sufría diversas formas de violencia por parte de su esposo y que un día antes de los hechos, ella le dijo a su madre que se saldría de su casa. En el expediente consta que no se acordonó la zona ni se embalaron las pruebas encontradas. El esposo de la víctima formaba parte del equipo encargado de proteger y analizar la escena del crimen. Los peritajes determinaron que la occisa había muerto por asfixia, mientras que el Ministerio Público concluyó que se había suicidado, por lo tanto, no ejerció la acción penal.

La Suprema Corte determinó "que todo caso de muertes de mujeres, incluidas aquellas que prima facie parecerían haber sido causadas por motivos criminales, suicidio y algunos accidentes, deben de analizarse con perspectiva de género, para poder determinar si hubo o no razones de género en la causa de la muerte y para poder confirmar o descartar el motivo de la muerte" (Amparo en Revisión 554/2013, p. 132). Asimismo, reiteró que:

> la obligación de prevenir, investigar y, en su caso, sancionar la violencia contra las mujeres, así como garantizar el acceso a mecanismos judiciales y administrativos adecuados y efectivos para combatir las violaciones a derechos humanos de las mujeres y de no discriminación, no sólo corresponde al agente encargado de la investigación, sino que crea obligaciones a todas las autoridades [*ibidem*, p. 224].

Finalmente, señaló que la respuesta por parte del Poder Judicial ante este tipo de violaciones debe no sólo puntualizar la violación específica por parte de una autoridad y cambiarla, sino que también debe buscar disuadir un cambio de conducta en la sociedad y de potenciales actores, mejorando las relaciones socialmente establecidas, en aras de cumplir con las obligaciones de respeto y garantía, así como de reparar las violaciones a los derechos humanos (*ibidem*, p. 227).

Por otro lado, en el Amparo Directo en Revisión 2655/2013, en el cual el esposo demandó a la esposa el divorcio necesario y la patria potestad de los menores, ella reconvino demandando el divorcio necesario, la patria potestad de los hijos, alimentos y una indemnización. Se comprobó que la esposa fue víctima de violencia de física, psicológica, económica y discriminación, motivo por el cual abandonó su hogar. Además, en sus conceptos de violación, la esposa alegó que el Tribunal Colegiado responsable solamente valoró las pruebas que favorecían a la contraparte, es por ello que en el amparo se planteó la pregunta ¿Hay o no necesidad de revisar toda la controversia atendiendo a una perspectiva de género?

Al respecto, la Suprema Corte determinó que:

> la obligación de impartir justicia con perspectiva de género constituye un método que debe ser aplicado en todos los casos, esto es, aun y cuando las partes involucradas en el caso no lo hayan contemplado en sus alegaciones, pero siempre que el juzgador advierta que en el caso puede existir una situación de violencia o vulnerabilidad por género que obstaculice la impartición de justicia de manera completa sin respeto al derecho de igualdad en su ámbito sustancial no meramente formal [Amparo Directo en Revisión 2655/2013, p. 68].

En ese sentido:

> para garantizar el acceso al derecho a la tutela judicial efectiva de las mujeres sin discriminación alguna, el Estado tiene la carga de probar que al impartir justicia la aplicación de una regla de derecho no conlleva a un impacto diferenciado en el tratamiento de las personas involucradas en la *litis* por razón de género, por lo que es imprescindible que en toda controversia que se adviertan posibles desventajas ocasionadas por estereotipos culturales o bien que expresamente den cuenta de

> denuncias por violencia por género en cualquiera de sus modalidades, las autoridades del Estado implementen un protocolo para ejercer sus facultades atendiendo a una perspectiva de género [*ibidem*, p. 33].

Finalmente, se determinó que si el juez o jueza considera que el material probatorio no es suficiente para aclarar la situación de desigualdad de género:

> se deberá ordenar el desahogo de las pruebas que considere pertinentes y que sirvan para analizar las situaciones de violencia por género o bien las circunstancias de desigualdad provocadas por los estereotipos de género, para lo cual al evaluar las pruebas el juzgador en todo momento deberá leer e interpretar los hechos y valorar las pruebas sin estereotipos discriminatorios, lo que no quiere decir que deba dársele más peso probatorio a la evidencia que favorezca a la parte que alegue violencia de género, sino simplemente esta exigencia de retirar los estereotipos de género implica que al analizar las circunstancias fácticas y los hechos deberá hacerse con neutralidad [*ibidem*, p. 72].

Otro asunto a destacar es el Amparo Directo en Revisión 912/2014, que derivó de un juicio de divorcio en el cual se demandaba el régimen de visitas y convivencias familiares. El quejoso señaló que la autoridad responsable otorgó la pretensión reclamada, pero discriminándolo, por lo que estimó vulnerado su derecho a la igualdad. El quejoso argumentó que el tribunal no consideró la igualdad entre el hombre y la mujer al determinar la modalidad del régimen de convivencia ya que no consideró el domicilio del menor, obligándolo sólo a él y no a la madre a realizar todos los traslados desde Ecatepec hasta la Ciudad de México.

La Suprema Corte destacó que la utilización de la perspectiva de género como herramienta de análisis no es exclusiva para aquellos casos en los que las mujeres alegan una vulneración al derecho a la igualdad. Sin olvidar la discriminación histórica en contra de las mujeres, la Suprema Corte señaló que los estereotipos y perjuicios de género que generan situaciones de desventaja al momento de juzgar afectan tanto a hombres como a mujeres (Amparo Directo en Revisión 912/2014, p. 33).

En ese sentido, "la perspectiva de género en la impartición de justicia constituye un método que debe ser aplicado en todos los casos, independientemente del "género" de las personas involucradas, para detectar y eliminar las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por su pertenencia al grupo "hombres" o al grupo "mujeres" (*ibidem*, p. 34).

Ahora bien, en el Amparo en Revisión 1284/2015 sobre feminicidio, se establecieron los siguientes hechos: el 28 de octubre de 2012 aproximadamente a las 3 de la mañana, la víctima fue encontrada por sus compañeros de trabajo tirada en el piso desangrándose junto a una puerta de vidrio rota. Karla murió el día siguiente a causa de una lesión de arteria y vena femoral que le causó un choque hipovolémico. El 20 de agosto de 2013 se ejerció la acción penal en contra del gerente del lugar en donde trabajaba la occisa, por el delito de homicidio culposo. Posteriormente, el juez dictó auto de formal prisión en contra del gerente por la probable responsabilidad en la comisión del delito.

El 17 de octubre de 2013, la madre y el hermano de la víctima presentaron un amparo, señalando como actos reclamados, entre otros, la negativa de reconocimiento de su carácter de víctimas, diversas omisiones en la investigación de los hechos, el detrimento a su derecho a conocer la verdad, la negativa de practicar la necropsia solicitada, falta de investigación efectiva, seria e imparcial, el no haber permitido que se interrogara al gerente, la omisión de iniciar en la indagatoria una línea de investigación que considerara ataques sexuales y hostigamiento laboral previo ejercido en contra de la víctima.

La Suprema Corte resaltó que:

> la violencia basada en el género es una violación de derechos humanos y, en consecuencia, actualiza para el Estado y sus agentes los deberes específicos contemplados en el artículo primero constitucional, lo que incluye su investigación diligente, exhaustiva, pronta e imparcial. Esta investigación y sus resultados integran el derecho a la verdad de las víctimas. La pretensión de la víctima de una violación de derechos humanos de encontrar la "verdad" en el marco de un procedimiento judicial es un componente esencial de la validez y legitimidad de la

> justicia. De hecho, el derecho a saber es reconocido por el *corpus iuris* internacional como un derecho fundamental [Amparo en Revisión 1284/2015. p. 98].

En el Amparo Directo en Revisión 2468/2015, la SCJN llegó a determinaciones importantes. Los hechos del caso sucedieron el 1 de noviembre de 2012 por la tarde noche, los activos del delito, por medio de golpes propinados con pies y manos, utilizando un hilo para cortinas, amarraron de los pies y ahorcaron hasta quitarle la vida a Antonio Labastida Islas, a quien además torturaron quemándole la espalda y genitales con un cigarro, le cortaron el pene y junto con una franela, se lo introdujeron en la boca, para asfixiarlo; posteriormente, lo metieron en bolsas de plástico negras, lo llevaron a un lugar despoblado, lo rociaron con gasolina y le prendieron fuego, lugar donde el día dos siguiente fue encontrado el cadáver.

Por dichos actos, se libró orden de aprehensión en contra de la quejosa y otros, por el delito de homicidio; posteriormente se dictó sentencia condenatoria en su contra, por lo que promovió un amparo, mismo que confirmó la sentencia. El Tribunal Colegiado de Circuito determinó que fue correcta la acreditación de la responsabilidad de la quejosa y señaló que "el día de los hechos tuvo relaciones sexuales con el sujeto pasivo del delito, que Jonathan (activo del delito) llegó a su casa como a las tres de la tarde, y se dio cuenta de ello, porque él dejó la mochila en el sillón y al entrar a la casa, ella no traía ropa interior, solo un sweater puesto"; lo anterior lo obtuvo de la declaración ministerial de la acusada.

En este caso, la Suprema Corte determinó al juzgar, la autoridad judicial "no debe, de forma implícita o explícita, acudir a estereotipos discriminatorios basados en el comportamiento sexual de las personas, si esa circunstancia no resulta relevante para la acreditación de la descripción típica" (Amparo Directo en Revisión 2468/2015, p. 84). Asimismo, señaló que:

> se debieron aplicar los criterios para juzgar con perspectiva de género, a fin de evitar una sentencia que conlleve predisposiciones con motivo de estereotipos a partir de los diversos roles sociales, en el caso evitar prejuzgar sobre la responsabilidad de la quejosa, a partir de su comportamiento sexual, el cual implícitamente

> se consideró en la sentencia recurrida que desencadenó el hecho ilícito, cuando tal circunstancia resulta irrelevante para la acreditación de los elementos del delito de homicidio calificado [*ibidem*, p. 87].

En la Inconformidad 411/2016, la SCJN dilucidó cuestiones importantes sobre la metodología para juzgar con perspectiva de género. El caso versa sobre los hechos ocurridos el 31 de mayo de 2008 en Mérida, Yucatán, día en el que una pareja de novios asesinó a la anterior novia del hombre porque estaba embarazada de él. Se les condenó a 40 de años de prisión, sin embargo, se concedió un primer amparo, en virtud del cual se emitió una nueva resolución en la que se redujo la pena. En contra, la madre de la víctima promovió un juicio de amparo.

El Tribunal Colegiado concedió el amparo para efecto de que la Sala responsable determinara si se acreditaron los elementos del delito y determinara si en el caso era necesario apreciarlo bajo una perspectiva de género, porque la ofendida estaba embarazada y tuvo una relación sentimental con el quejoso. La Sala emitió una resolución en cumplimiento y el Tribunal Colegiado de Circuito emitió un acuerdo en el que tuvo por cumplida la sentencia. En contra de tal acuerdo la madre de la víctima interpuso un recurso de inconformidad.

Al resolver este asunto, se determinó que:

> para cumplir con una sentencia de amparo en la que se tiene que aplicar el contenido de la jurisprudencia que desarrolla una metodología específica —en este caso, para juzgar con perspectiva de género—, no basta con transcribir el contenido de la tesis, sino que la autoridad responsable debe realizar un ejercicio en el que genuinamente aplique todos y cada uno de los lineamientos metodológicos y sustantivos que ahí se desarrollan [Inconformidad 411/2016, p. 49].

Por su parte, en el Amparo Directo en Revisión 3186/2016, la víctima denunció a su jefe por diversos actos de hostigamiento sexual. Informó esta situación a otro superior jerárquico y se inició la averiguación previa y el inicio del proceso penal que concluyó con una sentencia absolutoria. La víctima apeló dicha sentencia y consiguió que se revocara y se emitiera una nueva en la que se determinara la responsabilidad penal del acusado de la comisión del delito de hostigamiento

sexual. El inculpado promovió una demanda de amparo, misma que se resolvió en el sentido de negarlo, por lo que posteriormente promovió el recurso de revisión.

Al respecto, la Suprema Corte señaló que, en casos de violencia sexual en contra de las mujeres, en los cuales generalmente involucran delitos que se cometen de manera oculta, el testimonio de la víctima constituye la prueba de mayor relevancia (Amparo Directo en Revisión 3186/2016, p. 56). Asimismo, enlistó los elementos que debe reunir el testimonio de la víctima de violencia sexual para dotarlo de credibilidad como prueba de cargo (*ibidem*, p. 63):

- Se debe considerar que los delitos sexuales son un tipo de agresión que, en general, se producen en ausencia de otras personas más allá de la víctima y la persona o personas agresoras, por lo que requieren medios de prueba distintos de otras conductas. Debido a lo anterior no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho. Asimismo, al analizar la declaración de la víctima se debe tener en cuenta que las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar por el estigma que dicha denuncia conlleva usualmente;

- Se debe tener en cuenta la naturaleza traumática de los actos de violencia sexual. Debido a ello se debe entender que no debe ser inusual que el recuento de los hechos pueda presentar algunas inconsistencias o variaciones en cada oportunidad que se solicita realizarlo. Por tanto, dichas variaciones no podrán constituir fundamento alguno para restar valor probatorio a la declaración de la víctima;

- Se deben tener en cuenta algunos elementos subjetivos de la víctima, como su edad, condición social, pertenencia a un grupo vulnerable o históricamente discriminado, entre otros;

- Se debe analizar la declaración de la víctima en conjunto con otros elementos de convicción, recordando que la misma es la prueba fundamental. Entre esos elementos se pueden encontrar dictámenes médicos

psiquiátricos, testimonios, examinaciones médicas, pruebas circunstanciales, indicios y presunciones; y

- Las pruebas circunstanciales, indicios y presunciones, deben ser utilizadas como medios de prueba siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos.

En el Amparo Directo 29/2017, la víctima se encontraba con el señor "Q" en un hotel en la Ciudad de México. Mientras ella estaba recostada sobre la cama, "Q" la asfixió utilizando sus manos y le puso una toalla y una almohada en la cara. La madre de la occisa denunció la posible desaparición de su hija. Al día siguiente, el Ministerio Público ordenó la detención de "Q" y ejerció la acción penal. Posteriormente, el juez dictó sentencia condenatoria por el delito de homicidio calificado. El sentenciado impugnó la sentencia y el juez de apelación dejó insubsistente la sentencia recurrida y ordenó la reposición del procedimiento, el cual nuevamente resultó en condena.

En este caso, la SCJN en este caso enfatizó que:

> la ventaja ejercida contra la víctima pudo razonarse en términos del contexto de discriminación que se manifiesta en dos niveles. Un nivel objetivo que se corresponde con el entorno sistemático de opresión que padecen las mujeres, y uno subjetivo que se expresa en el ámbito particular de una relación que las coloca en situación de vulnerabilidad y en la posibilidad de ser agredidas y victimizada" [Amparo Directo 29/2017, p. 130].

Por su parte, en el Amparo Directo en Revisión 1206/2018, el 29 de marzo de 2015, la acusada se encontraba en su domicilio junto con su concubino y sus dos hijos menores cuando su expareja se introdujo a su domicilio. El concubino de la acusada comenzó a golpearlo hasta que cayó al piso, en donde fue golpeado con un sartén.

La expareja de la acusada estaba sujeto a medidas de protección derivadas de una averiguación previa por el delito de violencia familiar, para que no se acercase al domicilio, trabajo o una distancia menor de 100m de la acusada o de sus fami-

liares. En el mencionado proceso, se dictó sentencia absolutoria, por lo que se interpuso un recurso de apelación, el cual se resolvió en el sentido de condenar a la acusada por estimar acreditada su plena responsabilidad en la comisión del delito de homicidio calificado por traición.

En este asunto, la SCJN señaló que "la subordinación y la violencia basada en el género son cuestiones estructurales que no sólo se manifiestan cuando las mujeres padecen un hecho ilícito y, por tanto, comparecen a los juicios penales como víctimas, sino también cuando se encuentran en conflicto con la ley, como probables perpetradoras de esos hechos" (Amparo Directo en Revisión 1206/2018, p. 50).

Asimismo, determinó que:

> el análisis con perspectiva de género permite verificar la incidencia del orden social de género —y las condiciones de subordinación, discriminación y violencia que condiciona— en la calidad y suficiencia de la prueba de cargo; en la razonabilidad de las inferencias a las que conduce la evidencia directa o indirecta; en la conducción escéptica del proceso penal, y en la asignación de responsabilidad penal de la quejosa más allá de duda razonable. Si bien no puede considerarse *a priori*, tampoco debe descartarse *a priori* la incidencia de una condición de desventaja histórica, estructural y sistemática basada en el género en la reprochabilidad de cierto injusto; en la posibilidad concreta de tener codominio funcional de la conducta ilícita, y en la forma y grados en que esto permite atribuir autoría y participación en un delito [*ibidem*, p. 64].

Finalmente, cabe analizar el Amparo Directo en Revisión 962/2019, en el que el sujeto activo de los hechos es un médico del IMSS que fue despedido después de haber realizado actos lascivos, acoso y hostigamiento sexual a una de sus pacientes, efectuando una exploración física a los genitales sin ameritarlo. La Junta de Conciliación y Arbitraje que conoció la demanda promovida por el médico determinó que el despido fue injustificado debido a que no se acreditaron los hechos ya que nadie más los presenció. El IMSS promovió un amparo en contra del laudo, mismo que fue resuelto en el sentido de acreditar el testimonio de la mujer víctima. El médico controvirtió la determinación del Tribunal Colegiado.

Al resolver este asunto, la Suprema Corte recordó que:

> la obligación de juzgar con perspectiva de género se entiende como una metodología en la que se reconoce la situación de desventaja en la cual las mujeres se han encontrado a consecuencia de la construcción que socioculturalmente se ha desarrollado en relación a la posición y al rol que debieran asumir. Señaló también que esa posición de desventaja no siempre está presente en todos los casos, por lo tanto, debe de atenderse a las circunstancias de cada planteamiento, para determinar si el ordenamiento jurídico o las prácticas institucionales, tienen un efecto discriminatorio hacia las mujeres, los hombres o cualquier grupo minoritario. Al juzgar con perspectiva de género se debe procurar desechar cualquier estereotipo o prejuicio de género, que impida el pleno y efectivo ejercicio del derecho a la igualdad [Amparo Directo en Revisión 962/2019, p. 28].

La Suprema Corte determinó que "el análisis que realizó el Tribunal Colegiado sobre la declaración de la víctima, con perspectiva de género, fue correcto, pues ponderó la credibilidad en relación con las circunstancias en que se practicó el hecho, teniendo en cuenta, además, que este tipo de conductas se efectúan, por regla general, sin la presencia de testigos y de manera oculta" (*ibidem*, p. 32).

III. Los derechos de los acusados antes y después de las reformas constitucionales en materia penal de 2008 y en materia de derechos humanos de 2011

El artículo 20 constitucional establece que el proceso penal será acusatorio y oral, regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Asimismo, enlista los principios generales del proceso penal y los derechos de toda persona imputada. Por su lado, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contienen disposiciones correlativas al artículo 20 constitucional.

A partir de la reforma constitucional en materia penal de 2008, el artículo 20 de la Constitución es una parte fundamental de la transformación del sistema penal

mexicano. Fue el fundamento para llevar a cabo la transición del sistema penal mixto, al sistema acusatorio. El artículo 20 está estructurado en tres apartados: el apartado A establece los principios generales del proceso penal; el apartado B dispone cuáles son los derechos de todas las personas imputadas; y finalmente, el apartado C señala cuáles son los derechos de las víctimas u ofendidos.

Conforme al artículo 20 constitucional, el proceso penal deberá ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.[3] Todo imputado deberá ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial y deberá contar con las debidas garantías. Esto implica una obligación para el Estado de garantizar que existan amplias posibilidades de ser oídos en todas las etapas de los procesos, de tal forma que puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados en forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones (Corte IDH, 2011-234, párr. 120).

La reforma constitucional en materia penal de 2008 significó para México un cambio de paradigma. Se transitó de un sistema penal mixto a uno acusatorio, basado en la oralidad e influido por el sistema anglosajón (Hernández de Gante, 2017, p. 143). Esta reforma trajo consigo, además de la modificación del texto constitucional, una homologación de los procesos penales estatales y federales, a través de la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual sustituye a los 34 códigos procesales que coexistían en nuestra legislación.

La presunción de inocencia, el respeto a los derechos humanos, la publicidad y oralidad de las audiencias, el establecimiento del juez de control y juez de juicio oral, los mecanismos alternativos de solución de controversias y la protección

[3] El Código Nacional de Procedimientos Penales establece, en su artículo 64, los casos en los que el procedimiento podrá desarrollarse total o parcialmente a puerta cerrada. Estos casos son los siguientes: i) cuando se pueda afectar la integridad de alguna de las partes, o de alguna persona citada para participar en él; ii) la seguridad pública o la seguridad nacional puedan verse gravemente afectadas; iii) peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible; iv) el Órgano jurisdiccional estime conveniente; v) se afecte el Interés Superior del Niño y de la Niña en términos de lo establecido por los Tratados y las leyes en la materia; y vi) esté previsto en el Código o en otra ley.

de los derechos de las víctimas son algunos de los puntos más relevantes que se introdujeron a nuestro sistema jurídico en virtud de esta reforma (*ibidem*, p. 147).

Por otro lado, tal como se señaló líneas arriba, en virtud de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, los órganos jurisdiccionales están obligados a aplicar la norma que resulte más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica que se analice. Asimismo, los derechos de los imputados deberán analizarse con el lente del control de constitucionalidad y de convencionalidad.

1. Presunción de inocencia

El artículo 20 de la Constitución, en su Apartado B, fracción I, consagra el principio de presunción de inocencia, el cual se encuentra a su vez contenido en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, el artículo 13 del Código Nacional de Procedimientos Penales dispone que toda persona se presume inocente y así deberá ser tratada en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el órgano jurisdiccional. Este principio requiere que ninguna persona sea condenada a menos que exista prueba plena o más allá de toda duda razonable de su culpabilidad. (Corte IDH, 2015-275, párr. 228)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto de la presunción de inocencia, caracterizándola como un derecho poliédrico. Es decir, que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal. En una primera vertiente, se manifiesta como "estándar de prueba o regla de juicio, en la medida en que este derecho establece una norma que ordena a los jueces la absolución de los inculpados cuando durante el proceso no se hayan aportado pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona" (Tesis: 1a./J. 26/2014, p. 476).

Asimismo, el derecho a la presunción de inocencia tiene otra vertiente que se manifiesta como "regla de trato procesal" o "regla de tratamiento" del imputado,

"en la medida en que este derecho establece la forma en la que debe tratarse a una persona que está sometida a proceso penal. Esto se traduce en el derecho de toda persona a ser tratado como inocente en tanto no se declare su culpabilidad por virtud de una sentencia condenatoria" (Tesis: 1a./J. 24/2014, p. 497).

Finalmente, el derecho a la presunción de inocencia tiene una vertiente que se manifiesta como "regla probatoria", en la medida en que "este derecho establece las características que deben reunir los medios de prueba y quién debe aportarlos para poder considerar que existe prueba de cargo válida y destruir así el estatus de inocente que tiene todo procesado" (Tesis: 1a./J. 25/2014, p. 478).

2. Declaración de la persona acusada

Conforme al artículo 20 Constitucional, apartado B, fracción II, toda persona imputada tiene el derecho a declarar o guardar silencio, en el entendido que su silencio no podrá ser utilizado en su perjuicio (CNPP, art. 133, fracc. III). Desde el momento de su detención, se le harán saber los motivos de ésta y su derecho a guardar silencio.

En caso de que el imputado decida declarar, éste tendrá el derecho de hacerlo en cualquier etapa del procedimiento y sus manifestaciones deberán recibirse con todas las formalidades previstas en el Código Nacional de Procedimientos Penales CNPP, art. 114). Es importante resaltar en este momento la regla de exclusión de la prueba, la cual tiene carácter absoluto e inderogable (Corte IDH, 2010-220, párr. 165). Al respecto, cualquier dato de prueba o prueba que se obtenga con violación a los derechos fundamentales será considerada ilícita, lo cual resultará en su exclusión o nulidad. En ese entendido, las declaraciones o confesiones obtenidas mediante violaciones a derechos fundamentales, como actos de tortura, serán consideradas prueba ilícita y deberán ser excluidas.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resaltado la importancia de que la declaración del imputado sea rendida con la asistencia de un defensor que tenga el carácter de profesional en derecho. De lo contrario, se actualiza una violación al derecho humano a una defensa adecuada. La declaración hecha sin

la asistencia de un profesional en derecho no deberá considerarse para efectos de valoración al dictar cualquier resolución por la que se determine la situación jurídica de la persona sujeta a un procedimiento penal, sino que tendrá que excluirse como medio de prueba, con independencia de su contenido (Tesis 1a./J. 27/2015, p. 242).

Finalmente, es importante señalar el criterio de la Suprema Corte en relación con las declaraciones que se rindan ante autoridades distintas al Ministerio Público. Al respecto, la Suprema Corte ha sostenido que cualquier declaración autoincriminatoria del imputado rendida ante autoridad distinta del Ministerio Público o del juez/a o ante éstos sin la presencia del defensor, debe declararse nula por violación al derecho fundamental a la no autoincriminación, con independencia del medio por el cual se haya introducido formalmente al proceso (Tesis: PC.III.P. J/12, p. 1687).

3. Ser informado de la acusación

Los inculpados cuentan con el derecho constitucional a ser informado los motivos de su detención desde el momento de la misma (CPEUM, art. 20, apartado b, fracc. II). Asimismo, se le debe informar el servidor público que ordenó la privación de la libertad y exhibirle la orden que se emitió en su contra (CNPP, art. 113, fracc. V). Por su parte, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que toda persona acusada de un delito tiene derecho a ser informada, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado sobre este derecho que: “la información sobre los motivos y razones de la detención necesariamente supone informar, en primer lugar, de la detención misma. La persona detenida debe tener claro que está siendo detenida. En segundo lugar, el agente que lleva a cabo la detención debe informar en un lenguaje simple, libre de tecnicismos, los hechos y bases jurídicas esenciales en los que se basa la detención” (Corte IDH, 2007-170, párr. 71).

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que:

> toda persona detenida tiene derecho a que, sin demora y desde el momento de su detención, se le informe sobre el motivo de la misma y sobre los derechos que le asisten. Cabe aclarar que si la detención de un individuo se da en flagrancia por un particular, la obligación de informar sobre dicho derecho surge en el momento preciso en que la persona detenida es puesta a disposición de una autoridad. El razonamiento detrás de dicho derecho es el de evitar detenciones ilegales o arbitrarias y, además, garantizar el derecho de defensa de la persona detenida [Tesis: 1a. CCCLIV/2015, tomo I, p. 970].

4. Pruebas

Los inculpados tienen el derecho a que se les reciban los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezcan, concediéndoles el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándoles para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio soliciten, en los términos que señale la ley. La Convención Americana sobre Derechos Humanos resalta que, durante el proceso, la defensa tiene el derecho a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

5. Publicidad

Todo inculpado tiene derecho de ser juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad puede ser restringida en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo (CPEUM, art. 20, apartado B, fracc. VI). En relación con este derecho, debe tenerse en cuenta que los inculpados también tienen el derecho a no ser expuestos en medios de comunicación y a no ser presentados ante la comunidad como culpables sin justificarlo (CPEUM, art. 113, fraccs. XIV y XV).

6. Acceso a la investigación

Conforme al artículo 20, apartado B, fracción VI, de la Constitución, todo imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación. Antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. Las actuaciones de la investigación no podrán mantenerse en reserva, a menos que se actualicen los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa. Asimismo, tienen derecho a obtener una copia gratuita de los registros de la investigación, registro fotográfico o electrónico de los mismos (CPEUM, art. 113, fracc. VIII).

7. Plazo para ser juzgado

La Constitución prevé dos plazos para que los imputados sean juzgados, dependiendo de la pena máxima de cada delito. En ese sentido, si la pena máxima del delito por el cual se juzga a una persona es de hasta dos años de prisión, el plazo para juzgarlo es de cuatro meses. Por otro lado, si la pena máxima excede los dos años de prisión, es de un año (CPEUM, art. 20, apartado B, fracc. VII).

En el Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, se mencionó que el plazo razonable para ser juzgado es un principio establecido en los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual tiene por finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo una acusación y asegurar que ésta se decida prontamente para proteger el derecho de acceso a la justicia de las víctimas (Corte IDH, 1997-35, párr. 70).

En el mismo sentido, la Corte Interamericana considera que el derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales (Corte IDH, 2008-192, párr. 154).

El voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en este caso detalló el contenido de los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar el plazo

razonable. En ese sentido, los elementos son: complejidad del asunto sujeto a juicio, actividad del órgano de conocimiento y conducta procesal del litigante, "esto es, un elemento concerniente al carácter mismo de los hechos sujetos a conocimiento y del proceso en el que éste se realiza; y dos elementos atinentes al desempeño de sujetos procesales (o, más ampliamente, de sujetos que intervienen en el procedimiento, puesto que aquí pudieran venir al caso actuaciones u omisiones de la policía o del Ministerio Público, no sólo del tribunal)" (Corte IDH, 2008-192, párr. 2).

Finalmente, la Suprema Corte de Justicia ha señalado que: "en lo relativo al comportamiento de las autoridades, es necesario distinguir entre la actividad realizada de manera diligente y la desempeñada con un exceso de lentitud. En este rubro, vienen a cuenta la insuficiencia de los tribunales y la carga de trabajo, pero en ningún caso, estos factores pueden estar por encima de los derechos del inculpado y utilizarse de manera desfavorable para el" (Amparo en Revisión 408/2005, p. 29).

8. Defensa adecuada

El inculpado tendrá derecho a una defensa adecuada, por un abogado al que podrá elegir libremente desde el momento de su detención. Si después de haberle requerido nombrar a su abogado no lo hace, el juez le designará un defensor público. El defensor deberá comparecer en todos los actos del proceso y deberá hacerlo cuantas veces se le requiera (CPEUM, art. 113, fracc. VIII).

Este derecho surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona. Impedir a una persona de contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo (Corte IDH, 2009-206, párr. 62).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que el derecho fundamental a la defensa adecuada, en su vertiente de asistencia técnica, se satisface cuando el imputado, en todas las etapas del procedimiento en que interviene, cuenta con

la asistencia jurídica de un defensor titulado como licenciado en derecho y, por tanto, profesionista en la materia (Tesis: PC.V. J/17 P, p. 2430). Asimismo, ha sostenido que es obligación del juez de juicio oral corroborar la calidad de licenciado en derecho del defensor en la audiencia de juicio oral, lo que se logra con la sola referencia que éste realiza al individualizarse, refiriendo su número de cédula profesional y registro (Tesis: 1a./J. 41/2020, p. 327).

IV. Los derechos de las víctimas antes y después de las reformas constitucionales en materia penal de 2008 y en materia de derechos humanos de 2011

El apartado C del artículo 20 constitucional reconoce los derechos que tienen las víctimas u ofendidos de un delito. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 8 y 14, respectivamente, reconocen que la víctima u ofendido de un delito tiene ciertos derechos durante el proceso penal. Al respecto, estos artículos señalan que toda persona tiene derecho a ser oída por un tribunal independiente, competente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier proceso penal para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter.

La víctima u ofendido del delito tiene diversos derechos que le permiten participar activamente en el procedimiento penal para la sustanciación del mismo y para el esclarecimiento de los hechos. La víctima u ofendido tiene el derecho a intervenir en el procedimiento penal, a recibir asesoría y asistencia, a que se le repare el daño, e incluso a impugnar las omisiones o negligencias en que incurra el Ministerio Público.

Hasta antes de las reformas constitucionales de 2008 y de 2011, existía desigualdad entre las partes que intervenían en el proceso penal, sin dar importancia a los derechos de las víctimas y ofendidos (Arriaga Hernández, 2017, p. 30). La reforma constitucional en materia penal introdujo un nuevo apartado “C” al artículo 20, mediante el cual se reconoce un listado de derechos. Es importante también

recordar que, en virtud de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, la interpretación de este nuevo apartado del artículo 20 constitucional deberá tomar en cuenta el parámetro de control de regularidad constitucional, y las autoridades deberán ejercer un control constitucional y convencional al respecto de los derechos de las víctimas.

Debe mencionarse también la Ley General de Víctimas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 2013. Conforme a esta ley, todas las autoridades están obligadas a velar por la protección de las víctimas, a proporcionar ayuda, asistencia o reparación integral. Asimismo, están obligadas a brindar atención inmediata en especial en materias de salud, educación y asistencia social, de lo contrario quedarán sujetas a las responsabilidades administrativas, civiles o penales a que haya lugar.

1. Asesoría Jurídica

La víctima u ofendido tiene el derecho a recibir asesoría jurídica en cualquier etapa del procedimiento (CPEUM, art. 20, fracc. I; CNPP, art. 109, fracc. VII; LGV, art. 12, fracc. IV). Asimismo, las autoridades federales, estatales y municipales tienen la obligación de brindar de inmediato a las víctimas información y asesoría completa y clara sobre los recursos y procedimientos judiciales, administrativos o de otro tipo a los cuales tiene derecho para la mejor defensa de sus intereses y satisfacción de sus necesidades, así como el conjunto de derechos de los que es titular en su condición de víctima (LGV, art. 42). Esta asesoría deberá ser otorgada de manera gratuita y por profesionales conocedores de los derechos de las víctimas, garantizándoles un trato respetuoso y acceso efectivo al ejercicio pleno y tranquilo de todos sus derechos (LGV, art. 43).

2. Coadyuvancia

Las víctimas tienen el derecho a coadyuvar con el Ministerio Público y a que se les reciban todos los datos o elementos de prueba, tanto en la investigación como en el proceso. Asimismo, podrán intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley (CPEUM, art. 20, apartado C, fracc. II; LGV, art. 12,

fracc. III). También podrán participar en los mecanismos alternativos de solución de controversias y solicitar la realización de actos de investigación que correspondan (CNPP, art. 109, fracc. XVII).

3. Atención médica y psicológica

Asimismo, las víctimas tienen derecho a recibir atención médica y psicológica de urgencia desde la comisión del delito, y a ser canalizadas a las instituciones que proporcionen estos servicios, así como a recibir protección especial de su integridad física y psíquica cuando así lo soliciten, o cuando se trate de delitos que así lo requieran (CPEUM, art. 20, apartado C, fracc. III; CNPP, art. 109, fracc. XVIII).

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la falta de atención médica adecuada podría considerarse en sí misma violatoria del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención (derecho a la integridad personal) dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, el tipo de dolencia que padece, el lapso transcurrido sin atención y sus efectos acumulativos (Corte IDH, 2006-150, párr. 103).

4. Reparación del daño

En los casos en que sea procedente, las víctimas tienen el derecho a que se les repare el daño. Independientemente de que la víctima pueda solicitar la reparación del daño, el Ministerio Público está obligado a solicitarlo (CPEUM, art. 20, apartado C, fracc. IV). Conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales, las víctimas tienen el derecho a ser restituidas en sus derechos cuando éstos estén acreditados y a que se les garantice la reparación del daño durante el procedimiento (CNPP, art. 109, fracc. XXIII y XXIV). La reparación del daño deberá realizarse en forma expedita, proporcional y justa, en los términos que señala la Ley General de Víctimas (LGV, art. 12, fracc. II).

Ahora bien, en el ámbito de los derechos humanos el concepto de reparación ha evolucionado desde la noción tradicional que busca la restitución hacia la repa-

ración integral prevista convencionalmente. En ese sentido, a pesar de que la Ley de Amparo solamente prevé la restitución como forma de reparación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dictado sentencias consistentes con la tendencia hacia la reparación integral. En ese sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 476/2014 (Amparo en Revisión 476/2014), señaló que:

> La reparación ideal luego de una violación de derechos humanos es la entera restitución a la víctima (*restitutio in integrum*), la cual consiste en restablecer la situación antes de la violación. No obstante, ante la limitada posibilidad de que todas las violaciones de derechos humanos sean reparadas en su totalidad, la doctrina ha desarrollado una amplia gama de reparaciones que intentan compensar a la víctima de violaciones de derechos humanos mediante reparaciones pecuniarias y no pecuniarias.
>
> Las medidas no pecuniarias —también conocidas como reparaciones morales— se clasifican en: a) restitución y rehabilitación; b) satisfacción, y c) garantías de no repetición. La restitución busca, como su nombre lo indica, restablecer la situación que existía antes de la violación, mientras que la rehabilitación propone garantizar la salud de la víctima. La satisfacción tiene por objeto reparar a la víctima con medidas tendentes a la memoria, verdad y justicia. Las garantías de no repetición tienen la finalidad de asegurar la no repetición de una práctica violatoria, incluyendo ordenar acciones que afectan las instituciones sociales, legales y políticas, así como las políticas públicas.

5. Resguardo de identidad

Las víctimas tienen derecho a que se resguarde su identidad y otros datos personales cuando sean menores de edad, cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada y cuando el juzgador lo considere necesario para su protección (CPEUM, art. 20, apartado C, fracc. V). Incluso podrán comparecer en la fase de investigación o juicio y se deberán adoptar medidas para minimizar las molestias causadas, proteger su intimidad, identidad y otros datos personales (LGV, art. 12, fracc. VI).

Por otro lado, es importante mencionar que la obligación de resguardo de identidad de las víctimas no se limita a las autoridades que intervienen en el proceso penal. Los medios de comunicación tienen la obligación de proteger la identidad de las víctimas de delitos sexuales (LFTyR, art. 226). Asimismo, la Ley General de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes contiene diversas disposiciones tendientes a resguardar la identidad de los niños, niñas y adolescentes. En ese sentido, el artículo 79 de dicho ordenamiento dispone que las autoridades del Estado Mexicano tienen la obligación de garantizar la protección de la identidad e intimidad de niñas, niños y adolescentes que sean víctimas, ofendidos, testigos o que estén relacionados de cualquier manera en la comisión de un delito, a fin de evitar su identificación pública. La misma protección se otorgará a adolescentes a quienes se les atribuya la realización o participación en un delito, conforme a la legislación aplicable en la materia (LGDNNA, art. 79).

6. Solicitar medidas cautelares

Las víctimas tienen el derecho a solicitar las medidas de protección, medidas cautelares y providencias precautorias necesarias para la protección y restitución de sus derechos (CPEUM, art. 20, apartado C, fracc. VI; CNPP, art 109, fracc. XIX). Las medidas que soliciten podrán ser tendientes a la protección de las víctimas, ofendidos y testigos de cargo, para la investigación y persecución de los probables responsables del delito y para el aseguramiento de bienes para la reparación del daño (LGV, art. 12, fracc. X). Asimismo, las víctimas tienen derecho a que se garantice su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor contra todo acto de amenaza, intimidación o represalia (LGV, art. 12, fracc. VII).

El Ministerio Público podrá ordenar las medidas de protección idóneas cuando estime que el imputado representa un riesgo inminente en contra de la seguridad de la víctima u ofendido. Entre las medidas que puede ordenar el Ministerio Público, se encuentran las siguientes (CNPP, art. 137):

1) Prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima u ofendido;
2) Limitación para asistir o acercarse al domicilio de la víctima u ofendido o al lugar donde se encuentre;

3) Separación inmediata del domicilio;
4) La entrega inmediata de objetos de uso personal y documentos de identidad de la víctima que tuviera en su posesión el probable responsable;
5) La prohibición de realizar conductas de intimidación o molestia a la víctima u ofendido o a personas relacionados con ellos;
6) Vigilancia en el domicilio de la víctima u ofendido;
7) Protección policial de la víctima u ofendido;
8) Auxilio inmediato por integrantes de instituciones policiales, al domicilio en donde se localice o se encuentre la víctima u ofendido en el momento de solicitarlo;
9) Traslado de la víctima u ofendido a refugios o albergues temporales, así como de sus descendientes, y
10) El reingreso de la víctima u ofendido a su domicilio, una vez que se salvaguarde su seguridad.

Asimismo, para garantizar la reparación del daño, la víctima, el ofendido o el Ministerio Público, podrá solicitar providencias precautorias consistentes en: 1) el embargo de bienes y 2) la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero (*ibidem*, art. 138). Para que el juez decrete estas providencias precautorias, se deberá desprender de los datos de prueba la posible reparación del daño y la probabilidad de que el imputado será responsable de repararlo (*idem*).

7. Impugnar omisiones del Ministerio Público

Finalmente, las víctimas tienen derecho a impugnar las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño (CPEUM, art. 20, apartado C, fracc. VII).

De conformidad con el artículo 258 del Código Nacional de Procedimientos Penales, prevé la posibilidad de impugnar las determinaciones del Ministerio Público que tengan como efecto paralizar, suspender o terminar una investigación, tales como la abstención de investigar, el archivo temporal, la aplicación de un criterio

de oportunidad y el no ejercicio de la acción penal. Al respecto, la Suprema Corte sostiene que las omisiones del Ministerio Público en la etapa de investigación encuadran en este supuesto, ya que esto supone la paralización de su función investigadora. En ese sentido, el medio de defensa innominado previsto por el artículo 258, en conjunto con el artículo 20, apartado C, fracción VII, de la Constitución y el artículo 109, fracción XXI, del Código Nacional de Procedimientos Penales es el fundamento para que las víctimas u ofendidos impugnen ante el juez de control las omisiones del Ministerio Público derivadas de su facultad investigadora.

Bibliografía

ANDALUZ, Horacio (2008), "El Control de Constitucionalidad desde la Teoría del Derecho", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI*, Chile, Segundo Semestre.

ARRIAGA Hernández Cristina (2017), "Análisis crítico del proceso penal reformado en México el año 2008 con relación a los Derechos Humanos", Pensamiento Crítico. *Revista de Investigación Multidisciplinaria,* año 4, núm. 7, julio-diciembre.

CORTE IDH (2019), Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos núm. 7: *Control de Convencionalidad*.

DEL ROSARIO Rodríguez, Marcos (2015), "La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 33, julio-diciembre.

FERRER MacGregor Eduardo, *et. al.* (2013), *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México.

FERRER Mac Gregor, Eduardo (2011), "Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad: El nuevo Paradigma para el Juez Mexicano", *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

GERMÁN, Albar y CANÇADO TRINDADE, Antonio (1998), "Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos", *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Costa Rica, Cox Editores.

GÓMEZ CAMACHO, Arturo (2019), *El Control Constitucional en México*, disponible en: «http://derechoenaccion.cide.edu/el-control-constitucional-en-mexico/#_ftn3».

HERNÁNDEZ de Gante, Alicia (2017), "Reforma Penal en México ¿Mayor seguridad o mayor violencia?", *Revista de Derecho (UCUDAL)*, 2da. época. año 13. núm. 16, diciembre.

HIGHTON, Elena, *Sistemas Concentrado y Difuso de Control de Constitucionalidad,* Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., disponible en: «https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/10.pdf».

MÁRQUEZ Rábago, Sergio (2016), *Evolución del Control Constitucional en México. El Derecho Procesal Constitucional y el Papel de la Suprema Corte como Legislador Positivo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Secretaría de Cultura-Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, Senado de la República-LXIII Legislatura.

PÉREZ ROYO, Javier (1997), *Curso de Derecho Constitucional*, Cuarta Edición, Marcial Pons, Madrid.

QUIROZ Castro, Ernesto Cristian, *et. al.*, (2016), "Control de Constitucionalidad", Sur Academia *Revista Académica-Investigativa de la Facultad Jurídica, Social y Administrativa*, núm 5, vol. 1, julio.

SCJN (2011), Acuerdo del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 14 de julio de 2011, Expediente Varios 912/2010. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de octubre de 2011.

SCJN (2011), Acuerdo del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de fecha 11 de mayo de 2015, Expediente Varios 1396/2011. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2015.

Legislación Nacional

- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.
- Ley General de Víctimas.
- Ley General de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.
- Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Tesis

"CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN." Tesis: P./J. 73/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo X, agosto de 1999. Registro digital: 193558.

"CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN." Tesis: P./J. 74/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo X, agosto de 1999. Registro digital: 193435.

"DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL." Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, Tomo I. Registro digital: 2006224

"JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA." Tesis: P./J. 21/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 5, abril de 2014, Tomo I. Registro digital: 2006225

"CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN." Tesis: P./J. 73/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo X, agosto de 1999. Registro digital: 193558.

"PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA." Tesis: 1a./J. 26/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 5, abril de 2014, Tomo I, Registro digital: 2006091

"PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL." Tesis: 1a./J. 24/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 5, abril de 2014, Tomo I. Registro digital: 2006092

"PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA PROBATORIA." Tesis: 1a./J. 25/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 5, abril de 2014, Tomo I. Registro digital: 2006093

"DECLARACIÓN AUTOINCRIMINATORIA DEL IMPUTADO, RENDIDA ANTE AUTORIDAD DISTINTA DEL MINISTERIO PÚBLICO O DEL JUEZ, O

ANTE ÉSTOS SIN LA PRESENCIA DEL DEFENSOR. CARECE DE VALOR PROBATORIO CON INDEPENDENCIA DEL MEDIO A TRAVÉS DEL CUAL SE HAYA INTRODUCIDO FORMALMENTE AL PROCESO". Tesis: PC.III.P. J/12 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 43, junio de 2017, Tomo III.

"DERECHO A SER INFORMADO DE LOS MOTIVOS DE LA DETENCIÓN Y LOS DERECHOS QUE LE ASISTEN A LA PERSONA DETENIDA. DEBE HACERSE SIN DEMORA Y DESDE EL MOMENTO MISMO DE LA DETENCIÓN." Tesis: 1a. CCCLIV/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 24, noviembre de 2015, Tomo I , página 970. Registro digital: 2010490

"DEFENSA ADECUADA EN MATERIA PENAL, EN SU VERTIENTE DE ASISTENCIA TÉCNICA. CUANDO SE GENERE INCERTIDUMBRE SOBRE LA VIOLACIÓN A ESE DERECHO FUNDAMENTAL EN EL PROCEDIMIENTO, EL AMPARO QUE SE CONCEDA DEBE TENER EL EFECTO DE QUE LA AUTORIDAD RESPONSABLE DEJE INSUBSISTENTE EL ACTO RECLAMADO A FIN DE RECABAR, EN CASO DE QUE EXISTA, EL TÍTULO O LA CÉDULA PROFESIONAL DEL DEFENSOR (PÚBLICO O PRIVADO), CON EL FIN DE CORROBORAR QUE ES PROFESIONAL DEL DERECHO Y TENER CERTEZA DE LA OBSERVANCIA O NO DE ESA PRERROGATIVA" Tesis: PC.V. J/17 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 52, marzo de 2018, Tomo III. Registro digital: 2016494

"DEFENSA ADECUADA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO. EN LA AUDIENCIA DE JUICIO ORAL EL JUEZ DE ENJUICIAMIENTO ESTÁ OBLIGADO A CORROBORAR LA CALIDAD DE LICENCIADO EN DERECHO DEL DEFENSOR AL INICIO DE SU INTERVENCIÓN." Tesis: 1a./J. 41/2020 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 81, diciembre de 2020, Tomo I. Registro digital: 2022508.

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Primera Sala

Amparo Directo en Revisión 2655/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 6 de noviembre de 2013.

Amparo Directo en revisión 912/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 5 de noviembre de 2014.

Amparo en Revisión 1284/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 13 de noviembre de 2019.

Amparo Directo en Revisión 2468/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 22 de febrero de 2017.

Inconformidad 411/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 23 de noviembre de 2016.

Amparo Directo en Revisión 3186/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 1 de marzo de 2017.

Amparo Directo 29/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 12 de junio de 2019.

Amparo Directo en Revisión 1206/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 23 de enero de 2019.

Amparo en Revisión 476/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 22 de abril de 2015.

Amparo Directo en Revisión 1412/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 15 de noviembre de 2017.

Amparo en Revisión 408/2005, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 18 de noviembre de 2015.

Amparo en Revisión 554/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 25 de marzo de 2015.

Segunda Sala

Amparo Directo en Revisión 962/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 21 de noviembre de 2019.

Resoluciones emitidas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Casos contenciosos

CORTE IDH, *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, Sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C No. 144. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_144_esp.pdf».

_____, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf».

_____, *Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234. Disponible en: «https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_234_esp.pdf».

_____, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf».

_____, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 71. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf».

_____, *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014", Serie C No. 289. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf».

_____, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia, 26 de Noviembre de 2010, Serie C, No. 220. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf».

_____, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009", Serie C No. 205. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf».

_____, *Caso J. vs. Perú.* "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013", Serie C No. 275. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf».

_____, *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México.* "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018", Serie C No. 371. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf».

_____, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf».

_____, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf».

_____, *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf».

_____, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador,* Fondo, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C, No. 35. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf».

_____, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf».

_____, *Caso Valle Jaramillo y otros,* Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia del 27 de noviembre de 2008, Serie C, No. 192. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_192_esp.pdf».

_____, *Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua.* "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018", Serie C No. 350. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf».

Resoluciones emitidas en el Sistema Universal de Derechos Humanos

Recomendaciones generales

Comité CEDAW, "*Recomendación general 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia"*, Recomendación General 33, 3 de agosto de 2015. Disponible en:

«http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsldCrOlUTvLRFDjh6%2fx1pWCd9kc8NuhsZOT1QuzhrDy18wzCAUXNqyQ6jsIdNYETAeDvV6dejOczay7a%2b26T1wjjFHfgXT%2f1zCbvd%2bngmCTC».

Capítulo II

El proceso penal desde la perspectiva de género

Rebeca Saucedo López*
y Santiago Mesta Orendain**

Colaboradoras:
Julia Escalante de Haro y
Claudia Elizabeth Posadas Estrada***

* Directora General de Derechos Humanos, Igualdad de Género y Asuntos Internacionales del Consejo de la Judicatura Federal.

** Secretario de Constancias y Registros en el Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de México, con residencia en Nezahualcóyotl, Estado de México.

*** Julia Escalante de Haro, Jefa Departamental del Área de Juzgar y Defender con Perspectiva de Género en la Dirección General de Derechos Humanos, Igualdad de Género y Asuntos Internacionales del Consejo de la Judicatura Federal, y Claudia Elizabeth Posadas Estrada, Maestra en Derecho Procesal Penal.

El proceso penal desde la perspectiva de género. I. Introducción; II. La etapa de investigación; III. La investigación complementaria; IV. Etapa intermedia; V. La etapa de juicio; VI. La individualización de la sanción y la reparación del daño.

I. Introducción

El 18 de junio de 2008, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115, y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de seguridad pública y justicia penal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, mediante el cual se establecieron las bases del sistema de justicia penal acusatorio y oral en México.

Sus orígenes partieron de la decadencia de un sistema penal de corte inquisitivo, que lejos de asegurar justicia a la ciudadanía, generaba una serie de violaciones sistemáticas a los derechos humanos, tanto de las personas en conflicto con la ley, como de las víctimas y ofendidas; así como del consecuente reclamo de combatir los altos índices de arbitrariedad e impunidad, y, al mismo tiempo, contribuir a restaurar la confianza pública en la impartición de justicia. En ese sentido, se consideró que un pilar fundamental para contar con una impartición de justicia confiable era generar las condiciones adecuadas para la creación de un sistema de justicia que fuera capaz de resolver los conflictos penales de forma expedita y eficiente, pero que, al mismo tiempo, salvaguardara los derechos humanos y las

expectativas de justicia de las personas en conflicto con la ley, de las víctimas y de la sociedad en general. Para ello, se estimó fundamental que la tarea de las juezas y los jueces se llevara a cabo a la vista de la sociedad, en el que las pruebas y los argumentos se vertieran a la vista del público, bajo los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Desde ese reclamo de justicia fue que surgió el sistema penal acusatorio en México.

Esa lógica transformadora del sistema penal acusatorio exige que las autoridades judiciales ofrezcamos respuestas a los conflictos penales que contribuyan a la construcción de sociedades más justas e igualitarias, en términos sustantivos. Ello implica la construcción de un Derecho penal con perspectiva de género y enfoque interseccional, que incorpore las distintas realidades de las mujeres y las personas de la diversidad sexual, y que capture la multiplicidad de sus experiencias ante la opresión y el poder, a partir de un análisis de las conexiones que existen entre diversos tipos de discriminaciones y violencias como consecuencia, no sólo del género, sino también de la edad, la discapacidad, la condición social o de salud, la orientación o preferencias sexuales, el origen étnico o nacional, entre otros factores.[1] El Derecho entendido así exige la interpretación y aplicación de las normas, y la conducción de los procedimientos hacia planteamientos no discriminatorios, libres de prejuicios, estereotipos y sesgos de género, y considerando las realidades de cada una las personas involucradas, en sus contextos sociales,

[1] Sobre el tema de la interseccionalidad, conviene consultar los trabajos de Kimberle Crenshaw (1989) (1991), quien desde el feminismo negro fue la primera que utilizó el término "interseccionalidad" para explicar por qué la experiencia de las mujeres negras se encuentra invisibilizada desde una aproximación que se centra únicamente en el sexo o en la raza como ejes de discriminación. Así, lo que propuso fue entender la discriminación como una "encrucijada" o un "cruce de caminos", para explicar cómo diversos sistemas de opresión (en su caso, el patriarcado y el racismo) pueden funcionar de manera conjunta para producir una forma particular de discriminación (en su caso, la que experimentan las mujeres negras).

La interseccionalidad, desde un abordaje micro y macro sociológico, a partir de la comprensión conjunta de las diversas dimensiones que componen las identidades de las mujeres y las personas de la diversidad sexual, permite analizar cómo es que las divisiones sociales operan en un contexto determinado, a nivel institucional, intersubjetivo, representacional y experimental, como fenómeno sistémico. Así, se pueden identificar **(a)** las formas específicas en las que se configura el poder; **(b)** las implicaciones que tienen las prácticas de diferenciación que derivan del poder en las relaciones sociales; **(c)** la forma en que los procesos de diferenciación organizan a los sujetos en formas variables y cambiantes; y **(d)** la manera en la que interactúan los procesos de diferenciación y los sistemas de dominación. En esta línea, consultar a Rita Kaur Dhamoon (2011) y Nira Yuval-Davis (2003).

culturales, económicos y políticos. Tal como Lucía Núñez lo expresa, "la justicia de género a la que aspiramos debe tomar en cuenta la manera real de operar el sistema penal y su relación con el sostenimiento de las desigualdades sociales actuales" (Núñez Rebolledo & De la Madrid Raphael, 2018).

Desde esa perspectiva, el presente capítulo, tiene como objetivo mostrar algunas de las formas en las que las juzgadoras y juzgadores pueden analizar, resolver e incidir jurisdiccionalmente con perspectiva de género en cada una de las etapas procesales que forman parte del sistema penal acusatorio. Como se verá a lo largo del capítulo, juzgar con perspectiva de género no es algo reservado a la etapa del juicio, sino que en las distintas fases o etapas del procedimiento dicha herramienta de análisis puede utilizarse para proporcionar soluciones que consideren los contextos de desigualdad y discriminación por razones de género,[2] considerando, entre otros factores, las problemáticas que se dirimen en cada fase, los estándares de prueba que les caracterizan, así como los derechos y expectativas en juego tanto de las personas en conflicto con la ley como de las víctimas, ofendidas o sobrevivientes de la comisión de algún delito. Los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación deberán cobrar sentido desde esta visión del sistema penal en las etapas inicial, intermedia y de juicio.

Como lo señaló la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante "SCJN"), en el Amparo Directo en Revisión 2468/2015, *"la subordinación y la violencia basada en el género son cuestiones estructurales que no sólo se manifiestan cuando las mujeres [u otros grupos desaventajados en razón del sexo o género] resienten la comisión de un ilícito penal y, por tanto, comparecen a los procesos judiciales como víctimas, sino también cuando se encuentran en conflicto con la ley, como probables perpetradoras de esos injustos*". Así, se debe "velar porque en toda controversia jurisdiccional donde se denuncia una situación de violencia, discriminación o vulnerabilidad por razones de género [*y sin importar el carácter procesal que tengan*], dicha situación sea tomada en cuenta a fin de analizar si

[2] En la sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 5267/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 9 de marzo de 2016, se explicó de forma muy precisa que por "razones de género" habrán de entenderse "las manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder entre hombres y mujeres".

incide o no en la forma de aplicar el derecho al caso concreto, y "combatir argumentos estereotipados".

Este enfoque que reconozca la complejidad del fenómeno de la discriminación y la violencia por razones de género es la que habrá de acompañar la lectura de este capítulo, en el que tanto mujeres y personas de la diversidad sexual que comparecen a los procesos como víctimas, ofendidas o imputadas no proporcione respuestas que perpetúen y legitimen la desigualdad estructural en su contra. De esta manera, lo que habrán de buscarse son soluciones adecuadas a situaciones de desigualdad y discriminación por razón de género, con enfoque interseccional.

Ante las necesidades sociales, políticas y jurídicas del país, juzgar con perspectiva de género debe ser una premisa fundamental para las y los juzgadores, que no se trata únicamente de valorar la violación a la regla de conducta establecida en el tipo penal, sino de comprender las circunstancias de desigualdad y discriminación estructurales, desde una visión interseccional, en las que las mujeres y las personas de la diversidad sexual cometen esa infracción, o bien, bajo las cuales fueron lesionadas por las acciones ilícitas de otras personas, así como las consecuencias del sistema penal en sus vidas. Juzgar con perspectiva de género no es un "beneficio" para las mujeres o las personas de la diversidad sexual, ni una renuncia a las garantías procesales o los estándares de prueba característicos de cada etapa procesal, es, como se mencionó, generar condiciones de igualdad en contextos de discriminación estructural.

Por último, para juzgar con perspectiva de género es crucial tomarnos en serio el principio de *ultima ratio*, con verdadero enfoque de derechos humanos, considerando que de manera sistemática se ejerce su poder punitivo de manera desproporcionada en contra de las personas que se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad, aquellas que ya de por sí se encuentran excluidas o marginalizadas.[3]

[3] Sobre este tema conviene ver los enfoques de un derecho penal minimalista con perspectiva de género de Lucía Núñez (2018) y Elena Azaola (2005).

II. La etapa de investigación

La etapa de investigación es aquella en la que se realizan los actos necesarios para esclarecer los hechos posiblemente delictivos y, en su caso, se consiguen los elementos de prueba necesarios para ejercer la acción penal, obtener una sentencia condenatoria y lograr la reparación del daño (artículo 213, Código Nacional de Procedimientos Penales —en adelante, "CNPP"—). Esta responsabilidad recae en el Ministerio Publico, quien, con el apoyo de las policías, debe realizar todos los actos pertinentes para la investigación de los delitos (artículo 21, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos —en adelante "CPEUM"—). Esta etapa comprende dos fases: la inicial y la complementaria (CNNP, artículo 211).

La investigación inicial comienza cuando la fiscalía toma conocimiento de la posible comisión de un hecho delictivo, y concluye cuando, habiendo explorado todas las vías de investigación, de manera exhaustiva, imparcial, objetiva y libre de estereotipos y discriminación (CNPP, artículos 212 y 214), decide llevar el asunto ante la autoridad judicial para que se inicie el proceso penal.

La investigación complementaria comienza cuando el asunto llega a sede judicial, se le informa a la persona imputada los hechos por los que es investigada y se pretende llevarla a juicio y, concluye cuando se agota el plazo otorgado para que las partes se hagan de todos los elementos de prueba que consideren pertinentes para comprobar su *teoría del caso* en la audiencia de juicio.

Durante esta etapa del procedimiento penal, las funciones de la autoridad judicial son principalmente de supervisión: velar por la regularidad del procedimiento (en atención al principio de legalidad) y garantizar que se respeten los derechos de las partes (CPEUM, artículo 16.; CNPP, artículos 107 y 134.).

1. La fase de investigación inicial

Una de las características distintivas de la fase de investigación inicial es que se lleva a cabo en sede ministerial. Durante esta fase la fiscalía se ocupa de definir si los hechos denunciados constituyen delito o no.

En principio, esta fase puede llevarse a cabo sin intervención judicial, siempre y cuando la fiscalía no interfiera en los derechos de las personas investigadas o alguna parte se inconforme con la forma en la que se desarrolla la investigación. Cuando la función investigadora incide en los derechos fundamentales de las partes se vuelve indispensable la intervención judicial.

En este sentido, se pueden identificar, al menos, 4 supuestos en los que el legislador previó explícitamente la necesidad de someter las actuaciones de la fiscalía durante la etapa de investigación a control judicial: **(i)** las técnicas de investigación que inciden en los derechos fundamentales de las personas investigadas; **(ii)** la revisión de las medidas ordenadas por la fiscalía para la protección de las víctimas u ofendidas; **(iii)** el aseguramiento de bienes de las personas imputadas para garantizar la reparación del daño; y **(iv)** la impugnación de las determinaciones del Ministerio Público que ponen fin o suspendan la investigación.

2. Actos de investigación que requieren control judicial

Cuando un acto de investigación implica una vulneración a un derecho fundamental de la persona investigada, debe primero acudirse ante la autoridad judicial, para que determine, de manera excepcional, los límites y eventos en los que se podrá realizar.[4]

Lo anterior, ha señalado la Primera Sala, deriva del papel preferente que juegan los derechos fundamentales para el Estado, lo cual se expresa a través de los controles que deben mediar para su afectación, de conformidad con el artículo 1º de la CPEUM. De ahí que el papel de garante de los derechos fundamentales que cumple la autoridad judicial en la etapa de investigación responde al principio de necesidad efectiva de protección judicial, debido a que muchas de las medidas procesales que se adoptan en el curso de la investigación penal entran en tensión con el principio de inviolabilidad de los derechos fundamentales.

[4] En este sentido, véanse el Amparo Directo en Revisión 502/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 22 de noviembre de 2017.

En estos supuestos, debe existir un mecanismo de control judicial que funcione de manera acelerada y ágil, en la que se funde y motive la necesidad de la intervención de la autoridad para la obtención de información útil para la investigación de los delitos.

Este mecanismo se constituye sobre dos premisas básicas que derivan del contenido del artículo 1º CPEUM . Primero, el carácter relativo de la mayoría de los derechos humanos, que implica que pueden ponderarse. Segundo, que los derechos humanos siempre deben interpretarse de la forma que se garantice la protección más amplia, por lo que toda restricción debe justificarse en términos constitucionales.

Lo anterior implica que algunos derechos fundamentales pueden ser restringidos en aras de garantizar una efectiva investigación de los delitos, pues ello también constituye un fin constitucional con el cual pueden ser ponderadas las garantías constitucionales de las personas. Por tanto, corresponde a la autoridad justificar y demostrar la necesidad de cualquier acto que limite los derechos humanos de las personas, que la afectación no es arbitraria; y que dicha afectación es proporcional.

Si la técnica de investigación no es útil para la investigación de un delito, carece de valor constitucional y, por ende, no justifica la afectación de los derechos fundamentales de la persona investigada. Si la técnica de investigación es útil para la investigación del delito, pero se extiende a cuestiones o aspectos diversos, no se estaría garantizando la protección más amplia de los derechos y seria desproporcional.

Es decir, los *actos de investigación que requieren autorización judicial* persiguen una finalidad constitucionalmente válida, esto es, el facilitar la investigación y persecución de hechos ilícitos, lo cual justifica que se confiera su acceso a la fiscalía, como ente de procuración de justicia y rector de la investigación, para que prevalezca la salvaguarda de los bienes jurídicos protegidos de las víctimas, y en última instancia, de la sociedad, como valor supremo a cargo del Estado. La medida, entonces, debe ser idónea, y revelar una relación instrumental entre los medios utilizados y el fin perseguido.

Además, al establecerse la necesidad de un control judicial previo, se restringe su aplicación arbitraria y se salvaguardan los derechos de las partes, pues el Ministerio Público está obligado a justificar su necesidad, así como las juezas y jueces a tomar en cuenta el principio de proporcionalidad, a fin de que determine si existe otra medida menos gravosa, que resulte igualmente eficaz e idónea para el fin que se persigue y se establezcan los límites para que la técnica de investigación pueda lograr su objetivo, sin excesos.

Nuestra función como juezas o jueces de control en estos supuestos es, en esencia, verificar que el acto de investigación esté justificado, que no sea arbitrario o discriminatorio, y que sea proporcional, que se ejecute sin incidir de forma excesiva en los derechos de las personas investigadas o de terceros.

Para lo anterior, se debe analizar, primero, que el objeto de la técnica solicitada es lícito y relevante para el proceso, que puede ser útil para determinar si se cometió un delito o no, para dar con la persona responsable, o para determinar o garantizar la reparación del daño. En este sentido, por ejemplo, habría de negarse la intervención de comunicaciones solicitada para probar cuestiones relacionadas con la conducta sexual anterior o posterior de la víctima de un delito contra la libertad y seguridad sexual, pues, aun en caso de obtenerse la información buscada, no sería admisible (CNPP, artículo 346).

Luego, se debe evaluar si la técnica solicitada es idónea, si puede generar el resultado esperado por la fiscalía. En este sentido, por ejemplo, habría de negarse la intervención de comunicaciones de la pareja de una persona señalada como responsable de haber cometido el delito de secuestro, si no se expresan las razones por las cuales seria permisible inferir que tuvo participación en el ilícito investigado.

Finalmente, se debe determinar si la forma en la que la fiscalía pretende ejecutar se ajusta a los objetivos planteados, o si es excesiva. En caso de ser excesiva, se deben ordenar los ajustes necesarios para evitar que se generen afectaciones innecesarias a los derechos de la persona investigada o de terceros. En este sentido, por ejemplo, la autorización de una intervención de una línea telefónica compartida

por la persona investigada y su familia, o el cateo de un domicilio en el que reside una familia, debe incluir las provisiones para que la autoridad se abstenga de interferir en los derechos de las personas que no están siendo investigadas, especialmente cuando se trate de personas menores o que, por cualquier razón, se encuentren en una situación de vulnerabilidad.

Sobre el particular, la Comisión Nacional de Derechos Humanos —en adelante "CNDH"—, ha efectuado diversos comunicados mediante los cuales da a conocer los casos de detenciones arbitrarias a mujeres que se encontraban en el lugar en el que se cumplimentaba con una orden de cateo o bien con una orden de aprehensión, y que únicamente por esa circunstancia, fueron sometidas inclusive a tortura y violencia sexual. Tal es el caso, de la queja radicada con el número de expediente CNDH/2/2014/159/Q, en el que la víctima señaló que fue detenida en el domicilio de su entonces pareja sentimental y retenida ilegalmente en las instalaciones militares, en donde los servidores públicos la agredieron moral, física y sexualmente.[5]

Por lo anterior, la actividad del órgano jurisdiccional, al momento en que la fiscalía solicita la práctica de determinado acto de investigación que requiere autorización de autoridad judicial, supone necesariamente la adopción de criterios objetivos y racionales, conforme a las reglas de la sana crítica, en especial en los casos que contemplan una especial protección a las personas que pertenecen a grupos sociales históricamente discriminados.

El 7 de diciembre de 2017, por ejemplo, elementos policiales ejecutaron una orden de cateo en un inmueble que se usaba como centro de llamadas (o *Call Center*) en Puerto Vallarta, Jalisco, que, según la fiscalía, se usaba para lavar dinero de una organización criminal. Durante el cateo, se aseguraron casi 3 kilos de metanfetaminas y 10 armas largas. Por lo anterior, la fiscalía puso a disposición del juez de

[5] Comunicado de prensa DGC/092/18, "Por detención arbitraria, retención ilegal, tortura y violencia sexual contra una mujer, atribuibles a militares y policías federales en San Luis Potosí, dirige CNDH recomendación a SEDENA, CNS y PGR", Comisión Nacional de Derechos Humanos, 10 de abril de 2018. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Comunicados/2018/Com_2018_092.pdf.

control del Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de México, con residencia en Almoloya de Juárez, a las 17 personas que se encontraban en el inmueble, y con ello inició al proceso penal 187/2017. Después de 8 días privadas de su libertad, se dictó auto de no vinculación a proceso a favor de 15 de las 17 personas imputadas, pues se trataban de personas que habían sido contratadas para atender llamadas, como asistentes administrativas, trabajadoras de limpieza o como cocineras, y la fiscalía no ofreció medio de prueba alguno que sugiriera que tenían conocimiento de la comisión de los hechos ilícitos que les atribuyeron.

En otro caso, registrado con el número 426/2019 del índice del Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de México, con residencia en Nezahualcóyotl, la fiscalía investigaba a una persona por delitos relacionados con el tráfico de drogas, solicitó y se le concedió autorización para el cateo de su domicilio. Cuando se ejecutó el cateo, se localizaron narcóticos, cartuchos y dinero. Por lo anterior, detuvieron a la persona investigaba, que se encontraba en el inmueble cateado, junto con su esposa y a su cuñada (que estaba en el inmueble para ayudar a su hermana con el cuidado de sus sobrinos), a pesar de que ni en la investigación previa ni durante el cateo se obtuvieron indicios que sugirieran que ellas habían tenido intervención alguna en los hechos delictivos. Por lo anterior, 8 días después de que estuvieron detenidas, el juez de control vinculó a proceso a la persona investigada, pero no vinculo a su hermana y cuñada, pues, al analizar los hechos con perspectiva de género, consideró que la presencia de las dos mujeres en el lugar de los hechos podía explicarse por su parentesco con la persona investigada, y la fiscalía sustentó su participación exclusivamente en el hecho de que se encontraban en el inmueble cuando se ejecutó el cateo.

Para atender esta circunstancia, evitar una ejecución excesiva de las órdenes de cateo y evitar la criminalización de las mujeres que tienen vínculos de parentesco o laborales con personas investigadas por la comisión de hechos delictivos, pueden incluirse precisiones en las órdenes de cateo, para dejar claro a la fiscalía que, antes de realizar cualquier detención, quienes ejecuten el cateo analicen y justifiquen el dolo de la persona que pretenden llevar ante la autoridad judicial.

Por ejemplo, en las órdenes de cateo que libran algunos jueces de control del Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de México, se incorpora el siguiente resolutivo:

> **Sexto**: Posibilidad de asegurar objetos de delito o de aprehender a personas: en el caso de que se encuentren objetos, instrumentos o producto de delito se autoriza su aseguramiento (previo inventario y registro de cadena de custodia); o bien si se está en delito flagrante llevar a cabo detención (bajo su estricta responsabilidad), en el entendido de que, para ello, **se deberá considerar y justificar el presunto dolo y participación de a quien se atribuya la flagrancia delictiva.**

Con esto, se busca desincentivar que las órdenes de cateo se ejecuten de forma desproporcional y se visibiliza el problema, de forma que pueden debatirse de frente, en una eventual audiencia inicial.

3. Medidas de protección

Uno de los derechos de las víctimas u ofendidos en el procedimiento penal es el que se garantice su integridad y que se restituyan sus derechos (CNPP, artículo 109). Para lo anterior, el legislador estableció una serie de medidas, denominadas "medidas de protección", que debe ordenar la fiscalía cuando advierta que el imputado representa un riesgo inminente contra la seguridad de la víctima u ofendida (CNPP, artículo 137).

El análisis jurisdiccional que en estos casos se requiere consiste, en primer lugar, en establecer si en efecto la persona imputada representa un riesgo para las víctimas u ofendidas. Y, en segundo, analizar si las medidas ordenadas por la fiscalía son suficientes para contrarrestar dicho riesgo o si deben ser modificadas por ser insuficientes o excesivas.

Es importante hacer notar que, tratándose de delitos por razón de género, se debe aplicar de manera supletoria la Ley General de Acceso a la Mujeres a una Vida Libre de Violencia en adelante (LGAMVLV) que explícitamente impone a la Federación, las entidades federativas, la Ciudad de México y los municipios, la

obligación de tomar las medidas presupuestales y administrativas para garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (CNPP artículo 137, último párrafo; y LGAMVLV, artículo 2).

La LGAMVLV, además, reconoce como tipos de violencia a la psicológica, física, patrimonial, económica, sexual y cualquier otra análoga que lesione o sea susceptible de dañar la dignidad, integridad o libertad de las mujeres (artículo 6). En su Título II, distingue como modalidades de la violencia a la violencia en el ámbito familiar, la violencia laboral y docente, la violencia en la comunidad, la violencia institucional y la violencia feminicida.

Con base en lo anterior, podemos inferir que el objeto de la figura, y el riesgo que la hace procedente, no es solo el que se refiere a su integridad física, sino cualquier tipo de violencia que ponga en riesgo la dignidad, integridad o libertad de la víctima, en cualquier ámbito social. Por tanto, la obligación de la fiscalía, y la de la jueza o juez de control que la revise, es analizar el riesgo en estos términos, y garantizar que las medidas que se impongan sean proporcionales al mismo. Con dichas medidas, la condición de víctima de violencia de género da lugar al reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres.

La finalidad de las medidas de protección es interrumpir e impedir que se continúen realizando actos de vulneración de derechos, que evidentemente dieron origen a su solicitud, y más aún, prevenir nuevos actos de peor repercusión (artículo 6, LGAMVLV). Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte IDH") ha sostenido que, ante una situación de riesgo real e inmediato de violencia contra las mujeres, es necesario que las autoridades, incluidas las jurisdiccionales, tengan la capacidad y sensibilidad para entender la gravedad de la situación y para actuar de forma inmediata y eficaz, por tanto es indispensable actuar diligentemente para prevenir la muerte y agresiones de las víctimas y actuar razonablemente de acuerdo al contexto y las circunstancias del hecho denunciado, en especial si tal contexto es conocido por el Estado, pues coloca a las mujeres en una situación especial de riesgo (Corte IDH, 2015). En un país como México donde, de acuerdo con las cifras del Instituto Nacional de Estadística y Geografía —en adelante "INEGI"— (INEGI, 2021) 10 mujeres son asesi-

nadas diariamente y, aproximadamente, 7 de ellos fueron cometidos con disparos con armas de fuego y estrangulamiento, resulta evidente la necesidad de adoptar medidas inmediatas y eficaces en un contexto de violencia sistemático en contra de las mujeres.

Al efecto, en el artículo 137 del CNPP, así como los numerales 34 Ter y 34 Quater de la LGAMVLV, se establece el catálogo de medidas de protección. Esta última Ley se refiere a las medidas de protección como "órdenes", sin embargo, del texto de ambas claramente se puede advertir que son coincidentes.

Cuando las medidas de protección que se ordenan son de las más gravosas para la persona investigada, como es el caso de las fracciones I, II y III del artículo 137 del CNPP, debe celebrarse una audiencia dentro de los cinco días siguientes, en la que la jueza o juez de control podrá cancelarlas, ratificarlas o modificarlas, al tratarse de los supuestos que pudieran suponer una afectación mayor a los derechos de la persona contra quien es impuesta la medida.

En esta audiencia se deberá salvaguardar la identidad de la víctima si ésta lo requiere, y se deberán establecer medidas para que la víctima no se confronte presencialmente con su agresor, como permanecer en una sala distinta y que participe en la audiencia a través del método de videoconferencia, acompañada de alguna persona que le brinde apoyo psicológico.

Lo que se pretende con las medidas de protección es evitar que una persona que fue víctima de un delito siga resintiendo los efectos de este, o sufra una nueva agresión, por lo que, los principios de progresividad y pro persona nos exigen que la regla se interprete de manera que se garantice la mayor protección.

Existen diversos ejemplos que dan cuenta de las consecuencias fatídicas de no otorgar medidas de protección a las mujeres adecuadas, eficientes y efectivas. Tal es el caso del informe realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "CIDH") en el caso Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil (CIDH, 2001), presentado por una víctima de violencia doméstica en Brasil que, como consecuencia del abuso físico y los atentados de homicidio perpetrados

por su esposo, actualmente vive con paraplejía, a pesar de haber presentado varias denuncias ante el Estado. O el caso Ángela González Peña vs. España (CEDAW, 2014), del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer ("CEDAW", por sus siglas en inglés), en el que se hizo evidente los efectos negativos de un actuar negligente por parte de las autoridades en casos de violencia doméstica, pues, a pesar de que Ángela González había efectuado al menos 30 "pedidos de protección" y denuncias ante el sistema jurídico español con el fin de que su hija no pasara tiempo a solas con su padre, de quien se había separado en años anterior, sin que se adoptaran medidas para tal fin, su hija resultó asesinada, después de que en una audiencia judicial éste le dijera que "le iba a quitar lo que más le importaba". Así como lo sostenido por la CIDH en el Informe de Fondo 80/11, emitido en el Caso 12.626, Jessica Lenahan Gonzáles y Otros vs. Estados Unidos (CIDH, 2011), en el que resolvió que las autoridades del estado de Colorado no actuaron con la debida diligencia para proteger a Jessica Lenahan —quien además presentaba una doble condición de vulnerabilidad, al ser de origen indígena e hispano— y a sus hijas contra los actos de violencia doméstica cometidos por su exmarido y padre éstas, ya que, a pesar del riesgo inminente a su seguridad, la Corte de Colorado únicamente ordenó a aquél que se abstuviera de molestarles, así como mantenerse a no menos de cien metros del lugar donde ellas se encontraren en todo momento, hasta que un día incumplió las medidas de protección y asesinó a las niñas.

En la imposición de las medidas, las y los juzgadores deben ceñirse a dos estándares cualitativos. El primero de ellos, radica en la obligación negativa de no considerar distinciones normativas, o no implementar las leyes, de modo tal que se menoscaben los derechos de las personas. Así como la obligación positiva, de eliminar toda clase de prejuicio u obstáculo de índole moral o personal, que impida a las personas acceder a la protección judicial.

Sobre este segundo aspecto, es importante destacar que las mujeres que sufren violencia de género enfrentan grandes barreras estructurales que obstaculizan que emprendan acciones para prevenirla, erradicarla y sancionarla, y que generalmente están asociadas a estereotipos de género, tales como: **(i)** que la violencia que denuncian no pasó —desacreditando de entrada su dicho o exigiendo un estándar

probatorio demasiado alto para probar que ha sucedido que no se corresponde con el que debería caracterizar la autorización de estas medidas—; **(ii)** que se admite que el hecho sí ocurrió, pero que no fue "violencia" o "no fue tan grave" —desconociendo que la violencia de género puede manifestarse de distintas formas, no sólo la física, sino también psicológica, patrimonial, económica, sexual y cualquier otra análoga que lesione o sea susceptible de dañar la dignidad, integridad o libertad de las mujeres de acuerdo con el artículo 6 de la LGAMVLV , y que suelen ser la "antesala" de, incluso, feminicidios—; **(iii)** que la víctima o sobreviviente es quien provocó la violencia o que ella misma la consciente —lo que se asocia a estereotipos de lo que se espera de "una buena mujer" o minimizando su denuncia por el tiempo transcurrido, lo que implica desconocer las dinámicas de la violencia.

Al respecto, en el Amparo Directo en Revisión 6181/2016, la Primera Sala de la SCJN explica que las mujeres que están en relaciones violentas difícilmente abandonan esas situaciones por diversos motivos, como la dependencia económica, el aislamiento, la vergüenza de buscar ayuda, la presión social o religiosa de permanecer en una relación violenta, o el miedo de generar represalias o episodios de violencia más agudos en contra de sus hijas o hijos. Por tanto, observar la perspectiva de género en el dictado de medidas de protección, en sí mismo, implica el reconocimiento de los factores vinculados al ejercicio de poder y las condiciones de vulnerabilidad en las que las mujeres y sus hijas e hijos se encuentran, con la finalidad de proteger su integridad y derechos mediante medidas razonables.

Las medidas de protección se deben seleccionar con base en las circunstancias que rodean cada caso, tomando en cuenta la denuncia efectuada por la víctima, la naturaleza de la violencia alegada, y el riesgo de la víctima, desde un enfoque interseccional, esto es, considerando otros componentes de su identidad como la edad, factores socioeconómicos, la etnicidad, entre otros.

El Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio ("OCNF") ha afirmado que para garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia las autoridades "*deben prevenir, atender, investigar, sancionar y reparar el daño que la violencia*

inflige en la vida de las mujeres. Por eso, cuando los estados son omisos en el establecimiento de medidas de protección (…) están incurriendo en violencia institucional" (OCNF, 2013).

Otro aspecto fundamental al momento de autorizar o revisar una medida de protección es tomar en consideración el tiempo en que éstas deben permanecer, que debe ser necesario hasta en tanto la víctima, deje de estar expuesta al riesgo. Sobre este tema es importante puntualizar que, si bien el artículo 139 del CNPP establece que la imposición de las medidas de protección tendrá una duración máxima de sesenta días naturales, prorrogables hasta por treinta días, el numeral 28 de la LGAMVLV faculta a la autoridad a ordenarlas por el tiempo que dure la investigación o prolongarse hasta que cese la situación de riesgo para la víctima. En ese sentido, el CEDAW ha exhortado a los Estados a garantizar que las autoridades que intervienen en su aplicación sean conscientes de la importancia de su emisión en casos en que las víctimas corran riesgo, para lo cual deben adoptar las medidas necesarias para mantener la duración de las mismas hasta en tanto la víctima deje de estar expuesta al riesgo.(CEDAW, 2012) Una medida en esos términos, definitivamente, es la interpretación del artículo 139 del CNPP conforme a lo dispuesto en el diverso 28 de la LGAMVLV.

Además, las medidas de protección deben ser claras, integrales, flexibles y adaptables, de tal manera, que las víctimas y sus familias recuperen la sensación de seguridad frente a posibles amenazas o represalias posteriores del agresor; y procurar otorgarlas con la sola declaración de la víctima, sin necesidad de que ello se condicione a mayores diligencias judiciales que impliquen un aumento en el riesgo para ella el riesgo para ella.

Aunado a lo anterior, en la sentencia emitida en el **Amparo en Revisión 24/2018** se realiza un estudio exhaustivo de los artículos 27 a 33 de la LGAMVLV, en el que se concluye que las *medidas de protección salvaguardan la integridad física y psicológica de una mujer* que aduce ser víctima de algún tipo de violencia, de tal forma, que la existencia de la ley que prevé una protección especial a las mujeres va de acuerdo con los mandatos constitucionales y convencionales, pues brinda soluciones normativas específicas a las mujeres que constituyen un grupo social

en situación de desventaja producto de una discriminación estructural, sin restringir ni suprimir derechos de terceros, en específico de los hombres.

En conclusión, al analizar una medida de protección es importante que las autoridades judiciales:

- Pongan en el centro las necesidades de la víctima o sobreviviente: lo que para algunas puede ser efectivo, para otras no, por lo que es indispensable **escuchar y atender a sus necesidades**. Por ejemplo, la estancia en un centro de acogida o refugio para mujeres víctimas de violencia puede ser la única opción posible para salvaguardar la vida e integridad de unas mujeres, mientras que para otras no sea la medida más idónea.

- **Contextualicen e individualicen la medida**, de tal forma que se salvaguarde la vida e integridad de las mujeres, así como la de sus hijas e hijos u otras personas que estén a su cuidado, desde un enfoque interseccional, que atienda a la realidad de todas las mujeres, por ejemplo, las mujeres indígenas, con discapacidad o en situación migrante.

- Tengan como **suficiente el dicho o solicitud de la víctima de violencia de género,** para otorgar las medidas de protección. Recordemos que las mujeres víctimas de violencia de género enfrentan grandes obstáculos para acudir al sistema de justicia en busca de protección, por factores contextuales, personales, relacionales y de violencia institucional, por lo que se debe privilegiar su perspectiva frente al riesgo de experimentar violencia.

- Usen **herramientas tecnológicas** que eviten la confrontación con su agresor —para ello se sugiere consultar el apartado de la declaración de la víctima en la etapa de juicio e, incluso, adoptar medidas para su ingreso seguro al órgano jurisdiccional, de manera que se evite un posible encuentro fuera de la sala entre ambos—, y hacer **uso de las medidas de apremio**, más allá del apercibimiento, de tal manera que se incentive la vigilancia y cumplimiento de las medidas de protección.

- **Garanticen los derechos específicos y realicen los ajustes que resulten necesarios al procedimiento**. Por ejemplo, en el caso de mujeres indígenas, se debe garantizar que estén asistidas por intérprete que tenga conocimiento de su lengua y cultura (Tesis [J]: 1a./J. 60/2013); o en el caso de mujeres con discapacidad, realizar las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas en un caso particular para garantizarles participar en los procesos judiciales en igualdad de condiciones (Tesis 1a. CXLVIII/2018).

4. Providencias precautorias

En nuestro sistema jurídico la reparación del daño es un derecho fundamental y uno de los objetivos del proceso penal (CPEUM, artículo 20, apartado A, fracción I, y apartado C, fracción IV; y CNPP, artículo 109, fracción XXV). Ahora bien, para la tutela efectiva de este derecho, no basta con que existan mecanismos para ejecutar las sentencias en las que se haya condenado a la reparación del daño, pues, de ser así, en un gran número de casos este derecho quedaría solamente en papel, por haberse desvanecido u ocultado el patrimonio de la persona que habría de tener que pagarlo, entre el momento en el que se comete el delito y aquel en el que se dicta la sentencia condenatoria.

Este problema no puede ser atendido con la imposición de medidas cautelares pues el artículo 155 del CNPP expresamente prohíbe que se utilicen como medio para obtener un reconocimiento de culpabilidad o como sanción penal anticipada (CNPP, artículo 155, párrafo segundo). Por lo anterior, el legislador previó la figura de las "providencias precautorias", que faculta tanto a las víctimas u ofendidas, como a la fiscalía, a solicitar a la jueza o juez de control que ordene el embargo de bienes o la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero, cuando se cuente con datos de prueba de los que se desprenda la posible reparación del daño y la probabilidad de que la persona imputada será la responsable de repararlo (CNPP, artículo 138).

En este sentido, para el otorgamiento de providencias precautorias, se debe acreditar que es posible que: **(i)** se haya cometido un delito; **(ii)** el delito causó un

daño a la víctima; y **(iii)** los bienes que se solicita sean embargados o inmovilizados, corresponden a quien probablemente tendrá que repararlo.

Al analizar esta figura con una perspectiva de género, podemos advertir, al menos, cuatro elementos que debeos tomar en cuenta. Primero, que, en casos de violencia intrafamiliar, las providencias precautorias pueden ser una medida para proteger a las mujeres y demás integrantes de la familia de sufrir algún detrimento en el patrimonio familiar como forma de violencia patrimonial y, de esa forma, asegurar, no sólo el pago de la eventual reparación del daño, sino incluso su subsistencia.

Segundo, que la reparación del daño debe ser integral de acuerdo con la jurisprudencia interamericana, lo que implica el otorgamiento de indemnizaciones pecuniarias que se hagan cargo del daño material —pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan nexo causal con los hechos del caso, entre lo que se encuentra el daño emergente, el lucro cesante o la pérdida de ingresos— e inmaterial —sufrimiento, aflicciones y alteraciones de carácter no pecuniario causados a la víctima directa y a sus familiares— (Corte IDH, 2020). Por tanto, el patrimonio asegurado con esta medida deberá partir de esta perspectiva.

Tercero, que las mujeres han sido histórica y sistemáticamente excluidas del manejo de las finanzas en el hogar y del sistema financiero en general, lo cual se traduce en mayores dificultades para identificar y cuantificar los bienes de sus parejas, por lo que las autoridades judiciales podrán allegarse de la información que resulte necesaria para determinar los bienes que serán embargados.

Cuarto, que a menudo los delitos de los que son víctimas las mujeres acontecen en un contexto de subordinación laboral. En este sentido, no solamente puede resultar responsable la persona física involucrada directamente en el delito denunciado sino también las personas jurídicas que hubiesen facilitado la comisión del delito o se hubiesen beneficiado del mismo. En este sentido, por ejemplo, destaca aquel caso de una mujer que fue estrangulada por una persona con la que trabajaba en una tienda departamental de la Ciudad de México y, luego del hecho, el gerente y otros dos empleados ocultaron y manipularon indicios (incluyendo

el cuerpo de la mujer sin vida) para que pareciera que la mujer había muerto por causas naturales (CNPP, artículo 421). En este caso, la empresa también podría ser encontrada penalmente responsable y, por ende, tendría que reparar el daño causado.

5. Impugnación a las determinaciones del Ministerio Público

A partir de las reformas al sistema de justicia penal, de 2008, el papel de las víctimas u ofendidas es mucho más protagónico de lo que lo era en el sistema tradicional inquisitivo. Una de las principales manifestaciones de este nuevo protagonismo es su derecho a impugnar las omisiones en que incurra la autoridad judicial en su labor investigadora (CPEUM, artículo 20, apartado C, fracción VII; CNPP artículo 109, fracción XXI).

Al resolver la Contradicción de Tesis 233/2017, la Primera Sala de la SCJN resolvió que ese derecho abarca cualquier omisión en que incurra el Ministerio Público durante la etapa de investigación, que tenga como efecto paralizar, suspender o terminar una investigación, además de las que expresamente regula sobre la abstención de investigar, el archivo temporal, la aplicación de un criterio de oportunidad y el no ejercicio de la acción penal, con la finalidad de que sea una jueza o juez de control quien determine, de manera ágil y habiendo escuchado a las partes, si la actuación de la fiscalía está legalmente justificada o no.

Esto responde, señaló la Primera Sala, a que dentro de las funciones de las juezas y jueces de control está el que se respeten las garantías de las partes y que la actuación de la fiscalía sea apegada a derecho. De este modo, es ideal que la víctima u ofendida tenga la oportunidad de recurrir ante la autoridad judicial, y no ante la propia institución de la que se queja, especialmente cuando puede dejársele en estado de indefensión a la víctima, sin la posibilidad de que se le haga justicia y se le repare el daño.

A menudo, cuando nos encontramos en una audiencia de impugnación a las determinaciones del Ministerio Publico, el punto de debate y análisis se centra en

la existencia o inexistencia de medios de prueba pendientes por desahogarse, en concreto, cuyo resultado podría contradecir los razonamientos que llevaron a la fiscalía a concluir que no hubo delito, que no hay manera de establecer si hubo delito o dar con su responsable, o que existe un impedimento legal para iniciar un proceso penal.

En este análisis, el juzgar con perspectiva de género se puede traducir, el menos, en tres consideraciones que debemos tener en cuenta.

Primero, que las mujeres suelen tener recursos económicos y materiales más limitados que los de los hombres, particularmente en contextos de violencia de género y cuando se han dedicado a las labores de los cuidados y del hogar, lo que se traduce en una mayor dificultad para llevar a cabo una investigación independiente de la de la fiscalía. En ese sentido, debemos tener cuidado a quién se cobran las incertidumbres que pudiesen persistir en la investigación y durante el debate de la impugnación. Si existen periciales relevantes para la investigación, videos por obtener, declaraciones por recabar, es evidente que es la fiscalía, y no la víctima, la que debe ocuparse de su obtención.

Si no se debaten elementos de prueba concretos pendientes de desahogarse, al menos, antes de resolver sobre la impugnación, debemos verificar que se le haya informado a la víctima de su derecho de contar con asesoría jurídica y de las instituciones que proporcionan estos servicios de forma gratuita, para efectos de que procurar que cuenten con asistencia técnica en su pretensión de que se haga justicia por el delito del que fueron víctimas y que se les repare el daño, como lo puede ser la Comisión Ejecutiva de Asistencia a Víctimas —en adelante "CEAV"— o las diversas Procuradurías para la Defensa de la Mujer. Para tal efecto, podemos apelar a los estándares sobre la defensa material adecuada establecidos por la Primera Sala de la SCJN en el Amparo Directo en Revisión 1183/2018, para efectos de verificar que la víctimas o sobrevivientes de un delito hayan contado con una asesoría adecuada.

En ese sentido, la persona abogada que funja como defensora o asesora jurídica debe satisfacer un estándar mínimo de diligencia en el cumplimiento de sus

deberes, lo que implica que se aseguren de que se respeten los derechos de la persona imputada y que las decisiones emitidas en el curso del procedimiento penal se encuentren ajustadas a derecho. Dicha actuación diligente deberá ser controlada por las autoridades judiciales en su calidad de garante y rector del procedimiento penal.

Segundo, que muchos de los delitos que afectan de manera preponderante a las mujeres, como lo son los delitos sexuales o los que se cometen en el contexto laboral o intrafamiliar, se sustentan predominantemente en testimoniales de las propias víctimas. En este sentido, debemos tomar en cuenta que permitir que la fiscalía archive investigaciones porque los hechos "solamente se sustentan en las declaraciones aisladas de la víctima" o porque éstas declaraciones presentan algunas inconsistencias, implica desconocer las circunstancias en las que estos delitos se cometen e imposibilita su persecución, dejando fuera del alcance de las víctimas la posibilidad de que se les haga justicia o se les repare el daño —para ello, conviene consultar los estándares de valoración de prueba en los casos de violencia de género que se indican en el apartado del juicio oral—.

Tercero, en el caso de muertes violentas de mujeres que son concluidas sin ejercer acción penal, por considerar, por ejemplo, que se trataron de suicidios o accidentes, cobra especial relevancia este medio de control de la actuación de la fiscalía, pues a partir de este mecanismo las y los jueces de control deben analizar si su actuación cumplió con la obligación de actuar con debida diligencia, consagrado en el artículo 7, inciso b), de la Convención de Belém do Pará, a la luz de lo sostenido por la Corte IDH en el caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, y en el Amparo en Revisión 554/2013 (sobre el feminicidio de Mariana Lima Buendía). En ese sentido, las autoridades judiciales deberán velar porque en los casos de muertes de mujeres, incluidas aquellas que *prima facie* parecerían haber sido causadas por motivos criminales, suicidio y algunos accidentes, se analicen con perspectiva de género, para poder determinar si hubo o no razones de género en la causa de la muerte y para poder confirmar o descartar el motivo de tal suceso, para lo cual se deben realizar diligencias particulares para determinar si la víctima estaba inmersa en un contexto de violencia, entre otras.

Tal como lo estableció la Primera Sala en el caso de Mariana Lima Buendía, en la línea de "*Campo Algodonero*", "es particularmente importante que las autoridades encargadas de las investigaciones de actos de violencia contra las mujeres las lleven a cabo con determinación y eficacia", a fin de evitar que se envíe el mensaje "de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en la administración de justicia".

No obstante lo anterior, habría que mencionar que, desde un entendimiento amplio del derecho de las víctimas de acceder a la justicia desde una perspectiva tridimensional —formal, sustantiva y estructural—, éstas deberían tener oportunidad de acudir a las y los jueces de control a impugnar cualquier determinación que se considere en detrimento de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, en la línea de lo determinado por la Primera Sala de la SCJN en el Amparo en Revisión 1284/2015 (sobre el feminicidio de Karla del Carmen Pontigo Lucciotto). Desde ese enfoque, este mecanismo procesal debería funcionar también para garantizar que, desde el inicio de la investigación, las víctimas tengan derecho a recibir información y a intervenir de manera activa en todos los trámites y rumbo de las diligencias, y a impugnar las omisiones en las que incurra el Ministerio Público al respecto, especialmente ante la obligación de investigar con la debida diligencia en la investigación de las violencias de género.

III. La investigación complementaria

La segunda fase de la etapa de investigación es la que se conoce como la investigación complementaria. Inicia con la formulación de la imputación y concluye cuando se agota el tiempo concedido por la jueza o juez de control a las partes para perfeccionar la investigación desarrollada antes de la audiencia inicial.

Si bien sigue formando parte de la etapa de investigación, lo cual corresponde a la función ministerial (CNPP, artículo 141), en esta fase inicia formalmente el proceso penal, por lo que se caracteriza por una mayor intervención judicial. Es decir, la función judicial no se limita únicamente a velar por el respeto de los derechos de las partes, sino también se debe ocupar de la regularidad del procedimiento.

1. Formas de conducción de la persona imputada al proceso

Cuando la fiscalía estima que cuenta con elementos para llevar un asunto a sede judicial, debe solicitar que la persona imputada sea conducida al proceso de alguna de estas 3 formas: citatorio, orden de comparecencia u orden de aprehensión (CNPP, artículo 141).

La opción por omisión, que no requiere justificación, es el citatorio; esto es, llamar a la imputada a que comparezca ante la jueza o juez voluntariamente, sin el uso de la fuerza pública. Para ello, únicamente se requiere que la fiscalía anuncie que cuenta con los datos de prueba necesarios para establecer que se ha cometido un delito y que existe la probabilidad de que la persona imputada lo cometió y especifique las características legales aplicables al hecho (el tipo penal y su forma de intervención).

Si la persona imputada es llamada a comparecer mediante citatorio, pero aun así no acude a la audiencia, el órgano jurisdiccional habrá de darle la oportunidad de que justifique su inasistencia, en aras de determinar si su incomparecencia puede atribuírsele a la persona imputada o si se ausentó por causas ajenas a su voluntad. Si no justifica su inasistencia, la fiscalía podrá solicitar, y la jueza o juez de control habrá de emitir, una orden de comparecencia, para efectos de que, con el auxilio de la fuerza pública, sea llevada a la audiencia respectiva en una fecha y hora determinada. Si la persona contra la cual se ha librado una orden de comparecencia la evade intencionalmente, o por alguna otra razón la fiscalía considera que existe necesidad de cautela, podrá solicitar que sea conducida ante el órgano jurisdiccional mediante orden de aprehensión.

En términos procesales, hay necesidad de cautela cuando existe un riesgo fundado de que, si se hace del conocimiento de la persona imputada que se pretende iniciar un proceso penal en su contra, ésta podría sustraerse de la acción de la justicia (CNPP, artículo 168), obstaculizar el desarrollo de la investigación o del proceso (CNPP, artículo 169), o causar un daño a la víctima, ofendida, testigos o la comunidad (CNPP, artículo 170).

Lo relevante respecto a la forma de conducir a una persona al proceso, entonces, no es el tipo de imputación que hace la fiscalía o que tan sustentada está la imputación, pues mientras ello no se debata en audiencia en la que se observen los principios de publicidad, contradicción, oralidad, inmediación, continuidad y concentración, cualquier pronunciamiento al respecto estará viciado. Lo que en realidad determina esta cuestión es la actitud mostrada por la persona imputada hacia el proceso o la que puede esperarse, con base en razones particulares al caso y comprobables, de enterarse que se pretende iniciar un proceso en su contra. Las razones por las cuales podemos asumir que puede poner en riesgo la integridad del proceso o de quienes habrán de intervenir en él.

Ahora bien, el juzgar con perspectiva de género, desde aquí, nos impone a las juezas y jueces de control la obligación de tomar en consideración la situación de las mujeres a la hora de dar la oportunidad de justificar las razones por las cuales, cuando estén en conflicto con la ley, pudo haber no asistido a una audiencia. No podemos pasar por alto, por ejemplo, que son múltiples las obligaciones sociales que se les han impuesto particularmente a las mujeres que si no son consideradas por las autoridades judiciales pueden dar lugar a actos de discriminación. Las responsabilidades derivadas de los deberes de cuidado, por nombrar una de estas, recaen predominantemente en las mujeres, e incide en su posibilidad de asistir a una citación judicial. Si la persona imputada es la única encargada del cuidado de sus hijas o hijos, de sus familiares mayores, evidentemente ello influirá en su facultad de hacer acudir a una audiencia.

No tomar esta circunstancia en consideración, no dar la oportunidad de justificar su inasistencia es, en el mejor de los casos, despreciar la realidad de muchas mujeres, y, en el peor, equivale a castigarlas por cumplir con una obligación que la sociedad les ha impuesto. En cualquier caso, es un acto discriminatorio y transgrede el artículo 1º constitucional.

Si se trata de una orden de aprehensión, por su parte, debemos analizar de forma exhaustiva la realidad de las mujeres y las posibilidades reales de que se sustraiga de la acción de la justicia, de que destruya pruebas o que genere un daño en contra de las víctimas, los testigos, o cualquier otra persona. En este sentido, los

deberes de cuidado a los que hemos aludido, no solo representan un obstáculo para que una mujer pueda tomarse el tiempo de acudir a una diligencia judicial, sino que también hacen menos probable que se sustraiga de la acción de la justicia, por lo que, si se pretende solicitar y librar una orden de aprehensión en contra de una mujer porque supuestamente existe el riesgo de que se sustraiga de la acción de la justicia, la fiscalía debe abordar lo que ello implicaría tanto para ella, que tiene a personas bajo su cuidado, como a las personas que dependen de ella.

Por el otro lado, cuando se solicita una orden de aprehensión en contra de una persona por un delito en el que se tiene a una mujer como víctima, como jueces y juezas no podemos pasar por alto el riesgo que puede representar el que la persona señalada como su agresora se entere que se pretende iniciar un proceso penal en su contra, lo que justificaría la necesidad de conducirle a partir de una orden de aprehensión. En este sentido, se puede considerar, incluso, la necesidad de ordenar medidas de protección para garantizar su derecho a que se le provea protección cuando exista riesgo para su vida o integridad personal (CNPP, artículo 141, fracción XVI).

2. Ajustes procesales

Previo a llevar una audiencia, o cualquier otra diligencia judicial, es importante que todas las personas servidoras públicas que tengan contacto con la persona investigada, víctima u ofendida verifique si es necesario hacer ajustes para atender su condición especial, vulnerable o diversa. Es deber del Estado brindar la protección especial y necesaria, cuando exista duda o cuando de manera palpable se adviertan casos excepcionales, tales como si una persona es indígena, extranjera, y/o de diversa identidad y orientación sexual; en virtud, que el reconocimiento de su persona y su condición conllevará indefectiblemente a un trato justo y razonable. Toda vez que el parámetro de regularidad constitucional del derecho a la igualdad y a la no discriminación, especialmente en personas en situación de desventaja histórica, conlleva a que sus derechos sean respetados de la misma manera. Una guía práctica para actuar desde esta perspectiva son las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulne-

rabilidad, aprobadas por la XVI Cumbre Judicial Iberoamericana en marzo de 2008.[6]

Como mencionábamos en el apartado de medidas de protección, en el caso de mujeres indígenas, las autoridades judiciales deben garantizar, entre otros derechos, que estén asistidas por intérprete que tenga conocimiento de su lengua y cultura (Tesis [J]: a./J. 60/2013), de conformidad con lo establecido en el artículo 2º CPEUM fracción VIII, cuya función no se limita a transmitirle fielmente lo que se dirime en la audiencia, sino a ponerles en un contexto jurídico lo que se está ventilando en el proceso, a fin de que esté debidamente informada, con base en su cosmovisión, los sistemas normativos, usos y costumbres y el modo de ser indígena (Amparo Directo 48/2012) Solo cuando las autoridades judiciales adviertan, de manera evidente, que la persona que se autoadscribe y reconoce como indígena (Tesis [J] 1a./J. 58/2013) tiene un desenvolvimiento aceptable sobre el entendimiento en el idioma español, podrá renunciar a su derecho a un intérprete (Tesis [J] 1a./J. 61/2013). Por ejemplo, en los casos Fernández Ortega y otros v. México y Rosendo Cantú y otra v. México, resueltos por la Corte IDH, se responsabilizó al Estado Mexicano por no haber garantizado el derecho al intérprete de Inés Fernández y Valentina Rosendo Cantú, dos mujeres indígenas pertenecientes a la comunidad de Me´phaa, del estado de Guerrero, víctimas de tortura sexual en su contra por parte de agentes militares.

En el caso de mujeres con discapacidad, las autoridades judiciales deben realizar las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas —"ajustes razonables"— para garantizar que puedan acceder a la justicia en igualdad de condiciones, atendiendo a la diversidad funcional —física, mental, intelectual o sensorial—, en sus tres dimensiones: (i) jurídica, de manera que se les garantice acceso efectivo a los procedimientos judiciales por sí mismas; (ii) física, de manera que puedan acceder a los centros de justicia; y (iii) comunicacional, de manera que la información se les proporcione en formato de comunicación de fácil comprensión, como lenguaje de señas, texto de lectura fácil o el sistema de escritura Braille (Amparo Directo en Revisión 3788/2017).

[6] Disponibles en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf.

Otra situación especial que habría que destacar es la de las mujeres en situación de movilidad, quienes también enfrentan barreras extraordinarias al denunciar violencia en su contra por el riesgo a verse sometidas a procedimientos de expulsión, lo que pudiera desincentivar su participación en los procesos judiciales en su carácter de víctimas, ofendidas o testigos de un delito. Ante esa realidad, las autoridades judiciales también están obligadas a adoptar medidas. Entre ellas destaca lo establecido en el artículo 52, fracción V, inciso a, de la Ley Nacional de Migración, y, en el caso de víctimas del delito de trata de personas, en el artículo 78 de la Ley General Para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, conforme a los cuales las personas extranjeras que tienen el carácter de víctima, ofendida o testigos de un delito cometido en territorio nacional —como es este el caso— tienen el derecho a que tanto ella, como sus ascendientes y descendientes en primer grado, permanezcan en el territorio nacional, entren y salgan del país cuantas veces lo deseen y trabajen a cambio de una remuneración en el país, con el carácter de *visitante por razones humanitarias*, hasta que concluya el proceso, pudiendo solicitar la condición de residente permanente, una vez que concluya.[7]

Además, se debe atender a otras circunstancias derivadas del contexto en el que se encuentren en un determinado momento. Por ejemplo, en la causa penal 170/2018 del Centro de Justicia Penal en el Estado de México, con residencia en Nezahualcóyotl, que se seguía por el delito de *secuestro*, una mujer acusada de haber participado como cuidadora de la víctima fue detenida y recluida en el Centro Penitenciario y de Reinserción Social de Nezahualcóyotl, cuando estaba en su último trimestre de embarazo. Dio a luz estando privada de su libertad y la menor permaneció con su madre, en el centro penitenciario, durante todo el proceso, de conformidad con el párrafo tercero del artículo 36 de la Ley Nacional de Ejecución de Penas.

Cuando llegó la fecha de la audiencia de juicio se ordenó el traslado de la mujer acusada y llegó del centro penitenciario al Centro de Justicia acompañada de su

[7] Para un mayor desarrollo sobre el tema, véase Protocolo para Juzgar Casos que involucren Personas Migrantes y Sujetas de Protección Internacional (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021), particularmente las páginas 156 y 170 a 174.

hija menor, a pesar de que no había familiares en el recinto judicial que se pudiesen hacer cargo de la niña y en ningún momento se informó de tal circunstancia al tribunal de enjuiciamiento. Por tanto, hasta ese momento no se había anticipado ni ordenado medida alguna para el cuidado y la protección de la menor, y la madre fue enfática en que no quería que la menor fuese cuidada por las trabajadoras sociales del penal, por psicólogas oficiales o por personal de la CEAV

En ese momento, se solicitó el auxilio del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de las Familias y del Sistema Municipal Para El Desarrollo Integral De La Familia de Nezahualcóyotl, pero ninguna de estas instituciones atendió el llamado del tribunal. Consecuentemente, se le preguntó a la madre cuál consideraba que era la mejor manera de atender a esta situación, y propuso que fuese cuidada por otra mujer que también estaba interna en el mismo centro penitenciario, con quien había convivido la menor toda su vida y con quien había generado una relación íntima y de confianza.

En atención a lo anterior, se pospuso la audiencia de juicio oral, únicamente por el plazo necesario para hacer los ajustes propuestos por la acusada, se ordenó el traslado de la mujer que propuso la madre para que cuidara a su hija, y permanecieron en la sala de lactancia del órgano jurisdiccional durante las sesiones del juicio oral. Se realizaron pausas constantes para que la madre pudiese estar con su hija, y después de cada sesión se le preguntó sobre medidas adicionales que se pudiesen tomar o ajustes a las medidas ya ordenadas, para efectos de proteger a la niña y que se sintiese cómoda y segura.

Como podemos imaginar, la situación fue difícil. El resultado, lejos de óptimo. Sin embargo, lo relevante de aquella situación fue que, ante una situación imprevista, no contemplada en la ley, se atendió al interés superior de la menor y a la voluntad de la mujer, como factores determinantes para hacer los ajustes necesarios y minimizar el impacto que el proceso penal habría de tener en sus derechos fundamentales, en cumplimiento de su deber de respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el procedimiento, previsto en la fracción 134 del CNPP.

3. Audiencia inicial

La audiencia inicial es la primera fase de la etapa judicial, donde se sientan las bases del proceso. En ella, la fiscalía informa a la persona imputada los hechos por los que está siendo investigada y se pretende llevarla a juicio y el órgano jurisdiccional resuelve sobre la legalidad de la detención, si debe ser vinculada a proceso, las medidas cautelares que deben imponerse y el plazo de cierre de investigación complementaria (CNPP, artículo 307).

a. Control de la detención

Cuando una persona es detenida por urgencia o flagrancia debe ser puesta a disposición de la autoridad judicial competente, quien deberá ratificar la detención o decretar su libertad reservas de ley (CPEUM, artículo 16, párrafo séptimo). En estos casos, el órgano jurisdiccional debe dar la oportunidad a la fiscalía para que justifique las razones de la detención (el por qué considera que se actualizó el supuesto de flagrancia o caso urgente), escuchar a la defensa (con respeto a la garantía de audiencia y control de la información) y proceder a calificarla de legal, cuando se encuentra ajustada a derecho, u ordenar su libertad cuando no (CNPP, artículo 308).

Como ha señalado la Primera Sala de la SCJN, la finalidad primordial que conlleva este control de la detención es proteger el derecho a la libertad personal de las imputadas e imputados, por tratarse de supuestos excepcionales a una orden judicial, en la que el control judicial se da previo a la detención (Contradicción de Tesis 444/2019). Cuando la detención se da por orden de comparecencia o de aprehensión, el control judicial es previo a la restricción de la libertad, por lo que en estos supuestos se procede directamente a la formulación de la imputación (ibid). La flagrancia o caso urgente, por el otro lado, constituyen casos excepcionales que deben ser revisados por la autoridad judicial (CPEUM, artículo 16).

Lo flagrante es aquello que "brilla a todas luces, que es evidente e inconfundible" (ibid). Esto sucede cuando puede observarse directamente que la acción delictiva se está cometiendo en ese instante o cuando existen elementos objetivos para establecer que se estaba cometiendo en el momento inmediato anterior, y la persona

es perseguida materialmente y sin interrupción (CNPP, artículo 146). En estos casos, el delito es flagrante porque no existe un elemento de sorpresa para quien lo advierte; la posibilidad de que la conducta advertida sea lícita es poca o nula. Si hubiese incertidumbre, no habría flagrancia, y la detención requeriría estar precedida por el dictado de una orden de aprehensión. Por ello, como justificación para restringir el derecho fundamental a la libertad personal, la flagrancia siempre debe actualizarse antes de la detención. Por ende, una persona no pude ser detenida por la sospecha de que pudiera estar cometiendo un delito, de que está por cometerlo o porque está involucrada en la investigación de un hecho posiblemente delictivo.

A su vez, la detención por caso urgente es aquella que sucede cuando una persona es investigada por un delito "grave", la fiscalía advierte un riesgo fundado de que pueda sustraerse de la acción de la justicia y no puede acudir ante la autoridad judicial para obtener una orden de aprehensión sin que el riesgo de fuga se materialice, por lo que el Ministerio Publico es quien la ordena (CNPP, artículo 150).

La función jurisdiccional en estos casos de excepción, entonces, consiste en verificar que la detención no haya sido arbitraria o atentado contra los derechos fundamentales de las personas. Se trata de analizar si la detención se dio porque la comisión del delito era evidente para quien la realizó —en el caso de flagrancia—, o porque no la fiscalía no podía esperar 24 horas —que marca la ley como plazo máximo para que la autoridad judicial libre una orden de aprehensión contra la persona investigada— (CNPP, artículo 143), pues en ese inter la persona investigada probablemente se habría sustraído de la acción de la justicia.

A menudo la flagrancia delictiva no se advierte de manera inmediata, sino que está precedida por restricciones provisionales, momentáneas, al ejercicio del derecho a la libertad personal, que ejecutan elementos de seguridad pública con motivo de sus funciones de prevención del delito para salvaguardar su integridad o para corroborar la identidad de alguna persona con base en información de delitos previamente denunciados.[8]

[8] Véase las sentencias recaídas al Amparo Directo en Revisión 3463/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 22 de enero de 2014; y

Si bien estas restricciones no requieren estar precedidas por una orden judicial, siempre deben estar precedidas por una "sospecha razonable", objetiva y empíricamente comprobable, que permita a la autoridad suponer que una persona puede estar cometiendo una conducta ilícita (Amparo Directo en Revisión 1596/2014). En esos casos, precisó la Primera Sala, se "debe prestar especial atención en los motivos que condujeron a la autoridad a restringir temporalmente los derechos de una persona, debiendo descartar aquellos que pudieran haberse basado únicamente en la apariencia del sujeto o en razones meramente discriminatorias" (Tesis [A]: 1a. LXXXIII/2017) De otra manera, el actuar de la autoridad, y todo lo que de ella resulte, incluyendo la detención y los medios de prueba obtenidos de ella, carecerán de validez.

Finalmente, el órgano jurisdiccional debe verificar que durante la detención policial y la retención ministerial no se hayan violado los derechos fundamentales de la persona detenida, para lo cual debe corroborar que fue informada de sus derechos desde el momento de su detención, que recibió un trato digno en todo momento y que la autoridad no se haya excedido de los plazos establecidos por la constitución para poner a disposición de la autoridad judicial a la persona imputada.

Respecto de esta etapa, hemos identificado 3 etapas en los que es crucial asumir una perspectiva de género:

En primer lugar, al analizar la "sospecha fundada", pues ésta no puede ser basada en prejuicios o estereotipos, o perfilamientos a partir del aspecto o las actividades de las personas. Por ejemplo, tal como lo refiere el informe *Mujeres trans privadas de la libertad: la invisibilidad tras los muros* (García Castro & Santos, 2020), derivado de las situaciones de pobreza, exclusión social, violaciones a sus derechos a la salud, empleo, educación, vivienda, y de discriminación y violencia que suelen experimentar, las mujeres trans a menudo trabajan en economías informales altamente criminalizadas, como el trabajo sexual, asociado al consumo de drogas, que ocasiona que la policía las perfile como "peligrosas", haciéndolas más vulnerables

Amparo Directo en Revisión 1596/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 3 de septiembre de 2014.

a ser objeto de abusos policiales, tales como revisiones injustificadas y detenciones arbitrarias. En términos similares, la CIDH en su *Informe sobre personas trans y de género diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales* (Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, 2020) externó preocupación por las detenciones ilegales, acoso y discriminación que sufren las personas homosexuales, bisexuales, transexuales, transgénero, y otras de género diverso, como formas de violencia institucional en su contra.

Otro ejemplo que conviene referir es el caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco v. México, en el que la Corte IDH concluyó que la actuación de las autoridades de seguridad al desarrollar los operativos del 3 y 4 de mayo de 2006, en San Salvador Atenco, Estado de México, se caracterizó por el uso de la fuerza de manera indiscriminada y excesiva contra toda persona que asumieran formaba parte de los manifestantes y que, particularmente, en el caso de las once mujeres víctimas de tortura sexual estaban ejerciendo conductas completamente pacíficas o de resguardo de su integridad cuando fueron detenidas.

Cabe resaltar que persisten en el imaginario colectivo, no sólo de las y los operadores de justicia, sino de la población en general, ideas preconcebidas respecto de perfiles "proclives a la delincuencia", en donde se criminaliza la pobreza, la pertenencia a un grupo social marginalizado, la desobediencia a un mandato social o en muchos de los casos donde son las mujeres imputadas por algún hecho ilícito, las relaciones personales de éstas con grupos o personas vinculadas a actividades criminales. De ahí que sea necesario reflexionar en torno a los valores que subyacen al momento de calificar una detención, cuidando que ésta no esté basada en una sospecha impregnada de prejuicios o estereotipos, volviéndola así, arbitraria.

En segundo lugar, al analizar la flagrancia, cuando se ejecuta un cateo, por ejemplo, y se encuentra un objeto ilícito, debemos analizar los hechos con una perspectiva de género y preguntarnos "¿por qué estaba ahí la mujer?". En este sentido, como discutimos en el apartado de técnicas de investigación, se debe tener cuidado de no criminalizar el parentesco o relación laboral de la mujer con una persona que puede haber estado cometiendo un hecho delictivo. En este sentido, el análisis

de la flagrancia no puede limitarse a establecer que una mujer estaba en un inmueble en el momento en el que se ejecutó un cateo en el que se aseguraron objetos delictivos, sino que debe tomarse en consideración las razones por las cuales la mujer estaba en ese lugar y contrastarlas con los elementos que se obtengan para establecer si tuvo injerencia en los hechos delictivos que se investigan, siendo inadmisible asumir complicidad por el mero hecho de ser cónyuge/pareja o empleada de la persona investigada.[9]

Por ejemplo, en la sentencia dictada en la Causa Penal 3/2017 del Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de México, con residencia en Almoloya de Juárez, "Altiplano", se analizó la situación de una mujer ("Nadia"), quien fue detenida junto con su pareja (Gonzalo"), en un domicilio donde se encontraron armas y cartuchos del uso exclusivo de las Fuerzas Armadas, y marihuana, a partir de la ejecución de un cateo. En dicha resolución se destacó la especial situación de vulnerabilidad en la que se encontraba Nadia al momento del cateo, que le impidieron oponerse al resguardo de los objetos bélicos y el narcótico en el domicilio familiar, y ejercer dominio jurídico o físico sobre ellos, principalmente considerando que las mujeres en la comunidad gitana tienen como actividad preponderante las labores de cuidado de los hijos y las domésticas —lo cual incluso manifestó Gonzalo al momento de rendir su declaración: "como todas las esposas de los gitanos, en mi casa, sólo ejerce dos cosas: cuidar a los niños y cocinar y mantener la casa limpia, es lo único que hace (…) no tiene nada que ver con mis negocios (…) no debe estar aquí [en la audiencia como acusada], tiene que estar cuidando a mis hijos—, además de que se encontraba enferma de varicela. Si bien la situación de Nadia se consideró hasta etapa de juicio, se pudo haber considerado desde el control de la detención para que no tuviera que enfrentar un proceso penal que desde su origen tenía elementos para que se le dejara en libertad.

En tercer lugar, al analizar el plazo de retención, las autoridades judiciales deben considerar la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran las mujeres a sufrir violencia sexual por parte de los agentes aprehensores. Sobre este punto habría que enfatizar que la llamada "Guerra contra el Narcotráfico" y el

[9] Véase el apartado de Técnicas de Investigación.

aumento de la intervención de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública en la última década en el país han agravado de forma considerable y preocupantemente la discriminación y la violencia histórica y estructural en contra de las mujeres. Como se señala en el informe *Mujeres con la Frente en Alto: Informe sobre la tortura sexual en México y la respuesta del Estado* (Centro de Derechos Humanos Agustín Pro Juárez, 2018), "aunado a las otras violencias que afectan a las mujeres en diversos ámbitos privados y sociales, la crisis de violencia que atraviesa nuestro país ha implicado para ellas una victimización mayor y diferenciada incluso (…) a manos de las fuerzas de seguridad".

Si bien no pretendemos profundizar en el tema de la tortura, es importante señalar que la tortura se utiliza predominantemente desde la detención y hasta la puesta a disposición ante el Ministerio Público, con distintos fines, entre los que se encuentran el castigo, la extracción de información y la obtención de confesiones, y que cuando las detenidas son mujeres, la sexualización de la tortura es una característica recurrente. En ese contexto, tanto el Centro Prodh, como Amnistía Internacional en su informe *Sobrevivir a la muerte: Tortura por policías y fuerzas armadas en México* (Amnistía Internacional, 2016), han realizado importantes esfuerzos por analizar la problemática de la tortura en México con una perspectiva de género, evidenciando, en el segundo, que de los 100 casos que se analizaron de mujeres detenidas, 72 afirmaron haber sufrido actos de violencia sexual en el momento de la detención o en las horas siguientes, y 33 de ellas denunciaron haber sido violadas por agentes del Estado. En términos similares, la Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad realizada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía evidenció que un 12.7% de las mujeres detenidas fueron violadas.

Al respecto, derivado de la desigualdad estructural de género, expresada en sus formas más lesivas en violencia de género, ocasionan, en muchas veces, que las interacciones entre agentes estatales y mujeres, en el marco de detenciones, las coloquen en condiciones de especial vulnerabilidad frente a la violencia sexual (Centro de Derechos Humanos Agustín Pro Juárez, 2018, p. 76). En el caso de la violación sexual es indiscutible que constituye un acto de tortura, lo que ha sido sostenido tanto por el derecho nacional (Tesis [A]: P. XXIII/2015) como el inter-

nacional,[10] que "persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre" (Corte IDH, 2010), así como la fabricación de pruebas u obtención de declaraciones inculpatorias o autoinculpatorias. Mismo tratamiento debería ser aplicable a otras violencias sexuales en contextos de detención (Corte IDH, 2018) (abuso y hostigamiento sexual; amenazas de ser violentada sexualmente —ellas o sus familiares—; desnudos forzados; actos violentos en genitales, zonas sexualizadas, y vientre en casos de mujeres embarazadas; comentarios misóginos; toma fotografías o videos, principalmente en contextos de desnudez forzada o posturas sexualizadas), debido al sufrimiento severo que ello supone en un entorno coercitivo y sin garantía alguna sobre su integridad personal (Centro de Derechos Humanos Agustín Pro Juárez, 2018, p. 79).

En ese contexto, recordemos que, en términos generales, las autoridades judiciales tienen diversos deberes derivados de la prohibición de la tortura y del derecho a la puesta a disposición inmediata ante el Ministerio Público, este último como, entre otras finalidades, como garantía para evitar precisamente la obtención de pruebas bajo coacción.

Sobre la prohibición de la tortura, habría que mencionar que las consecuencias y efectos de la tortura se pueden analizar desde dos vertientes: **(i)** como delito en estricto sentido; y **(ii)** como violación a los derechos humanos de la persona sometida a procedimiento penal que se realiza con la finalidad de obtener pruebas en su contra (Amparo en Revisión 703/2012).

Por lo que respecta a la segunda vertiente, es decir, cuando la tortura es empleada como medio para obtener pruebas contra la persona imputada, la Primera Sala de la SCJN ha indicado que, si una persona alega que su declaración fue obtenida

[10] En ese ámbito, destacan: los casos Corte IDH, Rosendo Cantú y otra Vs. México. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010", Serie C, No. 216; Corte IDH, Fernández Ortega y otros Vs. México. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010.", Serie C, No. 215; y Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C, No. 371.

mediante coacción, las autoridades deben verificar la veracidad de dicha denuncia a través de una investigación diligente (idem). El hecho que al momento de la denuncia no se hayan realizado los exámenes pertinentes para determinar la existencia de tortura no exime a las autoridades de la obligación de realizarlos e iniciar la investigación respectiva. Esa investigación debe hacerse independientemente del tiempo transcurrido desde la comisión de la tortura (ibidem), y que la carga de la prueba de los hechos recae en el Estado, no en las víctimas (Amparo Directo en Revisión 90/2014)

En cuanto al estándar probatorio para tenerla por acreditada (Amparo en Revisión 631/2013), la Primera Sala ha estimado que cuando la tortura se analiza como violación a los derechos humanos de la persona imputada en un proceso penal, para tenerla por acreditada bastará que se demuestre la existencia de la mencionada afectación a la integridad personal, aunque no sea posible identificar a quienes la cometieron; y que si bien el Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, conocido coloquialmente como Protocolo de Estambul, es una de las vías mediante las cuales puede comprobarse la existencia de tortura, no es la única, sino que se pueden realizar otros exámenes o pruebas (Incidente de Inejecución de Sentencia 290/2016).

Si conforme a los citados estándares se acredita que existió tortura, las pruebas derivadas de ésta deben excluirse, pues además de afectar la integridad personal, dicha violación impacta en otros derechos humanos, como la libertad, y la defensa técnica adecuada y oportuna (Amparo Directo en Revisión 4578/2014). En ese sentido, no sólo se debe excluir las declaraciones hechas como resultado de actos de tortura, sino **toda información incriminatoria**, como pudiera ser, por ejemplo, evidencia material en la que, a través de tortura, se obligara a una persona a imprimir en ella sus huellas digitales para incriminarla o la declaración de algún testigo o coinculpado.

La SCJN ha reconocido que puede haber "supuestos en los que se acredite que existen declaraciones, datos o información que si bien no entran en el contexto de la confesión, sí pueden encontrarse vinculados con el proceso penal y deben ser

considerados pruebas ilícitas, pues no debe descartarse que en razón de la tortura pudiere obtenerse la declaración de algún testigo o coinculpado, cuyas deposiciones, si bien no constituyen una confesión, sí pueden incidir directamente en la determinación judicial." (Amparo Directo en Revisión 6564/2015).[11]

Aunado a lo anterior, las autoridades judiciales están obligadas a que, ante el alegato de tortura, den vista a la fiscalía para investigar esos hechos, ya sea en su vertiente de la tortura como delito en estricto sentido o para determinar su impacto en el proceso penal que se sigue en contra de una persona. A pesar de que la SCJN no ha establecido hasta dónde abarca el deber de supervisión de las autoridades judiciales de esa vista, consideramos que dicha obligación implica, al menos, dar seguimiento a la vista que se hubiese dado a la fiscalía, asegurándose de que se hubiese iniciado la carpeta de investigación correspondiente y que, en un plazo determinado, informe los actos de investigación que se hubiesen ordenado y desahogado con motivo de la vista ordenada; así como el informar a la denunciante de los derechos que tiene como víctima en la investigación), haciendo énfasis en su derecho a ser asistida por una asesora de su elección, o con las que le pueden proporcionar asistencia gratuita en CEAV

Por su parte, el derecho de las personas detenidas a ser puestas a disposición sin demora ante autoridad competente, parte del reconocimiento de la especial situación de vulnerabilidad a las que se encuentran las personas detenidas, entre otras cuestiones, a ser objeto de tortura y otros malos tratos con la finalidad de obtener información incriminatoria, ante la falta de un mecanismo de control o supervisión de lo que sucede en ese momento, un contexto que le resulta totalmente adverso. Al respecto, la SCJN ha sostenido que se está ante una dilación

[11] Conviene referir que dichos criterios surgieron en el contexto del sistema de justicia penal mixto, donde las actuaciones del Ministerio Público gozaban de valor probatorio pleno y, por tal motivo, la información incriminatoria obtenida desde la etapa de preinstrucción era utilizada en la sentencia definitiva para justificar condenas. Esta situación cambió radicalmente con la entrada en vigor del sistema de justicia penal acusatorio, donde **las pruebas necesariamente deben desahogarse en la audiencia de juicio oral**, **con respeto a las garantías de inmediación y contradicción,** para que puedan ser valoradas en la sentencia definitiva, lo que impide que el tribunal de enjuiciamiento considere como pruebas de cargo válidas para condenar a una declaración del imputado obtenida bajo tortura u otro tipo de coacción en etapas previas al juicio oral.

indebida en la puesta a disposición cuando no existan impedimentos fácticos, reales, comprobables y lícitos, y compatibles con las facultades estrictamente concedidas a las autoridades ("impedimentos razonables"), que imposibiliten la puesta a disposición (Tesis [A]: 1a. CLXXV/2013).

Las consecuencias de la violación a ese derecho es la invalidez de las pruebas que tengan como fuente directa la demora injustificada (Tesis [A]: 1a. LIII/2014). Ahora, la SCJN ha sostenido que "las pruebas obtenidas estrictamente con motivo de una detención en flagrancia no pueden ser invalidadas por actos posteriores, como la obtención de pruebas que tengan como fuente directa la demora injustificada, a menos que se acredite la existencia de vicios propios de la misma detención del inculpado que determinen que ésta sea considerada inconstitucional" (ibidem). No obstante, consideramos que la falta de puesta a disposición inmediata presume la ocurrencia de la tortura cuando es alegada ante las autoridades judiciales, aun cuando no existan pruebas que deriven directamente de esa dilación.

Desde esta perspectiva, con enfoque de género, consideramos que las autoridades judiciales deben ser particularmente cuidadosas al momento de analizar la denuncia de tortura de una mujer sometida a proceso penal, y otorgar valor preponderante a su testimonio, de forma que la fiscalía tenga la carga de probar que ello no ocurrió pues no solamente es un problema real, el de la tortura, al que debe dársele la debida consideración, sino que es la fiscalía la que tiene a la persona a su disposición, por lo que debe de poder demostrar que en todo momento se respetó su dignidad e integridad. Respecto a la demora en la puesta a disposición, la fiscalía deberá otorgar una justificación robusta para explicar los motivos de la demora, considerando el contexto de vulnerabilidad que hemos referido.

El Pleno de la SCJN, en el Expediente Varios 1396/2011, que derivó del cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH en los casos Fernández Ortega y otros y Rosendo Cantú y otra, ambos contra México, sostuvo que en los casos de tortura en su vertiente de violación sexual debe realizarse un análisis probatorio con perspectiva de género, conforme a las siguientes pautas:

- Atender a la naturaleza de la violación sexual, la cual, por sus propias características, requiere medios de prueba distintos de otras conductas.

- Otorgar un valor preponderante a la información testimonial de la víctima, dada la secrecía en que regularmente ocurren estas agresiones, lo que limita la existencia de pruebas gráficas o documentales.

- Evaluar razonablemente las plausibles inconsistencias del relato de la víctima de conformidad con la naturaleza traumática de los hechos, así como otros factores que pueden presentarse en caso de que las víctimas sean indígenas, tales como obstáculos en la expresión, la intervención de terceros, o el uso de diferentes idiomas o interpretaciones en las traducciones.

- Tomar en cuenta los elementos subjetivos de la víctima, entre otros, la edad, condición social, grado académico o su pertenencia a un grupo históricamente desventajado, a fin de establecer la factibilidad del hecho delictivo y su impacto concreto.

- Utilizar adecuadamente las pruebas circunstanciales, las presunciones y los indicios para extraer conclusiones consistentes en los hechos.

En ese sentido, bajo un estándar probatorio de mera razonabilidad, las autoridades judiciales deben analizar si existen las condiciones para verificar el alegato de tortura, a partir de la utilización de pruebas circunstanciales, indicios o presunciones. Datos de prueba como la certificación médica de integridad personal practicado en la fiscalía (o su ausencia); el parte informativo y de puesta a disposición que dé cuenta de la retención prolongada e injustificada; testimonio de otras personas que hubieran presenciado la detención, podrían proporcionar información relevante para corroborar la declaración de la víctima. Por ejemplo, la existencia de algún tipo de lesiones asentada en el certificado médico sin la justificación por parte de los aprehensores del uso de la fuerza, concatenado a la denuncia de tortura, permitirían tener por acreditados dichos actos, y, por tanto, la necesidad de excluir los datos de prueba o poner en duda el relato de los agentes aprehensores.

Ello no debe entenderse que en ausencia de este otro tipo de datos no se pudiera tener por acreditada la tortura únicamente con la declaración de la víctima, conforme a la libre valoración de la prueba y la sana crítica. Y, se reitera que a quien le corresponde la carga de probar que la tortura no sucedió es al Estado, no a las víctimas,[12] y que no es indispensable contar con un dictamen médico-psicológico "positivo" con base en el Protocolo de Estambul para tener por acreditada la tortura.

Además, las autoridades judiciales deben cerciorarse de que, ante el alegato de tortura, incluida la tortura sexual, las mujeres reciban o hayan recibido atención médica y psicológica especializada de forma inmediata, y que dicha atención no se agote en la situación de urgencia, sino que se proporcione por el tiempo que resulte necesaria, para salvaguardar su salud e integridad personal, de forma integral.

b. Formulación de la imputación

La formulación de la imputación es la comunicación que de manera oficial realiza la fiscalía al imputado, en presencia del Juez de Control, de que desarrolla una investigación en su contra respecto de un hecho delictivo (CNPP, artículo 309).

En la sentencia de Amparo en Revisión 501/2019, la Primera Sala de la SCJN analizó el procedimiento para formular la imputación, en el que se establece que ésta, por regla general, constituye el primer acercamiento entre la persona inculpada, el órgano acusador y la autoridad judicial, en el que se hace saber a la primera el hecho que se le reprocha y la calificación jurídica preliminar, a efecto que esté en condiciones de desarrollar el debate correspondiente y enfrentar la acusación.

La formulación de la imputación, entonces, tiene dos componentes: uno fáctico y uno jurídico. El factico, que constituye el hecho que se le atribuye, se define

[12] Resultan ilustrativos los ejemplos documentados en el informe "Mujeres con la Frente en Alto: Informe sobre la tortura sexual en México y la respuesta del Estado" (Centro de Derechos Humanos Agustín Pro Juárez, 2018, pp. 187-189), en los que autoridades judiciales desestimaron las alegaciones de tortura de mujeres sometidas a procesos penales considerando que eran "argumentos defensivos para negar su responsabilidad en los hechos delictivos que se les imputaban", revirtiendo injustificadamente la carga de la prueba a las víctimas.

por el hecho que se le imputa —qué hizo, dónde lo hizo, cuándo lo hizo, cómo lo hizo—. Estas circunstancias deben quedar precisadas pues no pueden ser modificados por la jueza o juez de control y solo por ellos puede dictarse el auto de vinculación a proceso que fija la litis del proceso penal (CPEUM, artículo 19), y así se respeta el derecho de defensa de la persona imputada, al permitirles identificar las circunstancias fácticas que habrá de controvertir. El componente jurídico comprende, al menos, el tipo penal y la forma de participación que según la fiscalía corresponde al hecho materia de la imputación.

A diferencia del fáctico, el componente jurídico de la formulación de la imputación es preliminar y puede ser modificado por la jueza o juez de control, en atención a su potestad de dotar de certeza y congruencia entre los hechos atribuidos y su descripción típica.[13]

Si bien en la formulación de la imputación debe comunicarse a la persona imputada el nombre de quien la acusa, tanto la CPEUM (artículo 20, apartado C, fracción V) como el propio CNPP (artículo 309) establecen que éste podrá ser reservado cuando a juicio del órgano jurisdiccional ello sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa. Lo anterior, exige que, desde este momento, la jueza o juez de control realice un ejercicio de ponderación en el que se considere, por un lado, el derecho de las víctimas, ofendidas o testigos a su integridad personal y privacidad y, por el otro, el derecho a un debido proceso y una defensa adecuada de la persona imputada.

c. Vinculación a proceso

La vinculación a proceso es la determinación judicial mediante la cual se formaliza la investigación en contra de una persona, se fijan los hechos por los que deberá seguirse el proceso penal, se definen los tipos penales que servirán como parámetro para el análisis de las salidas alternas o formas anticipadas de termi-

[13] En este sentido, véase la sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 190/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 29 de enero de 2020.

nación de proceso y se faculta al Estado para imponer las medidas cautelares (CPEUM, artículo 19).

Si bien el proceso penal formalmente comienza con la formulación de la imputación, no empieza propiamente hasta que se dicta la vinculación a proceso. A partir de este momento no hay marcha atrás. El proceso habrá de concluir con una sentencia condenatoria, absolutoria o sobreseimiento, y cuando esto suceda, no podrá iniciarse uno nuevo por los mismos hechos.

Si, por el otro lado, se dicta auto de no vinculación a proceso, en principio, el asunto regresa a la fiscalía para que perfeccione la investigación inicial y vuelva a formular imputación si considera que logró superar los razonamientos que llevaron a la jueza o juez de control para rechazar su solicitud inicial, o determine no ejercer la acción penal, archivar temporalmente la investigación, o ejercer un criterio de oportunidad; salvo que el auto de no vinculación a proceso se dicte porque se hubiese actualizado una causal de sobreseimiento, en cuyo caso ya no podrá solicitarse una nueva audiencia inicial por estos hechos contra la misma persona.

Por tanto, si se decide vincular a proceso a una persona, no puede ser más que porque con ello se procuran los objetivos que el constituyente estableció para el proceso penal: el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que la persona culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen (CPEUM, artículo 20, apartado A, fracción I).

Para que se dicte un auto de vinculación a proceso es necesario que: (i) se haya formulado la imputación; (ii) se otorgue a la persona imputada la oportunidad de declarar; (iii) de los antecedentes de la investigación expuestos por la fiscalía, se desprendan datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que la persona imputada lo cometió o participo en su comisión, lo cual acontece cuando existan indicios razonables que permitan así suponerlo; y (iv) no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito (CNPP, artículo 316).

Respecto de los primeros dos requisitos, la autoridad jurisdiccional toma una postura de garante de los derechos fundamentales de la persona imputada,

velando porque los hechos materia de la imputación y la clasificación jurídica que serán material de debate en la etapa de vinculación a proceso queden bien precisados, para efectos de que tenga la oportunidad de preparar su defensa, y que se le dé la oportunidad de contestar y controvertir la imputación, si así lo desea. Los últimos dos requisitos, por el otro lado, exigen un verdadero ejercicio jurisdiccional, de adjudicación, en el que se pronuncie si, en efecto, existen elementos suficientes para encaminar el asunto a una audiencia de juicio, en la que pueda emitirse la sentencia que habrá de volverse la verdad legal sobre los hechos denunciados como delito.

En este sentido, la labor de las juezas o jueces de control en esta etapa es, esencialmente, la de valorar los datos de prueba que la fiscalía expone como sustento para justificar el procesamiento de la persona imputada y determinar si tienen el potencial para justificar una sentencia de condena.

El estándar de "razonabilidad" que estableció el legislador no exige un alto grado de certeza de que los hechos acontecieron como la fiscalía lo sostiene, a diferencia de lo que se exigía para el dictado del auto de formal prisión en el sistema penal mixto de corte inquisitivo que antes imperaba, pero ello no significa que no exista un estándar probatorio que satisfacer. No podemos pasar por alto que llevar un procedimiento penal en contra implica numerosos costos y afectaciones a los derechos de la persona imputada, que en todo momento debe ser presumida inocente y ser tratada como tal, aunado a que iniciar un proceso penal con una investigación mal armada, sin posibilidades reales de concluir con una sentencia condenatoria, también es gravoso para la víctima, que también tendría que soportar el proceso y sufrir potenciales instancias de revictimización, sin que se haga justicia y se le repare el daño, y para la sociedad, que es la que costea los considerables gastos que el proceso penal exige.

Por lo anterior, en el análisis de "razonabilidad" que se requiere para determinar si se vincula a proceso a una persona o no debe tomarse en consideración que no se genere una afectación desproporcional a los derechos de la persona imputada o de la víctima, ya sea porque la investigación tenga poco potencial para esclarecer

los hechos, que no se proteja a la persona inocente, que no se pueda procurar que la culpable no quede impune o que los daños se reparen.

Por cuanto hace a juzgar con perspectiva de género en la etapa de vinculación a proceso, hemos identificado tres problemáticas frecuentes que consideramos relevante destacar: la indebida clasificación de hechos de violencia extrema como delitos de menor gravedad; la exigencia de pruebas innecesarias o imposibles para la acreditación del delito; y la presunción de complicidad de mujeres que tenían una relación sentimental, familiar o laboral con hombres imputados de hechos delictivos.

Sobre la primera problemática, como hemos anticipado, si bien la clasificación jurídica de los hechos es preliminar, y podría variarse incluso hasta en la audiencia de juicio, debe procurarse que desde un inicio la clasificación jurídica guarde congruencia con los hechos materia de la imputación, pues ello incide en la medida cautelar que habría de imponerse (si es de prisión preventiva oficiosa o no lo es), en las posibles salidas alternas disponibles y la pena que podría negociarse en un procedimiento abreviado, y en el curso que podría tener la investigación complementaria y por tanto las teorías del caso de las partes.

En este sentido, por ejemplo, vale la pena destacar el caso es el de Abril, en el que la fiscalía formuló imputación por el delito de tentativa de feminicidio en contra de su expareja, quien, entre otras agresiones, la golpeó con un *bat* de Beisbol en la cabeza cuando dormía. Sin embargo, el juez de control consideró que no estaba suficientemente acreditado que dichas lesiones hubiesen sido con el propósito de privarla de la vida, por lo que reclasificó los hechos a "violencia familiar". Poco tiempo después, Abril fue asesinada y el imputado se sustrajo de la acción de la justicia, tras una determinación del tribunal de apelación que revocó la prisión preventiva que originalmente le fue impuesta.

Otro caso es la sentencia emitida en la toca penal 733/2010, en la que el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán confirmó el auto de formal prisión dictado en contra de un hombre por el delito de lenocinio, no por violación, en un asunto en que el inculpado, por más de 20 años, golpeó, maltrató, prostituyó

y violó a su pareja y a su hija. En dicho asunto, el tribunal consideró acertado que los hechos por los cuales se denunció la violación no encuadraban en la calificación jurídica de "violación", al considerar que del caudal probatorio no se desprendía de qué manera fueron obligadas, forzadas o violentadas por parte del inculpado para efectuar en ellas "la cópula", desconociendo por completo el *ciclo de la violencia y la indefensión aprendida* que forman parte de relaciones de subordinación en el marco de la violencia basada en el género con contra de las mujeres.

La segunda problemática consiste en hacer exigencias probatorias injustificadas que, en vez de promover el objeto constitucional del proceso penal, lo imposibiliten, como sucede cuando se exige a la fiscalía que obtenga elementos objetivos que corroboren el dicho de una mujer víctima de violencia sexual o familiar, cuando en estos casos no existe elemento probatorio alguno más que el testimonio de la mujer.

En este sentido, por ejemplo, es preciso destacar lo resuelto por la Primera Sala de la SCJN al resolver los Amparos Directos en Revisión 3186/2016 y 1412/2017, en casos de hostigamiento sexual y violación, respectivamente, en los que se pronunció sobre la desafortunada práctica de las autoridades judiciales de restar credibilidad a las declaraciones de las víctimas de violencias sexuales. Ello motivó a la Primera Sala a establecer, de manera contundente, que en estos casos se debe considerar que los delitos sexuales son un tipo de agresión que, en general, se producen en ausencia de otras personas más allá de la víctima y la persona o personas agresoras, por lo que requieren medios de prueba distintos de otras conductas. En ese sentido, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales del hecho, sino que la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre aquél, para lo cual se debe considerar, incluso, que en este tipo de delitos la víctima no suele denunciar por el estigma que ello usualmente conlleva. Además, se debe tener en cuenta la naturaleza traumática de los actos de violencia sexual, por lo que es usual que el recuento de los hechos pueda presentar inconsistencias o variaciones (Tesis [A]: 1a. CLXXXIV/2017).

En concordancia con lo anterior, en el informe de fondo 53/01 de la CIDH, ésta determinó la responsabilidad del Estado mexicano debido a la detención ilegal

de tres mujeres indígenas en el Estado de Chiapas, quienes fueron violadas y torturadas por militares. En ese caso se aprecia la desafortunada determinación de las autoridades encargadas de archivar la investigación —que, dicho sea de paso, eran militares, en total contravención a los criterios de la Corte IDH y de la SCJN sobre la competencia del fuero militar—, no obstante que se contaba con las declaraciones de las víctimas, así como los exámenes médicos realizados en un primer momento, que, entrelazados entre sí, tenían probatorio preponderante para la acreditación del hecho. (CIDH, 2001)

Tampoco debería considerarse la falta de evidencia médica para disminuir la veracidad de la declaración de la presunta víctima, pues no todos los casos de violencia y/o violación sexual ocasionan lesiones físicas o enfermedades verificables a través de dichos exámenes, (Corte IDH, 2019) o los antecedentes de su vida sexual. (Corte IDH, 2018)

La tercera problemática, es la que ya hemos tocado en los apartados de técnicas de investigación y control de la detención, sobre la mala práctica de asumir complicidad o participación de mujeres que tienen relaciones sentimentales, familiares o laborales con personas. Para evitar lo anterior, como hemos anticipado, se debe prestar atención al dolo de las mujeres contra de las cuales se formula imputación, por estar en el mismo inmueble, vehículo, etc., que el sujeto activo al que se le atribuye la autoría de los hechos delictivos. Juzgar con perspectiva de género en estos casos implicaría preguntarnos ¿por qué estaba la mujer en los hechos la mujer imputada? ¿Los hechos materia de la imputación habrían ocurrido de forma diversa si no hubiera estado ahí? ¿Tuvo algún tipo de agencia o control sobre los hechos? ¿Qué datos de prueba tenemos para soportar el dolo y la forma de participación de la mujer?

En un caso documentado por el Instituto Federal de Defensoría Pública, una mujer indígena mixteca, “Adela”, fue imputada por el delito de portación de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército y Fuerza Armada Nacional. Adela y su esposo “Lázaro”, ambos indígenas mixtecos, buscaban viajar “de aventón” a la ciudad de Oaxaca, para cobrar una orden del pago de un programa del Gobierno Federal, del cual ella es beneficiaria. En la salida del pueblo se encontraron con “Rubén”,

un político de la municipalidad, a quien le pidieron el favor de viajar en su vehículo pues también se dirigía a la ciudad de Oaxaca. En el viaje también los acompañaban dos hombres más. Durante el trayecto, elementos de la Guardia Nacional indicaron a Rubén que se detuviera; ante ello, Rubén se levantó de su asiento, estiró la mano hacia los asientos traseros del automóvil y puso dentro de la blusa de Adela un arma de fuego —que resultó ser de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército y Fuerza Armada Nacional—, diciéndole "*tú eres mujer, no te van a revisar*", y huyó del lugar. Adela, Lázaro y los otros dos hombres fueron detenidos.

En la ampliación del plazo constitucional, el juez de control dictó auto de no vinculación a proceso, con base en los argumentos proporcionados por la defensa, por ausencia de dolo, ya que la fiscalía no acreditó que Adela hubiera consentido portar el arma, considerando su especial situación de discriminación interseccional —al ser una mujer indígena mixteca, pobre monolingüe, sin instrucción escolar, ama de casa y campesina—, así como advertir la asimetría de poder con respecto a Rubén —quien era un político de la municipalidad y que al advertir la inminente detención le impuso a Adela la portación del arma—; además, que, conforme a la cultura mixteca, las mujeres tradicionalmente no son portadoras de armas.

En el amparo indirecto 603/2016 y su acumulado 612/2016, el Juez Decimosegundo de Distrito en el Estado de Sonora, analizó el caso de "Sonia", una mujer vinculada a proceso por el delito de transporte de metanfetamina, debido a que se encontraba a bordo de un vehículo en cuyo interior se encontró el narcótico, lo que, conforme el razonamiento del juez de control, implicó la disposición o dominio del mismo; es decir, su participación sólo se desprendió del hecho de que se encontraba en el vehículo en que viajaba.

De acuerdo con la declaración de Mónica desahogada en juicio, el día que fue detenida, su esposo, "Julián", le comentó que tenía que ir a otra cuidad, por lo que le pidió que alistara a sus hijos para salir ese mismo día. Julián pasó a recoger a Mónica y sus hijos, y emprendieron el viaje. En algún momento del trayecto, se detuvieron momentáneamente a un lado de la carretera, cuando se acercaron unos

policías que se dirigieron en todo momento con Julián, mientras que Mónica y sus hijos permanecieron dentro del vehículo. No fue sino hasta cuando estaba en la agencia ministerial que se enteró de lo que estaba sucediendo.

El juzgado de amparo sostuvo que, contrario a lo determinado por el juez de control, aún bajo el estándar que rige la vinculación a proceso, el Ministerio Público no cumplió con la carga de demostrar la participación de Mónica en el hecho delictivo. Además, destacó que Mónica no contó con una defensa adecuada, pues su defensa no se planteó ningún argumento para corroborar su versión: que su esposo la invitó a acompañarlo en su viaje, que lo esperó mientras cargaba gasolina, que llevó incluso a sus hijos, y si ella tenía o no acceso al vehículo de forma personal; sino que se concentró en argumentos que beneficiaban a Julián. Y refirió que era factible considerar que, del análisis de los datos de prueba correspondientes, existiera una relación de subordinación de Melina respecto de Julián, lo que desencadenó una defensa que no podía considerarse adecuada. Por tales motivos, ordenó decretar un auto de no vinculación a proceso a favor de Mónica.

d. Medidas cautelares

Las medidas cautelares son restricciones temporales a los derechos de las personas imputadas, impuestas por la autoridad judicial, con el propósito de contrarrestar el riesgo de que se sustraiga de la acción de la justicia, genere un daño a las víctimas u ofendidas o a algún testigo u obstaculice el procedimiento (CNPP, artículo 153). La imposición de las medidas se rige por el principio de mínima intervención, lo cual implica que las y los jueces de control deben determinar la idoneidad y proporcionalidad de las medidas cautelares que se impongan, en atención al riesgo advertido, y justificar las razones por las que consideraron que la medida cautelar impuesta fue la menos lesiva (CPEUM, artículo 19; y CNPP artículo 156).

La prisión preventiva, es la medida cautelar más gravosa y, como tal, es el último recurso para garantizar los objetivos de las medidas cautelares, por lo que solamente puede imponerse cuando el resto de las medidas cautelares no sean suficientes, cuando esté siendo procesado o haya sentenciado previamente por un

delito doloso, o cuando, por decisión del constituyente permanente, el asunto lo exija en atención al delito por el que la fiscalía formuló imputación o fue vinculada a proceso.

En esa línea, Corte IDH ha establecido que existen tres aspectos que deben satisfacer las medidas privativas de la libertad para que no se consideren arbitrarias: (i) que existan elementos para formular cargos o llevar a juicio, es decir que se presenten los "presupuestos materiales" para ordenar la medida cautelar; (ii) que cumplan con los cuatro elementos del "test de proporcionalidad", a saber: que persigan una finalidad legítima, compatible con la Convención Americana; (Corte IDH, 2018) y que sean idóneas, necesarias y proporcionales en sentido estricto; (Corte IDH, 2005; y Corte IDH 2018) y (iii) que la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas (Corte IDH, 2005)

Asimismo, la Corte IDH ha determinado lo siguiente con relación a la privación de libertad de la persona imputada: (a) sólo debe tener como fin legítimo el asegurar que la persona imputada no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; (b) el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto; y (c) se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, por lo que se debe revisar periódicamente y ofrecer los fundamentos suficientes para conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad. (Corte IDH, 2018)

Lo anterior quiere decir que es responsabilidad de la autoridad, tanto de la ministerial como de la judicial, distinguir aquellos casos en los que es necesaria y aquellos en los que no, como pudiera ser para evitar que genere un daño a las víctimas u ofendidas.

Tal es el caso de Abril, que mencionamos en el apartado anterior, en el que, incluso, ante la lamentable decisión de reclasificar el delito de "tentativa de homicidio" a "lesiones", el tribunal de apelación que revisó la medida cautelar de prisión

preventiva originalmente impuesta al imputado hubiera estado en la posibilidad de mantener dicha medida, considerando el inminente riesgo a la integridad de la víctima por, el deber de debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres y el riesgo de sustracción del imputado. Desafortunadamente, tras la decisión de confirmar la reclasificación realizada por el juez de control y revocar la medida cautelar de prisión preventiva —y en su lugar solamente la prohibición de acercarse a la víctima y su hijo, y de no salir del país—, Abril quedó desprotegida y, el 25 de noviembre de 2019, mismo día que miles de mujeres marchaban en México por la violencia de género en contra de las mujeres, Abril fue víctima de feminicidio y su expareja se sustrajo de la acción de la justicia.

En otros casos, la medida de prisión preventiva no satisface los estándares nacionales e internacionales para su imposición. En el caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco v. México, la Corte IDH resolvió que la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva a diez de las once víctimas de ese caso fue arbitraria, pues, además de que fueron privadas de la libertad ilegalmente, la autoridad judicial no justificó los motivos para imponer dicha medida en las causas penales que se siguieron en su contra por los delitos de abuso de autoridad y lesiones; además de que tampoco se efectuó revisión alguna con respecto a la persistencia de las razones para mantenerlas en prisión preventiva, la necesidad y proporcionalidad de las medidas, ni respecto a la razonabilidad del plazo de detención.

Este caso es sólo reflejo del uso indiscriminado de la prisión preventiva en el caso de las mujeres. De acuerdo con las cifras reportadas por el INEGI, respecto del censo de 2018, los delitos contra la salud, particularmente el de posesión simple, constituyó el 7.3% del total cometido por mujeres, y en la mayoría de los casos se recurrió a la prisión preventiva justificada, como medida cautelar. Al respecto, EQUIS Justicia para las Mujeres, ha documentado que "*en México la privación de la libertad sigue siendo utilizada por los operadores de justicia aunque existen opciones menos restrictivas, e incluso a pesar de que es evidente que el Estado no cuenta con las capacidades para albergar y atender de forma adecuada a esta población, lo que lleva a una inevitable violación de sus derechos humanos. En el caso particular de las mujeres, es preocupante que se recurra a la privación de la libertad como consecuencia de la*

comisión o presunta comisión de delitos menores, como la posesión simple de sustancias psicoactivas" (Bazay, 2020).

También es preciso notar que la CIDH, en su informe "Situación de Derechos Humanos en México (2015) exhortó al Estado mexicano a corregir la aplicación excesiva de la prisión preventiva, y aplicarla excepcionalmente, haciendo uso de otras medidas no privativas de la libertad, para reducir los altos niveles de hacinamiento en las prisiones y la identificación de casos de duración excesiva de la prisión preventiva. A la fecha, dichas recomendaciones se encuentran pendientes de cumplimiento, tal como se desprende del Informe Anual 2020 de la CIDH (2021), en el que ha externado preocupación por la aplicación de la prisión preventiva oficiosa debido al delito, pues resulta incompatible con los estándares internacionales en la materia —legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad.[14] El CEDAW, en su Recomendación General 33, relacionado con los estándares internacionales sobre el derecho de acceso a la justicia de las mujeres, también hizo un llamado a los Estados a usar la prisión preventiva como último recurso y por el periodo más corto posible.

En el caso de las mujeres privadas de la libertad, la CIDH (2021) también recomendó al Estado mexicano adoptar medidas para garantizar condiciones de detención adecuadas con enfoque de género. En esa línea, la CNDH (CNDH, 2015) ha sostenido que las autoridades competentes deben *"proteger y garantizar el ejercicio de los derechos humanos a la vida, dignidad, a la protección de la salud, alimentación, integridad personal* [de las mujeres privadas de la libertad]*, así como al desarrollo de la personalidad de los hijos* [e hijas] *que* [las] *acompañan durante su reclusión"*.

[14] Sobre los estándares internacionales que debe satisfacer la imposición de la prisión preventiva en un proceso penal, ver: Caso Tibi Vs. Ecuador, "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004." Serie C No. 114, párr. 106. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf; Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador. "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016." Serie C No. 316, párr. 143. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_316_esp.pdf; Caso Jenkins Vs. Argentina," Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019." Serie C No. 397, parr. 72. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_397_esp.pdf.

Sobre este tema, habría que tener en cuenta los impactos diferenciados que tiene la prisión para las mujeres, derivado de la maternidad y cuestiones de salud sexual y reproductiva propias de ellas; del menor número de centros penitenciarios destinados específicamente para mujeres, que se traduce en su dispersión geográfica, lo cual dificulta mantener contacto con sus familias, y que se ve exacerbado por el rechazo y estigmatización que suelen padecer derivado de los roles y estereotipos tradicionalmente asociados a las mujeres que se ven trastocados cuando enfrentan procesos penales; los efectos que pudiera tener el encarcelamiento en su vida y la de sus hijas e hijos cuando las mujeres son sus principales cuidadoras; mayor precariedad por la falta de oportunidades antes, durante y posterior a su internamiento, así como el riesgo a sufrir maltratos, humillaciones e, incluso, violencia sexual, mientras se encuentran en reclusión.

En principio, habría que mencionar que la Ley Nacional de Ejecución Penal, en sus artículos 5, fracción I, 10, 36, 43, segundo párrafo, 53 y 59, párrafos sexto y noveno, establece diversas prerrogativas a favor de las mujeres privadas de la libertad, con perspectiva de género, en concordancia con lo establecido en las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (conocidas como las "Reglas de Bangkok")[15] —primer instrumento internacional que visibiliza a las mujeres y sus hijos e hijas privadas de la libertad y que incorpora una perspectiva interseccional al establecer disposiciones específicas para mujeres extranjeras, mujeres embarazadas, madres, minorías raciales y étnicas, adolescentes, personas de la diversidad sexual, entre otras—.

No obstante, para efectos del presente capítulo, conviene resaltar que estos impactos habrán de considerarse en dos momentos particular: (a) la imposición de las medidas cautelares; y (b) la revisión de las cuestiones de internamiento.

Por lo que respecta a la imposición de las medidas cautelares, el análisis respecto a la proporcionalidad de la prisión preventiva adquiere especial relevancia,

[15] Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 65/229, 65º Periodo de Sesiones, 16 de marzo de 2011.

considerando los impactos diferenciados que ésta tiene en la vida de las mujeres. En ese sentido, destaca la actuación de las autoridades judiciales de exigir a la fiscalía justificaciones robustas para optar por una medida cautelar privativa de la libertad, sobre aquellas más benignas con su libertad —sin desconocer que, por ejemplo, el resguardo domiciliario podría suponer también una carga desproporcionada para las mujeres en determinados contextos, aun tratándose de casos de prisión preventiva oficiosa.

En el caso de "Adela" que anteriormente referimos, en la audiencia de imputación, la defensa pública federal solicitó la ampliación del plazo constitucional. En el contexto del aumento del catálogo de delitos que implican prisión preventiva oficiosa, la fiscalía solicitó la imposición de esa medida debido a que se formuló imputación contra Adela por el delito de portación de arma de uso exclusivo del Ejército. La defensa pública solicitó que se exceptuara a Adela de su imposición, en atención a que, en su contexto cultural, es quien prevé a sus dos hijos; el juez de control consideró dicha situación y le otorgó su libertad durante ese plazo.

También conviene hacer referencia a la causa penal 711/2019, en la que el juez de control del Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de México, con residencia en Nezahualcóyotl, determinó la probable responsabilidad de cinco personas, entre ellas "Karla" y "Rosario", quien en ese momento se encontraba embrazada, en la comisión del delito de secuestro agravado, el cual implicaba la imposición de una medida cautelar de prisión preventiva oficiosa. Sin que sea la intención de este apartado entrar al detalle de las consideraciones de la vinculación a proceso, por lo que hace a Karla, el juez de control resolvió que la ejecución de la medida cautelar sería en el centro preventivo y de reinserción social más cercano a su domicilio y del centro de justicia, de conformidad con el artículo 22 constitucional y para garantizar su defensa adecuada, pues la fiscalía no proporcionó información sobre los motivos concretos por los que debía ejecutarse la medida cautelar en el Centro Federal de Readaptación Social Femenil número 16 (CEFERESO 16), salvo la referencia abstracta de que se trataba del delito de secuestro.

Por lo que respecta a Rosario, el juez de control determinó que, si bien el artículo 19 constitucional dispone que la prisión preventiva es oficiosa en casos de

secuestro, su ejecución puede llevarse a cabo en el domicilio de la persona imputada, entre otros supuestos, cuando se trate de mujeres embarazadas o en etapa de lactancia, tal como lo establece el artículo 166 del CNPP. Así, ordenó la imposición de la prisión preventiva oficiosa domiciliaria, bajo la vigilancia de la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares, y aclaró que Rosario podría recibir visitas y, desde luego, atención médica, y que la ejecución de la prisión preventiva en esos términos continuaría durante el periodo de lactancia.

La medida cautelar se cumplió en sus términos, "Rosario" se mantuvo en su domicilio, y el proceso pudo continuar sin incidentes, hasta que, en una resolución desafortunada, el Tercer Tribunal Unitario del Segundo Circuito revocó la determinación del juez de control y decretó la ejecución de la prisión preventiva para Karla y Rosario en el CEFERESO 16. En el caso de Rosario incluso sostuvo que "juzgar con perspectiva de género no es sino hacer realidad los derechos a la igualdad y combatir la discriminación (…); sin embargo, de modo alguno puede traducirse en otorgar ventajas contrarias a disposiciones legales".

También quisiéramos enfatizar la importancia de que, cuando la prisión preventiva sea la única y última alternativa, el alojamiento de las personas trans en centros penitenciarios debe regirse por los criterios de identidad, seguridad, riesgos y preferencia de la población trans. En ese sentido, de conformidad con los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (conocidos como los "Principios de Yogyakarta"),[16] con relación al derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada humanamente, se debe privilegiar su participación en las decisiones relativas al lugar de detención apropiado de acuerdo a su orientación sexual e identidad de género; y se establecerán medidas de protección de la violencia o los abusos por causa de su orientación sexual, sin que ello implique mayores restricciones a sus derechos de las que experimenta la población en general —la segregación y la custodia protectora son medidas que deben evitarse—.

[16] Emitidos por el Panel Internacional de Especialistas en Legislación Internacional de los derechos humanos y en orientación sexual e identidad de género, presentados el 26 de marzo de 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ginebra.

Bajo esa perspectiva, las autoridades judiciales, al momento de establecer la medida cautelar de prisión preventiva para personas trans, deben consultarles sobre la preferencia del lugar de su alojamiento, así como sobre su género autopercibido —sin que necesariamente dicho género esté reconocido en sus documentos oficiales—, a fin de evitar clasificaciones discrecionales.

4. Plazo para la investigación complementaria

Otra consecuencia de la vinculación a proceso es la determinación de plazo para el cierre de investigación complementaria, previa propuesta de las partes, el cual no podrá exceder de 6 meses, de conformidad con el artículo 321 del CNPP. Sólo de manera excepcional podrá prorrogarse cuando exista una petición fundada y motivada de la autoridad ministerial, la víctima u ofendido o el imputado, con la finalidad de lograr una mayor preparación del caso, y sin que exceda el plazo de 6 meses.

Desde la perspectiva de género, en el análisis de la determinación de plazo de investigación complementaria y una eventual solicitud de prórroga de dicho periodo, sin comprometer el derecho de recabar datos de prueba de las partes, las juezas y jueces de control deberán considerar la afectación que una prolongación del proceso pudiera tener en el caso de mujeres y las personas de la diversidad sexual víctimas o sobrevivientes de discriminación o violencia de género. Lo anterior, considerando que la prolongación excesiva de los procesos judiciales es un motivo para que abandonen los procesos —ya sea por las dinámicas propias de la situación de subordinación, violencia o discriminación en las que se encuentran, sus condiciones personales y económicas, la falta de redes de apoyo, y su realidad socio-culturales, entre otros factores—.[17]

Por otro lado, cabe destacar que, durante este plazo, las partes podrán recabar los datos de prueba que consideren necesarios y relevantes, y profundizar en el

[17] Sobre el tema, ver: Reneaum Panszi, Tania (2014), ¿Se debe obligar a declarar a las mujeres? una aportación criminológica a la discusión sobre la dispensa de las víctimas de violencia en la pareja a declarar en el proceso penal [Tesis de doctorado, Universidad Pompeu Fabra]. Repositorio Institucional—Universidad Pompeu Fabra, pp. 159 a 164.

estudio de éstos, con la finalidad de preparar su teoría del caso, en materia probatoria (artículo 321, CNPP). En el Amparo en Revisión 63/2019, la Primera Sala de la SCJN realizó un estudio exhaustivo respecto del plazo de investigación complementaria, en el que determinó que esta etapa es el momento procesal idóneo para indagar o recabar elementos que a la postre puedan constituir pruebas. El objetivo de esta etapa, por tanto, consiste en que el Ministerio Público, la víctima, el imputado, y la defensa, realicen todas las diligencias de investigación que estimen convenientes, con la finalidad de obtener las fuentes o datos de prueba que develen lo ocurrido.

Aunque los datos de prueba que las partes pudieran considerar necesarios y relevantes para recabar durante esta fase pudieran ser diversas, habría que destacar la importancia de la realización de peritajes culturales, psicológicos y psicosociales, con perspectiva de género, tanto para mujeres que comparecen a los procesos en calidad de víctimas u ofendidas, como imputadas de un delito, los cuales pudieran ser cruciales para el fortalecimiento de sus teorías del caso, y como pruebas de corroboración periféricas de sus dichos, ya sea, para obtener una sentencia absolutoria o condenatoria, en contextos de discriminación o violencia en su contra.

Los peritajes culturales, particularmente en casos donde están involucradas mujeres indígenas, ofrecen una explicación de las relaciones desiguales de poder en un determinado contexto comunitario, para visibilizar cómo opera la discriminación en contra de las mujeres y visibilizar los motivos que las llevaron a ser víctimas o sobrevivientes de la comisión de un delito, o a delinquir (Saavedra Hernández, 2018, p. 60). Al mismo tiempo, *desencializan* las prácticas comunitarias y sociales, y exponen que las realidades de las mujeres están ligadas a contextos sociales, políticos y económicos más amplios que han afectado a las comunidades, y que las violencias contra las mujeres se relacionan en estos contextos, con lo cual lo que se intenta es construir conocimientos situados que no violenten ni revictimicen a las mujeres y a los pueblos indígenas (Saavedra Hernández, 2018, pp. 60 a 61). Tal como menciona Laura Edith Saavedra, "[un] informe pericial experto es una ventana a la comprensión de otras realidades y de las desigualdades que se gestan en ellas" (Saavedra Hernández, 2018, p. 65).

Como se sostuvo en el Amparo en Revisión 554/2013 (el emblemático caso del feminicidio de Mariana Lima Buendía), en el caso de muertes violentas de mujeres, los peritajes psicológicos con perspectiva de género, que estudien la necropsia psicológica y la escena del crimen, pueden ayudar a determinar si existía una motivación para posiblemente cometer un crimen y realizar un perfil de la víctima, su comportamiento y entorno, para identificar si la víctima presentaba síndrome de indefensión aprendida o de mujer maltratada (párrafos 73 y 90).

Además, como se sostuvo en dicha sentencia, también resulta adecuada la práctica de peritajes psicosociales, que centra la experiencia de las personas afectadas por las violaciones a derechos humanos, mediante el análisis del entorno psicosocial de la víctima y de las circunstancias y medio en que se desenvolvía, a partir de un enfoque de discriminación interseccional. Esto último con la finalidad de identificar los factores estructurales, institucionales, interpersonales e individuales de las relaciones sociales en las que se ubicaba la occisa la hicieron más o menos vulnerarle a las formas de violencia que la afectaron (párrafo 173). En ese contexto, también son pertinentes los peritajes en antropología social, para evidenciar los patrones culturales orientados hacia conductas misóginas o de discriminación y desprecio hacia las mujeres, a partir de la realización de un trabajo de campo (párrafo 90).

Estas herramientas, como decíamos, también pueden ser utilizadas para contextualizar situaciones de violencia y discriminación en contra de las mujeres en su diversidad que se encuentran en conflicto con la ley, como sucedió en el caso de "Isela", acusada por la comisión del delito de peculado, que con ayuda de un peritaje en antropología social presentado por su defensa se logró demostrar el contexto de vulnerabilidad y de violencia familiar y comunal que la llevó a realizar la conducta delictiva que se le atribuyó (Causa Penal 241/2018) —el cual se da cuenta de manera más detallada en el apartado del juicio oral—. O en el caso de "Yolanda", acusada de los delitos de portación de arma de fuego de y posesión de cartuchos de uso exclusivo del Ejército, y posesión de narcótico con fines de comercio, cuya defensa presentó una pericial en psicología para mostrar que la acusada había sido víctima de violencia de género, y que su capacidad de decisión se encontraba influenciada por factores psicológicos y contextuales asociados con la vivencia de violencia de género —física, sexual, psicológica y económica—

que ha sufrido en su vida, y que estaba sometida al ejercicio de poder asimétrico que había entre su situación contextual y la de su esposo y su hermano. (causa penal 198/2019) En ambos casos, con dichas pruebas, concatenadas con otras, entre ellas sus declaraciones, Isela y Yolanda obtuvieron sentencias absolutorias.

Asimismo, proteger la salud mental y física de las víctimas durante la tramitación del proceso penal, especialmente durante la etapa de investigación complementaria, es sumamente importante a efecto de evitar la revictimización de las víctimas de discriminación o violencia de género.

En el caso de niñas y niños víctimas de violencia sexual, como lo sostuvo la Corte IDH en el caso V.R.P., V.P.C. y otros v. Nicaragua, de acuerdo con el deber de debida diligencia reforzado y no revictimización, las autoridades judiciales deben garantizar la adopción de medidas especiales y el desarrollo de un proceso adaptado a la niñez en ese tipo de casos, más aún, cuando se trata de violaciones sexuales, entre lo que destaca: (i) el derecho a participar en los procesos penales en función de su madurez y generar las condiciones adecuadas para ello, mediante protecciones especiales y con acompañamiento especializado; y (ii) realizar las diligencias estrictamente necesarias y evitarse la presencia e interacción con su presunto agresor.

5. Cierre de la investigación complementaria

Una vez concluida la investigación, el Ministerio Publico debe decidir si formula acusación para llevar el asunto a juico, si se desiste de su intención en ejercer la acción penal solicita el sobreseimiento del asunto o si considera que el proceso debe suspenderse de manera temporal.

a. Sobreseimiento

En términos generales, el sobreseimiento procede cuando existe un impedimento insuperable para continuar con el proceso penal. Entre otros supuestos, esto sucede cuando se obtienen elementos contundentes, no susceptibles a debate razonable, para concluir que no se cometió un hecho ilícito o que la persona

contra la que se sigue el proceso no es responsable de haberlo cometido; o porque la fiscalía estima que no cuenta con los elementos suficientes para obtener una sentencia de condena; o por cuestiones procesales como el que se hubiere extinguido la acción penal, el tipo penal fuese derogado, la persona imputada ya hubiese sido sujeto a un proceso por los mismos hechos o porque falleció (CNPP, artículo 327).

El sobreseimiento no es una oportunidad para que las partes anticipen el juicio oral, para poner a prueba la teoría del caso de la defensa o porque la defensa considera que existe una duda razonable sobre la existencia del delito o la responsabilidad de la persona imputada. El sobreseimiento se da cuando no hay punto en llevar el asunto a juicio; cuando existen razones que, de haberse considerado en la audiencia inicial, hubieran conducido invariablemente a se dictara una no vinculación a proceso sin la posibilidad de reabrir la investigación, pues tiene los efectos de una sentencia absolutoria, esto es: pone fin al procedimiento, inhibe una nueva persecución por el mismo hecho delictivo y hace cesar todas las medidas cautelares que se hubieren dictado.

Por lo anterior, de decretarse el sobreseimiento, la víctima queda sin la posibilidad de que la persona imputada le repare el daño y sin las protecciones que se le hubiesen otorgado para contrarrestar el riesgo que pudiese haber corrido con motivo de los hechos denunciados. Consecuentemente, toda solicitud de sobreseimiento ser sometida a control judicial, incluso cuando no la fiscalía es quien la propone o no pretende controvertirla (CNPP, artículo 330).

Ahora bien, existen casos en los que la imputación se sustenta en elementos de prueba que pudiesen haber sido tomados en cuenta en la audiencia inicial para dictar un auto de vinculación a proceso, pero que en el curso de la investigación complementaria son declarados nulos por haberse obtenido con violación de los derechos fundamentales de la persona imputada como, por ejemplo, por haberse acreditado que se cometieron actos de tortura (CNPP, artículo 264).

Cuando esto sucede, particularmente en asuntos que se siguen por prisión preventiva oficiosa, la declaratoria de nulidad de la prueba debe venir acompañada de un análisis sobre la viabilidad de la acusación, para efectos de determinar si se

justifica la afectación de los derechos de la persona imputada, su privación de la libertad, para ser llevada a un proceso en el que la fiscalía se ha quedado sin pruebas para sustentar su acusación.

Por ejemplo, en el Amparo Indirecto 6/2016, el Tercer Tribunal Unitario del Decimoquinto Circuito se pronunció respecto del caso de tres mujeres ("Rosalía", "Marisela" y "Elisa") contra quienes se seguía un proceso por transporte de heroína. De acuerdo con lo asentado en la resolución, Rosalía, Marisela y Elisa se encontraban en el área de reclamo de equipaje de un aeropuerto, cuando policías federales observaron que Rosalía presentaba dolor abdominal, por lo que le preguntaron si necesitaba ayuda. De acuerdo con el dicho de los policías, Rosalía les manifestó que tenía un envoltorio con droga en la vagina y que temía por su salud y la de sus hermanas, Marisela y Elisa, quienes también llevaban envoltorios similares. Por tal motivo, las trasladaron a las oficinas de la corporación policial en el mismo aeropuerto, donde, según el dicho de los agentes, con la supervisión de una suboficial de la policía, se les extrajeron los envoltorios que contenían heroína.

El tribunal unitario consideró que se debían excluir del caudal probatorio la heroína, al haberse extraído sin que existiera constancia del consentimiento de las mujeres a la realización de dicha intervención corporal, además de practicarse sin la intervención de un perito especializado (médico) y por personal de investigación, respetando su dignidad e intimidad, y fuera de un centro de salud u hospital, ante la situación de emergencia médica que pudiera conllevar el manejo inadecuado de los envoltorios para su salud. Lo anterior, a juicio del tribunal, generó incertidumbre en cuanto al hallazgo de la droga, al no llevarse a cabo el procedimiento de extracción correspondiente de los envoltorios y su embalaje. Además, destacó que dicha intervención en la forma en la que se realizó vulneró el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, protegido por la Convención de Belén do Pará, además de que constituyó un trato degradante. Por todo lo anterior, decretó la libertad a favor de Rosalía, Marisela y Elisa.

Si bien este asunto se resolvió conforme a las reglas del sistema penal inquisitivo-mixto, consideramos que es un buen ejemplo para evidenciar cuándo un asunto ameritaría ser sobreseído ante la ausencia de las pruebas esenciales para que la fiscalía sustente su acusación.

b. Suspensión del proceso

La suspensión del proceso procede cuando existe un impedimento temporal para continuar con el proceso penal. En términos generales, esto sucede cuando la persona imputada se hubiese sustraído de la acción de la justicia, resulta que el delito por el que se debe seguir tiene un requisito de procedibilidad que no se ha satisfecho (como la presentación de una querella o una declaratoria de perjuicio); o cuando la persona imputada "adquiera un trastorno mental temporal durante el proceso" (CNPP, artículo 331) En estos supuestos, los plazos procesales dejan de correr hasta que haya cesado el motivo de la suspensión (CNPP, artículo 332).

Si bien el CNPP se refiere a trastornos mentales como aquellos que pueden justificar la suspensión del procedimiento, debemos tomar en consideración que el punto de esta disposición es garantizar que la persona imputada tenga la capacidad de comprender los alcances del proceso penal que se sigue en su contra y que se encuentre en posición de contribuir a su defensa, por lo que, en principio, podría ordenarse la suspensión del proceso por diversas cuestiones de salud como, por ejemplo, en el último trimestre de embarazo de una persona imputada, o cuando se trata de un embarazo de alto riesgo.

6. Formulación de la acusación

Cuando concluida la fase de investigación complementaria, la fiscalía estima que cuenta con los elementos para ejercer la acción penal contra la persona imputada, presentará formalmente su solicitud de acusación. Con ello da inicio la etapa intermedia, o de preparación de juicio oral, como se desarrolla más a detalle, en el apartado de etapa intermedia.

a. Salidas alternas y formas de terminación anticipada

Una vez que la persona imputada es vinculada a proceso, el asunto se encamina a la audiencia de juicio oral, en la que culmina el proceso penal seguido su cauce

ordinario. Sin embargo, no todos los asuntos llegan a esa etapa procesal pues, dada la cantidad de recursos humanos y materiales que exige, el sistema procesal colapsaría y la impartición de justicia se tornaría más tardada, gravosa y, en términos generales, inaccesible.

Aunado a lo anterior, la reforma constitucional de 18 de junio de 2018 dio un papel protagónico a la reparación del daño en el proceso penal y, con ello, introdujo a la justicia restaurativa, como eje toral del sistema, para permitir nuevos caminos que podrían encontrar mejor solución que en el juicio, los cuales, "si bien parten de la comisión de un hecho delictivo, se distinguen porque no buscan declarar la responsabilidad penal del imputado, ya que su prioridad radica en restaurar el daño causado y concluir el conflicto penal sin la imposición de una pena". (Tesis [J.]: 1a./J. 33/2017)

En este sentido, bajo premisas constitucionales y legales, buscan maximizar el mandato de impartición pronta y expedita contenido en el artículo 17 constitucional, el legislador estableció diversas vías para despresurizar al sistema procesal penal, procurar que solo los asuntos más relevantes lleguen a la etapa de juicio oral y maximizar el derecho de las victimas u ofendidas a que se les repare el daño. Las salidas alternas al juicio oral y las formas de terminación anticipada del proceso penal.[18] Estas figuras son las siguientes:

b. Acuerdos reparatorios

De acuerdo al artículo 186 del CNPP, los acuerdos reparatorios son aquellos que celebra la víctima u ofendido con la persona imputada o acusada para que esta última repare el daño causado por el delito a cambio de que se extinga la acción penal en su contra.

[18] Con el mismo propósito, el legislador estableció los llamados "criterios de oportunidad". Sin embargo, esta figura es eminentemente ministerial y solo está sujeta a control judicial cuando existe controversia sobre los mismos, en cuyo caso debe procede en los términos que se han detallado en el apartado de "Impugnación a las determinaciones del Ministerio Público" de este artículo.

Esta salida alterna procede únicamente respecto de *delitos que se persiguen por querella*, requisito equivalente de parte ofendida o que admiten el perdón de la víctima o el ofendido; *delitos culposos; delitos patrimoniales* cometidos sin violencia sobre las personas, siempre y cuando la persona imputada no tenga antecedentes de haber optado por esta misma salida alterna en un asunto diverso por el mismo tipo de delito doloso o hubiese incumplido un acuerdo reparatorio en otro proceso (salvo que hubiese terminado siendo absuelta) (CNPP, artículo 187).

Superada la procedencia, el punto esencial de esta salida alterna es que las partes consientan su celebración. Por esta razón, el CNPP, en su artículo 190, explícitamente señala la obligación de verificar que las personas intervinientes hayan otorgado su consentimiento de manera libre (sin coacción, intimidación o amenazas), en igualdad de condiciones para negociar y que las obligaciones que se impongan no sean notoriamente desproporcionales.

Esta obligación no debe tratarse a la ligera, pues la persona imputada no entra a las negociaciones solamente con la posibilidad de tener que reparar el daño en caso de ser encontrada culpable, sino con el riesgo también de las consecuencias propias de la sentencia penal, como una pena privativa de la libertad y multas. Lo anterior genera una evidente asimetría en los panoramas procesales de las partes, ya que el beneficio esperado de la víctima u ofendida (la reparación del daño integral y la satisfacción de que se haga justicia) difícilmente será equivalente al costo esperado de la persona imputada (que además de tener que reparar el daño, puede pasar tiempo en prisión y pagar una multa).

En otros casos, y para lo cual resulta fundamental una perspectiva de género, la asimetría no responde al carácter procesal de las partes sino a cuestiones estructurales, derivadas de situaciones de vulnerabilidad o contexto de desigualdad por razón de género, que deben verse con enfoque interseccional, es decir, considerando otros ejes de opresión derivados de la etnicidad, la discapacidad, la identidad de género, y el contexto específico de las personas involucradas. Por ejemplo, los delitos cometidos en incumplimiento de las obligaciones alimentarias usualmente vienen acompañados de presiones sociales, familiares o económicas, que pueden motivar a la víctima a aceptar cantidades inferiores a las procedentes.

Por tanto, las juezas y jueces de control deben estar atentas para identificar estos posibles desequilibrios de poder y ser proactivas para recopilar las pruebas necesarias para visualizar el contexto de violencia o discriminación cuando no sea evidente, de conformidad con lo sostenido en la tesis [J] 1a./J. 22/2016, y eliminar la desigualdad con los medios procesales que existen a nuestra disposición, como, por ejemplo, con la implementación de providencias precautorias, pues, si la reparación del daño se garantiza, es más probable que la negociación del acuerdo se desarrolle en condiciones de igualdad.

c. Suspensión condicional del proceso

La suspensión condicional del proceso extingue la acción penal cuando la persona imputada se compromete a reparar el daño, y se somete, durante un plazo mínimo de 6 meses, a una o varias condiciones encaminadas a garantizar los derechos de la víctima u ofendida, reparar el daño causado a la sociedad o atender aquellas circunstancias que pudieron haber influido en la comisión de los hechos que se le imputan (CNPP, artículo 191).

A diferencia de los acuerdos reparatorios, la suspensión condicional del proceso no requiere el consentimiento de la víctima u ofendida, pero, de acuerdo con el artículo 192, fracción II, del CNPP, ésta puede oponerse, y, desde una perspectiva de género, habrá de rechazarse si su concesión implica una afectación a sus derechos. Lo anterior particularmente cuando se trata de casos de violencia de género, respecto de la cual existe un deber de debida diligencia reforzado en la prevención, investigación, sanción y reparación, contemplado, particularmente, en el artículo 7, inciso b), de la Convención de Belém do Pará.

Al respecto resulta ejemplificativo un caso resuelto por la Segunda Sala de la Cámara Federal de Casación Penal de Buenos Aires, Argentina, en el que confirmó la negativa del fiscal de autorizar la suspensión del juicio a prueba (como se nombra a la suspensión condicional del proceso en Argentina) solicitado por un imputado por el delito de amenazas, enmarcado en un contexto e violencia de género, considerando el interés de la víctima de llevar la causa penal hasta su conclusión, y de la ausencia de expresión clara, precisa y voluntaria de que el proceso se resuelva bajo dicha salida alterna. (Causa No. 1207/2013)

Ahora, desde una perspectiva de género, la suspensión condicional del proceso, como salida alternativa al juicio con enfoque restaurativo,[19] debe verse, no sólo como un derecho de la persona imputada a acceder a una respuesta distinta al juicio de manera pronta y sin tener antecedentes penales, sino como un derecho de las víctimas a contar con respuestas jurídicas enfocadas a sus necesidades e intereses. Como lo explica Leticia Lorenzo (2018), la suspensión condicional del proceso (suspensión del juicio a prueba en Argentina), vista desde los ojos de la víctima, especialmente las de violencia de género, permite la construcción de soluciones "a la medida" de sus intereses y necesidades, de la intensidad del conflicto de que se trate y de las posibilidades reales de trabajo con la persona imputada, a partir de las condiciones que habrán de imponerse a ésta —que, de cumplirse, se extinguirá la acción penal y, en consecuencia, no tendrá antecedentes penales—. Como lo sostiene Lorenzo:

> Reducir una salida como la suspensión condicional del proceso, que genera posibilidades de tan alta calidad en la construcción de soluciones más orientadas hacia la restauración al mismo estatus de la reparación del daño en contexto de criterio de oportunidad [donar cosas, montos simbólicos, etcétera], es desperdiciar una oportunidad más que interesante de pensar en un sistema penal diferente.

Desde esta perspectiva, además de considerar las condiciones explícitamente contempladas en el artículo 195 del CNPP, la construcción de esas soluciones "a la medida" podrían abarcar acciones con un verdadero potencial transformador de la realidad de las mujeres víctimas de violencia de género, encaminadas a salvaguardar su integridad y vida, así como la de sus hijas e hijos o personas a su cuidado, desde un enfoque comunitario —por ejemplo, el mantenimiento de medidas de protección a su favor, el sometimiento del imputado a tratamiento psicológico y talleres de reeducación para hombres que ejercen violencia de

[19] Para definir justicia restaurativa, seguiremos la conceptualización que realizan María Antonieta Maltos Rodríguez y Héctor Alejandro Valle López (2020) de dicha justicia como "una respuesta sistemática y evolucionada al delito, que se aparta del modelo retribucionista, respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construyendo comprensión y promoviendo la armonía social mediante un proceso de sanación de las víctimas, las personas ofensoras y la comunidad", a partir de la definición de Eduardo Germán Bauché, Mariela Isabel Prada y María de los Ángeles Pesado Riccardi (2020).

género, una reparación del daño proporcional y justa para la víctima y sus hijas e hijos, entre otras—.

Lo importante en cualquier caso es que como juezas y jueces pongamos en el centro de la decisión a la víctima: escuchar su posición respecto a la posibilidad de que el caso se resuelva por medio de una suspensión condicional del proceso —para lo cual es indispensable explicar en lenguaje ciudadano las consecuencias de continuar el proceso penal de forma ordinaria u optar por esta vía alternativa de solución del conflicto—, y en caso de optar por la suspensión construir el plan de reparación y las condiciones que habrán de imponerse con su participación.

En conclusión, más allá de los aspectos meramente formales para conceder una suspensión condicional del proceso, se deben considerar también los elementos subjetivos y contextuales del *asunto en concreto, para verificar la viabilidad o no de su concesión; de tal manera que la perspectiva de género* juegue un papel real en la concesión de este tipo de soluciones alternas; lo cual redundará en que se fortalezcan las políticas públicas, jurídicas y sociales para la protección integral de las mujeres y las niñas.

En el caso de personas en conflicto con la ley, habría que mencionar la importancia de establecer modelos de cumplimiento de las condiciones impuestas para la suspensión condicional del proceso sensibles con su vida personal, familiar y laboral, particularmente de las mujeres, en quienes recae de manera desproporcionada e inequitativa las labores de cuidado y domésticas, y la atención de personas, lo que se ha visto exacerbado en el contexto de la pandemia. Como lo indica la CEPAL, antes de la pandemia, las mujeres ya realizaban el triple de trabajo doméstico y asistencial sin remuneración que los hombres (OIT, 2019) —que, en el caso de las mujeres trabajadoras, se traduce en una doble o triple jornada laboral—. En México, donde no es la excepción, las mujeres asumen en promedio 39 horas semanales de este trabajo no remunerado (Encuesta Nacional sobre Uso del Tiempo, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2014). En ese contexto, para la realización de un servicio social a favor del Estado o de instituciones de beneficencia pública, por ejemplo, podrían adaptarse los horarios y días para su realización de manera que sean compatibles con las actividades y responsabilidades personales, laborales y familiares, de las personas en conflicto con la ley.

d. Procedimiento abreviado

El procedimiento abreviado no es una salida alterna, sino una forma anticipada de terminación del proceso penal. Esto es así, esencialmente, porque a diferencia de la suspensión condicional del proceso y los acuerdos reparatorios, esta figura no impide el reconocimiento de culpabilidad de la persona acusada o la imposición de la pena. Esta forma de terminación del proceso procede respecto de cualquier tipo de delito, siempre que lo solicite la fiscalía, la víctima no presente oposición y el imputado lo consienta (CNPP, artículo 201).

Para que la solicitud de la fiscalía sea válida, sin embargo, habrá de formular imputación, establecer el monto de la reparación del daño y exponer los datos de prueba en los que se sustentan, ante el órgano jurisdiccional, para efectos de que pueda verificar que existen medios de convicción que corroboran la acusación (CNPP, artículo 203).

A diferencia de la suspensión condicional del proceso, en donde el CNNP no restringe las razones por las cuales la victima pude oponerse a su otorgamiento, el procedimiento abreviado solamente puede negarse por la oposición de la víctima u ofendido si refiere que no se encuentra debidamente garantizada la reparación del daño (CNPP, artículo 204).

Por cuanto hace a la aceptación de la persona imputada, la jueza o juez de control debe verificar que sabe que tiene derecho a un juicio oral en el que puede controvertir la defenderse y ser absuelta o condenada y, no obstante, renuncia a ese derecho y opta por un procedimiento abreviado, en donde no hay debate probatorio y siempre se dicta una sentencia de condena con base en los medios de convicción a los que se refirió la fiscalía al formular imputación.

Renunciar al derecho a defenderse en audiencia de juicio oral no es poca cosa. Obtener una sentencia condenatoria sin tener que ir a juicio oral representa un claro beneficio para la fiscalía y para la víctima, pues se asegura el fallo condenatorio y la reparación del daño, sin tener además que hacer uso de los considerables recursos que se requieren para sustentar la acusación en audiencia de juicio oral

y prescindiendo, además, de una posible revictimización. Para las personas imputadas el beneficio es una reducción en la pena que, según la fiscalía, solicitaría en audiencia de juicio oral (CNPP, artículo 202).

De esta manera, la sentencia emitida en un procedimiento abreviado se justifica por el control de la decisión voluntaria del acusado y la justificación de la acusación. Por ello, en el procedimiento abreviado, el órgano jurisdiccional no asume una postura meramente jurisdiccional, sino de supervisión y mediación sobre la solicitud planteada por la fiscalía respecto de los hechos, su calificación jurídica y de la propuesta de las sanciones a imponerse, bajo la tutela de los derechos fundamentales de las partes y del principio de legalidad penal como límite de la negociación. Por tanto, la decisión se sustenta en la satisfacción de los requisitos de procedibilidad y el consentimiento informado e inequívoco de la persona acusada, a fin de que sea conforme al debido proceso.

Como lo ha sostenido la SCJN, (Contradicción de Tesis 56/2016) las y los jueces de control deben verificar que se actualizan los requisitos para la procedencia del procedimiento abreviado, por lo que deben analizar la congruencia, idoneidad, pertinencia y suficiencia de los datos de prueba que presente la fiscalía, a fin de verificar si la acusación tiene lógica argumentativa. Además, deben verificar el cumplimiento de diversos requisitos, entre los que destacan que la persona imputada, con la debida asistencia jurídica —desde la perspectiva de una defensa adecuada material— (Amparo Directo en Revisión 1183/2018): **(i)** exprese su conformidad al procedimiento abreviado, de forma libre, voluntaria e informada; **(ii)** conozca su derecho a exigir un juicio oral y renunciar voluntariamente a él; **(iii)** reconozca voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito; **(iv)** acepte ser juzgado con base en los antecedentes recabados en la investigación; y **(v)** entienda los términos del acuerdo con la parte acusadora y las consecuencias que éste pudiera implicarle. Para ello será imprescindible el uso de un lenguaje claro y sencillo por parte de las personas juzgadoras, para que la persona imputada conozca y comprenda las implicaciones de esta forma de terminación anticipada.

No obstante, a menudo, el análisis de la procedencia del procedimiento abreviado ha sido interpretado de manera que la labor de supervisión del órgano

jurisdiccional se limita a determinar que se encuentre justificada la existencia del delito y la probable responsabilidad de la persona acusada, sin entrar a los parámetros que se utilizaron para determinar la pena propuesta. Esto ha llegado al punto de que, en procedimientos que se siguen por delitos de peligro, que por su naturaleza no generan daño que repararse y en contra de personas que no tienen antecedentes penales, se dicten sentencias de procedimiento abreviado sin que exista reducción de la pena.

En la causa 25/2017 del Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de México, con residencia en Almoloya de Juárez, Altiplano, por ejemplo, se acusó a una persona, sin ningún tipo de antecedentes penales, de haber portado una pistola calibre 9x19mm, dentro del vehículo en el que se trasportaba, la cual le fue encontrada en un retén. La pena que se contempla para ese delito, previsto en el 83, fracción II, en relación con el 11, inciso b), de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, era, en ese entonces, de 3 a 10 años de prisión. La fiscalía solicito el procedimiento abreviado con una pena de 2 años, 11 meses y 29 días, es decir una reducción de 1 día de la mínima. Se le cuestionó al fiscal que justificara la pena y respondió que "así los estaba autorizando el delegado". Esta circunstancia, en el mejor de los casos, denota arbitrariedad. En el peor, corrupción y discriminación.

Lo anterior se vuelve especialmente problemático, a la hora de someter a mujeres al sistema de justicia penal, por lo que, a la hora de analizar la procedencia y los términos en los que se tramitan los procedimientos abreviados se debe analizar y ponderar las condiciones de violencia sistemática que viven las mujeres, en virtud de que la situación de subordinación y la franca concurrencia de discriminación y violencia de género podría actualizar duda razonable respecto a la autoría, participación o codominio del evento ilícito que se le atribuye; tal y como se advierte en el Amparo Directo en Revisión 1206/2018, en el que la Primera Sala de la SCJN, resolvió amparar y proteger a la quejosa, en virtud, de que el juzgador, al momento de ser sentenciada no se valoraron de manera integral las pruebas, desestimando aquellas en las que se advertían las condiciones de violencia sistemática que vivía la mujer.

De otra manera, al momento de dictar una sentencia condenatoria en procedimiento abreviado, sin que las autoridades jurisdiccionales hayan tomado en conside-

ración la perspectiva de género, particularmente al imponer una pena privativa de libertad, se estarían vulnerando doblemente los derechos de la mujer, puesto que con dicha determinación se le sanciona contraviniendo las obligaciones internacionales de garantizar la protección y el ejercicio efectivo de los derechos humanos de las mujeres, toda vez que se ignoran las condiciones estructurales de desigualdad y el impacto diferenciado que tiene la ley respecto de unas y otros frente a las conductas realizadas.

Es importante mencionar que uno de los requisitos de procedencia para acceder a un procedimiento abreviado es que la persona imputada admita su responsabilidad en el delito que se le atribuye; sin embargo, es obligación de las y los juzgadores, antes de sentenciar, analizar y verificar los elementos de prueba que sustentan la acusación (y no únicamente verificar los requisitos de procedibilidad de esta forma de terminación anticipada), ya que deben ser conscientes de las presiones sociales y mandatos patriarcales, en que se ven inmersas las mujeres en su diversidad —particularmente aquellas que están sometidas a otros ejes de opresión derivado del clasismo, el racismo—, y las personas de la diversidad sexual, entre otras poblaciones históricamente desaventajadas. De tal manera, que si a criterio del órgano jurisdiccional existen datos de prueba que evidencien la potencial inocencia de la persona, o bien, elementos que permitan dilucidar alguna causa que explique la conducta, que de seguir el proceso en juicio oral, pudieran terminar por absolverla, deberán informarle esta consideración a la persona que está enfrentando el proceso.

De lo contrario, el poder judicial se vuelve cómplice de la dinámica en la que las cifras estadísticas importan más que la justicia; aunado a que en muchas ocasiones, las y los fiscales e inclusive la defensa, fuerzan, mal informan y acorralan a las personas, dada su condición de vulnerabilidad, e influyen en sus decisiones, para que accedan a la mínima posibilidad que tienen para ser juzgadas rápidamente, aún y cuando pudieran resultar absueltas, faltando con ello no sólo a la ética y profesionalismo, sino a la obligación constitucional de garantizar a las personas el ejercicio efectivo de todos los derechos humanos.

Además, habría que mencionar que la imposición de una sentencia de procedimiento abreviado de ninguna manera supone un detrimento de las obligacio-

nes de reparar el daño de manera integral a las víctimas directas e indirectas, lo que se desarrollará de manera más detallada en el apartado de la individualización de la sanción y la reparación del daño. No obstante, conviene adelantar que la obligación de reparar integralmente a las víctimas no debe enfocarse exclusivamente a en la indemnización, sino que también se deben contemplar medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y medidas de no repetición, que deberán determinarse en cada caso concreto y considerando las peticiones de aquéllas. Por ejemplo, en el caso del médico del equipo nacional de gimnasia de los Estados Unidos de América, Larry Nassar, acusado de múltiples delitos sexuales contra niñas atletas, éste fue sentenciado mediante la figura del procedimiento abreviado en dicho país. No obstante, la jueza que conoció del asunto permitió a las sobrevivientes de los abusos, ante la solicitud de éstas, externar sus testimonios una vez que Nassar se declaró culpable, y dedicó a cada una de ellas palabras ánimo. Inicialmente, estaba previsto que testificaran 88 de las víctimas, pero al final sumaron 150; muchas de ellas externaron que ese momento les fortaleció y les resultó terapéutico (Gómez Urzaiz, 2018).

IV. Etapa intermedia

La etapa intermedia, o de preparación del juicio oral, tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba que se pretenden desahogar en la audiencia de juicio oral, y la depuración de los hechos que serán materia del juicio (CNPP, 334). Esta etapa se compone de dos etapas, una escrita y otra oral.

1. Fase escrita

La fase escrita es aquella en la que, concluida la investigación, la fiscalía formaliza y señala los hechos por los que pretende llevar a la persona acusada a juicio, las consecuencias que pretende que se le impongan en caso de dictarse una sentencia condenatoria y las disposiciones legales en las que se sustenta y justifica su pretensión (CNPP, 335). A su vez, la víctima u ofendida decide si desea constituirse como coadyuvante en el proceso (CNPP, 338).

Si bien, como ya se ha referido, el artículo 19 constitucional estipula que el proceso penal debe seguirse por aquellos hechos por los que se hubiere vinculado a

proceso a la persona imputada, su clasificación jurídica puede variar entre el auto de vinculación a proceso a la acusación.

Uno de los principios fundamentales del proceso penal acusatorio es el de contradicción, en el que las partes tienen la obligación de informarse entre ellas respecto de todos y cada uno de los elementos de prueba que han recabado; particularmente la fiscalía tiene la obligación procesal de informar a la defensa y a la persona imputada los hechos y la clasificación jurídica de que se trate la acusación, a efecto de que estén en condiciones de preparar su defensa. En este sentido, las partes anuncian y revelan, o "descubren", los medios de prueba que pretenden llevar a la audiencia de juicio oral (CNPP, artículo 337), y aquellos hechos que, por ser consistentes con sus *teorías del caso*, están dispuestas a dar por probadas (CNPP, artículo 345).

Por lo anterior, en esta fase de la etapa intermedia es crucial que se realice un adecuado descubrimiento probatorio pues, si bien las demás cuestiones pueden ser precisadas o corregidas en la audiencia intermedia, sin descubrimiento probatorio las partes no pueden prepararse para debatir sobre la admisibilidad o exclusión de los medios probatorios de su contraparte. Un descubrimiento probatorio oportuno, además, es fundamental para el ejercicio de defensa durante la etapa intermedia, pues para saber si se ofrecen medios de descargo, o si se lleva una defensa pasiva, hay que saber primero el sustento probatorio de la acusación.

En este sentido sería procedente, por ejemplo, que la defensa solicitara interrogar a los testigos de cargo, incluyendo a la víctima, para efectos de confirmar que, en efecto, declararon lo que dicen los registros que integran en la carpeta de investigación, si tienen más información de la que proporcionaron a la fiscalía, si existen elementos de prueba circundantes que pudiesen corroborar o contradecir su dicho, etcétera, pudiendo, incluso, solicitar auxilio judicial para efectos de que la persona que se quiere interrogar sea citada.

En estos casos, la autoridad habrá de prestar el auxilio judicial solicitado, pero siempre tomando las precauciones necesarias para garantizar su seguridad y evitar la revictimización de las víctimas, pudiendo incluso negarse cuando estime que la víctima o testigo deben estar sujetos a protocolos especiales para su

protección, como en el caso delitos relacionados con violencia de género, particularmente los de índole sexual (CPEUM, artículo 20, apartado B, fracción IV; y CNPP, artículo 126).

2. Fase oral

La fase oral de la etapa intermedia, para efectos prácticos, es la audiencia que se celebra una vez que las partes presentaron sus escritos, ya sea de acusación, coadyuvancia o defensa, respectivamente, o haya fenecido su derecho para hacerlo.

Esta audiencia inicia con la oportunidad de las partes de exponer, de manera sucinta, su posición, lo cual servirá al órgano jurisdiccional como base para analizar la admisibilidad de los medios de prueba que las partes ofrezcan para llevar a la audiencia de juicio y promover la aprobación de los acuerdos reparatorios. Luego, se deducen las incidencias que las partes promuevan antes de entrar al fondo de la audiencia y se resuelve cualquier excepción que, según la defensa, impida que el proceso llegue a la etapa de juicio.

Hay que tener presente que la audiencia intermedia concluye con el dictado del auto de apertura a juicio oral, el cual, una vez emitido, impide la celebración de cualquier salida alterna o formas de terminación anticipada, por lo que esta es la última oportunidad para optar por cualquiera de ellas (CNPP, artículos 188, 193 y 202).

a. Admisión y exclusión de medios de prueba

Una vez que quedan precisados los hechos materia de la acusación, que serán objeto de debate en la audiencia de juicio oral, y se verifica que no hay ningún impedimento para la celebración de la audiencia intermedia, se procede al análisis de los elementos probatorios que las partes pretenden llevar a juicio.

Para ello, la autoridad judicial verifica que se haya cumplido con el descubrimiento probatorio y, si no hay incidentes al respecto, se procede a examinar los medios de prueba ofrecidos por las partes para la audiencia de juicio oral. Para lo anterior,

primero escucha a las partes y luego se pronuncia sobre su admisibilidad, debiendo excluir aquellos irrelevantes o dilatorios, o aquellos que se hubiesen obtenido con violación a derechos fundamentales, hubiesen sido declarados nulos, o contravengan las disposiciones señaladas para su desahogo (CNPP, artículo 346).

Un medio de prueba es relevante cuando se refiere a los hechos materia de la acusación y tiende a hacerlo más o menos probable que si no se contara con este. En este sentido, por ejemplo, la Corte IDH ha sido enfática en establecer que las pruebas relativas a los antecedentes sexuales de la víctima —o su comportamiento social previo al hecho delictivo— son en principio inadmisibles, pues implican la manifestación de políticas o actitudes basadas en estereotipos de género. (Corte IDH, 2015) Así, habrían de excluirse las pruebas tendientes a acreditar la forma de vestir de la víctima, su ocupación labora —por ejemplo, si es una trabajadora sexual—, el número de parejas sexuales que pudo haber tenido en el pasado, que consintió haber tenido relaciones sexuales con la persona denunciada en situaciones diversas de aquella en la que se le acusa de haberla forzado a tener relaciones sexuales con la persona acusada, la relación afectiva o de parentesco con ésta, o que ingería alcohol o narcóticos en ejercicio de su libre desarrollo de la personalidad, entre otras cuestiones.

¿Por qué no se deben admitir los datos de pruebas relativos a los antecedentes sexuales de la víctima? En primer lugar, porque el proceso penal no se sigue para determinar el "tipo de persona" que es víctima o sobreviviente de un delito. Lo mismo habría de considerarse en caso de mujeres o personas de la diversidad sexual que comparecen a los procesos como acusadas. Y, en segundo, porque es un tema explorado que el hecho de que una mujer consienta un acto sexual no implica ni presupone que hubiese consentido uno diverso, inclusive cuando en los diversos actos se encuentran involucradas las mismas personas, como cuando este delito se comete entre cónyuges, sino que, más bien, su introducción tiende a generar prejuicios y confusión en las personas juzgadoras, que resultan en una peor calidad en la resolución. Por esta razón, incluso, el legislador incluyó expresamente esta regla de exclusión probatoria en el artículo 347 del CNPP. En suma, este tipo de prueba tienden a generar un valor prejuicioso más alto que el eventual valor probatorio que pudieran generar, lo que afecta la calidad de la información que llegará a juicio.

Resulta ejemplificativo el caso mediáticamente conocido como "La Manada", en el que un grupo de cinco hombres que violó a una joven de dieciocho años durante los festejos conocidos como los "Sanfermines" en Navarra —cuatro de los cuales formaban parte de un grupo de Whatsapp autodenominado "La Manada"—, la defensa de los acusados ofreció como prueba el informe de un detective privado, contratado por uno de ellos, que espió el comportamiento de la víctima de la violencia sexual en sus redes sociales posterior a los hechos para demostrar que "no se comportaba como víctima", es decir, que no actuaba como si padeciera "algún trauma"; así como la fotografía de una imagen de una red social donde la joven comentó "Hagas lo que hagas, bájate las bragas", un slogan de una serie de televisión, y "Ojeras faloperas", meses después de los hechos. En una decisión totalmente desafortunada y que despertó mucha indignación social y de expertas feministas, el tribunal admitió dichas pruebas.

Este tipo de pruebas son a todas luces inadmisibles como medios de prueba, pues, en primer lugar, no se relacionan de ninguna forma con los hechos que se intentan probar —en este caso, la violación sexual—; y, en segundo lugar, no existe un comportamiento "prototípico" de una víctima o sobreviviente de violencia de género, sino que puede reaccionar de diversas maneras a ese hecho; por lo que la forma en la que se comporta después del hecho victimizante no es útil para establecer si este se cometió o no, sino que sólo intenta incorporar prejuicios y estereotipos de género al ejercicio deliberativo del tribunal de enjuiciamiento (Faraldo Cabana, 2019, pp. 272 a 273).[20]

Un medio de prueba es dilatorio cuando existen otros del mismo tipo que se ofrecen para acreditar lo mismo (sobreabundantes); no se refieren a los hechos controvertidos (impertinentes); o se refieren a hechos públicos, notorios o incontrovertidos (innecesarios).

No hay un número específico de cuántos medios de prueba hacen a un medio de prueba sobreabundante, sino que depende del caso. Cuando el hecho sobre el

[20] Ver también: Diges, 2017. Disponible en: https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20171115/indignacion-en-las-redes-por-un-informe-sobre-la-violacion-de-san-fermin-que-asegura-que-la-joven-no-quedo-traumatizada-6425197; y Kohan, 2017. Disponible en: https://www.publico.es/sociedad/juez-admite-informe-victima-encargado.html.

que versan los medios de prueba no está sujeto a contradicción, o su objeto es idéntico y tienen el mismo enfoque y alcance, desde el segundo de medio de prueba puede ser sobreabundante, por lo que el órgano jurisdiccional debe exigir a su oferente que justifique la necesidad de ser admitida.

Los medios de prueba que se hayan ofrecido para acreditar aquellos hechos sobre los cuales se hayan celebrado acuerdos probatorios son impertinentes pues, por definición, esos hechos no podrán ser controvertidos en la audiencia de juicio (CNPP, artículo 345).

Son innecesarios aquellos medios de prueba que se refieren a hechos evidentes para cualquier juzgadora o juzgador sobre los cuales no tiene duda razonable incluso ante la ausencia total de pruebas al respecto.

Desde esta perspectiva, habría que evitarse a toda costa la admisión de medios de prueba que tiendan a la revictimización de las personas y que resulten sobreabundantes, impertinentes e innecesarios.

Asimismo, habrán de excluirse aquellos medios de prueba que hubiesen sido declarados nulos en un momento procesal previo y podrá abrirse debate también, en ese momento, respecto de aquellos que deban ser declarados nulos por haberse obtenido en violación a derechos fundamentales. Este análisis es crucial que se lleve en esta etapa, pudiendo el órgano jurisdiccional incluso cuestionar sobre la constitucionalidad de aquellas pruebas cuya validez sea dudosa pues, como ha establecido la Primera Sala de la SCJN, no es posible analizar violaciones a derechos fundamentales cometidas en etapas previas al inicio del juicio oral que tengan como consecuencia la eventual exclusión de determinado material probatorio (Tesis [J.]: 1a./J. 74/2018)

Por esta razón, en esta etapa no puede obviarse el análisis de las denuncias de tortura que las personas imputadas hayan hecho en cualquier etapa del proceso y el impacto que estas puedan haber tenido en la obtención de los medios de prueba que se pretenden llevar a juicio; o de la regularidad constitucional de que todos aquellos medios de prueba que se hubiesen obtenido como resultado

de técnicas de investigación que inciden en los derechos fundamentales de las personas investigadas.

Lo anterior, debe efectuarse incluso ante la ausencia de un planteamiento de las partes o hasta cuando expresen su oposición, pues las juezas y jueces de control no solamente tienen la obligación de velar que se respeten los derechos de las partes, sino también de garantizar la regularidad del procedimiento, siendo crucial para este propósito el que no se admitan aquellos medios de prueba que pueden interferir con el correcto ejercicio de adjudicación del tribunal de enjuiciamiento, lo cual no solo acontece cuando se admiten medios de prueba irrelevantes o dilatorios, sino también aquellos que carecen de validez por haberse obtenido mediante tortura o sin autorización judicial, cuando por ley debieron de haberla obtenido.

En suma, para garantizar juicios con información de calidad, libres de prejuicios y estereotipos, es fundamental el rol activo de las jueces y jueces de control para indagar sobre la relevancia y pertinencia de los datos de prueba, así como que éstos hayan sido obtenidos con apego a los derechos fundamentales, lo cual cobra especial relevancia para juzgar con perspectiva de género. Lo que importa para asegurar un juicio con suficiencia probatoria no es la cantidad de los datos de prueba, sino la calidad de la información que puedan arrojar.

b. Medidas de resguardo de identidad y datos personales

Las victimas u ofendidas tienen derecho al resguardo de su identidad y demás datos personales cuando sean menores de edad, se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada, así como cuando el juicio del órgano jurisdiccional ello sea necesario para su protección —como pudiera ser en el caso de víctimas o sobrevivientes de violencia de género, no sólo de violación—. Aunado a lo anterior, el Ministerio Publico tiene la obligación de garantizar la protección de todas las personas que intervengan en el proceso, y las juezas y jueces de vigilar el buen cumplimiento de esta obligación, salvaguardando en todo momento, los derechos de defensa (CPEUM, artículo 20, apartado C, fracción V).

Lo anterior exige que los órganos jurisdiccionales efectúen un ejercicio de ponderación, caso por caso, entre los beneficios que estas medidas para las víctimas, ofendidos o testigos, y el costo que ello representa para la persona imputada o acusada y la calidad de la resolución que emita el tribunal de enjuiciamiento. Si se ofrecen como medios de prueba declaraciones de testigos, o de la propia víctima, que corren el riesgo de verse afectadas en su esfera jurídica con motivo de su participación en el proceso penal, es obligación del órgano jurisdiccional tomar las medidas necesarias para evitarlos o disminuirlos.(Tesis [A.]: 1a. CCCLXXXII/201) Ello puede realizarse a partir del establecimiento de medidas para evitar el contacto visual entre la víctima o sobreviviente —así como sus hijas, hijos y familiares— y su presunto agresor, ordenando que su participación se produzca en una sala diversa, con la utilización de un soporte audiovisual, como el sistema de videoconferencia, a través del cual pueda ser vista y oída, sin la necesidad de estar presente en la sala de audiencias.

Al respecto, el artículo 366 del CNPP establece la posibilidad de utilizar dichas técnicas audiovisuales para evitar confrontación con el imputado o acusado en casos de violación. No obstante, de una interpretación pro persona y con perspectiva de género, esto debería ser extensivo a cualquier tipo de violencia de género, y no sólo para quienes comparecen en calidad de víctimas, sino también mujeres en conflicto con la ley relacionadas con contextos de violencia de ese tipo.

Asimismo, se puede establecer como medida para evitar la revictimización que el desahogo del testimonio de la víctima o sobreviviente, o la totalidad de la audiencia de juicio, se lleve sin la presencia de público (CPEUM, artículo 20, apartado B, fracción V); y garantizar que cuente con el apoyo de personal capacitado para su contención emocional y psicológica antes, durante y después de rendir su declaración. Lo anterior permitirá evitar lo traumático que pudiera llegar a ser para la víctima enfrentarse de nueva cuenta a su agresor y revivir situaciones violentas del pasado, que pudiera desincentivarles a continuar un proceso penal hasta esta etapa.

Se estima incluso que la posibilidad de desahogar su testimonio de esta manera en juicio pudiera ser explicada en fases previas al proceso, como por ejemplo en

la vinculación a proceso, con la finalidad de que la víctima o sobreviviente no vea la etapa de juicio como una experiencia que pudiera ser insostenible, lo que pudiera aumentar las posibilidades de que no comparezca en juicio.[21]

c. Auto de apertura a juicio

Una vez que se resuelven los incidentes y excepciones que hubiesen planteado las partes, se verifica que no se han dado las condiciones para la celebración de una salida alterna o forma anticipada de terminación del proceso y se definen aquellos medios de prueba que habrán de desahogarse en la audiencia de juicio, la jueza o juez de control procede a emitir el auto de apertura a juicio. En este auto es donde quedan plasmadas las condiciones y términos en los que se habrá de llevar el juicio oral, con base en el debate que se haya llevado a cabo durante la audiencia intermedia.

Por disposición constitucional, la audiencia de juicio oral debe celebrarse ante juezas o jueces que no hayan conocido del caso previamente, con base únicamente en las pruebas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio —con la salvedad de la prueba anticipada— (CPEUM, artículo 20, apartado A, fracciones III y IV), por lo que el auto de apertura a juicio no puede contener información sobre lo acontecido en las etapas previas o sobre el contenido de las pruebas admitidas, sino exclusivamente la información necesaria para poder organizar y conducir de manera adecuada la audiencia de juicio oral.

Es decir, el tribunal ante el cual se llevara la audiencia de juicio oral, la identificación de las personas acusadas y, en su caso, las coadyuvantes en la acusación; los hechos materia de la acusación, y las disposiciones relativas al tipo penal, agravantes o atenuantes, forma de comisión y autoría, correspondientes; los acuerdos probatorios a los que hubieren llegado las partes; los medios de prueba admiti-

[21] Tania Reneaum Panzi, *op. cit.*, identifica que uno de los motivos por los cuales las mujeres no continúan los procesos penales por delitos relacionados por violencia en la pareja se debe a la posibilidad que éstas advierten de que se enfrenen visualmente con su agresor a lo largo del proceso y, particularmente, en la fase de juicio.

dos para ser desahogados en la audiencia de juicio y para la audiencia de individualización de sanciones y de reparación del daño, la forma en que será conducidas al juicio y si se ordenaron medidas especiales para su desahogo; y las medidas cautelares que se hayan impuesto al acusado.

El dictado del auto de apertura a juicio condiciona la forma en que se desarrollará la audiencia de juicio, de ahí que la jueza o juez de control que lleve a cabo la audiencia intermedia deberá realizar un análisis con perspectiva de género, de todas y cada una de las pruebas ofrecidas por las partes, de tal manera que el tribunal de enjuiciamiento se encuentre en condiciones de evaluar de manera significativa el material probatorio, de acuerdo a los parámetros de regularidad constitucional de los derechos de presunción de inocencia, igualdad y no discriminación, particularmente por razón de género.

En el apartado de la "vinculación a proceso" destacábamos la importancia de que las autoridades judiciales realicemos un adecuado ejercicio de tipificación de las conductas y los principales obstáculos que desde la perspectiva de género se han identificado sobre el tema —entre los que destacábamos los derivados de clasificar como "lesiones" conductas que en realidad son "tentativas de feminicidio u homicidio"—. Por tanto, este es otro de los momentos clave donde las autoridades judiciales pueden realizar una clasificación jurídica adecuada para la conducta punible, antes de la apertura del juicio

Además, debe existir una correlación entre la acusación y la sentencia. No se puede sentenciar a la persona acusada en juicio oral por un hecho distinto al expuesto en la acusación ministerial. Es así, que el órgano jurisdiccional, al momento de tener conocimiento del escrito de acusación, deberá hacer un análisis integral no solo de los datos de prueba ofertados por las partes, sino analizar con *perspectiva de género* cada uno de ellos, a efecto de verificar que justifiquen la clasificación jurídica por la cual se pretende llevar a la persona acusada a juicio.

Al ser el auto de apertura a juicio el documento base de dicha etapa procesal, en el que se hace patente la metodología probatoria empleada por las partes para demostrar su teoría del caso, las juezas y jueces de control deben garantizar que el tribunal de enjuiciamiento cuente con todos los elementos necesarios para hacer

de su conocimiento que se trata de un asunto de índole penal en el que es necesario aplicar la perspectiva de género, a efecto de que se lleven a cabo los ajustes razonables o se implementen los protocolos de actuación necesarios, aun cuando las partes no la hayan contemplado en sus alegaciones.

V. La etapa de juicio

La etapa de juicio es aquella en la que se deciden las cuestiones esenciales del proceso a partir de las teorías del caso de las partes; es decir, si deben tener por ciertos los hechos materia de la acusación, si la persona acusada debe ser considerada responsable de su comisión y, en su caso, las consecuencias legales que deban imponerse. El juicio se realiza sobre la base de la acusación y en observancia a los principios de inmediación, publicidad, concentración, igualdad, contradicción y continuidad.

La inmediación exige que la audiencia se desarrolle en presencia de las partes y del órgano jurisdiccional, para que sea este, y nadie más, quien escuche los argumentos, perciba y la valore las pruebas y comunique sus determinaciones, sin intermediarios (CPEUM, artículo 20, apartado A, fracción II; y CNPP, artículo 9). La publicidad exige que todas las audiencias estén abiertas al público, y no solo a las partes (CNPP, artículo 5). La concentración es el principio según el cual las audiencias se deben llevar de forma continua, sucesiva y secuencial (CNPP, artículo 8), a fin de agilizar y hacer expedito proceso, para que se desarrolle en el menor número de audiencias y el juzgador pueda verificar los argumentos y las pruebas de manera concentrada. (Amparo Directo en Revisión 4295/2019) El principio de igualdad demanda que todas las partes reciban el mismo trato y tengan las mismas oportunidades (CNPP, artículo 10). La contradicción consiste en que las partes puedan conocer y controvertir los medios de prueba, peticiones y alegatos de la contraparte (CNPP, artículo 6).

Ahora bien, la inmediación, publicidad, concentración, igualdad, contradicción y continuidad son, como se ha referido, principios constitucionales. Como tales, pueden ser ponderados y ceder ante otros intereses de rango constitucional, en situaciones excepcionales.

En este sentido, por ejemplo, es permisible la prueba anticipada como excepción al principio de inmediación (CPEUM, artículo 20, párrafo primero, y apartado A, fracción III); el principio de publicidad puede restringirse por razones de seguridad nacional, seguridad pública y para la protección de las víctimas, testigos y menores (CPEUM, artículo 20, primer párrafo, y apartado A, fracción V). Es admisible condenar en un procedimiento abreviado a una persona a pesar de que los elementos probatorios no hayan estado sujetos a contradicción (CPEUM, artículo 20, primer párrafo, y apartado A, fracción VII); y se pueden suspender las audiencias, a pesar de los principios de concentración y continuidad cuando no comparezcan testigos, peritos o intérpretes (CNPP, artículo 351).

Sin embargo, el que no sean absolutos, no les quita el carácter de principios constitucionales que, como tales, deben procurarse y promoverse en la mayor medida posible, por lo que toda excepción debe estar debidamente fundada y motivada por el órgano jurisdiccional.

1. La audiencia de juicio

Llegado el día y la hora fijada para el juicio oral —esto es, 20 y 60 días naturales después de que el tribunal de enjuiciamiento recibe el auto de juicio oral (artículo 349, CNPP)—, el tribunal de enjuiciamiento verificará la presencia de las partes, la disponibilidad de los medios de prueba y declarará abierta la audiencia. Hecho lo anterior, señalará la acusación que será objeto del juicio y los acuerdos probatorios a los que hubiesen llegado las partes, según conste en el auto de apertura a juicio oral (artículo 391, CNPP). Luego, concederá la palabra a las partes para que expongan sus alegatos de apertura y, cuando concluyan, se entrará al desahogo de los medios de prueba.

Como ya hemos señalado, las juezas y jueces que intervienen en el proceso penal tienen la obligación de velar por que se respeten los derechos de las partes y de los testigos, y de garantizar la regularidad del procedimiento (artículos 107 y 134, fracción II, CNPP). En este sentido, la función del tribunal de enjuiciamiento no se limita a analizar la información que se genera durante el desfile probatorio para efectos de acreditar sus teorías del caso y emitir la sentencia respectiva, sino

que debe dirigir el debate de juicio, evitar intervenciones impertinentes o inadmisibles (artículo 354, CNPP), y vigilar que la audiencia se desarrolle de manera ordenada y respetuosa (artículo 355, CNPP).

Las responsabilidades mencionadas en el párrafo anterior están vigentes a lo largo de todo el proceso, por lo que, si bien es cierto el tribunal de enjuiciamiento, en principio, tiene un papel más pasivo que el de las juezas y jueces de control, también lo es que debe asegurarse, desde los alegatos de apertura y de clausura de las partes, que no se introduzca información que no se relaciona con los medios de prueba admitidos, según conste en el auto de apertura a juicio oral. O aquella que, inclusive, cuando se relaciona con medios de prueba admitidos a juicio, por su contenido fuese inadmisible. Además, debe garantizar que no se vulneren los derechos de las partes durante el desahogo de la audiencia de juicio oral.

a. Sobre los argumentos de las partes

En ese sentido, el tribunal debe impedir, inclusive durante los alegatos de apertura o clausura, que la defensa realice manifestaciones o argumentos tendientes a denigrar la integridad de la víctima; de cuestionar su credibilidad haciendo referencia a sus antecedentes sexuales o porque por cualquier motivo su comportamiento no se adecua a lo que, según una visión restrictiva, retrograda y prejuiciosa estima que es el comportamiento "normal" de una víctima; de menospreciar la calidad de los testigos con base en prejuicios o premisas sin fundamento. Lo anterior también es aplicable en casos de mujeres en conflicto con la ley, en los que se debe evitar referir cuestiones que pudieran culpabilizarlas por no actuar conforme a lo que estereotípicamente se espera de ellas, entre otras cuestiones prejuiciosas. La audiencia de juicio, que tiene como objeto el esclarecimiento de los hechos, no se debe convertir en un escenario para revictimizar a las personas, y donde se legitime la discriminación y violencia estructural por razón de género.

Por ejemplo, imaginemos un caso relacionado con un delito sexual, donde el alegato de apertura de la defensa haga referencia a los antecedentes sexuales de la víctima. En ese caso, la labor de las jueces y jueces de garantizar la legalidad del

proceso autorizaría a solicitar a la defensa que no haga referencia a esas circunstancias por su alto valor prejuicioso y poco valor probatorio que pudiera tener dicha información, como lo mencionábamos.

Otro ejemplo pudiera ser el caso de Dafne (Espinosa, 2020), acusada de homicidio calificado por la muerte de su bebé recién nacida, como consecuencia de un parto espontáneo —ocurrido en el sanitario público de la tienda departamental donde laboraba—, sin que supiera que estaba embarazada y como consecuencia de un actuar negligente de los paramédicos que intervinieron para atenderle. La fiscalía —quien sostenía que Dafne había ocasionado la muerte de su hija, pues "como mujer" debía saber que estaba embarazada y hacer lo posible por salvarle la vida, aún en las circunstancias en las que dio a luz—, en sus alegatos de clausura sostuvo que "si una perra ve que su hijo nació y va a procurarle la muerte, es por instinto". Al escuchar ese tipo de afirmaciones que denotan ideas estereotipadas y prejuiciosas, con un lenguaje discriminatorio e indignante, la labor de juezas y jueces debería ser intervenir para evitar ese tipo de argumentos.

Asimismo, durante los alegatos de clausura, el tribunal debe procurar que las partes se abstengan de introducir información que no se ventiló durante el desfile probatorio o que tergiversen el contenido de los medios de prueba que se introdujeron durante esta etapa, con el objetivo de indebidamente fortalecer su teoría del caso o debilitar la de la contraparte. Además, el tribunal debe cerciorarse de que los alegatos, de apertura o de clausura, sean coherentes con la información admitida y desahogada para la audiencia de juicio, y que las partes no hagan uso de esta oportunidad procesal para introducir información que pudiese ya haber sido sujeta de debate en una etapa procesal previa en la que se declaró inadmisible por ilícita, por irrelevante, por confusa, o por cualquier otra razón que la jueza o juez de control pudiese haber considerado necesario que fuese excluida.

De conformidad con lo anterior, por ejemplo, el tribunal de enjuiciamiento debe intervenir durante los alegatos de apertura si la fiscalía pretende introducir manifestaciones incriminatorias que pudiese haber emitido la persona acusada durante su detención, por contravenir su derecho a no autoincriminarse, previsto

en el artículo 20, apartado B, fracción II, constitucional, así como la regla prevista en el 378 del CNNP.

b. Participación de personas testigos, víctimas y ofendidas

Asimismo, el tribunal debe cerciorarse que la participación de las y los testigos, víctimas y ofendidas se desarrolle con las medidas que se hubiesen establecido en el auto de apertura para garantizar su seguridad y privacidad o evitar una victimización secundaria, e implementar aquellas que fuesen necesarias y no se hubiesen establecido en el auto de apertura.

En los casos de violencia por motivos de género, es clara la necesidad de actuar con perspectiva de género al preparar y desahogar el testimonio de las víctimas. Lo anterior responde a diferentes cuestiones, como la persistencia de estereotipos o prejuicios que injustificadamente les restan credibilidad, así como a la necesidad de prevenir una victimización secundaria, entendida como la generación de un daño adicional al directamente ocasionado por la comisión del delito como consecuencia de actuar indebido de las autoridades encargadas de su protección.[22]

En ese sentido, a continuación, se muestran algunas notas que habrán de considerarse relacionadas con el desahogo del testimonio de la víctima de violencia de género. Cabe señalar que estas consideraciones no son aplicables de forma exclusiva a las mujeres que comparecen en el proceso como "víctimas", sino también a aquellas mujeres en conflicto con la ley penal que, por ejemplo, sufrieron tortura o que la conducta delictiva derivó de una situación de violencia de género en su contra.

[22] En la Guía de Buenas Prácticas para la Toma de Declaración de Víctimas de Violencia de Género (Grupo de Expertas y Expertos del Consejo General del Poder Judicial en materia de violencia doméstica y de género, 2018), se define la victimización secundaria como: "las consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas y económicas negativas que dejan las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal. Supone un choque frustrante entre las legítimas expectativas de la víctima y la realidad institucional, involucrando una pérdida de comprensión acerca del sufrimiento psicológico y físico que ha causado el hecho delictivo, dejándolas desoladas e inseguras y generando una pérdida de fe en la habilidad de la comunidad, los profesionales y las instituciones para dar respuesta a las necesidades de las mismas".

En primer lugar, se deben procurar medidas que eviten el contacto visual entre la víctima o sobreviviente —así como sus hijas, hijos y familiares— y su agresor, a través, por ejemplo, de la utilización de un soporte audiovisual, como el sistema de videoconferencia, por medio de la cual pueda ser vista y oída, sin la necesidad de estar presente en la sala de audiencias, o biombos que le permitan rendir su declaración sin tener que confrontar a la persona acusada. Ello también conlleva el deber de procurar evitar el contacto visual entre víctima y agresor implica tomar medidas para el ingreso al edificio donde se encuentre el órgano jurisdiccional —a partir de la citación en un horario diferenciado, el ingreso por una entrada diversa, etcétera—.

En segundo lugar, se le debe otorgar la posibilidad de que sea asistida por una persona especialista en psicología. Lo anterior permitirá evitar lo traumático que pudiera llegar a ser para la víctima enfrentarse de nueva cuenta a su agresor y revivir situaciones violentas del pasado, que pudiera desincentivar a las mujeres a continuar un proceso penal hasta esta etapa.

Al respecto, el artículo 366 del CNPP establece la posibilidad de utilizar dichas técnicas audiovisuales para evitar confrontación con el imputado o acusado en casos de violación. No obstante, de una interpretación pro persona y con perspectiva de género, esto debería ser extensivo a cualquier tipo de violencia de género, y no sólo para quienes comparecen en calidad de víctimas, sino también mujeres en conflicto con la ley relacionadas con contextos de violencia de ese tipo.

Se estima incluso que la posibilidad de desahogar su testimonio de esta manera en juicio pudiera ser explicada en fases previas al proceso, con la finalidad de que la víctima o sobreviviente no vea la etapa de juicio como una experiencia que pudiera ser insostenible, lo que pudiera aumentar las posibilidades de que no comparezca en juicio.[23]

[23] Tania Reneaum Panzi, *op. cit.,* identifica que uno de los motivos por los cuales las mujeres no continúan los procesos penales por delitos relacionados por violencia en la pareja se debe a la posibilidad que éstas advierten de que se enfrenen visualmente con su agresor a lo largo del proceso y, particularmente, en la fase de juicio.

c. Formulación de preguntas con contenido prejuicioso

Como decíamos, la etapa del juicio es la última oportunidad para que las autoridades judiciales en la justicia ordinaria se pronuncien sobre admisibilidad de las pruebas y, en general, de cualquier información que pudiera tener un alto valor prejuicioso o revictimizante. Las jueces y los jueces no pueden ser meros espectadores de los alegatos de las partes y el desahogo probatorio, sino que deben garantizar que ello se realice con apego a los derechos humanos de las personas intervinientes.

Desde esta perspectiva, se debe procurar porque las partes no formulen preguntas impertinentes, irrelevantes tendientes a ofender o coaccionar a los testigos (CNPP, artículo 373). El hecho de que se haya admitido un medio de prueba en etapa intermedia no presupone que durante su desahogo en juicio pueda abordar cualquier cuestión, especialmente cuando ello verse respecto de información con alto valor prejuicioso. En este sentido, por ejemplo, habría de intervenir e impedir que se interrogue a una víctima de violación sobre sus antecedentes sexuales, por tratarse de un tema impertinente para el esclarecimiento de los hechos; que se le formulen preguntas para intimidarla, incluso ante la ausencia de objeción; o sobre cuestiones que pudieran partir de estereotipos o prejuicios de género.

Ejemplo de esto es lo que sucedió en el desahogo probatorio de la etapa de juicio de la causa penal 341/2017 del Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de México, con residencia en Nezahualcóyotl, durante el cual, la fiscalía pretendía demostrar la participación de una mujer en el delito de transporte de cocaína, y que no se trataba de una acompañante, con preguntas y bajo la premisa de que "las mujeres nunca viajan sin maquillaje y sin al menos un cambio de ropa".

2. La deliberación y el fallo

Nadie puede ser condenado, sino cuando el tribunal de enjuiciamiento adquiera la convicción más allá de toda duda razonable de que la persona acusada es

responsable de la comisión del hecho (o hechos) por el que se le siguió el juicio, bajo el principio general de que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora. En caso de duda razonable, se deberá absolver (CPEUM, artículo 20, apartado A, fracción VIII; y CNPP, artículos 359, 402 y 406).

Si seguimos el proceso legislativo de la reforma de 2008, con la que se implementó este sistema de justicia vigente, se advierte que se trata de una convicción "razonada" de culpabilidad. Es decir, que la convicción debe estar justificada a partir de los elementos fácticos, en función de los hechos que el Ministerio Público logre probar.

Para lograr su convicción, el tribunal de enjuiciamiento debe apreciar única y exclusivamente la prueba que haya sido desahogada en la audiencia de juicio según su libre convicción extraída de la totalidad del debate, de manera libre y lógica, desde la óptica de la crítica racional (CPEUM, artículo 20, apartado A, fracción II; y CNPP 259, 320 y 358).

La decisión sobre los hechos, entonces, se toma a partir de la calidad de la información que las partes aportan en la audiencia de juicio, bajo el tamiz del *principio de contradicción* como medio de control horizontal sobre la información que ingresa a juicio, a través de los interrogatorios y contrainterrogatorios de las partes, de forma que se puedan generar inferencias probatorias.

Para darle sentido a la presunción de inocencia, en contraste con la duda razonable, debe analizarse, primero, la *teoría del caso* de la fiscalía, qué tanto se sostiene por sí misma. Luego, la *teoría del caso* de la defensa, o los planteamientos con los que haya controvertido la versión de la fiscalía, para llegar a una convicción razonada. (Tesis [J.]: 1a./J. 28/2016)

De conformidad con lo anterior, si los medios de prueba incorporados al debate y apreciados por el tribunal de enjuiciamiento, desde la óptica de las teorías del caso de las partes, son suficientes para sostener, *más allá de toda duda razonable*, que (i) el hecho materia de la acusación efectivamente ocurrió, (ii) que es constitutivo de delito, (iii) que la persona acusada es responsable de su comisión y

(iv) que no existió causa de exclusión del delito o excluyente de responsabilidad, deberá emitir una sentencia condenatoria. Si persiste una duda razonable sobre cualquiera de estas cuestiones habrá de absolver (CNPP, artículo 402).

De conformidad con lo anterior, hemos identificado al menos tres tipos de problemas ante los cuales se puede enfrentar el tribunal de enjuiciamiento para juzgar con perspectiva de género durante la deliberación y emisión del fallo. En primer lugar, aquellos relacionados con la forma en la que se valoran las pruebas; en segundo lugar, la interpretación que se les da a los hechos que se pretenden probar; y, por último, la utilización de lenguaje incluyente y no sexista, y no discriminatorio.

a. Problemas de valoración de la prueba

Uno de los cambios más relevantes que trajo consigo la reforma constitucional de 2008 fue la sustitución del sistema tazado de la valoración de la prueba por el de valoración libre y lógica de la prueba, según la íntima convicción de la juzgadora o juzgador, extraída de la totalidad del debate (CNPP, artículos 259 y 405).

En el sistema penal procesal inquisitivo, cada tipo de medio de prueba tenía un peso probatorio fijo y preestablecido, al cual tenía que apegarse el órgano jurisdiccional, por lo que en gran medida su función se concentraba en verificar que el medio de prueba en cuestión cumpliera con todos los requisitos legales necesarios para considerarlo como prueba, pues de ello dependía su valor probatorio (si se le trataba como "indicio" o "prueba plena").

En el sistema actual, no existe un valor probatorio prestablecido respecto de algún tipo de prueba, y esto no depende más que de su capacidad para que el órgano jurisdiccional genere inferencias probatorias con base en las cuales pueda convencerse que un hecho o evento aconteció de cierta manera, o que pudiese haber sido de otra manera.

Este sistema de valoración de la prueba ubica la responsabilidad de generar y desahogar la información relevante de los medios de prueba en las partes, que

mediante el interrogatorio y contrainterrogatorio deben encargarse de evidenciar sus fortalezas y debilidades para demostrar los hechos materia de la acusación. En este contexto, como hemos mencionado, corresponde al órgano jurisdiccional la responsabilidad de velar por que la información que se genere sea de calidad (en esencia, que sea lícita y útil para el esclarecimiento de los hechos) y de valorar su alcance demostrativo en el caso concreto.

Si bien los beneficios del sistema actual son numerosos y considerables, una de sus debilidades es que si el proceso de razonamiento y convicción del órgano jurisdiccional está viciado, lo más probable es que permee a la resolución que se emita. Es decir, si las jueces o juezas parten de premisas falsas o de prejuicios, es muy probable que se refleje en el contenido y en el sentido de la sentencia.

Todas las personas somos susceptibles a sesgos, errores y prejuicios, que nos pueden conducir a conclusiones equivocadas. Por lo anterior, es esencial intentar identificarlos, poner atención en la forma en la que conformamos nuestros razonamientos para mitigar sus efectos y evitar caer en actos discriminatorios, de conformidad con los estándares nacionales e internacionales en la materia. Leticia Lorenzo, por ejemplo, ante este contexto de discriminación estructural por razón de género, con fuertes raíces históricas y culturales, lo que sugiere es actuar contra intuitivamente y preguntarnos "¿cómo construimos las conclusiones a las que llegamos?" "¿esas conclusiones están basadas en prejuicios?" "¿estamos llamando `máxima de la experiencia´ a un estereotipo?"

Tratándose de juzgar con perspectiva de género, algunas de estas premisas falsas o prejuicios que prevalecen en la psicología jurisdiccional tienen que ver con la forma en la que las mujeres víctimas o sobrevivientes de violencia de género, entre ella la sexual, recuerdan y relatan los eventos delictivos que experimentaron; la manera con la que se conducen quienes han sido víctimas de un delito (y las variaciones que pueden tener respecto a su voluntad de impulsar el proceso penal en contra de su agresor); y la forma en la que se interpreta el papel de la mujer cuando se encuentra involucrada en la comisión de un hecho posiblemente delictivo. A continuación, nos ocupamos de estos temas.

b. Pautas para la valoración del testimonio de la víctima con perspectiva de género

En el Expediente Varios 1396/2011, el Pleno de la SCJN estableció diversas pautas para realizar un análisis probatorio con perspectiva de género en casos de tortura en su vertiente de violación sexual.

Dichas pautas fueron precisadas en los Amparos Directos en Revisión 3186/2016 y 1412/2017, respecto a la valoración de la prueba con perspectiva de género en delitos sexuales, en los siguientes términos, las cuales consideramos que pudieran ser aplicables a otras formas de violencia de género (no sólo la vinculada a delitos sexuales) que generalmente ocurren en la intimidad (como la violencia intrafamiliar):

- Los delitos sexuales, en general, se producen solamente en presencia de la víctima y sus agresores. En ese sentido, no indispensable para su acreditación que existan pruebas adicionales que reiteren **la declaración de la víctima,** sino que **constituye una prueba fundamental**.

- Es más común que las víctimas de agresiones sexuales no presenten denuncia, por el estigma que usualmente conlleva, a que fabriquen una denuncia falsa.

- Los actos de violencia sexual son particularmente traumáticos, por lo que el recuento de los hechos puede presentar **inconsistencias o variaciones** cada que se vuelva a realizar. Por tanto, dichas variaciones no conllevan un menoscabo en su valor probatorio.

- Se deben tomar en cuenta **elementos subjetivos de la víctima**, como su edad, condición social, pertenencia a un grupo vulnerable, entre otros.

- Cuando existan **otros elementos de convicción** —como dictámenes médicos psiquiátricos, testimonios, examinaciones médicas, pruebas

circunstanciales, indicios y presunciones—, la declaración de la víctima debe analizarse en conjunto, sin olvidar que la misma es la prueba fundamental.

- Las pruebas circunstanciales, indicios y presunciones deben ser utilizadas como medios de prueba siempre que de ellos puedan **inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos**.

Al respecto, habría que enfatizar la relevancia de estos criterios, dado que es frecuente que se desestime o se reste valor probatorio al testimonio de la víctima en casos de violencia de género por la ausencia de otras pruebas que lo corroboren, no obstante, las circunstancias en las que generalmente ocurren esos actos.

En ese sentido, conviene hacer referencia a la sentencia del Tribunal Supremo español TS 593/2006, de 25 de mayo de 2006, en la que se reconoció que "la declaración de la víctima tiene valor inculpatorio incluso cuando ésta sea la única prueba de la que intenta valerse la acusación, así como que nadie debe padecer el perjuicio de que el suceso que motivó el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad de la víctima y del inculpado so pena de propiciar situaciones de incuestionable impunidad" (Sibony, Serrano Ochoa, & Reina Toranzo, 2010, p. 326).

Debemos recordar que, en atención al principio de libre valoración de la prueba, no existe un número determinado o mínimo de pruebas para tener un hecho, por cierto, por lo que nada impide que las autoridades judiciales sostengan una resolución en esos términos si se motiva su convicción de forma suficiente y coherente en relación con el resultado de la práctica de la declaración de la víctima del delito (Martín Díaz, 2019, p. 265).

Sobre la importancia de analizar la declaración de la víctima en conjunto con otros elementos de convicción, las *corroboraciones periféricas objetivas* pudieran fortalecer la verosimilitud del testimonio. Algunas de ellas pudieran consistir en informes médico-forenses y psicológicos, testigos de referencia, o manifestaciones de otras personas sobre los hechos o datos que, aunque no estén directamente relacionados con el hecho delictivo, pudieran aportar esa verosimilitud al testimonio a partir

de la explicación del contexto previo a su realización[24] (por ejemplo, manifestaciones de personas cercanas a una mujer acusada de homicidio en contra de su pareja, que refieran el contexto de violencia a la que se encontraba sujeta previo a intentar defenderse de una agresión, de la que resultó la muerte de su pareja).

No obstante, lo anterior, la falta de evidencia médica no debería ser motivo para disminuir la veracidad de la declaración de la víctima, particularmente en casos de violencia sexual, pues no en todos su existencia se verá reflejará en un examen médico, (Corte IDH, 2019; 2013 y 2014) Resulta ilustrativa la sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal de Argentina, en la causa número 11.141, en la que en un caso de violación sexual donde, de la pericial médica, no se advertían lesiones genitales "ni signos físicos de violencia extrema en el cuerpo de la mujer", sostuvo que exigir a la víctima que defienda su integridad sexual a costa de poner en riesgo su vida es una exigencia irrazonable y contraria a los compromisos internacionales [en la materia]". (Causa No. 11.141)

Otro ejemplo es el caso de "La Manada", donde la Segunda Sala del Tribunal Supremo español calificó los hechos objeto de enjuiciamiento como agresión sexual (violación) y no abuso, con base en la aceptación de la concurrencia de "intimidación ambiental" para lo cual "[es] suficiente que el autor del delito, con sus propios actos, configure una situación ambiental integrada por una serie de circunstancias que la víctima valora como algo que hace inútil una oposición por su parte (…) ". Por tanto, es hora de acabar con la interpretación judicial de que el silencio y la falta de oposición activa es sinónimo de ausencia de una agresión sexual o consentimiento, "sólo sí es sí".

Tampoco deberá restarse credibilidad por la tardanza en la interposición de una denuncia de violencia de género y el consecuente inicio del proceso penal. Existen

[24] Relacionado con ello, tal como se menciona en Sibony, Serrano Ochoa, & Reina Toranzo (2010, p. 366), a partir de lo referido por la sentencia del Tribunal Supremo español de 27 de enero de 2009, Sección 1a., "los testigos que son de referencia respecto a determinados hechos pueden ser igualmente testigos directos de otros que guardan relación o son indiciarios de la comisión del ilícito: por ejemplo, el estado físico y emocional de la víctima, las lesiones que presente, que, además de apoyar con su testimonio la verosimilitud de la declaración de la víctima, podría constituir una prueba de indicios, siempre que cumpla, claro está, determinadas exigencias constitucionales".

diversos motivos por los que ello pudiera ocurrir, como las asociadas al "círculo de la violencia"; que no haya estado plenamente consciente de que se había cometido un delito en su contra; la desconfianza en el sistema de procuración e impartición de justicia que en muchas ocasiones revictimiza a las personas que entran en contacto con él; o por considerar que no existe prueba para acreditar su dicho.

El comportamiento de la víctima antes y después de la violencia de género, especialmente la sexual, tampoco puede servir como argumento para restar credibilidad a su testimonio. En esa línea, en el caso López Soto y otros v. Venezuela, la Corte IDH, al pronunciarse sobre la actuación de las autoridades judiciales que resolvieron los procesos penales en contra del agresor de Linda Loaiza López Soto por los delitos de tortura, violencia sexual y violación, advirtió que aquéllas sostuvieron que no había pruebas suficientes para concluir su responsabilidad y que desacreditaron el valor probatorio del testimonio de la víctima, a partir de la falta de pruebas adicionales para corroborar su dicho y de la valoración de supuestos antecedentes de la vida sexual de la víctima —que se trataba de una trabajadora sexual—, en contravención con los parámetros internacionales.

En ese sentido, la Corte IDH sostuvo que "una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas" y que "prácticas como las señaladas, tendentes a devaluar a la víctima en función de cualquier estereotipo negativo y neutralizar la desvaloración de eventuales responsables, deben ser rechazadas y calificadas como incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos. Así, rechazó toda práctica estatal mediante la cual se justifica la violencia contra la mujer y se le culpabiliza de ésta, toda vez que valoraciones de esta naturaleza muestran un criterio discrecional y discriminatorio con base en el comportamiento de la víctima por el solo hecho de ser mujer". (*Ibídem*, párr. 238 y 239)

En términos similares, en el caso de Velázquez Paiz y otros v. Guatemala, la Corte IDH sostuvo que en casos de violencia de género es frecuente que bajo criterios discriminatorios se descalifique la credibilidad de la víctima durante el proceso

penal ya sea por la forma de vestir de la víctima, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo que se traduce en inacción por parte de fiscales, policías y jueces, lo que afecta la valoración de la prueba, con base en nociones estereotipadas sobre el comportamiento esperado de las mujeres en sus relaciones interpersonales. En ese sentido, enfatizó que "las pruebas relativas a los antecedentes sexuales de la víctima son en principio inadmisibles, por lo que la apertura de líneas de investigación sobre el comportamiento social o sexual previo de las víctimas en casos de violencia de género no es más que la manifestación de políticas o actitudes basadas en estereotipos de género". (Corte IDH, 2015)

Así, se insiste nuevamente que estas pautas son aplicables también en casos de mujeres en conflicto con la ley, en aquellos en los que denuncian una situación de violencia de género, por ejemplo, por parte de los agentes aprehensores, para poner en duda su versión de las circunstancias de la detención o como una acción detonadora de la comisión del delito, como en casos de legítima defensa en contra de sus agresores o un estado de necesidad exculpante.

c. Retractación de la víctima de violencia de género en etapa de juicio y dispensa del deber de declarar contra de su cónyuge o pareja

Por otro lado, la víctima de violencia de género es, al mismo tiempo, testigo y denunciante del acto delictivo perpetrado en su contra. Esto tiene consecuencias importantes, ya que, como lo establece el artículo 361 del CNPP, en principio, no podría abstenerse de declarar en juicio en contra de su cónyuge, concubinario o la persona con la que hubiere vivido de forma permanente durante por lo menos dos años anteriores al hecho, al tener el carácter de denunciante. Por tanto, desde una aplicación del derecho sin perspectiva de género, podría tratársele como "testigo rebelde", en términos del artículo 364 del CNPP.

Lo que subyace esa excepción a la dispensa de declarar en juicio aplicada a personas unidas en relaciones análogas al matrimonio es que la denuncia es una renuncia implícita al ejercicio de esa facultad. No obstante, desde una perspectiva

de género, creemos que no se puede obligar a una mujer víctima de violencia de género a rendir su testimonio en contra de su voluntad y, mucho menos, obligársele a comparecer a juicio por medio de la fuerza pública, no obstante que su declaración pudiera ser determinante como prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia. Respuestas legales en un sentido contrario implicarían desconocer el ejercicio de la autonomía de las mujeres, suplantando su voluntad a favor de la persecución de los delitos, e ignorar las múltiples razones por las que éstas podrían no querer continuar en el proceso judicial. Entre dichos motivos se encuentran la dependencia económica y emocional, el deber de cuidado y protección respecto de hijas o hijos, la dilación de los procesos judiciales y la ausencia de comprensión de las fases que los componen, lo intimidatorio que pudiera resultar el ambiente judicial, entre otros. Además, implicaría ignorar la capacidad del Estado para dañar a las mujeres, especialmente cuando se les revictimiza por no colaborar con el sistema de justicia penal.[25]

Por motivos similares a los que mencionamos sobre por qué las mujeres suelen intentar acogerse a la facultad de no declarar en contra de sus parejas, es igualmente frecuente que las mujeres sobrevivientes de violencia de género se retracten de sus denuncias o declaraciones previas al momento de llegar a la etapa de juicio. En estos supuestos, en términos similares a lo mencionado con relación a la dispensa de declarar mencionada, consideramos que el sistema jurídico penal no debe generar discursos negativos que culpabilicen a las mujeres por esas situaciones al comprometer la obtención de sentencias condenatorias.[26]

Ahora, para equilibrar las obligaciones de debida diligencia en la atención de las violencias de género, sin coartar la autonomía de las mujeres, el hecho de que

[25] Tania Reneaum Panszi (2014) sostiene que existen cuatro razones que avalan no obligar a las mujeres víctimas a declarar: **(i)** el incremento de la violencia tras la declaración; **(ii)** el riesgo de criminalizar a las mujeres cuando deciden no declarar, ignorando sus necesidades y descontextualizando sus circunstancias; **(iii)** los objetivos de las mujeres como distintos a los del sistema penal, saber salir de la situación de dominación y vejación v. la obtención de una sentencia condenatoria; y **(iv)** el embate a la autonomía de las mujeres, sin considerar sus fortalezas y sus habilidades para gestionar las situaciones de violencia en su contra.

[26] En esa línea, ver: Jericó Ojer, 2019, p. 306.

éstas se acojan a la facultad de abstenerse de declarar o se retracten de sus denuncian en juicio, no debe ser impedimento para que las autoridades judiciales intenten indagar sobre los motivos detrás de dicho actuar, a fin de determinar si es voluntario o producto de una situación de opresión o coacción por parte del acusado, su familia o personas cercanas a su entorno (Martín Díaz, 2019, p. 270). En caso de que se muestre dubitativa sobre su decisión de declarar o no, se sugiere hacer una pausa para que pueda analizar las consecuencias de ello y platicar con su defensor o defensora, su especialista en apoyo psicológico, o alguna persona de confianza que le acompañe, y tomar la mejor decisión para ella, desde su contexto.

En todo caso, la ausencia de la declaración de la víctima en juicio no debe traducirse automáticamente en una sentencia absolutoria, si existieran otras pruebas de cargo que pudieran enervar la presunción de inocencia, y que, incluso, pusieran en duda la retractación o el hecho de que la víctima se haya acogido a la facultad de no declarar. Además, habría que mencionar que la jurisprudencia comparada y la doctrina han ofrecido respuestas a esta disyuntiva, en el sentido de que, en ese contexto, la fiscalía podría solicitar la lectura en el juicio de la denuncia o declaración de la víctima rendida en etapas procesales previas a él, siempre que se haya prestado con las debidas garantías de debido proceso (Martín Díaz, 2019, p. 275). Conforme a la normativa nacional, ello podría ser posible de conformidad con el artículo 386 del CNPP que establece la posibilidad de incorporar al juicio, previa lectura o reproducción, los registros en que consten anteriores declaraciones de testigos cuando su incomparecencia sea atribuible a la persona acusada.[27]

d. Problemas de interpretación

Además de la indebida valoración de los elementos de prueba para demostrar los hechos materia de la acusación son frecuentes también los errores que se come-

[27] **Artículo 386.** Excepción para la incorporación por lectura de declaraciones anteriores
Podrán incorporarse al juicio, previa lectura o reproducción, los registros en que consten anteriores declaraciones o informes de testigos, peritos o acusados, únicamente en los siguientes casos:
(…)
II. Cuando la incomparecencia de los testigos, peritos o coimputados, fuere atribuible al acusado.

ten en la interpretación de los hechos o el derecho por no juzgar con perspectiva de género. Una de las causas principales se debe a cuando se utilizan o reflejan estereotipos, sesgos y prejuicios de género, implícita o explícitamente, en el razonamiento y lenguaje de las autoridades judiciales, por lo que como juezas y jueces debemos estar alertas de su existencia y ser conscientes de que vivimos en una sociedad patriarcal donde su reproducción puede ser deliberada o inconsciente. Ante dicha realidad, la perspectiva de género nos obliga a poner mayor atención en la forma en la que construimos nuestros razonamientos para evitar caer en actos discriminatorios, y buscar soluciones adecuadas considerando situaciones de desigualdad estructural.

La aplicación de la perspectiva de género, como hemos sostenido a lo largo de este capítulo, no sólo resulta fundamental en los casos donde las mujeres o las personas de la diversidad sexual comparecen como víctimas en los procesos judiciales, sino también cuando comparecen como imputadas o acusadas. En ese sentido, en los Amparos Directos en Revisión 2468/2015, 5999/2016, 6181/2016 y 1206/2018, la Primera Sala de la SCJN sostuvo que la subordinación y la violencia basada en el género son cuestiones estructurales que no sólo se manifiestan cuando las mujeres padecen un hecho ilícito y, por tanto, comparecen a los juicios penales como víctimas, sino también cuando se encuentran en conflicto con la ley, como probables perpetradoras de esos hechos. En estos casos se debe tomar en cuenta el contexto de violencia de género que enfrentan las mujeres para determinar el grado de reprochabilidad del injusto, la posibilidad concreta de tener condominio funcional de la conducta ilícita, así como la forma y grados en que esto permite atribuirle autoría y participación en la comisión del delito

Las consecuencias de aplicar la perspectiva de género, como se observará a continuación, puede reflejarse en la determinación sobre la existencia de alguno de los elementos del tipo penal; la responsabilidad de las mujeres en los hechos delictivos que se les atribuyen; en la actualización de alguna excluyente del delito, como la legitima defensa y el estado de necesidad exculpante; y la consideración de alguna atenuante al momento de individualizar la pena. Para ejemplificar lo anterior, a continuación se dan algunos ejemplos.

Caso 1. "Sara"

En el Amparo Directo en Revisión 2468/2015, la Primera Sala de la SCJN se pronunció sobre el caso de una mujer (a quien llamaremos "Sara") sentenciada a 25 años de prisión por el delito de homicidio calificado en agravio de quien era su pareja sentimental, al ubicar su participación en el incumplimiento del deber legal de denunciar ante el Ministerio Público la comisión de los hechos posiblemente delictivos de los que tuvo conocimiento y no haber evitado su consumación.

Vale la pena hacer una breve referencia los hechos del caso, para demostrar el contexto de vulnerabilidad en el que se encontraba esta mujer durante la comisión de los hechos delictivos, que fue totalmente ignorado: Sara se encontraba con "Juan", su pareja sentimental, en su domicilio, cuando llegó "Mario", su esposo, en compañía de su hermano "Pedro" y un sobrino. Al entrar a la casa y encontrar a Sara con Juan, Mario golpeó en la cara a Sara, y entre éste y Pedro comenzaron a golpear brutalmente a Juan, en presencia de ella, quien estaba temblando y pidiendo que lo dejaran en paz. Posteriormente, Mario llevó a la fuerza a Sara donde se encontraban los hijos de ambos y, una vez que los recogieron, la condujo a casa de su madre (suegra de Sara), a quien le ordenó que cerrara con llave. Mario regresó al domicilio de Sara, y junto con Pedro, continuó torturando a Juan, hasta asfixiarlo; colocaron su cuerpo en bolsas de plástico negras, y para deshacerse de él, lo llevaron a un lugar despoblado, donde lo rociaron con gasolina y le prendieron fuego.

No obstante el contexto de intimidación al que se vio sometida Sara, las autoridades judiciales consideraron que era responsable del delito de homicidio calificado por haber presenciado la "causa que originó el ilícito de homicidio y haberse retirado del lugar de los hechos, antes de que se cometiera el mismo", con base en consideraciones estereotipadas sobre su comportamiento sexual, pues "sabía la razón que originó el hecho detonante del conflicto entre la víctima y victimarios".

Al respecto, la SCJN ordenó al tribunal colegiado evitar argumentos estereotipados y señalamientos sobre el papel que la quejosa actualizó en el caso (al tener

una relación sentimental con los intervinientes del caso), así como valorar la situación de violencia específica en que se ubicó Sara en el momento de los hechos y, con base en ello, decidir objetivamente hasta qué grado estaba en posibilidad real y material de acatar el deber de garante que se le adjudicó.

En un caso similar resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, R. 730. XLVI. Recurso de Hecho, los jueces Juan Carlos Maqueda y Raúl Zaffaroni emitieron un voto particular en el que sostuvieron que "resulta constitucionalmente inadmisible —por incurrir en una analogía violatoria del principio de legalidad— una imputación por homicidio (que es un tipo activo doloso) basada en una omisión, toda vez que ni siquiera existe cláusula legal alguna en nuestro ordenamiento jurídico que establezca que no evitar un resultado típico equivalga a causarlo", con lo cual coincidimos.

Caso 2. "Andrea"

En la sentencia emitida en la Causa Penal 15/2009-IV del Juzgado Primero de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal, una mujer trans —a quien llamaremos "Andrea"— fue acusada de diversos delitos (electoral, falsificación de documento y uso de documento falso) por haber tramitado una reposición de su credencial electoral, para lo cual proporcionó "datos falsos" en relación a su nombre, sexo y fecha de nacimiento —para ostentarse "como mujer"—, y con la que solicitó la expedición de un pasaporte.

En dicho asunto, el juez de distrito consideró que en el caso, con las conductas referidas, la acusada no tuvo la intención de afectar los bienes jurídicos tutelados con dichos delitos, consistentes en la confianza pública en la veracidad y autenticidad de los documentos públicos expedidos por funcionarios en ejercicio de sus funciones, y mucho menos la certeza y legalidad del proceso de expedición de credenciales para votar. Por el contrario, lo único que intentaba era regular su situación personal para contar con documentos de identidad en los que hubiere una correlación con su identidad sexo-genérica percibida.

Caso 3. "Mónica" y "Ana"

En el Amparo Directo 97/2014 resuelto por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, se analizó la determinación de la sala de apelación en la que confirmó la sentencia condenatoria en contra de "Mónica" por la comisión de tres delitos de violencia familiar —uno por cada evento— derivado del uso de violencia física y emocional en contra de tres niñas —su hija con discapacidad psicosocial y sus dos nietas—. "Mónica" y su coacusada "Ana" —madre e hija— amarraban de pies y manos a las menores a la base de la cama con un lazo o una venda, y no atendían las necesidades básicas de alimentación, aseo y vestido de las menores. La sala de apelación había sostenido que "Mónica" actuó con dolo directo.

El tribunal colegiado sostuvo que de las pruebas no se advertía que Mónica hubiera actuado con *dolo directo*, es decir, que haya querido conscientemente provocar daños en las menores de edad con su conducta. Y tampoco que actuara con *dolo eventual* —esto es, que hubiera previsto que sus acciones y omisiones provocaran daños en la integridad de las menores de edad bajo su cuidado, y que lo aceptara, por no hacer lo que estaba a su alcance para evitarlo—. Lo anterior, considerando el escenario real en el que vivía, bajo el cual no tenía a su alcance opciones para actuar de forma distinta.

Para sostener lo anterior, el tribunal colegiado dio valor preponderante a la declaración de Mónica, en la que manifestó que ella y Ana dejaban solas a las menores cuando salían a trabajar para proveerles de techo y alimento, y que se percató que la segunda solía atar a las niñas a la base de la cama para que no salieran de la casa y no hicieran "travesuras" —algo que le llegó a reclamar—. Además, consideró que ambas eran madres solteras, sin vínculos familiares ni redes de apoyo, con un nivel educativo bajo, sin acceso a servicios básicos como hospitales y guarderías, y con jornadas superiores a 8 horas y salarios mal remunerados. Y advirtió que actuaron dentro de sus posibilidades para evitar el daño provocado, ya que tomaron turnos para salir a trabajar —una por las mañanas y otra por las tardes—, para procurar que las niñas estuvieran acompañadas al menos por una en tanto la otra trabajaba.

Tal como lo destaca el tribunal colegiado, en el escenario de Mónica, para que existiera un reproche penal a su conducta, la carga de la prueba del fiscal no se limitaba a acreditar que las niñas sufrieran daños físicos y psicoemocionales a consecuencia de dicha conducta, sino que, además, debía probar que Mónica estaba en posibilidades reales para evitar el daño causado, considerando su contexto socioeconómico y relacional, lo que en el caso no sucedió.

Caso 4. "Mariana"

En el Amparo Directo 51/2012, resuelto por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, una mujer ("Mariana") sentenciada por el delito de violación equiparada en agravio de su hija menor de edad, "Rosalba", quien tenía discapacidad, por no haber impedido la comisión del delito en dos ocasiones, por parte de su entonces pareja ("Jaime"), no obstante, de tener la calidad de madre, y de cuyos actos derivaron que Rosalba quedara embarazada. En esta sentencia, el tribunal colegiado analizó el contexto de Mariana, y se preguntó si su omisión fue con dolo eventual, es decir, si, a partir de la primera violación, debió prever que ello seguiría ocurriendo, y aceptó que así fuera, al no hacer lo que le era exigible para impedirlo.

Así, el juez sostuvo que, considerando las circunstancias personales, económicas, sociales y culturales de Mariana, no se le podía exigir que estuviera en condiciones reales de evitar que Jaime violara a su hija. Ello porque, de acuerdo con su declaración, aunque expulsó de su casa a Jaime en diferentes ocasiones, su necesidad —socioeconómica y cultural— la obligaba a vivir en el mismo techo, además de que la agresión sexual en contra de su hija cuando salía por comida o a trabajar. Por tanto, tomando en cuenta dichas circunstancias, se concluyó que Mariana carecía de opciones reales para impedir la comisión del delito, pues, además, la fiscalía no aportó datos para sustentar que estaba en condiciones reales para evitarlo, y, en consecuencia, se le absolvió y se ordenó su inmediata libertad.

Caso 5. "Karina"

La sentencia emitida en la Causa Penal 507/2016 del Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de México, con residencia en Nezahualcóyotl, versó sobre la

responsabilidad penal de cuatro personas, entre ellas "Karina", por la comisión del delito de delincuencia organizada con la finalidad de cometer delitos en materia de secuestro.

Karina era esposa de "Víctor", quien era líder de la organización criminal, y, de acuerdo con la versión de la fiscalía, ella era propietaria de un vehículo, que había pagado de contado, el cual fue utilizado por Víctor en diversas ocasiones, entre ellas, en el lugar donde cobró el rescate de uno de los secuestros que ejecutó. Además, en el teléfono que le fue asegurado a "Karina" al momento de su detención, se encontró un video con la prueba de vida de una de las víctimas directas de los secuestros. Por tanto, de acuerdo con la versión de la fiscalía, la participación de Karina dentro de la organización criminal consistía en adquirir los vehículos a sabiendas de que eran para el funcionamiento de la misma.

El tribunal de enjuiciamiento en su resolución sostuvo que, conforme a una interpretación de los hechos con perspectiva de género, no puede utilizarse el carácter de cónyuge o pareja sentimental de una mujer para presuponerse complicidad, participación o incluso conocimiento de los hechos delictivos que se le imputen a su cónyuge o pareja sentimental. En este contexto, sostuvo que tampoco puede imponérsele la responsabilidad u obligación de investigar el carácter lícito de los bienes que obtenga en este contexto de pareja, en el cual a menudo se encuentra en una posición de vulnerabilidad física y económica.

Con base en lo anterior, se resolvió que la fiscalía: **(i)** no ofreció datos suficientes para poder concluir que la compra del vehículo en cuestión se efectuó con el propósito de suministrar una herramienta de trabajo para la organización criminal, y no para un uso personal y familiar —como en el caso de cualquier mujer que le presta su vehículo a su pareja, **sin que por ello deba concluirse que es responsable de los ilícitos que la pareja pudiese llegar a cometer usando el vehículo—**; y **(ii)** tampoco esclareció el contexto y propósito en el cual se obtuvo y poseyó el video con la prueba de vida de una de las víctimas de secuestro, pues existen una **multiplicidad de razones por las cuales podría tener dicho video** (que el teléfono fuera de Víctor, que le compartió el video sin otro propósito más que para que lo viera, etc.).

Caso 6. "Angélica"

En el Amparo Directo en Revisión 5999/2016, la Primera Sala de la SCJN estudió el caso de una mujer ("Angélica"), acusada del delito de sustracción de menores, al haber sustraído a su hijo, "Miguel", de su cónyuge y padre del niño, "Salvador", quien tenía la custodia de hecho de aquél en ese momento.

Según lo manifestado por Angélica, fue víctima de violencia verbal y física por parte de Salvador, que derivó en que un día la echara del domicilio que compartían a media noche, sin permitirle siquiera llevarse sus pertenencias personales y mucho menos a Miguel. Pasado el tiempo sin que Salvador le permitiera ver a Miguel, Angélica fue a buscar a su hijo la escuela donde estudiaba; pidió permiso a la maestra y se lo llevó a donde en ese momento vivía, y advirtió que, tal como le habían comentado diversas personas, estaba visiblemente desnutrido y descuidado. Miguel también le comentó a Angélica que su padre y la familia de éste lo alimentaban mal, y que incluso lo maltrataban físicamente.

En su resolución, la Primera Sala sostuvo que el tribunal colegiado de conocimiento debía considerar que Angélica fue víctima de violencia de género, así como sus condiciones; y analizar si la conducta la llevó a cabo para proteger a su hijo, en atención al interés superior de la infancia. Lo anterior a fin de determinar si existía una causa justificada o no para la realización de la conducta típica, pues uno de los elementos del tipo penal del delito de sustracción de menores de la normativa analiza exigía que ello se realizara "sin causa justificada".

Si bien la SCJN no determinó cuál era la consecuencia de juzgar con perspectiva de género en este caso, las consecuencias, dependiendo de la tipificación del delito de sustracción de menores, podrían ser dos: (i) como en este caso, determinar que no se acreditaba el elemento del tipo consistente en que la conducta se realizara "sin causa justificada"; o (ii) en caso de que la tipificación no contemplara este elemento, como una excluyente de responsabilidad, consistente en un "estado de necesidad justificante" o la "inexigibilidad de otra conducta", considerando en contexto de violencia y vulnerabilidad en el que se encontraba respecto de su cónyuge, y la necesidad de proteger a su hijo.

Caso 7. "Isela"

En la Causa Penal 241/2018 del Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Chiapas, se analizó el caso de una mujer ("Isela") acusada por la comisión del delito de peculado, por haber recibido recursos públicos federales por la cantidad de $248,820.00 otorgados por la Secretaría de Desarrollo Social (SEDESOL) en el Estado de Chiapas, para llevar a cabo un proyecto para la producción de borregos, en su calidad de representante y presidenta de un grupo social, sin que éste se ejecutara ni reintegrara los recursos a la Tesorería de la Federación, sino que los destinó para usos propios o ajenos.

En su resolución, el juez de distrito tuvo por probada la teoría del caso de la defensa, que consistía en establecer que en el caso se actualizó un error de prohibición invencible, que excluyó el elemento de culpabilidad del delito. En esa línea, sostuvo que, si bien Isela recibió dichos recursos, sabiendo que provenían del erario público federal y que los utilizó para un fin diverso, lo cierto es que, de las pruebas desahogadas en juicio —particularmente, la declaración de Isela, concatenada con los testimonios de diversas mujeres que integraron ese tipo de grupos sociales, y un peritaje de antropológico que evidenció el contexto sociocultural en el que vivía—, se advirtió que Isela fue inducida al error para realizar la conducta ilícita por una persona, "Raúl", quien era comisariado ejidal del poblado donde vivía, quien: (i) "convenció" a Isela de ingresar a un grupo social que estaba formando; (ii) no le explicó el objetivo del proyecto, ni las reglas de operación; sólo les dijo que "era fondo perdido", lo que las mujeres entendían como un regalo o beneficio que no debía devolverse ni comprobarse el recurso; (iii) a todas las participantes, entre ellas Isela, únicamente les dijo que era para la producción de borregos, sin indicarles el monto que autorizaría SEDESOL; (iv) les requirió un formato que las acreditaba como beneficiarias del programa federal PROSPERA; (v) en conjunto con personal de SEDESOL, la designó como representante del grupo social; (vi) llevó a Isela, junto con otras representantes de grupos, a abrir una cuenta bancaria; (vii) se quedó con la mayor parte de los recursos al momento en que a Isela se los depositaron en su cuenta, y ésta, así como el resto de las mujeres, únicamente recibieron cinco mil pesos.

Lo anterior lo sostuvo a partir de un enfoque interseccional y con perspectiva de género del contexto de vulnerabilidad y de violencia familiar y comunal en que Isela vivía, acreditado, en especial, con su propia declaración y el peritaje en antropología ofrecido por la defensa. Así, consideró su contexto familiar, social y cultural, entre ello: el grado de educación de Isela —secundaria, cursada en sistema de educación para adultos, posterior a los hechos de la acusación—; su situación económica precaria, falta de apoyo familiar y su separación de su esposo por violencia —después de que intentara ahorcarla—. Pero también el contexto de violencia comunitaria en el que se desenvolvía, a partir de las relaciones de poder entre las autoridades ejidales de la localidad e Isela —así como de otras mujeres en la misma situación—. Además, la parte acusadora no aportó ninguna prueba que desvirtuara o cuestionara las afirmaciones de la persona perito experta de la defensa.

También hizo referencia a indicadores sociodemográficos de la región, conforme a los cuales, era dable sostener que, en regiones rurales como en la que vivía Isela, difícilmente las personas en extrema pobreza o vulnerabilidad económica podrían tener acceso a la convocatoria y las reglas de operación de los programas sociales por sí mismas, pues éstas eran publicadas únicamente en internet —salvo que existiera una persona en una posición de superioridad como la de Raúl—.

Por tanto, se concluyó que, bajo las circunstancias y condiciones personales de Isela no tuvo conocimiento de la ilicitud de la conducta que se le atribuye y no se le podía exigir otra conducta, porque Raúl, como autor mediato, se aprovechó de su situación de vulnerabilidad para obtener ilícitamente los recursos públicos a los que no podía acceder si no intervenían personas que previamente tuvieran el apoyo del programa de PROSPERA. Así, se dictó sentencia absolutoria a favor de Isela.

Caso 8. "Paulina"

En el Amparo Directo 177/2015 del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Cuarto Circuito, analizó la sentencia condenatoria dictada por un tribunal de apelación en contra de una mujer ("Paulina") por los delitos de violencia intrafamiliar y homicidio calificado en la hipótesis de ventaja, en agravio de su

hijo recién nacido. Los hechos del caso nos hacen reflexionar en torno a la necesidad de que exista una política integral para la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, y su acceso universal, que permita la interrupción del embarazo a nivel nacional.

Paulina se embarazó en un contexto social muy complejo: el padre del recién nacido era su ex pareja, con quien llevaba un tiempo separada, pero se veían a escondidas de sus padres, pues no estaban de acuerdo con su relación porque como pareja "no se llevaban bien". Por miedo a las represalias de sus padres —que la echaran de casa a ella y a su hija menor de edad— y del ejido donde vivía —que sus conocidos y vecinos hablaran mal de ella, refiriéndose incluso al ejido como "un infiero" porque "la gente se mete con tus cosas"—, ocultó su embarazo. No tenía trabajo y, por tanto, no contaba con ingresos propios, sino que dependía económicamente de sus padres. Avanzado su embarazo —de acuerdo con los peritajes en necropsia, el bebé tenía 40 semanas al momento de los hechos—, un día Paulina comenzó a sentir dolores y se percató que tenía un sangrado leve, fue por unas tijeras, se metió al baño —que estaba en un cuarto fuera de la casa, al pie de una barranca— donde expulsó al bebé; cortó el cordón umbilical, se quedó pensando por unos minutos qué haría con él, cómo se lo diría a sus padres; y "en un momento de coraje y desesperación" —como ella manifestó en su entrevista para el dictamen psicológico que le practicaron—, provocó lesiones al recién nacido en diversas partes del cuerpo con las tijeras; al darse cuenta de la cantidad de sangre que había de ella y del bebé, se desmayó y recuperó la conciencia hasta que se encontraba en el hospital —la madre de Paulina la encontró tirada en el baño—.

El tribunal colegiado sostuvo, entre otras cuestiones, que en el caso del delito de homicidio no se actualizaba la atenuante contemplada en la legislación de Nuevo León, aplicable a cuando la muerte de un infante por su madre ocurra dentro de las 72 horas siguientes a su nacimiento, cuando concurra lo siguiente: (a) su embarazo no sea producto de una unión matrimonial; (b) que haya ocultado su embarazo; (c) que el nacimiento haya sido oculto; y (d) que existan razones de carácter psicosocial que hagan explicable la necesidad de la madre abandonada de ocultar su deshonra.

Lo anterior ya que consideró que el último de los elementos no se actualizaba porque el proceder de Paulina se basó en aspectos multifactoriales (pobreza, falta de educación, medio rural, temor a la reacción de sus padres y a la crítica social), y no para ocultar su deshonra.

Consideramos que el tribunal colegiado pudo haber realizado una interpretación conforme con perspectiva de género del cuarto elemento exigido para que se actualizara la atenuante. Si bien reconocemos que el concepto de "deshonra" es anacrónico y que está construido desde una perspectiva androcentrista —la mujer, generalmente no era la "deshonrada", sino la familia y, principalmente, el padre o el marido—, da cuenta de los obstáculos sociales y culturales que un nacimiento en esas circunstancias podría suponer —tal como claramente sucedía en el caso de Paulina—.

Caso 9. Causa 170/2018

En la Causa Penal 170/2018 del Centro de Justicia Penal en el Estado de México, con residencia en Nezahualcóyotl, la fiscalía señaló a una pareja ("Ana" y "Jorge") como coautores materiales del delito de secuestro. Según la fiscalía, los acusados eran responsables de secuestro, toda vez que cuidaron a la víctima en su domicilio durante su cautiverio y negociaron sus familiares para dejarla en libertad a cambio de una recompensa económica.

Durante el desfile probatorio, se evidenció que, en efecto, la pareja residía en el domicilio que se usó como casa de seguridad para mantener a la víctima privada de su libertad, e incluso ésta identifico a ambos como las personas que lo alimentaban. Sin embargo, también se evidenció que todos los señalamientos respecto de quién era quien velaba porque la víctima no se escapara, y quien ofreció a la víctima dejarla en libertad a cambio de dinero, fue Jorge. Por tanto, el análisis de la posible responsabilidad penal de Ana se enfocó en determinar si su participación dependió de la relación que tenía con Jorge (respecto de quien no hubo duda de su intervención y fue condenado) y del hecho de que residía en dicho domicilio durante el secuestro. Aunado a lo anterior, resultó que, durante el periodo de los hechos materia de la acusación, la mujer estaba embarazada (en el cuarto o quinto mes de gestación) y dependía económicamente de Jorge.

El tribunal de enjuiciamiento resolvió que no había elementos suficientes para condenar a Ana, pues consideró que no se generó información para concluir, más allá de toda duda razonable, que hubiese tenido dominio funcional sobre la privación de la libertad de víctima (no hizo nada para mantenerlo privado de la libertad), sobre las exigencias económicas que se hicieron para su liberación (nunca participó en las negociaciones), o sobre cualquier otro elemento o modalidad del delito materia de la acusación. En esencia, se resolvió que, con base en los datos de prueba desahogados durante la audiencia de juicio, no había elementos suficientes para establecer, más allá de toda duda razonable, que Ana hubiese estado en el lugar de los hechos para contribuir con el secuestro y procurar que se llevara a cabo. Sino que se le había encontrado ahí pues era pareja de Jorge, de quien dependía económicamente y esperaba un hijo con él, aunado a que, según los propios medios de prueba de la fiscalía, si bien interactuó con la víctima, su papel fue inconsecuente para la forma en la que se planearon y desenvolvieron los hechos. Por tanto, se dictó sentencia absolutoria a su favor.

e. La utilización de lenguaje incluyente y no sexista, y no discriminatorio

El hecho de que una sentencia sea absolutoria, en el caso de mujeres víctimas o sobrevivientes de discriminación o violencia de género, o condenatoria, respecto de mujeres en conflicto con la ley, no debe traducirse en la utilización de un lenguaje que conduzca a situaciones de discriminación o contrarias a la dignidad humana. Un lenguaje que no reproduzca esquemas de desigualdad y discriminación, ni estereotipos, prejuicios o concepciones sexistas, y que no sea revictimizante, es fundamental para que no validar su uso y perpetuar esquemas de discriminación y violencia, y enviar un mensaje de que ello es permitido.

Sobre el tema, conviene referir la sentencia T-126/18 dictada por la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional de Colombia, se pronunció respecto de la acción de tutela interpuesta por la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ) a favor de una mujer, “Bárbara”, que compareció como víctima en un proceso penal seguido en contra de los presunto responsables de la violencia sexual ejercida en su contra. La pretensión de la CCJ, entre otros aspectos, consistía en

la eliminación de algunos fragmentos de la motivación de la sentencia que representaban una vulneración a los derechos de las víctimas, al hacer referencia a la falta de credibilidad de la versión de la víctima con relación a la existencia de los hechos por ella denunciados, aunque no se modificara la absolución de los acusados.

Al respecto, la Sala colombiana estableció que "el lenguaje utilizado por un juez en ejercicio de motivar una decisión es absolutamente relevante, pues a partir de él se construye una verdad judicial y una posición de los hechos que fueron denunciados", lo cual "genera efectos simbólicos trascendentales en la vida de los ciudadanos". En ese sentido, la Sala encontró que las decisiones judiciales de primera y segunda instancia emitidas en el caso concreto incurrieron en juicios de valor que afectaron los derechos a la dignidad humana, intimidad y buen nombre de Bárbara, incurriendo en revictimización secundaria, pues atacaban y subestimaban directamente las versiones de la víctima de violencia sexual con expresiones como "mitomanía", "sobreactuar", "montaje", o que "sus dichos no eran dignos de credibilidad", e hizo suyas algunas afirmaciones de testimonios que no eran relevantes para esclarecer los hechos denunciados, como que "era una persona con tendencia a decir mentiras" o que "tuvo un desempeño conflictivo en la organización [a la que pertenecía], tenía tendencia a decir mentiras, presentaba baja autoestima derivado de su aspecto físico".

Así, la Sala sostuvo que "precisamente por existir `duda razonable´ sobre la existencia de los hechos y los responsables de su comisión, no le es posible al juez afirmar con certeza que Bárbara `ideó´ los hechos para lograr un beneficio. Es decir el hecho de que no se haya logrado demostrar la versión de la víctima en un proceso penal no quiere decir necesariamente que los hechos no ocurrieron, sino que, llanamente, no pudieron ser probados en el marco de un proceso penal." Por tal motivo, ordenó eliminar las porciones de la sentencia que implicaran juicios de valor sobre las declaraciones de víctima que excedieran a la descripción objetiva de la valoración probatoria, en concordancia con el derecho de las víctimas a ser tratadas con respeto y consideración para evitar una segunda victimización, eliminando los prejuicios sociales en contra de las mujeres. Para ello, estableció los siguientes criterios:

- Evitar juicios de valor que hagan referencia a la personalidad o aspecto físico de la presunta víctima de violencia sexual.

- Citar de forma literal aquellos testimonios pertinentes y sus apartes relevantes que tengan relación estricta a la conducta del tipo penal que se esté analizando.

- Realizar las descripciones de la valoración probatoria realizada en un tono objetivo y respetuoso de las declaraciones de la presunta víctima.

En ese contexto sostuvo que, "el hecho de que en el proceso no se haya logrado comprobar la veracidad de las declaraciones de la víctima para concluir la existencia de los hechos o la determinación de los autores de los presuntos ilícitos, no indica que los dichos de Bárbara sean `indignos´, sino más bien, `no probados´ o `no demostrados´".

Creemos que estas consideraciones no sólo son aplicables a mujeres o personas de la diversidad sexual que comparecen a los procesos penales en calidad de víctimas, sino también a quienes están en conflicto con la ley y respecto de las cuales no se genera duda razonable para enervar su presunción de inocencia. Ello no implica que las denuncias o sus versiones de los hechos sean falsas, sino que no se alcanzó la convicción necesaria para que, con el estándar de prueba que caracteriza al juicio, se tenga por acreditada su versión.

No se debe olvidar que, si bien el proceso penal tiene un objetivo inherentemente epistemológico (distinguir entre aquellas personas que justifican la imposición de una pena de aquellas que no), este no debe equipararse al de una "verdad material", particularmente cuando se trata de sentencias absolutorias. Es decir, el estándar de prueba en el proceso penal, por muchas buenas razones, es muy alto. El nivel de convicción que se necesita para condenar a una persona no es simétrico al que se requiere para absolverla.

Dicho en otras palabras, si bien una sentencia condenatoria penal es una razón de peso para tener por ciertos los hechos materia de la acusación (pues implica que se probaron más allá de toda duda razonable), la sentencia absolutoria no

conlleva, ni cerca, el mismo nivel de certeza (pues solo implica que es razonable dudar de la versión acusatoria).

Consecuentemente, el órgano jurisdiccional debe ser sensible a las implicaciones de este diseño procesal, y abstenerse de hacer inferencias inadmisibles de una sentencia absolutoria, que terminen por contribuir a una revictimización de la víctima, como aquella que sugiere que, por no haberse podido demostrar la acusación más allá de toda duda razonable tiene implicaciones en la veracidad, credibilidad o integridad de la víctima.

VI. La individualización de la sanción y la reparación del daño

En caso de condena, se deberá celebrar una audiencia en la que se debatan y establezcan las consecuencias que deban imponerse a la persona encontrada culpable. Esta audiencia se desarrolla de manera similar a la de audiencia de juicio: las partes tienen la oportunidad de exponer sus alegatos de apertura, desahogar los medios de prueba que se hubiesen admitido (según el auto de apertura) y el debate concluye con los alegatos de clausura de las partes. La diferencia es que el objeto de esta audiencia ya no es determinar si se cometió un delito y si la persona acusada lo cometió, pues para este punto ello ya quedó establecido, sino determinar el nivel de culpabilidad de la persona sentenciada y la magnitud del daño causado, para efectos de establecer las sanciones, la reparación correspondiente y la procedencia de una medida alternativa a la pena de prisión o sobre su suspensión (artículo 409, CNPP).

1. Individualización de la sanción

Para determinar las sanciones que habrán de imponerse en el caso concreto, debe atenderse, en primer lugar, a los márgenes de punibilidad establecidos para el tipo penal por el que se haya dictado la sentencia condenatoria. Luego, la gravedad de la conducta y el grado de culpabilidad de la persona sentenciada (artículo 409, CNPP).

La gravedad de la conducta se establece en función del valor del bien jurídico y su grado de afectación, pudiéndose considerar para tales efectos las condiciones fisiológicas y psicológicas de la víctima al momento de resentir la comisión del delito, su edad, nivel educativo, costumbres, condiciones sociales y culturales, y relación que guardaba con la persona sentenciada, en tanto estas circunstancias hayan incidido en la magnitud del daño causado con la conducta delictiva.

El grado de culpabilidad de la persona sentenciada se establece por el juicio de reproche, según lo que el sentenciado haya tenido, por la posibilidad concreta de comportarse de manera distinta y respetar la norma quebrantada. Para ello, el enfoque cambia de la víctima y las consecuencias del delito, a las motivaciones y circunstancias que llevaron a la persona sentenciada a cometer la conducta delictiva.

En esta etapa también es fundamental que las personas impartidoras de justicia estén alertas de los prejuicios y estereotipos de género que pudieran impactar en la determinación de las sanciones, de manera que no se castigue con mayor intensidad a las mujeres o personas de diversidad sexual, respecto de los hombres, por el simple hecho de romper con las normas de género. Existen estudios que han documentado preliminarmente que, en promedio, las mujeres cumplen penas de prisión 5 años más duraderas que los hombres por delitos similares (Reinserta A.C., 2020). Ello se puede deber a diversos factores como los obstáculos que tienen las mujeres para acceder a una defensa adecuada, los impactos diferenciados que tiene la prisión para las mujeres que someramente explicábamos en apartados anteriores —que conlleva en muchos casos el abandono de sus familias—, pero también al mayor reproche social cuando delinquen que impacta en la determinación de las penas.

2. Reparación del daño

Como ya hemos anticipado, con la reforma constitucional de 2008, se hizo patente la intención del legislador de que el proceso penal no se enfoque únicamente en las consecuencias del delito respecto de la persona encontrada culpable, en las sanciones penales, sino que también se reparen y restituyan los derechos de las victimas u ofendidas, que se vieron afectadas por la conducta delictiva (CPEUM,

artículo 20, apartado C, fracción IV). Además, en la Ley General de Víctimas se establecen diversos derechos aplicables en materia de atención a víctimas, y concretamente a que se les repare de manera integral del daño o menoscabo en sus derechos (Ley General de Víctimas, artículo 7, fracciones II y XXVI).

Ese derecho ha sido ampliamente desarrollado en la jurisprudencia de la Corte IDH, conforme a la cual la reparación del daño debe ser integral, lo que implica que siempre que sea posible se busque la plena restitución (*restitutio in integrum*), consistente en el restablecimiento de la situación anterior; o, cuando ello no sea factible, como ocurre en la mayoría de los casos, se deben otorgar diversas medidas de reparación: indemnizaciones o compensaciones —tanto en el plano material como el inmaterial, así como por daño al proyecto de vida—, así como medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. (Corte IDH, 2009)

En el caso de la reparación del daño en materia penal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en **Amparo Directo en Revisión 4646/2014**, sostuvo que aquélla se rige por los principios constitucionales de indemnización justa e integral, es decir, apropiada y proporcional a la gravedad de las violaciones y a las circunstancias de cada caso, atendiendo a las directrices y principios establecidos por organismos internacionales en la materia, a saber: **(i)** el daño físico o mental; **(ii)** la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; **(iii)** los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; **(iv)** los perjuicios morales; y **(v)** los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales. (Tesis [A.]: 1a. CXX/2016)

Asimismo, para cumplir con esta finalidad constitucional de reparar el daño causado por un delito, en el **Amparo Directo en Revisión 3166/2015**, la Primera Sala de la SCJN señaló que los órganos jurisdiccionales deben observar los siguientes parámetros: **(i)** se cubra de forma expedita, proporcional y justa, como conclusión del proceso penal, siempre que se dicte sentencia condenatoria; **(ii)** ser oportuna, plena, integral y efectiva, en relación con el daño ocasionado como consecuencia del delito, lo cual comprende el establecimiento de medidas de

restitución, rehabilitación, compensación y satisfacción; **(iii)** su objetivo debe ser devolver a la víctima u ofendido a la situación anterior a la comisión del delito, respecto de cualquier tipo de afectación (económica, moral, física, psicológica, etcétera); **(iv)** la restitución material comprenda la devolución de bienes afectados con la comisión del delito o, en caso de que no sea posible, el pago de su valor; y **(v)** la efectividad de la reparación del daño depende de la condición de resarcimiento que se otorgue a la víctima u ofendido del delito, que deberá ser proporcional, justa, plena e integral; de lo contrario, no se permitiría una satisfacción del resarcimiento de la afectación. (Tesis [A]: 1a. CCXIX/2016)

Es posible que la reparación del daño se establezca hasta en la etapa de ejecución (Ley Nacional de Ejecución Penal artículo 156), cuando no existan elementos para determinar el monto de la reparación. Sin embargo, como lo estableció Primera Sala de la SCJN en el **Amparo Directo en Revisión 4069/2018**, en algunos casos, este aplazamiento puede representar una forma de victimización secundaria, pues puede implicar la práctica de mayores peritajes y exámenes sobre las víctimas, e incidir en el derecho de las víctimas de recibir la reparación del daño de forma oportuna. Por lo que los órganos jurisdiccionales deben actuar de forma escrupulosa tanto al delimitar el material probatorio, como al extraer la información relevante. (Tesis [A]: 1a. XX/2021)

Ahora bien, la obligación de restituir a todas las personas que se han visto afectadas por hechos victimizantes o violaciones a los derechos humanos, de forma oportuna, plena, diferenciada, integral y efectiva, tal como lo dispone el artículo 1 constitucional y lo refrenda el diverso 26 de la Ley General de Víctimas, no debería ser una cuestión reservada exclusivamente a quienes comparecen a los procedimientos en calidad de víctimas, sino también para mujeres o personas de la diversidad sexual en conflicto con la ley que han sido absueltas, a partir de considerar el contexto de violencia, opresión o discriminación en el que se cometió el hecho ilícito.

Por ejemplo, en el **Amparo Directo 97/2014** resuelto por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, mencionado en líneas anteriores, se determinó que restituir a “Mónica” en el goce de sus derechos fundamentales

implicaba tener claro que ponerla en inmediata y absoluta libertad no bastaba, porque el haber sido sometida a un proceso penal no sólo la privó de la libertad, sino también de su habitación y trabajo. Así, el tribunal sostuvo que, considerando el contexto de pobreza y marginación sociocultural en el que ya se encontraba antes de ingresar a prisión, difícilmente se podría hacer de inmediato de otro trabajo y habitación para su subsistencia y la de sus hijas. Por tanto, resolvió hacer lo necesario para devolverle al estado en el que se encontraba antes de ser privada de la libertad, y ordenó asignarle una casa en comodato, a través del Instituto de la Vivienda del gobierno del entonces Distrito Federal; proveerle una plaza de trabajo de limpieza —semejante a la que perdió como consecuencia del proceso penal— en el mismo gobierno local. No obstante, en un ejercicio de ponderación de los derechos en juego, especialmente del interés superior de la niñez, en el caso de su relación con las menores, se estableció que, si bien las condiciones en las que Mónica ejerció la patria potestad no le eran reprochables penalmente, desde el vista de la regulación familiar no eran las óptimas, por lo que se ordenó mantener la custodia de las menores por parte del Estado, respetando su derecho a mantener relaciones personales y contacto con ella.

Bibliografía

AMNISTÍA INTERNACIONAL, (2016). *Sobrevivir a la muerte: Tortura por policías y fuerzas armadas en México.* Londres.

AZAOLA G., E. (2005), Las mujeres en el sistema de justicia penal y la antropología a la que adhiero. *Cuadernos de Antropología Social*, pp. 11-26.

BAUCHÉ, E. G., PRADA, M., & PESADO RICCARDI, M. (2020), Aproximaciones al campo restaurativo: expresiones, principios y conceptos para su estudio. *La Trama. Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*.

BAZAY, L. T, (2020), *Medidas alternativas al encarcelamiento en el nuevo sistema de justicia penal. Posibilidades y barreras para su implementación en los casos de Mujeres.* Ciudad de México: Equis Justicia para las Mujeres.

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS AGUSTÍN PRO JUÁREZ, (2018), *Mujeres con la frente en alto: Informe sobre la tortura sexual en México y la respuesta del Estado.* Ciudad de México.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (2015), *Informe Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre las mujeres internas en los centros de reclusión de la República Mexicana.* Ciudad de México.

CRENSHAW, K, (1989), "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics." *University of Chicago Legal Forum*, pp. 139-167.

CRENSHAW, K, (1991), Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics and Violence Against Women of Color. *Standford Law Review*, pp. 1241-1299.

DHAMOON, R. K, (2011), Considerations on Mainstreaming Intersectionality. *Political Research Quarterly*, pp. 230-243.

DIGES, J., (15 de noviembre de 2017), Rabia colectiva por un informe sobre la víctima de la violación de San Fermín. *El Periódico*.

ESPINOSA, J., (15 de enero de 2020), Lo que la justicia le robó a Dafne en Querétaro. *Proceso*.

FARALDO CABANA, P., (2019), Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género. En A. Monge Fernández, & J. Parrilla Vergara, *Mujer y derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* . Barcelona: Bosh Editor, pp. 255-283).

GARCÍA CASTRO, T., & Santos, M., (2020), *Mujeres trans privadas de libertad: la invisibilidad tras los muros.* Equis Justicia para las Mujeres.

GÓMEZ URZAIZ, B., (25 de enero de 2018), Por qué es importante escuchar el crudo relato de las víctimas de Larry Nassar. *El País*.

HUMANOS, C. I., (2015), *Situación de los derechos humanos en México.* Washington: Organización de Estados Americanos.

HUMANOS, C. I., (2021), *Informe Anual 2020, Quinto informe de seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en el Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en México.* Washington: Organización de Estados Americanos.

JERICÓ OJER, L., (2019), Perspectiva de género, violencia sexual y derecho penal. En A. Monge Fernández, & J. Parrilla Vergara, *Mujer y Derecho Penal, Barcelona: Bosh*.

KOHAN, M., (2017), El juez admite un informe sobre la víctima encargado por un miembro de `La Manada´ a un detective. *Público*.

LORENZO, L., (2018), Violencia de género. El sistema penal y sus escasas respuestas (y miradas). *Revisa pensamiento penal*.

MALTOS RODRÍGUEZ, M. A., & Héctor Alejandro, V. (2020), *Manual de Junta Restaurativa.* Ciudad de México: Instituto Internacional de Justicia Restaurativa y Derecho.

MARTÍN DÍAZ, F. (2019), Connotaciones procesales de las declaraciones de la víctima de violencia de género como víctima especialmente vulnerable. En M. Del Pozo Pérez, L. Bujosa Vadell, & A. González Monje, *Proceso penal y víctimas especialmente vulerables. Aspectos interdisciplinarios, Pamplona: Thomson Reuters.*

NÚÑEZ REBOLLEDO, L., & DE LA MADRID RAPHAEL, L. (2018), *Buenas prácticas en el juzgar: el género y los derechos humanos.* Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

NUÑEZ REBOLLEDO, L. (2018), *El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva.* Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones y Estudios de Género.

OCNF, (2013), *Órdenes de Protección en México: Mujeres víctimas de violencia y falta de acceso a la justicia.* Ciudad de México: Católicas por el Derecho a Decidir A.C. y Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio.

OIT, (2019), *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado. Para un futuro de trabajo decento.* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

RENEAUM PANSZI, T. (2014), *¿Se debe obligar a declarar a las mujeres? una aportación criminológica a la discusión sobre la dispensa de las víctimas de violencia en la pareja a declarar en el proceso penal* [Tesis de doctorado, Universidad Pompeu Fabra]. Repositorio Institucional—Universidad Pompeu Fabra.

REINSERTA A.C. (2020), *Diagnóstico sobre la percepción del desempeño de la defensoría penal en México.* Reinserta A.C.

RELATORÍA ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, S. C. (2020), *Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.* Washington: Organización de Estados Americanos.

SAAVEDRA HERNÁNDEZ, L. E. (2018), Retos y experiencias en la construcción de un peritaje antropológico con perspectiva de género: la lucha de Bertha por la tierra en Chiapas. *Desacatos. Revista de Ciencias Sociales*.

SIBONY, R., SERRANO OCHOA, M., & Reina Toranzo, O. (2010), *Proceso penal práctico en la Ley Integral contra la Violencia de Género.* Barcelona: Bosch.

SCJN, (Suprema Corte de Justicia de la Nación), D. (2021), *Protocolo para Juzgar Casos que involucren Personas Migrantes y Sujetas a Protección Internacional.* Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

YUVAL-DAVIS, N. (2003), Intersectionality and Feminist Politics. *European Journal of Women´s Studies*, 193-209.

Legislación internacional

Principios de Yogyakarta, "Principios sobre la aplicación de legislación internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007.

Tesis jurisprudenciales

"ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO." Tesis [J.]: 1a./J. 22/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo II, abril de 2016, p. 836. Reg. digital 2011430.

"CONSENTIMIENTO DEL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. ACONTECE CUANDO EL IMPUTADO ACEPTA CONCLUIR EL PROCESO PENAL A TRAVÉS DE UN ACUERDO REPARATORIO O SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA, POR LO QUE SE ACTUALIZA LA CAUSA DE IMPROCEDENCIA QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 61, FRACCIÓN XIII, DE LA LEY DE AMPARO." Tesis [J.]: 1a./J. 33/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* Décimo Época, tomo I, junio de 2017, p. 461. Reg. digital 2014495.

"PERSONA INDÍGENA. PARA QUE SEA EFICAZ LA `AUTOADSCRIPCIÓN´ DE UN SUJETO A UNA COMUNIDAD INDÍGENA, DEBE REALIZARSE DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA O LA PREINSTRUCCIÓN DE LA CAUSA." Tesis [J] 1a./J. 58/2013, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época*, tomo I, diciembre de 2013, p. 278, Reg. digital 2005027.

"PERSONAS INDÍGENAS. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE SER ASISTIDOS POR INTÉRPRETES Y DEFENSORES QUE TENGAN CONOCIMIENTO DE SU LENGUA Y CULTURA." Tesis [J]: 1a./J. 60/2013, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, diciembre de 2013, p. 283, Reg. digital 2005030.

"PERSONAS INDÍGENAS. MODALIDADES PARA EJERCER EL DERECHO FUNDAMENTAL DE DEFENSA ADECUADA CONSAGRADO EN EL

ARTÍCULO 2o., APARTADO A, FRACCIÓN VIII, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS." Tesis [J] 1a./J. 61/2013, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época*, Décima Época, tomo I, diciembre de 2013, p. 285, Reg. digital 2005031.

"PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA. CONDICIONES PARA ESTIMAR QUE EXISTE PRUEBA DE CARGO SUFICIENTE PARA DESVIRTUARLA", Tesis [J.]: 1a./J. 28/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, junio de 2016, p. 546. Reg. Digital: 2011871.

"VIOLACIONES A DERECHOS FUNDAMENTALES COMETIDAS EN UN PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO. NO SON SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE EN AMPARO DIRECTO CUANDO OCURREN EN ETAPAS PREVIAS AL JUICIO ORAL", Tesis [J.]: 1a./J. 74/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, diciembre de 2018, p. 175. Reg. digital 2018868.

Tesis Aisladas

"CONTROL PROVISIONAL PREVENTIVO. LA SOSPECHA RAZONABLE QUE JUSTIFIQUE SU PRÁCTICA DEBE ESTAR SUSTENTADA EN ELEMENTOS OBJETIVOS Y NO EN LA MERA APRECIACIÓN SUBJETIVA DEL AGENTE DE POLICÍA." Tesis [A]: 1a. LXXXIII/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, julio de 2017, p. 57, Reg. digital: 2014689.

"DERECHO FUNDAMENTAL DEL DETENIDO A SER PUESTO A DISPOSICIÓN INMEDIATA ANTE EL MINSTERIO PÚBLICO. ELEMENTOS QUE DEBEN SER TOMADOS EN CUENTA POR EL JUZGADOR A FIN DE DETERMINAR UNA DILACIÓN INDEBIDA EN LA PUESTA A DISPOSICIÓN." Tesis [A]: 1a. CLXXV/2013, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo 1, mayo de 2013, p. 535, Reg. digital 2003545.

"DERECHO FUNDAMENTAL DEL DETENIDO A SER PUESTO SIN DEMORA A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO. ALCANCES Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS GENERADAS POR LA VULNERACIÓN A TAL DERECHO." Tesis [A]: 1a. LIII/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, febrero de 2014, p. 643, Reg. digital 2005527.

"MENOR DE EDAD VÍCTIMA DEL DELITO. EL DEBER DE PROTECCIÓN DE LOS JUZGADORES IMPLICA SALVAGUARDARLO DE TODO TIPO DE REVICTIMIZACIÓN Y DISCRIMINACIÓN", Tesis [A.]: 1a. CCCLXXXII/201, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, diciembre de 2015, p. 261. Reg. digital 2010608.

"PERSONAS CON DISCAPACIDAD. EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CASOS EN LOS QUE SE VEAN INVOLUCRADAS, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR LOS AJUSTES NECESARIOS O RAZONABLES PARA GARANTIZAR SU DERECHO DE AUDIENCIA." Tesis [A]: 1a. CXLVIII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, diciembre de 2018, p. 364, Reg. digital 2018744.

"REPARACIÓN DEL DAÑO DERIVADA DEL DELITO. SE RIGE POR LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE INDEMNIZACIÓN JUSTA E INTEGRAL." Tesis [A.]: 1a. CXX/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo II, abril de 2016, p. 1144. Reg. digital 2011486.

"REPARACIÓN DEL DAÑO DERIVADA DE UN DELITO. PARÁMETROS QUE DEBEN OBSERVARSE PARA CUMPLIR CON SU FINALIDAD CONSTITUCIONAL." Tesis [A]: 1a. CCXIX/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, septiembre de 2016, p. 510. Reg. digital 2012442.

"REPARACIÓN DEL DAÑO EN CASOS EN LOS QUE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO SEAN MENORES DE EDAD. SU CUANTIFICACIÓN DEBE HACERSE EN EL DICTADO DE LA SENTENCIA CONDENATORIA, SALVO QUE NO EXISTAN ELEMENTOS SUFICIENTES PARA ESTABLECER UN

MONTO." Tesis [A]: 1a. XX/2021, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo II, mayo de 2021, p. 1762. Reg. digital 2023085.

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Primera sala

Amparo Directo 48/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 28 de noviembre de 2012.

Amparo Directo en Revisión 1183/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 3 de mayo de 2019.

Amparo Directo en Revisión 1206/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 23 de enero de 2019.

Amparo Directo en Revisión 1412/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 15 de noviembre de 2017.

Amparo Directo en Revisión 1596/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 3 de septiembre de 2014.

Amparo Directo en Revisión 2468/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 22 de febrero de 2017.

Amparo Directo en Revisión 3166/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 18 de mayo de 2016.

Amparo Directo en Revisión 3186/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 1 de marzo de 2016.

Amparo Directo en Revisión 3463/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 22 de enero de 2014.

Amparo Directo en Revisión 3788/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 9 de mayo de 2018.

Amparo Directo en Revisión 4069/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 7 de octubre de 2020.

Amparo Directo en Revisión 4295/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 28 de octubre de 2020.

Amparo Directo en Revisión 4578/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 7 de octubre de 2015.

Amparo Directo en Revisión 4646/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 14 de octubre de 2015.

Amparo Directo en Revisión 502/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 22 de noviembre de 2017.

Amparo Directo en Revisión 5267/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 9 de marzo de 2016.

Amparo Directo en Revisión 5999/2016, Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 21 de junio de 2017.

Amparo Directo en Revisión 6181/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 7 de marzo de 2018.

Amparo Directo en Revisión 6564/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 7 de octubre de 2015

Amparo Directo en Revisión 90/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 2 de abril de 2014.

Amparo en Revisión 1284/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 13 de noviembre de 2019.

Amparo en Revisión 24/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 17 de octubre de 2018.

Amparo en Revisión 501/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 6 de febrero de 2020.

Amparo en Revisión 554/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 25 de marzo de 2015.

Amparo en Revisión 63/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 7 de octubre de 2020.

Amparo en Revisión 631/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 18 de marzo de 205.

Amparo en Revisión 703/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 6 de noviembre de 2013

Contradicción de Tesis 190/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 29 de enero de 2020.

Contradicción de Tesis 233/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 18 de abril de 2018.

Contradicción de Tesis 444/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 11 de marzo de 2020.

Contradicción de Tesis 56/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 18 de abril de 2018.

Pleno

Expediente Varios 1396/2011, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 11 de mayo de 2015.

Incidente de Inejecución de Sentencia 290/2016, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 6 de junio de 2017.

Otros Órganos Jurisdiccionales

Amparo Directo 177/2015, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Cuarto Circuito, 26 de noviembre de 2015.

Amparo directo 51/2012, Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, 26 de abril de 2012.

Amparo directo 97/2014, Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, 21 de agosto de 2014.

Amparo Directo 97/2014, Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, 21 de agosto de 2014.

Causa penal 15/2009-IV, Juzgado Primero de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal, 22 de diciembre de 2009.

Causa Penal 170/2018, Centro de Justicia Penal en el Estado de México, con residencia en Nezahualcóyotl, 18 de mayo de 2021.

Causa Penal 241/2018, Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Chiapas, 13 de diciembre de 2019.

Causa Penal 241/2018, Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Chiapas, 13 de diciembre de 2019.

Causa Penal 3/2017, Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de México, con residencia en Almoloya de Juárez “Altiplano”, 31 de mayo de 2018.

Causa penal 507/2016, Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de México, 5 de julio de 2019.

Sentencia recaída en la causa penal 198/2019, Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Guerrero, 2 de noviembre de 2020.

Toca número 733/2010 de la Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia, del Estado de Yucatán, 6 de agosto de 2010.

Comunicados de prensa

Comunicado de prensa DGC/092/18, "Por detención arbitraria, retención ilegal, tortura y violencia sexual contra una mujer, atribuibles a militares y policías federales en San Luis Potosí, dirige CNDH recomendación a SEDENA, CNS y PGR", Comisión Nacional de Derechos Humanos, 10 de abril de 2018. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Comunicados/2018/Com_2018_092.pdf.

Comunicado de prensa 27/21, "Resultados preliminares revelan que de enero a junio de 2020 se registraron 17,123 homicidios", Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 26 de enero de 2021. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/EstSociodemo/Defcioneshomicidio_En-Jun2020.pdf.

Resoluciones emitidas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Informes de fondo

CIDH, Informe de Fondo N° 54/01, *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001. Disponible en: http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/brasil12.051.htm.

CIDH, Informe de Fondo No. 80/11, *Jessica Lenahan Gonzáles y otros vs. Estados Unidos*, 21 de julio de 2011. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2011/092.asp.

CIDH, Informe de Fondo, N° 53/01, *Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez vs. México*, 4 de abril de 2001. Disponible en: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/mexico11.565.htm.

Casos contenciosos

Corte IDH, *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014", Serie C No. 289. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf.

_____, *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010", Serie C No. 215. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf.

_____, *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005.", Serie C No. 137. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf

_____, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009", Serie C No. 205. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.

_____, *Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador*. "Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020", Serie C No. 405. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf.

_____, Caso *Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador*. "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016." Serie C No. 316. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_316_esp.pdf.

_____, *Caso Jenkins Vs. Argentina,"* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019." Serie C No. 397. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_397_esp.pdf.

_____, *Caso J. Vs. Perú*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013", Serie C No. 275. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf

_____, *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*. "Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018", Serie C No. 362. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_362_esp.pdf.

_____, *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018", Serie C No. 371. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf.

_____, *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. "Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005", Serie C No. 135. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf

_____, *Caso Romero Feris Vs. Argentina,* "Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 2 de septiembre de 2019", Serie C No. 383. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_391_esp.pdf.

_____, *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010", Serie C No. 216. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf.

_____, *Caso Tibi Vs. Ecuador*, "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004." Serie C No. 114. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.

_____, *Caso Valenzuela Ávila Vs. Guatemala.* "Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de octubre de 2019", Serie C No. 386. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_386_esp.pdf;

_____, *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*. "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015", Serie C No. 307. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf.

_____, *Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018", Serie C No. 350. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf.

Resoluciones emitidas en el Sistema Universal de Derechos Humanos

Comunicaciones

CEDAW, Comunicación 47/2012. Dictamen adoptado en su 58º periodo de sesiones (Caso Ángela González Carreño). CEDAW/C/58/D/47/2012 de 15 de agosto de 2014, Disponible en: https://www.womenslinkworldwide.org/files/365/5699252534ea3-docs-postulacion-54b9aa6166245-pgjd-dictamengcce-es-pdf.pdf.

Observaciones y Recomendaciones Generales

100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la XVI Cumbre Judicial Iberoamericana en marzo de 2008. Disponibles en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf.

CEDAW. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de México. 2012. CEDAW/C/MEX/CO/7-8, 7 de agosto de 2012. Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10922.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2016/10922.

Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 65/229, 65º Periodo de Sesiones, 16 de marzo de 2011. Disponibles en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison reform/crimeprevention/65_229_Spanish.pdf.

Resoluciones dictadas por otros tribunales

Sentencia recaída a la Causa No. 11.141, Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Argentina, 26 de abril de 2012.

Causa No. 1207/2013, Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Argentina, 8 de mayo de 2014.

Sentencia T-126/18 dictada por la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional de Colombia, 12 de abril de 2018.

Capítulo III

Teoría del delito con perspectiva de género

Adriana Ortega Ortíz*

* Maestra en Derecho por la Universidad de Toronto. Ha sido docente en temas de género y derechos humanos en diversas universidades de la región. Fue secretaria proyectista de la Sexta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chihuahua. Colaboró en la Unidad de Igualdad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde su creación hasta junio de 2015. Actualmente, es secretaria de Estudio y Cuenta en la ponencia del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

Teoría del delito con perspectiva de género: I. Introducción; II. Funciones y principios del derecho penal en un Estado democrático de derecho; III. Conclusiones.

I. Introducción

Este Manual no tiene el propósito de ser un curso completo de teoría del delito. Por ello, se escogerán ciertas categorías dogmáticas donde es más claro identificar cómo resultaría problemático eludir su análisis desde la perspectiva de género.

Es importante aclarar —nunca se hace lo suficiente— que se habla de mujeres pues se trata de un colectivo significativamente desaventajado por motivos de género. Sin embargo, debe recordarse que son igualmente desaventajadas debido al género, como identidad, como expresión y como mandato social, las personas pertenecientes a la comunidad LGTBQ+.

En la medida de lo posible, este Manual queda también comprometido con la interseccionalidad y entiende que lo que así se desarrolle tiene impacto exacerbado en los colectivos que padecen formas opresión adicionales al género.

II. Funciones y principios del derecho penal en un estado democrático de derecho

1. Funciones

El derecho penal en un estado democrático de derecho tiene dos funciones principales: proteger bienes jurídicos asegurándose que sólo la lesión o puesta en

peligro de bienes jurídicos verdaderamente valiosos reciba sanción penal, y proteger a las personas definiendo los contornos dentro de los cuales se expresará el poder coactivo del Estado. El propósito de un derecho penal democrático es regular la convivencia pacífica en un marco de pluralismo, con apego a la dignidad de las personas y mirando correctamente el contexto en el que ocurren los hechos delictivos.

Existe una importante discusión en las teorías penales contemporáneas sobre la función del derecho penal de acuerdo con sus capacidades de prevención. Hay quien asegura que basta con que el derecho cumpla con su función de prevención general (es decir, establezca conductas que serán sancionadas con el fin de provocar una disuasión para todos los individuos en una comunidad determinada). Esta corriente coloca el propósito principal del derecho penal en el castigo (Ferrajoli, 2007, pp. 5-22) Hay otras corrientes que sugieren no abusar del derecho penal como instrumento simbólico, exigen garantías muy específicas para el debido proceso y esperan que el derecho penal sea el último recurso disponible para el estado en cumplimiento de su función de protección de los bienes jurídicos (idem).

La Suprema Corte de Justicia ha oscilado entre estos dos paradigmas. En varios precedentes opta por defender las garantías del debido proceso; en otros, justifica la adopción de tipos penales y las sanciones correspondientes concediendo a la legisladora ordinaria gran deferencia y admitiendo que sus decisiones obedecen legítimamente a razones de política criminal. No es el propósito de esta Manual discutir ampliamente estas teorías y la forma en que han tomado cuerpo en los precedentes de la SCJN, pero, sin duda, debe ubicarse —aunque someramente— esta discusión.

Dijimos que el derecho penal funciona también como límite. Es importante, sin embargo, aclarar un poco esta atribución. La idea de límite nos conduce intuitivamente a pensar que el derecho penal limita o controla las conductas que atentan contra bienes jurídicos. Hasta cierto punto esto es así; pero lo cierto es que también se alude a la necesidad de imponer barreras al poder coactivo del Estado mediante la renuncia a un afán perfeccionista (Amparo en Revisión 237/2014) y

la descripción suficiente y clara de los tipos penales con la intención de brindar certidumbre a las personas destinatarias de las normas penales.

2. Principios

Una vez hablamos de las funciones, reflexionemos un poco sobre los principios del Derecho Penal democrático. El Derecho Penal democrático reconoce que para garantizar la convivencia razonable entre las personas de determinada sociedad puede recurrirse al poder coactivo del Estado, pero entiende enfáticamente que esta alternativa siempre será la última y que deben privilegiarse otras estrategias —igualmente disponibles para el Estado— para conseguir la efectiva protección de bienes jurídicos.

Aunque los principios del derecho penal incluyen el principio de legalidad, el principio de lesividad, el principio de no retroactividad, el principio de reinserción social; entre otros. Para efectos de este documento, llamaremos la atención sobre el principio de mínima intervención en su conexión con el principio de bien jurídico o lesividad.

A grandes rasgos, el principio de lesividad supone la justificación de la adopción de un tipo penal en la identificación de un bien jurídico a proteger y la determinación de su valor. De acuerdo con el principio de lesividad, no sólo es necesario identificar un bien jurídico digno de protección, sino un bien jurídico especialmente importante.

La caracterización de un bien jurídico como especialmente importante debe idealmente provenir de un consenso medianamente democrático, donde los grupos dominantes no impongan sus convicciones morales a los grupos oprimidos. Es por el principio de lesividad que el Derecho penal renuncia al afán perfeccionista de la conducta humana y distingue entre aquello que merece sanción penal y aquello cuyo valor específico corresponde a las personas decidir de acuerdo con el pluralismo moral, base de las democracias constitucionales (Amparo en Revisión 237/2014 El principio de mínima intervención aporta un tercer indicador a la ecuación: verificar que la respuesta penal sea estrictamente necesaria y sea la menos restrictiva para los derechos que se afectarían por la prohibición penal.

El principio de mínima intervención y el principio de protección del bien jurídico —principio de lesividad— nos permiten cuestionar, por ejemplo, si la penalización del aborto más bien cancela el pluralismo moral y utiliza el derecho penal para imponer una moral específica desde una posición dominante, lo que intensifica la opresión de las mujeres y de las personas gestantes en virtud del género y de otros factores de opresión que confluyen. Incluso si partimos del valor de la vida humana en gestación, sobresaldría la pregunta sobre si criminalizar el aborto es la mejor estrategia y la menos restrictiva del derecho a libertad personal —entre otros derechos implicados— para proteger a la vida humana en gestación. O, recurriendo a otro ejemplo, si penalizar el delito de incumplimiento de obligaciones de asistencia familiar[1] es la mejor forma para garantizar la supervivencia de una deudora alimentaria, o si no existen medidas menos restrictivas de la libertad personal disponibles para el Estado para garantizarla.

3. Conducta y tipicidad: la comisión por omisión

Se abordará ahora esta modalidad de conducta por sus particulares impactos de género. Esta forma de conducta completa los tipos penales, de manera que debe entenderse que la comisión por omisión —en tanto forma de conducta— integra la descripción que la ley penal hace de una conducta reprochable.

Esta omisión debe ser, en lo material, equivalente a la acción que produce el resultado lesivo para el bien jurídico que se pretende proteger. Ello implica que no

[1] Código Penal para el Distrito Federal, ARTÍCULO 193. Al que incumpla con su obligación de dar alimentos a las personas que tienen derecho a recibirlos, se le impondrá de tres a cinco años de prisión y de cien a cuatrocientos días multa, suspensión o pérdida de los derechos de familia, y pago como reparación del daño a las cantidades no suministradas oportunamente. Si el adeudo excede de noventa días, el Juez ordenará al Registro Civil el ingreso de los datos del sentenciado en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos. Para los efectos de éste Artículo, se tendrá por consumado el delito aun cuando el o los acreedores alimentarios se dejen al cuidado o reciban ayuda de un tercero. Cuando no sean comprobables el salario o los ingresos del deudor alimentario, para efectos de cubrir los alimentos o la reparación del daño, se determinarán con base en la capacidad económica y nivel de vida que el deudor y sus acreedores alimentarios hayan llevado en los dos últimos años. Una vez que el sentenciado cumpla con la reparación del daño, el Juez a petición de parte deberá ordenar al Registro Civil la cancelación de la inscripción.

todas las omisiones encuadran en esta modalidad de conducta, existen omisiones que son irrelevantes o, en cualquier medida, ineficaces para producir el resultado. En resumen, la comisión por omisión exige la producción del resultado a partir de una omisión que se considere igual de grave que la propia conducta prohibida por el tipo penal.

Entonces, la comisión por omisión es una manera de consumar un delito que parte de una visión cualificada de un deber subjetivo de cuidado a partir del hallazgo de un cuidado objetivo. Este cuidado objetivo es la evaluación razonable de la previsibilidad o inminencia del resultado y el deber subjetivo de cuidado es la determinación —también razonable— de la capacidad individual, aunque reforzada y especialmente exigible, de la persona para honrar ese cuidado y proteger la integridad del bien jurídico a su cargo.

Esta modalidad de conducta ha sido recurrentemente utilizada para considerar a las madres coautoras, en específico, de las lesiones u homicidios de sus hijos o hijas cometidos por sus parejas sentimentales (Amparo en Revisión 92/2018). En general, la línea argumentativa que permite esas decisiones descansa en la concepción de que las madres tienen un deber cualificado y extraordinario de cuidado de sus hijas e hijos.[2] De manera general y acrítica, el deber efectivamente existe, como lo existe también para los padres varones. Sin embargo, las determinaciones al respecto de que las madres han sido coautoras en comisión por omisión de una lesión u homicidio cometido materialmente por otra persona:

- ignoran los contextos de violencia en que viven las mujeres, lo que puede llevarlas desde normalizar ciertas expresiones de violencia o hasta temer no solamente por su propia vida, sino incluso por la del hijo o hija que está siendo agredida, aun en ausencia de amenaza explícita; es decir, puede existir un ambiente permanente de riesgo y peligro

[2] Patricia Laurenzo Mujeres en el abismo: En el heteropatriarcado la función reproductora de las mujeres ha sido uno de los factores más decisivos y potentes para perfilar los roles propios de la feminidad (Pitch, 2003: 78). La construcción ideológica de la maternidad como el destino natural del género femenino ha servido de base para atribuir a las mujeres un deber primigenio de cuidado y responsabilidad sobre sus, hijos/hijas que influye de manera relevante en la valoración jurídica de sus actos.

para la integridad física o la vida de las mujeres u otros miembros de la familia;

- exigen de las mujeres facultades predictivas que rayan en lo metafísico,[3] o
- parten de posibilidades imaginarias de resguardo y protección. Imaginarias en cuanto ajenas a las condiciones concretas de vida de esas mujeres.

Según el artículo 16 del Código Penal del Distrito Federal,[4] hoy ciudad de México:

> Artículo 16 (Omisión impropia o comisión por omisión). En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:
>
> i. Es garante del bien jurídico;
> ii. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y
> iii. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.
> Es garante del bien jurídico el que:
> a) (…)
> b) (…)
> c) (…)
> d) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.[5]

[3] Cuando no protege a sus hijos/as frente a algún peligro grave que les acecha —sea por razón de una enfermedad o de la actuación agresiva de terceros— su conducta no solo se valora desde el punto de vista de los bienes jurídicos afectados (vida, salud o integridad del menor) o de los deberes legales correspondientes a la patria potestad, sino también como una forma de desobediencia a una norma moral asociada al rol de madre-cuidadora. Aparece así un componente específico de reproche que, aun sin estar explícito en la ley, se filtra con no poca frecuencia en la valoración de su conducta (Di Corleto, 2018:17) y puede influir en la determinación judicial de la responsabilidad penal. en términos más rigurosos para la madre por esa responsabilidad reforzada que se infiere del rol de cuidado atribuido de forma prioritaria al género femenino. Es decir, se filtran estereotipos asociados al papel de madre-cuidadora que amplían de modo desmesurado la exigencia de realizar la conducta de auxilio (así Hopp, 2017: 19)

[4] Se usa el Código Penal de la Ciudad de México porque sobre él ya se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación

[5] Nos concentramos en este supuesto porque es el que con más frecuencia se utiliza para atribuir a las madres los delitos de comisión por omisión.

La Primera Sala de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 92/2018,[6] debió examinar los siguientes hechos: *Julieta* y *Gerardo* se encontraban en su domicilio con la hija de aquella. *Julieta* salió a buscar un pañal para la niña. Al volver, observó que *Gerardo* introducía un dedo en el ano de su hija. *Julieta* arrebató a la niña a *Gerardo* y la durmió, salió del cuarto y se fue a bañar al piso de abajo. Minutos después —mientras la señora *Julieta* estaba en la regadera— escuchó a la niña llorar y al llegar a la habitación descubre que *Gerardo* golpeaba a su hija contra la pared aventándole el pecho, lo que provocaba que se pegara en la cabeza. Una vez la señora *Julieta* y *Gerardo* se percataron de que las lesiones eran serias, la llevaron al hospital, donde, horas después, la niña murió por traumatismo craneoencefálico producto de las lesiones inferidas por Gerardo, la pareja sentimental de la señora *Julieta*. *Julieta* fue condenada por violación equiparada y homicidio agravado por razón de parentesco en la modalidad de comisión por omisión. Es decir, se lo atribuyeron porque no los evitó.

Más allá de una primera determinación fallida de los tribunales inferiores: imputar a *Julieta* la comisión por omisión de un delito de resultado formal como la violación,[7] lo que debió conducir a una absolución, lo cierto es que la imputación del homicidio también resulta inaceptable. La Primera Sala de la SCJN dijo que la comisión por omisión supone una forma de omisión de tal identidad fáctica,

[6] Sentencia recaída al Amparo en Revisión 92/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 02 de diciembre de 2020.

[7] La comisión por omisión está reservada para los delitos de resultado material. La violación es considerada de manera más o menos consensuada en la doctrina penal como un delito de resultado material. "Las injurias y la violación son delitos de mera actividad; no se producen por accidente y no plantean problemas de causalidad". Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arrán. Derecho Penal Parte General, pp. 240. En el mismo sentido, Santiago Mir Puig "Derecho Penal. Parte General", p. 230. Los tres autores aseguran que la violación es un delito de mera actividad.

Ahora bien, la expresión "delitos de resultado formal" ha sustituido la forma en que se nombre a los delitos de mera actividad, indicando que todos los delitos son de resultado, pero unos lo serán de resultado formal y otros de resultado material. Con esta nomenclatura, Eugenio Raúl Zaffaroni afirma, en su texto sobre Derecho Penal. Parte General, que el delito de violación es un delito de resultado formal. La crítica feminista al derecho ha coincidido en que no puede exigirse que la violación tenga un resultado más allá de la conducta de imponer la cópula, pues esta exigencia implicaría que la mujer víctima debe sufrir consecuencias precisas e identificables de la agresión sexual, requeridas, además, por el tipo penal, o que tiene que haber una modificación palpable en su cuerpo como "la pérdida de la virginidad". En esa tónica, Julieta di Corletto, Julieta Lemaitre, Elizabeth Scheneider,. Susan Etrich y Julissa Mantilla; entre otras. *Travaux Preparatoires,* Estatuto de Roma.

que este acto negativo se transforma en una conducta tendiente a la consumación de un injusto típico. Esta forma de conducta completa los tipos penales, de manera que debe entenderse que la comisión por omisión —en tanto forma de conducta— integra la descripción típica —tanto en sus elementos objetivos como subjetivos.

En ese asunto la Primera Sala identificó los requisitos que deben cumplir la comisión por omisión, los cuales constituyen sus elementos objetivos (Laurenzo, 2019, pp. 1-42):

- Un deber jurídico de cuidado cualificado sobre un determinado bien jurídico;

- La inejecución de la acción esperada: la persona está obligada actuar y deja voluntariamente de hacerlo, y su omisión es la realización del riesgo.

- La posibilidad de evitar el resultado y la capacidad de ejecutar la acción: La equivalencia entre la omisión y la acción en su eficacia para producir el resultado lesivo para el bien jurídico, y

- La posición de garante: se define genéricamente por la relación existente entre una persona y un bien jurídico, en virtud de la cual aquella se hace responsable de la integridad de éste. Esto es, nace un deber jurídico específico de impedir el resultado dañoso para el bien jurídico a su cargo. Así, la no evitación del resultado por el garante es equivalente a la acción de lesión o puesta en peligro. Esta equivalencia valorativa entre omisión y acción es esencial para atribuir un delito en la modalidad de comisión por omisión.

- La producción de un resultado: este elemento es un claro componente de la estructura de los delitos de comisión por omisión, ya que los mismos son tipos de resultado material; es decir, es necesario que la omisión consista en no evitar, a pesar de tener la obligación jurídica de hacerlo, un resultado concreto de lesión o peligro para un bien jurídico determinado.

Finalmente, en opinión de la Primera Sala, la persona obligada incurriría en omisión en caso de que concurran las siguientes circunstancias: que conozca la situación típica, que conozca su propia capacidad de ejecución de la acción omitida, que exista la posibilidad material de realizar la acción impuesta por la norma, y que deje de hacer voluntariamente. Por tanto, no basta la posición de garante y el deber jurídico de cuidado para completar la subsunción típica, siempre será necesaria la exigibilidad de afrontar ese deber jurídico y la posibilidad física, real y material de evitar el resultado con su acción de salvamento como elementos objetivos del tipo, y el conocimiento de la acción típica y su voluntad de no evitarla, como elementos subjetivos del tipo. La cuestión es cómo se evalúa la capacidad de evitar el resultado y cómo se establece la eficacia de la acción de salvamento para evitarlo. Es decir, cómo se establece la causalidad hipotética entre "dejar de actuar salvando" y la producción del resultado. Esta determinación parece problemática en general, pero puede adquirir matices discriminatorios u opresivos cuando se habla de las madres.

El derecho penal positivo no es refractario a la interpretación, y las categorías dogmáticas se dotan de contenido casuísticamente. En particular, cuando se trata de establecer causalidades hipotéticas. Valoración que forzosamente debe hacerse desde la perspectiva de la persona en cuestión en el momento en que ocurra la conducta considerada ilícita y desde la petición de una conducta razonable, no heroica. Dado ese espacio interpretativo, se abre la posibilidad a la jueza penal de construir causalidades hipotéticas insensibles al género en cuanto a la capacidad real y material de impedir la lesión al bien jurídico, o determinar el repertorio de acciones asequibles y posibles, desde visiones estereotípicas sobre la maternidad.

También en el ADR 92/2018, la Primera Sala de la Corte estableció:

> Aunque en los delitos de comisión por omisión, esta determinación se basa en una causalidad hipotética, a partir de un juicio valorativo posterior sobre la eficacia de la acción omitida para impedir la producción final del resultado, es fundamental que la intérprete arribe a esta decisión con una probabilidad razonable y apegada a las circunstancias del caso y las exigencias factibles al garante. Es imprescindible, si es de respetarse el principio de culpabilidad, que el espíritu que anime dicha determinación sea que nadie está obligado a lo imposible. Así, es necesario

> evaluar exhaustivamente si el garante estaba en posibilidad real, material y efectiva de impedir el surgimiento del resultado (…)

El caso de *Julieta,* simplemente a partir de los hechos, podría resultar fácil de resolver, pues ella no estuvo presente durante la agresión padecida por su hija, lo que supondría que ni siquiera estaba en custodia efectiva, pues la custodia para efectos penales —lo dijo la Sala en el mismo asunto— no debe entenderse como un vínculo jurídico, sino como una situación fáctica que coloca materialmente el bien jurídico bajo el cuidado y resguardo del garante. En otros, sin embargo, las mujeres pueden estar presentes. Esta posibilidad obliga a mirar las circunstancias concretas de los eventos y, conforme a ellos, evaluar la capacidad de acción real y material, y no meramente especulativa fundada en el "deber ser", para evitar eficazmente el resultado. De acuerdo con Patricia Laurenzo Capello:

> […] la mujer que se encuentra en una situación grave de violencia de género no está en condiciones de oponerse al hombre que la maltrata para impedirle que golpee a su hijo/a porque ella misma podría acabar siendo víctima de la agresión, por lo que faltaría ya este primer requisito básico de toda omisión típica. […]
>
> La exigibilidad adquiere así un papel central en el tipo objetivo de los delitos de comisión por omisión —al igual que en los de omisión pura— en la medida en que se erige en presupuesto imprescindible para que surja el deber de actuar. (Laurenzo, 2019, p. 6)

Es decir, la posición de garante no obliga a actuar bajo cualquier circunstancia. Es claro que el Derecho Penal no puede exigir conductas heroicas basadas, además, en estereotipos sobre la maternidad y la disposición incondicional de las madres para sacrificarse por sus hijas, ni una natural habilidad premonitoria para anticipar los daños que éstas podrían padecer en todos los escenarios. En consecuencia, "cuando una situación concreta supere el nivel de riesgo exigible al garante su omisión no será típica por ausencia del deber de actuar" (ibidem, p. 7). Este riesgo puede provenir tanto de una situación de amenaza explícita o implícita, como del padecimiento de violencia sistemática que crea un ambiente coercitivo o intimidante donde las posibilidades de comprender o de actuar están seriamente comprometidas. Las personas que padecen violencia sistemática no

sólo viven en un escenario permanente de riesgo e intimidación, sino que normalizan la violencia, lo que puede provocar que se equivoquen al valorar la peligrosidad de la conducta del agresor. Esta aproximación al evento delictivo permite a la juzgadora concluir que el deber jurídico no surge ante la incapacidad de evitar el resultado o que aun entendiendo de una manera más bien abstracta que el deber jurídico existe, no se completa la tipicidad de un delito cometido en comisión por omisión justo por la incapacidad real y material de evitar el resultado.

La consideración de estas circunstancias habrá de configurarse razonablemente y descartando estereotipos de género. No solamente importa el incumplimiento de un deber, sino el contexto en el que ese deber se incumple. Las personas son realidades y no construcciones ideales a partir de la concepción propia de lo que debe ser. Las personas tienen miedo, son contradictorias, no reaccionan de manera idéntica en iguales o asimilables circunstancias. Prescribir, desde el derecho, una persona ideal con comportamientos ideales es definitivamente contrario a los fines del derecho penal y sería contraproducente para la efectiva protección de los bienes jurídicos; el derecho penal fracasaría en su función motivadora y difícilmente fomentaría el apego necesario entre las personas para garantizar una convivencia pacífica, pues éstas más que motivadas y convencidas, se sentirán excesiva e indeseablemente amenazadas.[8]

4. Los elementos normativos de los tipos penales: ADR 1260/2016[9]

Con frecuencia tendemos a interpretar restrictivamente los elementos normativos de los tipos penales cuando se trata de agresiones sexuales. Esto conduce a subsunciones típicas que optan por el medio comisivo "violencia", la cual se interpreta desde la lógica de una lucha cuerpo a cuerpo o como consecuencia de una amenaza grave y terrible, lo que descarta la consideración de situaciones de

[8] Véase el voto concurrente que formulan el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y el ministro Juan Luis González Alcántara en el ADR 92/2018 resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 02 de diciembre de 2020.
[9] Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1260/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 28 de septiembre de 2016.

subordinación significativas o la presencia de entornos coercitivos que truncan las mínimas posibilidades de oposición. Esta *preferencia* por la violencia interpreta que sin violencia hay consentimiento (Estrich, 2010) Sin embargo, respecto de esto la Sala dijo:

> […]el consentimiento pleno y válido de quienes participan en una cierta actividad sexual es un elemento fundamental para el respeto, protección y garantía de la libertad y seguridad sexuales, [por tanto] el Estado asume la obligación —incluso recurriendo a su poder coactivo— de proteger que éste sea la regla en el actuar sexual. (ADR 1260/2016, párr. 73)

> […] Consentir es decidir lo que se quiere o se acepta a partir de opciones, circunstancias y valoraciones, cuando se tiene conocimiento de las consecuencias o, por lo menos, puede presumirse razonablemente que se tienen las habilidades cognitivas necesarias para entenderlas, dado aquello que se decide y el momento en que se decide. (ibidem, párr. 69)

La Sala identifica que:

> La libertad y la seguridad sexuales, bienes jurídicamente tutelados por la norma penal impugnada, son manifestaciones —entre otros— del derecho al libre desarrollo de la personalidad. La primera significa la capacidad y posibilidad de decidir autónomamente, sin coerción ni violencia y con consentimiento pleno, sobre las personas —quienes también deben estar de acuerdo— situaciones, circunstancias y tiempos, en las cuales se quiere tener comportamientos, intercambios o vínculos erótico-sexuales, incluida la cópula. La segunda es la necesaria protección y debida garantía de que esta libertad y autonomía efectivamente se expresen, dado el riesgo que ciertas circunstancias, propias de la persona o del contexto específico en que se encuentra, entrañan para la producción espontánea de consentimiento (ibidem, párr 72)

Con estas premisas, en el amparo directo en revisión 1260/2016,[10] la Primera Sala dotó de contenido a la expresión "con persona *que no tenga la capacidad de*

[10] Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1260/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 28 de septiembre de 2016.

comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo. Esta expresión conforma el tipo penal de violación equiparada en la mayoría de los códigos penales del país. Tradicionalmente esta cláusula se utiliza para referirse a las relaciones sexuales que se imponen sobre personas menores de cierta edad o personas con discapacidad. Sin embargo, la Sala otorga una nueva comprensión de esas formulaciones. Para la Sala, estas expresiones claramente:

> […] aluden al aprovechamiento del autor de la situación de indefensión o una vulnerabilidad específica de la víctima, lo que abarcaría también aquellas circunstancias que hacen inexigible una oposición manifiesta y contundente a la realización de la cópula, dada la presencia de relaciones o entornos que funcionan como suficiente y razonablemente coactivos o intimidatorios.

La conceptualización de los entornos coercitivos o relaciones de dominación como circunstancias que impiden a las personas oponerse consistentemente a las agresiones sexuales ha sido evaluado por las instancias de justicia internacional (Prosecutor v. Akayesu, 1998, párr. 688). De acuerdo con las instancias internacionales, son medios comisivos de la violación: la fuerza, la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión sicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o que se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento.

Para la Primera Sala, las expresiones contenidas en el artículo175 del Código Penal del Distrito Federal,[11] hoy Ciudad de México, se refieren, entonces, al

> […] estado de indefensión derivado de condiciones permanentes o circunstanciales, ya sea atribuibles a la persona de la víctima o al contexto y situación en que desarrolla y consuma el hacer delictivo del sujeto activo: condición de discapa-

[11] ARTÍCULO 175. Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena, al que: I. Realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o II. Introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano distinto del pene en una persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo. Si se ejerciera violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad.

cidad, física o intelectual, permanente o transitoria; inconsciencia o estados asimilables —sean inducidos o voluntarios—[12] de la víctima, o bien la presencia de

[12] La primera Sala de la SCJN ha dicho que los estados de inconsciencia forzados mediante sustancias son, más bien, una forma de violencia física:
"VIOLENCIA FÍSICA COMO MEDIO ESPECÍFICO DE COMISIÓN EN EL DELITO DE VIOLACIÓN. Debe señalarse que al hablar de violencia física o moral como medio específico de comisión en el delito de violación se está haciendo referencia a un elemento normativo de carácter cultural, ya que para comprender su contenido es necesario realizar una valoración del mismo, en virtud de que el legislador ha sido omiso en señalar qué debe entenderse. Ahora bien, a partir de la presunción de que el legislador es racional debe entenderse que en el caso del delito de violación, aquél no quiso emplear una definición cuyos límites materiales estuvieran definidos por la ley, al considerar que los gobernados podían adecuar su conducta a las normas aplicables sin necesidad de acudir a una definición legal previamente establecida. A partir de lo anterior, es que esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que para que se actualice la violencia física, como medio específico de comisión en el delito de violación, es necesario que el sujeto activo realice un acto o una serie de actos, ya sea a través del uso de su propia fuerza física, o a través de cualquier otro medio físico que, aplicado o suministrado al sujeto pasivo, tenga como consecuencia anular o neutralizar su posible resistencia, ello con la finalidad de cometer la conducta reprochada. Lo anterior implica, necesariamente, que el sujeto activo es quien debe ejercer la violencia física en el pasivo, ya sea por sí o por una tercera persona con la que comparte su propósito delictivo y la misma debe ser desplegada con el propósito de anular o vencer su resistencia, ya que sólo en esas condiciones puede afirmarse que constituyó el medio idóneo para lograr el resultado típico. De acuerdo con lo anterior existen dos posibilidades para que se actualice la violencia física: 1) que el sujeto activo haga uso de su propio cuerpo o 2) que haga uso de un medio físico diverso; ello, a fin de anular o vencer la resistencia u oposición del sujeto pasivo y pueda concretar la conducta penada. Al respecto, es importante tener en cuenta que, de acuerdo con las características de los medios utilizados, los resultados son diferentes, esto es, no produce el mismo efecto golpear a una persona, amarrarla o suministrarle un agente químico o biológico; no obstante lo anterior, estas conductas para que puedan ser consideradas constitutivas de la violencia física como medio específico de comisión en el delito de violación, necesariamente, deben provocar que el sujeto pasivo no esté en condiciones de repeler la agresión del sujeto activo. En este sentido, es importante destacar que la imposibilidad de oponer resistencia es una circunstancia de hecho generada por los actos llevados a cabo por el sujeto activo y que es irrelevante que use un mínimo de fuerza toda vez que el resultado que produce es el mismo, por la misma razón es irrelevante que el sujeto pasivo esté consciente de los actos violentos que el sujeto activo está realizando". Contradicción de tesis 57/2008-PS. Entre los criterios sustentados por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. 29 de octubre de 2008. Mayoría de tres votos. Disidentes: Juan N. Silva Meza y Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías. Tesis de jurisprudencia 122/2008. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha cinco de noviembre de dos mil ocho.
"VIOLENCIA FÍSICA COMO MEDIO ESPECÍFICO EN LA COMISIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN. SE ACTUALIZA ESTE ELEMENTO NORMATIVO CUANDO EL SUJETO ACTIVO SUMINISTRA UN AGENTE QUÍMICO O BIOLÓGICO (MEDICAMENTO O DROGA) AL PASIVO CON LA FINALIDAD DE ANULAR O VENCER SU RESISTENCIA (LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS DE PUEBLA Y DURANGO). Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que para que se actualice la violencia física, como medio específico de comisión en el delito de violación, es necesario que el sujeto activo realice un acto o una serie de actos, ya sea a través del uso de su propia fuerza física, o a través de cualquier otro medio físico que, aplicado o suministrado al sujeto pasivo, tenga como consecuencia anular o neutralizar su posible resistencia, ello con la finalidad de cometer la conducta

> relaciones de franca dominación o entornos coercitivos[13] entre otras circunstancias, situaciones o contextos que impiden la oposición manifiesta o la comprensión de parte de la víctima.

Por tanto, el sometimiento de la cópula que, en esas circunstancias, no se puede resistir o no se puede comprender es descartado por la Primera Sala como muestra de consentimiento. Así, las personas menores de cierta edad[14] pueden "querer" o "aceptar" la conducta sexual, pero no consentirla. Así, las personas con discapacidad, permanente o temporal, considerando el carácter, grado y contexto de su discapacidad,[15] resienten, pero no consienten, la actividad sexual para la cual no

---

reprochada. En ese sentido, debe concluirse que la suministración de un medicamento, droga, o en general un agente químico o biológico, sobre un sujeto pasivo puede actualizar el supuesto de violencia física, como medio específico en la comisión de los delitos de violación equiparada previsto en la fracción III del artículo 272 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, esto es, introducción de cualquier objeto distinto al miembro viril por vía anal o vaginal; y, violación contenido en el artículo 296 del Código Penal del Estado de Durango, es decir, la imposición de la cópula a persona de cualquier sexo. Es importante destacar que la actualización de esta "violencia física" debe acreditarse plenamente, por lo que tiene que probarse que el sujeto activo suministró al sujeto pasivo un agente químico o biológico, que éste fue la causa de la neutralización de la resistencia del sujeto pasivo y que ello se llevó a cabo a fin de cometer la conducta tipificada, esto es, la violación en cualquiera de sus modalidades." Contradicción de tesis 57/2008-PS. Entre los criterios sustentados por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. 29 de octubre de 2008. Mayoría de tres votos. Disidentes: Juan N. Silva Meza y Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías. Tesis de jurisprudencia 123/2008. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha cinco de noviembre de dos mil ocho.

[13] Un entorno de coerción está definido por la presencia de relaciones asimétricas de poder de tal entidad que configuran dominación —transitoria o permanente— y que hacen inexigible una oposición manifiesta a la imposición de la cópula, dada la posibilidad —objetivamente evaluable, pero subjetivamente considerada— de padecer un daño o grave perjuicio en la integridad personal de la víctima o de las personas a las que ésta ligada por vínculos de amor o protección. De acuerdo con el caso *Prosecutor v. Akayesu,* resuelto por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en septiembre de 1998, la coerción puede resultar inherente a ciertas circunstancias como los conflictos armados o la presencia militar en ciertas áreas. Esta consideración se ha extendido a situaciones de vulnerabilidad y dominación evidentes.

[14] Doce años para el caso del Distrito Federal, aunque la cópula con personas de menores de 12 años ha salido del ámbito de protección de la violación por equiparación en el Código Penal del Distrito Federal (hoy Ciudad de México), a partir de la inclusión del tipo penal autónomo de violación sexual cometida contra persona menor de 12 años (artículo 181bis). El ejemplo se conserva en el proyecto porque la mayoría de las legislaciones penales estatales del país incorporan límites etarios para la configuración de la violación equiparada.

[15] De acuerdo con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, las personas con discapacidad deben ser respetadas en su diversidad, su dignidad inherente y su autonomía individual. Además, su libertad para tomar decisiones debe ser garantizada, incluido su derecho a expresar

han expresado su voluntad. Algo muy similar ocurre con las personas inconscientes o cuasi inconscientes. Lo mismo las personas que se encuentran presionadas, intimidadas o coaccionadas por un entorno o relaciones de dominación pueden padecer o tolerar la agresión sexual, pero no la consienten.

5. Causas de justificación: ADR 6181/2016

La antijuricidad es un elemento estructural del delito. Supone la consideración que la conducta que ha sido tipificada ocurre sin justificación, lo que refuerza su carácter de tratarse de un comportamiento contrario a la ley penal. Como puede observarse, la antijuricidad es una desaprobación de la conducta; de la autora y sus circunstancias se ocupa el elemento estructural de culpabilidad que abordaremos más adelante.

Se dice que la antijuricidad es una constatación negativa; es decir, para entenderla como actualizada se verifica la existencia de causas de justificación las cuales convierten la conducta típica en legítima. Las causas de justificación consistentemente aceptadas por la doctrina son:

a. Legítima defensa;
b. Estado de necesidad exculpante, y
c. Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho

Para Zaffaronni, este catálogo resulta restringido.[16] En su opinión, las causas de justificación deberán estar abiertas a circunstancias o situaciones de marginación que proporcionarían elementos para "entender" la conducta desplegada por la agente en ciertos contextos. Como ya lo hemos dicho, este Manual no es una obra

su voluntad y preferencias. (Artículos 3, 12 y 23). Estos derechos claramente abarcan la expresión consentida y feliz de la propia sexualidad. Por eso, la capacidad de consentir la actividad sexual de las personas con discapacidad debe protegerse, pero no descartarse *a priori* sin mirar el grado y contexto de la discapacidad, así como las circunstancias específicas de la conducta sexual de que se trate.

[16] Véase: Derecho Penal I, segunda parte, "Teoría del delito, unidad 13. Antijuricidad y causas de justificación. Video clase "La antijuricidad y la justificación", disponible en https://youtu.be/z9s2A2u1YzU.

académica que deba dar cuenta de todos los debates circundantes en la dogmática penal y la forma en que cada doctrinaria se aproxima a los elementos estructurales del delito, sino la oportunidad de ilustrar cómo se ha utilizado la perspectiva de género en casos penales concretos, ya sea que las mujeres sean víctimas o imputadas. En el caso de las causas de justificación, aceptamos este esquema producto del mínimo consenso entre las doctrinarias del Derecho Penal.

Estudiaremos ahora el amparo directo en revisión 6181/206,[17] resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 7 de marzo de 2018. En este asunto, la Sala se ocupa del caso de una mujer que privó de la vida a su esposo después de administrarle pastillas para que se debilitara. La mujer alegó ser víctima de violencia física, sicológica y sexual de manera constante, lo cual acreditó con periciales sicológicas y criminológicas ingresadas a la causa, sin que hubieran sido consideradas por los tribunales inferiores desde el juzgado de instancia hasta el tribunal colegiado. Los tribunales no sólo consideraron que la conducta de la mujer no estaba justificada, sino que incluso aseguraron que se encontraba agravada con la calificativa de ventaja.[18]

La Suprema Corte de Justicia desaprueba la grave omisión de los tribunales inferiores al no tomar en cuenta este contexto de violencia sistemática para aproximarse al delito cometido por *Claudia.*[19] Según la sentencia, los hechos del caso involucraban directamente el derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación en términos de los artículos 1º y 4º párrafo primero de la Constitución. Estos derechos también están contenidos en los artículos 2, 6 y 7 de la Convención Interamericana para para Prevenir, Sancionar y Erradicar

[17] Por unanimidad de votos, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.
[18] Código Penal del Distrito Federal: Artículo 138. El homicidio y las lesiones son calificadas cuando se cometan con: ventaja, traición, alevosía, retribución, por el medio empleado, saña, en estado de alteración voluntaria u odio. I. Existe ventaja: a) Cuando el agente es superior en fuerza física al ofendido y éste no se halla armado; b) Cuando es superior por las armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de los que intervengan con él; c) Cuando el agente se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido; o d) Cuando éste se halla inerme o caído y aquél armado o de pie. e) Cuando hay violencia psicoemocional por parte del agresor en contra de la víctima, de tal forma que imposibilite o dificulte su defensa.
[19] Adoptamos este nombre ficticio en este Manual. La versión pública de esta sentencia no recoge este nombre ni ningún otro. Lo hacemos en este manual con el propósito de facilitar la comprensión.

la Violencia contra la Mujer y el artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, como presupuestos básicos para el goce y ejercicio de derechos fundamentales como el acceso a la justicia en igualdad de condiciones. El estado, en este caso las autoridades judiciales, quedaban obligadas a tomar todas las medidas necesarias y concretas para garantizar un acceso igualitario a la justicia.

A partir de estas consideraciones, la sentencia propone un método surgido de la adecuación, a la materia penal, del método propuesto en el amparo directo en revisión 2665/2013,[20] el cual se refiere a una controversia familiar, y prescribe que las juzgadoras deben:

[20] Resuelto por la Primera Sala el 6 de noviembre de 2013. En ese asunto, los tribunales precedentes habían desoído el alegato de una mujer que perdió la custodia de sus hijos por "abandonarlos", en que el afirmaba que fue su marido quien la sacó de la casa y había dado instrucciones al personal de vigilancia de no dejarla pasar nuevamente. Los tribunales precedentes se limitaron a aplicar a raja tabla la causal de abandono como causa de pérdida de custodia, sin observar las circunstancias que rodearon el caso. Esto es, adoptaron un criterio formal.

Cuando el caso llegó a la SCJN, se identificó esta falencia. Entonces, se ordenó a los tribunales examinar este asunto con perspectiva de género, pues era una obligación constitucional surgida directa e incuestionablemente del derecho a la igualdad y no discriminación. Esta premisa fue una de las más importantes aportaciones de este asunto. Al convertirse en una consecuencia de un derecho constitucional, la perspectiva de género debía aplicarse —incluso— de oficio en la resolución de los casos jurisdiccionales.

En ese amparo, se dijo que juzgar con perspectiva de género implica hacer realidad el derecho a la igualdad; responde a una obligación constitucional y convencional de combatir la discriminación por medio del quehacer jurisdiccional para garantizar el acceso a la justicia y remediar situaciones asimétricas de poder. Esto a partir del reconocimiento de que el orden social jerarquizado de género, al ser parte de la cultura muchas veces incuestionada, provoca que las leyes, las políticas públicas, y las interpretaciones que se hacen de las mismas tengan impactos diferenciados en las personas según la posición que este orden les asigna.

La segunda aportación del asunto es la sugerencia de un método de seis pasos para aplicar la perspectiva de género en la resolución de los asuntos. En opinión de la SCJN, cualquier juzgador debe: identificar si existen situaciones de poder que, por cuestiones de género, provoquen un desequilibrio entre las partes de la controversia; ii. Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; iii. En caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones; iv. De detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo con el contexto de desigualdad por condiciones de género; v. Aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas, y vi. Considerar que el método exige que, en todo momento,

- Identificar si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta del desequilibrio y de la situación de desventaja que vivía la quejosa al momento en que ocurrieron los hechos.

- Cuestionar los hechos y valorar […] las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género;

- En caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar […] las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones.

- Si todos los elementos mencionados no son suficientes para comprobar que la recurrente vivió un contexto de violencia al momento de que ocurrieron, [la] juez [a]de la causa está obligad[a] por la jurisprudencia de esta Primera Sala de allegarse del material probatorio suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género. Por lo tanto debe ordenar las pruebas pertinentes para la detección de violencia, que pueden incluir, peritajes psicológicos y físicos; o un peritaje psicosocial el cual "se centra en la experiencia de las personas afectadas por violaciones a los derechos humanos, mediante el cual se analizará el entorno psicosocial [de la recurrente] así como de las circunstancias y el medio en que se desenvolvía".

- De detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, en este caso, el contexto de violencia familiar, [la] juez [a] de la causa debe cuestionar la neutralidad del derecho aplicable; evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo con el contexto de desigualdad por condiciones de género y tomar en cuenta los efectos de la violencia;

---

se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género

- […] [la] juez [a]de la causa [debe] considerar […]que el método de juzgar con perspectiva de género exige que, en todo momento, se respeten los derechos humanos de la recurrente y de todas las personas involucradas, especialmente de las niñas y niños.

- [Por último], evitar […] el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios y […]realizar consideraciones de la sentencia que estén basadas en dichos estereotipos.

Veamos ahora los hechos del caso con perspectiva de género. No había duda de que *Claudia* había privado deliberadamente de la vida a su esposo con conciencia y voluntad de lo que estaba haciendo, lo que significa que su conducta es típica, pero la siguiente pregunta es ¿Por qué? La respuesta a esta pregunta indaga precisamente sobre la antijuricidad de la conducta de *Claudia*. Debemos, entonces, observar las circunstancias en que ocurre el crimen, para determinar si es explicable o justificable.

En este punto, la Suprema Corte alerta sobre la obligación de analizar la conducta delictiva atribuida a *Claudia* con perspectiva de género y entendiendo los distintos estragos de la violencia sistemática en la vida cotidiana de las mujeres. Uno de los más significativos es el convencimiento de que se encuentran en un callejón sin salida, en una prisión de la que es imposible escapar. Un convencimiento formado a partir de consideraciones como la disminución de la personalidad y el control, incluso económico, impuestos por el agresor; la normalización de la violencia; la sensación de riesgo y amenaza constante; la imposibilidad de contar con una red de apoyo eficiente, la ruptura de los lazos familiares y afectivos, y la ineptitud de las autoridades cuando se acude a ellas.

Las mujeres saben que su vida o la de sus personas queridas corre riesgo. Sería ingenuo dudar de lo que hará una persona que te ha sometido a violencias de distinta índole de manera constante. Evidentemente, no se puede creer en sus buenas intenciones y pensar "que pega, pero no matará". Ni las autoridades deben invocar la existencia de un lazo de confianza entre las parejas para juzgar con más severidad la conducta de estas mujeres: ese lazo está incuestionablemente roto. Pedir a las mujeres que reaccionen con ecuanimidad y encuentren alterna-

tivas más *razonables* para ponerse a salvo de estas situaciones equivale a exigir esa misma actitud a una persona secuestrada expuesta a esos mismos tipos de violencia. Es decir, la ausencia de perspectiva de género se sitúa en la incapacidad para entender la dimensión de y la forma en que opera la violencia doméstica y lo que logra hacerle a la mayoría de las mujeres víctimas. Este menosprecio intensifica la opresión por razones de género, entre otros factores de opresión que conviven en muchas de estas vivencias.

De acuerdo con el contenido y alcance de las causas de justificación y de inculpabilidad, existen dos que serían aplicables a la conducta defensiva de la mujer que priva de la vida a su agresor: la legítima defensa y el estado de necesidad exculpante.[21]

En cuanto a la legítima defensa, el Código Penal del Distrito Federal señala:

> ARTÍCULO 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad […]
>
> B.- Habrá causas de justificación, cuando:
>
> I.- (Legítima defensa)- Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor. […]

Se puede decir, en términos generales, que resulta justificado repeler una agresión real, actual o inminente, siempre que exista necesidad de la defensa empleada.

[21] Aunque existe una discusión en la doctrina en cuanto a que el estado de necesidad no debe ser dividido en estado de necesidad justificante y exculpante, siendo el primero una causa de justificación y el segundo una causa de inculpabilidad, lo cierto es que el Código Penal del Distrito Federal —con él varios códigos penales estatales— así lo dividen. Las complejidades de la legítima defensa y sus interpretaciones restrictivas que no son forzosamente inadecuadas en todos los casos, pues con ello se pretende controlar la venganza privada o la justicia por propia mano, posiblemente conduzcan a pensar en el estado de necesidad exculpante como una alternativa para adjudicar en los casos que involucran el homicidio de los agresores domésticos cometidos por mujeres en su entorno familiar,

El sentido común revela inmediatamente que una agresión real lo es por oposición a imaginaria; es decir, sin el mínimo sustento fáctico, ni producto de una deducción razonable. Simplemente, la agresión no existe; no ha ocurrido.

El nudo de género está justamente en la exigencia de que la agresión sea actual o inminente. Es comprensible la exigencia del requisito de actualidad en la medida en que está destinado a descartar del ámbito de aceptación del Derecho Penal las lesiones o el homicidio por venganza. Sin embargo, esta exigencia de actualidad también está relacionada con la reacción inmediata a las agresiones; una reacción coetánea y pronta. Este intercambio ataque-respuesta inmediata hacia la violencia es inherente a la masculinidad hegemónica. Es decir, la norma penal perpetúa un mandato de género: los hombres responden —o deben responder— como protectores de su familia, de su propiedad, del ámbito privado que dominan y que les pertenece frente a las agresiones injustas e intempestivas provenientes del "afuera". Es esta conducta que legitima la norma penal; esta es la racionalidad o la carga simbólica detrás de la exigencia de que la reacción sea inmediata.

Con base en esta concepción sobre la actualidad de la agresión, es que la conducta de las mujeres que privan de la vida a sus agresores fuera de los episodios más cruentos de la violencia que padecen, no se entienda como amparada por esta causa de justificación y peor todavía que se considere que, dado que éstas aprovechan momentos de vulnerabilidad (matarlos durante el sueño) o la confianza en ellas depositada (envenenar los alimentos, por ejemplo), se trata de homicidios calificados por ventaja o traición.

Una interpretación desde la perspectiva de género respecto al requisito de actualidad en la legítima defensa, nos permite observar cómo un entorno de violencia sistemática genera un estado de amenaza constante y sin tregua para la integridad física de la persona que opta por este medio de defensa que podría considerarse extremo, y que esta agresión es siempre actual porque no cesa y que sus peores consecuencias son siempre inminentes: están agazapadas y al acecho. La intensidad y duración de este entorno agresivo; la sistematicidad de la violencia, y el daño psicológico en el que han sumergido a la víctima explicarían también la necesidad de la defensa, otro requisito para que la legítima defensa se configure.

Por tanto, a la hora de decidir sobre la actualización de esta causa de justificación deben tenerse en cuenta todas los circunstancias y antecedentes del hecho, incluidos los conocimientos de quien se defiende, en particular respecto al agresor y su conducta: una mujer es capaz de detectar cuándo un primer golpe, aunque objetivamente sea leve, es el inicio de una agresión mucho más intensa que hace necesaria una respuesta inmediata y lo suficientemente contundente como para evitar que el ataque se vuelva incontrolable e imposible de repeler más tarde, por ejemplo.

Es la evaluación de esos elementos lo que permitirá a la juzgadora detectar la actualidad o inmediatez de un ataque, y, en consecuencia, decidir sobre la necesidad de la defensa.[22] desde la mirada de la persona que se defiende y no desde visiones prescriptivas o estereotípicas, ajenas a la realidad concreta que la persona inculpada enfrenta, proponiendo alternativas hipotéticas de salvación que harían la defensa innecesaria e irrazonable a los ojos de quien juzga.

6. No exigibilidad de otra conducta; error de prohibición y socialización diferenciada como causas de inculpabilidad

Ya sea como elemento estructural del delito o como justificación de la individualización de la pena, la culpabilidad tiene fundamento social, antes que psicológico, y no es una categoría abstracta o ahistórica contraria a las finalidades preventivas del Derecho Penal, sino la culminación de todo un proceso de elaboración conceptual destinado a explicar por qué y para qué, en un momento histórico determinado, se recurre a un medio defensivo de la sociedad tan grave como la pena y en qué medida debe hacerse uso de este medio.

Aunque la culpabilidad está asociada con la función motivadora del derecho penal, se debe superar la concepción basada simplemente en la capacidad individual de escoger un comportamiento apegado a la ley. Para efectos de la culpa-

[22] Para patricia Laurenzo Capello, quien en el tema sigue a Mir Piug y a Maqueda, es la necesidad de la defensa el requisito esencial de la causa de justificación unido, por supuesto, a la agresión ilegítima o contraria a derecho.

bilidad, no se puede presumir libertad donde no la hay, ni capacidad de elección donde no la hay. La culpabilidad es, más bien, un concepto sistémico: atiende a lo contextual y lo histórico, Así, en la culpabilidad, se valora la capacidad —en sentido preciso— del ser humano para participar con sus semejantes en condiciones de igualdad en una vida común pacífica y justamente organizada.

Entonces, la culpabilidad es un juicio social situado en un momento histórico y en un determinado contexto que nos permite apreciar la conducta humana en toda su complejidad, y la capacidad real y no idealizada de comportarse de acuerdo con la norma. La prescripción de un ser humano ideal destinado a cumplir los mandatos normativos como autómata es contraria a una culpabilidad valorada a la luz de la dignidad y carácter único de las personas que deben ser convencidas y no nulificadas. Es obligación de un Estado social y democrático promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos que lo integran sean reales y efectivas. El estado social y democrático de derecho debe justificar —mediante la decisión sobre la culpabilidad— su opción por una pena y por sacrificar la libertad de la persona.

Por tanto, la culpabilidad debe determinarse con perspectiva de opresión. No hay personas ideales y pero sí hay personas que han sido sistemáticamente oprimidas y excluidas. La pregunta es si las circunstancias particulares y el contexto de la persona le permiten sentirse motivada por la norma penal y, en esa medida, adoptar el comportamiento que la norma pretende evitar o ejecutar la acción esperada, y, por tanto, si hay delito o no. Evidentemente no se trata de justificar acríticamente u otorgar una *patente de corso* a las personas socialmente segregadas y oprimidas para delinquir; se trata de entender y de juzgar democrática y sistémicamente de cara a las circunstancias personales y contextuales, así como la protección de los bienes jurídicos. Se trata, pues, de operar en el caso concreto el principio de mínima intervención limitando la afectación a la libertad personal. En todo caso, la culpabilidad resulta un juicio de mediación entre la autonomía individual, la capacidad de responsabilidad y los valores que, en determinado momento histórico, la sociedad considera dignos de protección.

La introducción de la perspectiva de género, como una de las perspectivas de opresión que pueden adoptarse —con especial énfasis en la interseccionalidad—

en la determinación de la existencia de un delito a partir del análisis de culpabilidad favorece una valoración contextual y permisiblemente subjetiva de la presencia de este elemento estructural en un hecho presuntivamente delictuoso. Esto es, se debe analizar qué tanto el orden social de género y las relaciones de subordinación que condiciona —incluida de manera particular la violencia basada en el género— y su presencia en el caso concreto, provocan que la conducta a reprochar haya ocurrido en condiciones de inculpabilidad —al no ser razonablemente legítimo esperar una conducta distinta de la persona inculpada—; en condiciones de responsabilidad atenuada —al entender que en su actuar existió cierto condicionamiento, pero que está circunstancia era razonablemente remontable—, o en condiciones de responsabilidad voluntaria, aceptada y consciente.

Si bien sería discriminatorio suponer a priori una natural inclinación de las mujeres al bien y, en consecuencia, excluirlas de la libre voluntad de transgredir la ley, también resultaría discriminatorio negar que las circunstancias sociales, económicas y culturales que enfrentan —las cuales sustentan y configuran su subordinación en esos ámbitos— son capaces de comprometer la producción de una decisión lo suficientemente autónoma como para justificar la asignación de culpabilidad.

Para que exista culpabilidad es necesario:

- Capacidad de culpabilidad: Capacidad de sentirse motivada por la norma (identificarla, comprenderla)
- Conocimiento de la antijuridicidad: Conocer el contenido de la prohibición normativa
- Exigibilidad de la conducta: Estar en una situación que te permita razonablemente acatar la norma, sin que se trate de un comportamiento imposible o heroico

Así, en contradicción, tenemos que las causas de inculpabilidad serían:

- Incapacidad de culpabilidad, tradicionalmente conocida como inimputabilidad

- Error de prohibición
- Inexigibilidad de la conducta o estado de necesidad exculpante

a. Capacidad de culpabilidad

Aunque inicialmente la capacidad de culpabilidad se ha asociado a niñas, niños y adolescentes o personas con alguna discapacidad intelectual, lo cierto es que las ideas de libertad y voluntad en que se funda la capacidad de culpabilidad son insuficientes para determinar la posibilidad de que las personas se sientan motivadas por la norma para acudir a sus mandatos:

> Las concepciones modernas de la culpabilidad propias del modelo preventivo sitúan su fundamento en la idea de motivabilidad, que permite hacer responsable penalmente por el hecho antijurídico a quien actúa encontrándose en condiciones normales de conformar su conducta al mensaje imperativo de la norma con preferencia a los demás motivos que puedan condicionarle. […] las normas se configuran pensando en lo que es exigible a un[a] "[…] [persona] medi [a]o", de modo tal que en un Estado social y democrático de derecho resulta inaceptable llevar el deseo de prevención hasta castigar a quien actúa sin una capacidad normal de ser motivado por la norma.
>
> Por eso, la imputabilidad se entiende como "normalidad motivacional" y no requiere la incapacidad absoluta para comprender o dirigir el comportamiento conforme a criterios de autodeterminación. Una situación excepcionalmente anormal puede provocar la incapacidad en el caso concreto para dirigir la conducta conforme al dictado de la norma y, por tanto, puede resultar relevante para excluir la imputabilidad. (Laurenzo, 2019, pp. 13)

Por ejemplo, un historial de violencia severa y continua puede generar en la víctima un temor fundado a sufrir represalias si contradice la voluntad del maltratador. Este temor explicaría la ausencia o una fuerte disminución de la capacidad para motivarse por la norma, lo que debiera generar una graduación de la culpabilidad que iría desde excluirla hasta atenuarla según la sistematicidad e intensidad de la violencia.

Esta valoración contextual de la capacidad de culpabilidad no debe conducir al viejo estereotipo sobre la inclinación de las mujeres a padecer trastornos mentales que impiden su capacidad de tomar decisiones en otras esferas de la vida social. Más bien, permite hacerse cargo de la influencia de la violencia basada en el género, configurada como una amenaza real, y los efectos concretos que esto tendría en determinados e identificables haceres delictivos.

Ahora bien, para evitar esta posible "psicotización" de las mujeres como un efecto indeseable, estas circunstancias encajarían también en supuestos de inexigibilidad de otra conducta.

b. Error de prohibición

En el ámbito de la filosofía política aplicada al Derecho penal se ha intensificado el debate sobre el grado de legitimidad de un Estado para exigir responsabilidad por la comisión de (determinados) delitos a quienes se encuentran en situación de exclusión social estructural generada por el propio sistema sociopolítico que los margina y se desentiende de ellos, en particular cuando el hacer delictivo queda vinculado con la situación de exclusión social.[23]

Además, Zaffaroni[24] sugiere el "error de comprensión" el cual es una forma de error de prohibición basado en la creencia de que lo que se hace es perfectamente lícito. Creencia que se surge de una socialización diferenciada en cuanto a la existencia de ciertas prohibiciones. Esto es perfectamente posible en sociedades como la nuestra donde conviven legítimamente distintos sistemas normativos.

Un acercamiento de esta naturaleza al error de prohibición:

- Permite tomar en consideración el pluralismo y las limitaciones estructurales;

[23] Véase: Derecho Penal I, segunda parte, "Teoría del delito, unidad 13. Antijuricidad y causas de justificación. Video clase "La antijuricidad y la justificación", disponible en https://youtu.be/z9s2A2u1YzU.
[24] Véase: Derecho Penal I, segunda parte, "Teoría del delito, unidad 13. Antijuricidad y causas de justificación. Video clase "La antijuricidad y la justificación", disponible en https://youtu.be/z9s2A2u1YzU.

- Autoriza la determinación del conocimiento razonable de la ilicitud de un comportamiento como presupuesto de la atribución, y
- Fomenta una negociación democrática con la diversidad de las creencias; las restricciones y determinismos estructurales, y la protección de bienes jurídicos particularmente valiosos como límites infranqueables a dicha diversidad ideológica, fáctica o social.

Pongamos como ejemplo el amparo directo en revisión 5465/2014, resuelto por la Primera Sala el 26 de abril de 2017.[25] En ese caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación enfrentó los siguientes hechos:

Un hombre que se adscribió como indígena mazateco inició una relación formal, de acuerdo con las creencias de ambos, con una niña de 12 años, con quien tuvo un hijo. Una vez fue denunciado por la madre de la niña, quien desaprobaba la relación, el hombre recibió una condena de 5 años de prisión y 200 días multa por el delito de violación equiparada.

A partir de la negativa de los tribunales inferiores de reconocerle su carácter de indígena y detonar en su favor las garantías asociadas con esa condición, el asunto alcanzó la Suprema Corte de justicia de la Nación.

En el estudio del asunto, la Primera Sala arribó a las siguientes conclusiones:

En efecto, los precedentes de la Suprema Corte señalan la obligación de la autoridad judicial de indagar cuáles son las costumbres y especificidades de la comunidad a la que se vincula el inculpado que han podido influir en el desarrollo de los hechos enjuiciados, la materialización de los elementos objetivos o subjetivos del tipo, los aspectos de los que depende la culpabilidad del acusado, entre otras cuestiones.[26]

[25] Por mayoría de tres votos, con el voto en contra del ministro Pardo Rebolledo y la ausencia del ministro Cossío Díaz.
[26] "PERSONAS INDÍGENAS. ACCESO PLENO A LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO. EN LOS JUICIOS Y PROCEDIMIENTOS DE QUE SEAN PARTE, LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEBEN TOMAR EN CUENTA TANTO LAS NORMAS DE FUENTE ESTATAL APLICABLES COMO SUS COSTUMBRES Y ESPECIFICIDADES CULTURALES. La fracción VIII del apartado A del artículo 2o. de la

En el caso, el quejoso alega la existencia de una norma de derecho consuetudinario indígena que autoriza sostener relaciones sexuales con una niña de doce años cuando se tiene la pretensión de integrar una familia. Sin embargo, la Sala negó la compatibilidad constitucional de esa costumbre. Según la Sala, esta costumbre entraría en franco conflicto con el derecho a la igualdad y no discriminación, a la integridad personal y a una vida libre de violencias que los estándares nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos consagran en favor de las mujeres, niñas y adolescentes, asignando a éstas últimas un estatus de protección reforzada.[27]

En criterio de la Corte, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer[28] y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, Convención de Belem do Pará,[29] establecen que se debe adoptar las medidas necesarias para modificar los patrones de comportamiento sociales y culturales de hombres y mujeres, y eliminar

---

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que los pueblos y las comunidades indígenas tienen derecho al pleno acceso a la jurisdicción del Estado y que, para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos de que sean parte, individual o colectivamente, deberán tomarse en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, respetando los preceptos de la Constitución. Ello no los excluye del ámbito de cobertura de las normas penales, pues los jueces penales deben determinar si las personas indígenas procesadas merecen ser castigadas por haber incurrido en las conductas típicas y punibles consignadas en la legislación penal aplicable —determinar hasta qué punto pueden imputárseles conductas típicas, en qué modalidad (dolosa o no dolosa), o bajo qué condiciones de exigibilidad, por ejemplo—. Sin embargo, el órgano jurisdiccional deberá aplicar estas normas de modo congruente con lo establecido en el citado artículo 2o. Por ello, cuando quedan satisfechos los requisitos para que al inculpado se le reconozca la condición de persona indígena dentro del procedimiento, el juzgador debe indagar cuáles son las costumbres y especificidades de la comunidad a la que se vincula que han podido influir en el desarrollo de los hechos enjuiciados, la materialización de los elementos objetivos o subjetivos del tipo, los aspectos de los que depende la culpabilidad del acusado, etcétera. Deberá tomar en cuenta, en otras palabras, tanto las diferentes normas de fuente estatal aplicables como las específicas que puedan existir en la comunidad cultural del procesado con relevancia en el caso. Además, durante el proceso deberá desplegar su función jurisdiccional tomando en consideración que la Constitución obliga a los órganos jurisdiccionales estatales a garantizar el pleno acceso a la jurisdicción y el pleno disfrute de los derechos y garantías de todos los ciudadanos, incluidos aquellos que, por pertenecer a categorías tradicionalmente desaventajadas, son objeto de especial mención en el texto constitucional". Tesis Aislada 1a. CCXI/2009, Primera Sala, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, Diciembre de 2009, página 290.

[27] González y otras vs. México. "Campo Algodonero", Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2009), Valentina Rosendo Cantú y otra vs México, Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010).

[28] Artículo 5.

[29] Artículo 7, inciso e), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, Convención de Belem do Pará.

los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de otra índole basadas en la premisa de la inferioridad o superioridad de uno de los sexos, y sobre los roles estereotipados impuestos tanto a los hombres como a las mujeres, incluido el caso de que, a partir de ellos, se exacerbe o tolere la violencia contra las mujeres.

Para la Corte era claro que Estado tiene la obligación de garantizar —con todos los medios a su alcance, incluido el recurso a su poder coactivo— que las decisiones de niños, niñas y adolescentes, en materia de sexualidad, se produzcan en condiciones de seguridad, libertad efectiva y plena, y en armonía con su desarrollo psicológico, como consecuencia de sus derechos a la integridad personal y al libre desarrollo de la personalidad.[30]

La prevalencia de los derechos de la niña envuelta en el asunto descartó la posibilidad de que la conducta del hombre fuera considerada como un error de prohibición y su condena fue confirmada. Es importante señalar que esta vigilancia se ejerce también recurriendo a estándares como "equivalencia en la esfera de lo profano" que significa que, a pesar de las situaciones de marginación, podemos deducir y argumentar de manera no discriminatoria ni estereotípica, que las personas tienen una capacidad general de saber que su conducta está prohibida, aunque no conozcan a pie juntillas la existencia y redacción de la norma penal.

Este caso ilustra la negociación democrática que los errores de prohibición y de comprensión permiten entre la diversidad de las creencias; las restricciones y determinismos estructurales, y la protección de bienes jurídicos particularmente valiosos como límites infranqueables a dicha diversidad ideológica, fáctica o social.

c. Inexigibilidad de otra conducta

La inexigibilidad de otra conducta como causa de inculpabilidad reconoce cómo ciertas circunstancias particularmente adversas o desafiantes impiden que la

[30] Cfr. Amparo Directo en Revisión 1260/2016, resuelto en sesión de 28 de septiembre de 2016, bajo la ponencia del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, por mayoría de cuatro votos. La ministra Norma Lucía Piña Hernández votó en contra.

personas adopten los mandatos de una norma penal. Debemos recordar y apuntar enfáticamente que la norma penal no puede imponer comportamientos heroicos o aquellos que desde una ética personal serían aplaudibles o esperables. La inexigibilidad de una conducta se determina y juzga desde el lugar en donde estaba o se ubicaba una persona concreta en el momento preciso y específico en que debía decidir entre someterse al mandato prohibido o exigido por la norma penal o desobedecerlo en virtud de las circunstancias hostiles que enfrenta.

Pensemos, por ejemplo, en lo resuelto por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito en el amparo directo 50/2020.

Aquí el tribunal analizó en resumen los siguientes hechos:

Claudia, Pablo, Sebastián, Pedro, Juan, Arturo y Antonio,[31] fueron sentenciados por el delito de secuestro exprés agravado en perjuicio de dos jóvenes. Según aparece en el expediente las privaciones de libertad fueron ejecutadas por los nombres, pero las cantidades obtenidas por éstas fueron depositadas en una cuenta a nombre de *Claudia.*

Durante la indagatoria se supo que *Claudia* estaba unida a uno de los ejecutores materiales y que tenían un hijo de un año siete meses. La pareja de *Claudia* y su cuñado le piden retirar dinero de su cuenta; nunca le informan de donde proviene el dinero que ella retiraba. En algún momento, ella señala a su pareja que ya no quiere recibir dinero pues ignoraba su procedencia. En respuesta César le pegó y le ordenaba seguir haciendo los retiros.

Una ocasión, el estando en estado de ebriedad realizó una llamada que le permitió a *Claudia* deducir que el dinero procedía de extorsiones. Ella insistió en que no quería realizar los retiros a su nombre, pero fue obligada con violencia por su expareja. Cuando se negó a retirar el dinero producto de este secuestro, su pareja la golpeó en la cabeza y la pateó en la pierna.

[31] Nombres ficticios que se adoptan para efectos del presente manual.

Claudia ya había hecho del conocimiento de las autoridades la violencia que padecía en meses y aseguró temer por su vida, la de su hijo y la de su padre, pues su pareja la ahorcaba, golpeaba y la amenazó en una ocasión con cuchillo. Aunque *Claudia* trató de abandonarlo en varias ocasiones, éste siempre lograba convencerla o intimidarla. Al verter su declaración, *Claudia* presentaba lesiones y declaró que las mismas fueron infligidas por su pareja. Además, el médico legista la examinó y constató que tenía secuelas de lesiones anteriores provocadas por su expareja.

A partir de estos antecedentes, podríamos pensar —tal como lo hizo el tribunal colegiado quien absolviera a *Claudia*— en dos causas de exclusión de la responsabilidad penal. La primera por ausencia del conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo; es decir, ausencia de dolo, lo que excluiría la tipicidad de la conducta. La segunda por una actuación bajo amenaza y coacción, a pesar del conocimiento de la ilicitud, lo que significaría que la conducta de *Claudia* ocurrió en estado de necesidad exculpante o en inexigibilidad de otra conducta. Sin embargo, las autoridades judiciales que conocieron el caso en primera y segunda instancias la condenaron por la comisión del delito de privación de la libertad, en su modalidad de secuestro exprés agravado. y le impusieron 30 años de prisión como pena.

Según lo expresa el tribunal colegiado en su sentencia, los tribunales inferiores centraron su argumentación en que Claudia conocía los hechos delictuosos ejecutados por su pareja y a pesar de conocer su ilicitud, continuó participando ellos. Acerca de las agresiones sufridas por *Claudia*, las autoridades judiciales de primera y segunda instancia señalaron que no existían elementos de juicio en cuanto a que la expareja de *Claudia* la hubiese obligado a participar en los haceres delictivos analizados, despreciando con ello información pericial y testimonial valiosa para acreditar el maltrato al que estaba sometida *Claudia* y las consecuencias que tuvo en ella.

¿Qué hizo el tribunal colegiado con estos hechos y decisiones?

En primer lugar, la sentencia explica las condiciones de desigualdad que obligan a utilizar la perspectiva de género como una herramienta de análisis y las conse-

cuencias que tendría en un caso concreto ignorarla. Después procede a estudiar los hechos sometidos a su consideración aplicando este método de análisis.

En opinión del tribunal, no se probó el elemento subjetivo genérico denominado dolo. Si bien es cierto que el dinero producto de la extorsión fue depositado en la cuenta de *Claudia*, eso no es suficiente para establecer que conocía y quería participar en el hecho delictivo. Por el contrario, diversas constancias corroboran que ella desconocía el origen del dinero que le fue transferido e ignoraba que en el momento de retirarlo estaba en curso un delito. El tribunal colegiado asigna valor a las pruebas de la violencia sufrida por *Claudia* a manos de su pareja y afirma que se acredita el contexto de violencia en que vivía Claudia y los eventos concretos de violencia sufridos en el momento preciso de realizar los retiros. De acuerdo con el tribunal, resulta creíble que *Claudia* hubiese estado en error de tipo; es decir, desconocía las circunstancias de los hechos delictivos por los cuales fue sentenciada y es lógico que no cuestionara la conducta de su pareja pues la violentaba.

Por otra, también resulta plausible entender que el conocimiento de *Claudia* sobre lo que ocurría no implicaba que su participación fuese voluntaria. Las amenazas, la intimidación proveniente de un entorno coercitivo o de violencia constante o latente y la coacción directa para hacer u omitir algo son supuestos de inexigibilidad de otra conducta. No corresponde al Derecho Penal exigir —en este caso y otros similares— que las personas acaten los mandatos de las normas penales en sacrificio de su vida o integridad.

d. Atenuantes y agravantes: ¿La emoción violenta puede atenuar un homicidio por odio? AD 29/2017[32]

En su libro "Hiding from Humanity", Martha Nusbaum[33] relata un caso que involucra el asesinato de dos mujeres lesbianas mientras tenían sexo en un parque

[32] Sentencia recaída al Amparo Directo 29/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 12 de junio de 2019.
[33] Véase: Nusbaum Martha "Hiding from humanity. Disgust, Shame and the law", Princeton University Press, New Jersey, 2004. *Passim*. Cfr. También de la misma autora: "Poetic Justice", Beacon Press, Boston, 1995.

público. Durante el procedimiento penal, el acusado alegó que había sentido una repulsión tan profunda que no pudo contenerse. Afortunadamente, a la mayoría de nosotras esa defensa nos parecería irracional. Sin embargo, este asunto da pretexto a Martha Husbaum para explorar de manera más profunda las emociones humanas y su racionalidad. Martha Nusbaum concluye que las emociones no son pulsiones como el hambre o el sueño, sino que se trata de procesos cognitivos y valorativos. Las personas reaccionamos a aquello que conocemos fácticamente y a lo cual asignamos cierto valor. Esta asignación de valor proviene fundamentalmente de un proceso cultural y de socialización. Así, la ley debiera ser usada para establecer una mediación entre la comprensión de que las personas tenemos diversas taras y sufrimientos, y la necesidad de impulsar valores democráticos. Esto es verdaderamente lidiar con las emociones que no deben asimilarse a impulsos incontrolables, sino caracterizarse como complejos procesos cognitivos y prescriptivos, capaces de ser racionalizados y valorados por la operadora jurídica de acuerdo con su razonabilidad. Es decir, las personas pueden sentir cantidad de cosas, pero es sin duda válido preguntarse, bajo un estándar de razonable, si es aceptable que lo actúen de cierta manera.

En el amparo directo 29/2017, la Primera Sala concluye que *Victoria* fue asesinada por *Jacinto* dentro de la habitación de un hotel. El agresor se colocó a horcajadas sobre ella inmovilizándola al sujetarla fuertemente en principio con una mano y luego con su cuerpo, mientras le presiona el cuello con ambas manos, lo que también la inmoviliza, y luego le obstruye las vías respiratorias con una toalla y una almohada hasta que la mata por asfixia. Después, arroja la ropa de *Victoria* al inodoro.

Frente a estos hechos, la defensa de *Jacinto* introduce a lo largo del proceso y con base en periciales, que se encontraba en estado de *emoción violenta* al momento de cometer el crimen.

Según la legislación penal vigente en ese entonces en la Ciudad de México,[34] el estado de emoción violenta funcionaba como una atenuante de la pena que corres-

[34] El artículo que establecía la emoción violenta como atenuante del homicidio fue derogado. Sin embargo, esta atenuante continúa vigente en los códigos penales de la mayoría de las entidades federativas.

pondería a los delitos de homicidio y lesiones. Esta atenuación estaría basada en la *comprensión* del orden jurídico de que existen situaciones en la vida susceptibles de colocar a las personas en el escenario indefectible y razonable de traspasar ciertas barreras, sin que estas circunstancias lleguen a los extremos de justificar su conducta o de explicarla en términos de la imposibilidad de opción o la creencia de obrar lícitamente.[35] Situaciones estas últimas que configurarían excluyentes de responsabilidad. Según la legislación, el estado de conmoción en el ánimo debe ser tal que provoque un desorden del comportamiento, la pérdida de dominio de la capacidad reflexiva y la disminución de los frenos inhibitorios.

Una primera determinación que hace la Sala respecto de esto es:

> […] El destinatario (sic) de la norma penal es cualquier persona imputable, debe entenderse que esta conmoción en el ánimo puede ser experimentada por cualquiera, y es en ese sentido que su capacidad de generar esa situación límite debe ser evaluada. Es decir, debe acudirse a un estándar que abarque las reacciones de una persona razonable y que establezca esas reacciones como una respuesta proporcional al estímulo que genera la conmoción. (Amparo Directo 29/2017, párr. 136)

De acuerdo con la Sala y en términos de Martha Nusbaum, para determinar la razonabilidad de una emoción, debe preguntarse, entonces, sobre la razonabilidad de la certeza fáctica y sobre la razonabilidad del valor que se asigna a determinada persona, objeto o evento, identificando lo que —en determinado contexto— una sociedad considera valioso, y es bueno que así sea. Otra vez la Sala:

> El estándar de razonabilidad no es un estándar descriptivo; no es una medida que pueda surgir en una encuesta; no es un promedio aritmético; es un estándar prescriptivo que busca acomodar las vicisitudes humanas con las más altas aspiraciones éticas, humanas y sociales. Es razonable aquello que es entendible en ciertas circunstancias, pero también aquello que es legítimo, proporcional y correcto.

[35] ARTÍCULO 136 del Código Penal del Distrito Federal, hoy Ciudad de México: A quien en estado de emoción violenta cometa homicidio o lesiones, se le impondrá una tercera parte de las penas que correspondan por su comisión. Existe emoción violenta cuando el sujeto activo del delito vive una intensa conmoción del ánimo que provoca un desorden del comportamiento, la pérdida del dominio de su capacidad reflexiva y la disminución de sus frenos inhibitorios, que desencadenaron el delito. [DEROGADO]

> Nadie consideraría una reacción razonable que una persona sacara un arma y disparara indiscriminadamente contra una multitud porque se ha quedado atorada por más de 4 horas en un embotellamiento, por más que nos resulte entendible su enojo. (ibidem, párr. 139)

Es decir, comprenderíamos que una *persona razonable* se enojara ante una situación como esa —aunque no sea nuestro caso—, pero descartaríamos que una *persona razonable* matara a un número indeterminado de personas por ese motivo. Es más, no pocas veces, nos resulta problemático admitir que una persona *pierda los estribos* frente a situaciones que *razonablemente* —entendiendo la razonabilidad como un estándar prescriptivo— se caracterizan o debieran caracterizarse como nimias: perder un lápiz, tener un choque leve, no encontrar taxi para ir a una fiesta; etc.

Como demuestran estos ejemplos, todo el tiempo estamos racionalizando las emociones y preguntándonos cómo se justifica su aparición y cómo sustentan cierta reacción. Es decir, nos preguntamos ¿es lógico —razonable— estar enojado por esto? Si pasamos al siguiente punto porque encontramos el enojo justificado, preguntamos ¿es lógico —razonable— llegar al punto de expresarlo gritando, vociferando, lesionando, matando?

Según la Sala:

> Esta racionalización es particularmente crítica en el ámbito jurídico y, de manera extraordinariamente evidente, en la atenuante que nos ocupa [la emoción violenta] Cuando se decide sobre si un homicidio o una lesión ocurrió bajo su cobijo, esta Sala entiende que es preciso examinar caso por caso la razonabilidad de la certeza fáctica sobre los objetos y personas involucradas; el valor que les asigna tanto la persona implicada como aquel que merecen por su vínculo con las mejores aspiraciones éticas de una sociedad igualitaria que adopta los derechos humanos como su norma máxima, y la proporcionalidad de la reacción con la que se expresa dicha emoción. Esto ayudará a determinar la capacidad de cierta situación para producir en una persona razonable —como estándar prescriptivo— de manera simultánea (la conjunción copulativa "y" en la redacción de la atenuante así lo exige) un desorden en el comportamiento, una pérdida de la capacidad reflexiva y la disminución de los frenos inhibitorios. (ibidem, párr. 142)

En el caso, la defensa alegó que cuando *Jacinto* cometió el homicidio que se le imputa se encontraba en un estado de emoción violenta provocado —según su dicho— por la intención de *Victoria* de revelar a una de sus parejas que ellos sostenían una relación. ¿La situación descrita pudo haber provocado *razonablemente* en *Jacinto* un desorden en el comportamiento, una pérdida de la capacidad reflexiva y la disminución de los frenos inhibitorios, y desencadenar el crimen que se le imputó? Sometiendo la situación al estándar de la persona razonable, se deduce que expresar que se contará a una persona con la que se está emocionalmente vinculada que se está ligada a otra generaría razonablemente molestia, frustración, incluso enojo.

Sin embargo, la forma en que se expresa esa emoción es —por decir lo menos— irrazonable. En este sentido la Sala decide que:

> […] no existe ninguna proporcionalidad en expresar esas emociones apretándole el cuello y obstruyéndole las vías respiratorias con una toalla y una almohada hasta matarla por asfixia. De manera que la explicación aportada por *Jacinto* y su defensa para su comportamiento no resulta apta para actualizar, en el caso, la atenuante de "emoción violenta" que se examina. (ibidem, párr. 145)

Por el contrario, la Sala consideró que:

> […] la pretendida explicación de la emoción padecida tiene su origen en creencias devaluadoras sobre la vida de las mujeres y sobre las sanciones que merecen por su comportamiento sexual. Creencias que, al no corresponder con las más altas aspiraciones éticas de una sociedad democrática e igualitaria que debe —aquí la noción prescriptiva— enfocarse en la construcción de las mujeres como sujetas plenas de derechos y deplorar —como de hecho lo hace normativamente— la discriminación con base en el género, no pueden dar sustento razonable a una reacción violenta, y menos de la envergadura de la que nos ocupa. (ibidem, párr. 146)

Además, y a pesar de que la acusación y el proceso penal no se siguieron por feminicidio, sino por homicidio agravado, la Sala decide estudiar las agravantes consideradas en el caso: ventaja y medio empleado, con perspectiva de género. Es decir, introduciendo a su análisis y argumentación central del caso, la causa y

consecuencias de las situaciones de violencia, subordinación y discriminación sistemática en las que se encuentran las mujeres:

> […] la mecánica del homicidio revela que el imputado actuó con ventaja, la cual puede surgir también del aprovechamiento del contexto de discriminación en el que las mujeres se desenvuelven. Este contexto se manifiesta en dos niveles. Un nivel que podemos llamar objetivo y que se corresponde con el entorno sistemático de opresión que las mujeres padecen, y uno subjetivo que se expresa en el ámbito particular de una relación o en una situación concreta que las coloca en posición de vulnerabilidad y en la posibilidad de ser agredidas y victimizadas. En el caso, se observan expresiones de este contexto discriminatorio y de la situación de indefensión a que fue conducida Victoria por el inculpado, quien con esto creó el escenario propicio para cometer el crimen y garantizar que a él no le resultase daño.
>
> Por ejemplo, el hecho de que hubiese recurrido a la asfixia para privar de la vida a Victoria, mientras la sometía físicamente; además, la ubicación y encierro en un cuarto de hotel limitó el espacio de desplazamiento de la víctima, disminuyó sus oportunidades de resistencia, neutralizó sus defensas y aumentó el control que el imputado ejercía sobre su movilidad. Aunque la evidencia al respecto no fue suficientemente analizada por la sala de apelación, existen indicios de actividad sexual que, dadas las circunstancias en que ocurre el homicidio, bien pudo ser forzada: el hallazgo del empaque de un condón y del cuerpo casi desnudo de la víctima, así como el hecho de que el inculpado arrojase su ropa al inodoro.
>
> En segundo lugar, el hecho de que el inculpado matara a *Victoria* en un hotel y hubiese abandonado y mostrado su cuerpo en él. Un hotel es un espacio con una fuerte carga estigmatizante para las mujeres en una sociedad que las reprime cuando se comportan como sujetas sexuales o que legitima la violencia que se ejerce sobre sus cuerpos. Cuando el homicidio de una mujer ocurre en un hotel, puede enviarse una señal discriminatoria y opresiva en cuanto a que existe una conexión justificante entre el crimen que resienten y su comportamiento sexual. (ibidem, párrs. 147-149)

Se concluyó, entonces, que el agresor, más que actuar en un rapto razonable de emoción violenta, se valió de su superioridad física para someter e inmovilizar a *Victoria*, colocándola deliberadamente en una situación de vulnerabilidad e

indefensión para cometer el delito que se le atribuyó y también obtuvo ventaja del contexto mediato e inmediato en que ocurrieron los hechos materia de la causa.

III. Conclusiones

La Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 1464/2013,[36] dijo que la discriminación puede ocurrir cuando las normas, políticas, prácticas y programas son aparentemente neutras pero el resultado de su contenido o aplicación es un impacto desproporcionado en personas o grupos en situación de desventaja histórica justo en razón de esa desventaja, sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable. Esta idea de la discriminación se corresponde con la discriminación indirecta o por resultado, cuya determinación requiere de un estudio sobre la existencia de la discriminación estructural, y de cómo ésta sustenta la producción e interpretación normativa.[37]

[36] Resuelto en sesión de 13 de noviembre de 2013, bajo la ponencia del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, por unanimidad de 5 votos.

[37] DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. DIFERENCIAS ENTRE SUS MODALIDADES CONCEPTUALES. El citado derecho humano, como principio adjetivo, se configura por distintas facetas que, aunque son interdependientes y complementarias entre sí, pueden distinguirse conceptualmente en dos modalidades: 1) la igualdad formal o de derecho, y 2) la igualdad sustantiva o de hecho. La primera es una protección contra distinciones o tratos arbitrarios y se compone a su vez de la igualdad ante la ley, como uniformidad en la aplicación o interpretación de la norma jurídica por parte de toda las autoridades, e igualdad en la norma jurídica, que va dirigida a la autoridad materialmente legislativa y que consiste en el control del contenido de las normas a fin de evitar diferenciaciones legislativas sin justificación constitucional o violatorias del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Las violaciones a esta faceta del principio de igualdad jurídica dan lugar a actos discriminatorios directos, cuando la distinción en la aplicación o en la norma obedece explícitamente a un factor prohibido o no justificado constitucionalmente, o a actos discriminatorios indirectos, que se dan cuando la aplicación de la norma o su contenido es aparentemente neutra, pero el efecto o su resultado conlleva a una diferenciación o exclusión desproporcionada de cierto grupo social, sin que exista una justificación objetiva para ello. Por su parte, la segunda modalidad (igualdad sustantiva o de hecho) radica en alcanzar una paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de los derechos humanos de todas las personas, lo que conlleva a que en algunos casos 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 vulnerables gozar y ejercer tales derechos. Por ello, la violación a este principio surge cuando existe una discriminación estructural en contra de un grupo social o sus integrantes individualmente considerados y la autoridad no lleva a cabo las acciones necesarias para eliminar y/o revertir tal situación; además, su violación también puede reflejarse en omisiones, en una desproporcionada aplicación de la ley o en un efecto adverso y desproporcional de cierto contenido normativo en contra de un grupo social relevante o de sus integrantes, con la diferencia de que, respecto a la igualdad formal, los elementos

Al respecto, el Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la acción de inconstitucionalidad 8/2014,[38] entendió que la discriminación estructural existe cuando el conjunto de prácticas, reproducidas por las instituciones y avaladas por el orden social, provoca que las personas enfrenten distintos escenarios sociales, políticos, económicos y éticos, y diferentes oportunidades de desarrollo y de consecución de sus planes de vida, debido a su pertenencia a grupos en situación de exclusión sistemática, históricamente determinada. La subordinación y la violencia basada en el género son fenómenos estructurales que no sólo se manifiestan cuando las mujeres u otros grupos históricamente desaventajados con base en el sexo o género padecen un ilícito penal y, por tanto, comparecen a los procesos judiciales como víctimas, sino también cuando se encuentran en conflicto con la ley como probables perpetradores de esos injustos.

La SCJN[39] también afirma que el orden social de género asigna, por regla general, a las mujeres una posición subordinada en la mayoría de las relaciones afectivas,

para verificar la violación dependerán de las características del propio grupo y la existencia acreditada de la discriminación estructural y/o sistemática. Por lo tanto, la omisión en la realización o adopción de acciones podrá dar lugar a que el gobernado demande su cumplimiento, por ejemplo, a través de la vía jurisdiccional; sin embargo, la condición para que prospere tal demanda será que la persona en cuestión pertenezca a un grupo social que sufra o haya sufrido una discriminación estructural y sistemática, y que la autoridad se encuentre efectivamente obligada a tomar determinadas acciones a favor del grupo y en posibilidad real de llevar a cabo las medidas tendentes a alcanzar la igualdad de hecho, valorando a su vez el amplio margen de apreciación del legislador, si es el caso; de ahí que tal situación deberá ser argumentada y probada por las partes o, en su caso, el Juez podrá justificarla o identificarla a partir de medidas para mejor proveer. Amparo directo en revisión 1464/2013. Blanca Esthela Díaz Martínez. 13 de noviembre de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Miguel Antonio Núñez Valadez. 14 de febrero de 2014.

[38] Resuelta en sesión de 11 de agosto de 2015, bajo la ponencia de la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos. Ministro encargado del engrose: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

[39] Al respecto, puede consultarse el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género (2020), pp. 20-25 y Amparo en revisión 554/2013, en sesión de 23 de marzo de 2015, bajo la ponencia del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, aprobado por unanimidad de 5 votos; Amparo Directo en revisión 4811/2015, resuelto en sesión de 25 de mayo de 2016, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, aprobado por unanimidad de 4 votos. Ausente: la ministra Norma Lucía Piña Hernández; Amparo Directo en revisión 912/2014, resuelto en sesión de 5 de noviembre de 2014, bajo la ponencia del ministro José Ramón Cossío Díaz, aprobado por unanimidad de 5 votos; Amparo Directo en revisión 2655/2013, resuelto en sesión de 6 de noviembre de 2013, bajo la ponencia del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, aprobado por mayoría de 4 votos. En contra el ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo; Amparo

familiares, económicas, sociales y políticas. Esto tiene implicaciones concretas en los procesos penales. Abstraer el impacto del orden social de género —y de las situaciones de subordinación y violencia basada en el género que condiciona— del ámbito del derecho penal obedece a consideraciones estereotípicas. Sea porque se estima que las mujeres son naturalmente buenas y no delinquen, lo que, a su vez, provoca que cuando lo hacen la valoración sobre su responsabilidad —en tanto rompen esa concepción original— provoque la imposición de sanciones más severas.[40] Sea porque se omite un análisis sobre qué tanto su relación

directo 12/2012, resuelto en sesión de 12 de junio de 2013, bajo la ponencia del ministro José Ramón Cossío Díaz, aprobado por mayoría de 3 votos. En contra de los emitidos por el ministros Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y por la ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas; Amparo Directo en revisión 6181/2013, resuelto en sesión de 7 de marzo de 2018, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, aprobado por unanimidad de 5 votos; Amparo Directo en revisión 4906/2017, resuelto en sesión de 7 de marzo de 2018, bajo la ponencia del ministro José Ramón Cossío Díaz, aprobado por unanimidad de 5 votos; Amparo Directo en revisión 5490/2016, resuelto en sesión de 7 de marzo de 2018, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, aprobado por unanimidad de 5 votos; Amparo en revisión 601/2017, resuelto en sesión de 4 de abril de 2018, bajo la ponencia del ministro José Fernando Franco González Salas, aprobado por unanimidad de 5 votos. Amparo en Revisión 1284/2015 resuelto el 13 de noviembre de 2019 bajo la ponencia del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena aprobado por unanimidad de 4 votos. Ausente: la ministra Norma Lucía Piña Hernández.

Así como en la Jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 836 del Tomo II del Libro 29 (abril de 2016) del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro: "ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO."; Tesis Aislada 1a. CLX/2015 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 431 del Tomo I del Libro 18 (mayo de 2015) del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro: "DERECHO DE LA MUJER A UNA VIDA LIBRE DE DISCRIMINACIÓN Y VIOLENCIA. LAS AUTORIDADES SE ENCUENTRAN OBLIGADAS A ADOPTAR MEDIDAS INTEGRALES CON PERSPECTIVA DE GÉNERO PARA CUMPLIR CON LA DEBIDA DILIGENCIA EN SU ACTUACIÓN."; Tesis Aislada 1a. LXXIX/2015 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 1397 del Tomo II del Libro 15 (febrero de 2015) del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro: "IMPARTICIÓN DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. DEBE APLICARSE ESTE MÉTODO ANALÍTICO EN TODOS LOS CASOS QUE INVOLUCREN RELACIONES ASIMÉTRICAS, PREJUICIOS Y PATRONES ESTEREOTÍPICOS, INDEPENDIENTEMENTE DEL GÉNERO DE LAS PERSONAS INVOLUCRADAS."; Tesis Aislada 1a. XCIX/2014 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 524 del Tomo I del Libro 4 (marzo de 2014) del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro: "ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. TODOS LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PAÍS DEBEN IMPARTIR JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO."; Tesis Aislada 1a. XXIII/2014 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 677 del Tomo I del Libro 3 (febrero de 2014) del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro: "PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. SU SIGNIFICADO Y ALCANCES."

[40] Al respecto puede revisarse: Corina Giacomello (2013). Mujeres y delitos contra la salud: un análisis desde la perspectiva de género, editorial Tirant le Blanch, disponible en: http://www.inmujeres.gob.mx/inmujeres/images/stories/eventos/2010/corinagiacomello.pdf

con los principales elementos estructurales del delito: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad se origina en o reproduce este esquema de subordinación—. (Cruz Parcero, 2012) O sea porque se omite ese análisis para decidir la atribución judicial de autoría o para determinar el grado y forma de su participación en un delito específico sin tomar en cuenta como un dato extraordinariamente relevante sus vínculos con los autores principales de las conductas ilícitas. (Way, 2012, p. 57)

Por tanto, las autoridades judiciales, en cumplimiento del derecho a la igualdad y a la no discriminación, deben observar el efecto el orden social de género y la forma en que reparte la valoración, el poder, los recursos y las oportunidades de forma diferenciada a partir de la interpretación del cuerpo de las personas y de la asignación binaria de la identidad sexual, y cómo esto influye tanto en el comportamiento presumiblemente ilícito de las mujeres como en la valoración judicial acerca de éste último.

Esta propuesta de revisión o examen del comportamiento delictivo de las mujeres no parte de la premisa superada de que las mujeres carecen de agencia ética, sino de la realidad de su condición de desventaja histórica. Se trata, pues, de valoraciones sociológicas y no de presupuestos ontológicos. Evidentemente, las mujeres poseen agencia ética —lo que supone que pueden elegir conscientemente quebrantar la ley—, pero también están sujetas a violencia, discriminación estructural y condiciones de subordinación histórica —lo que implica que pueden enfrentar obstáculos insuperables para actuar en defensa de las personas a su cuidado; que pueden optar legítimamente por los medios con los que cuentan para defenderse de agresiones sistemáticas; que pueden razonablemente ignorar o no comprender lo que ocurre alrededor de un hacer delictivo; que pueden actuar por temor o por necesidad esperable de protección de sus seres queridos; que pueden ser inducidas o, incluso, coaccionadas para delinquir. Valoraciones y determinaciones judiciales que deben desterrar estereotipos discriminatorios de género.

Nuria Gabriela Hernández (coord.) (2009). Diagnóstico sobre la incidencia de los delitos cometidos por las mujeres privadas de su libertad procesadas y sentenciadas, disponible en file:///D:/Users/AcalderonE/Downloads/2009%2011%20Diagnostico_MPL.pdf. Otano, Graciela Edit, La mujer y el derecho penal. Una mirada de género en: Birgin, Haydée (Comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derechos penal*, Argentina, Editorial Biblios, 2010.

La falta de consideración de la discriminación estructural con base en el género y la violencia de género —directa (relacionada con el hecho como las amenazas explícitas o implícitas para hacer u omitir algo)[41] o sistemática que padecen las mujeres impediría arrojar luz sobre la atipicidad de su conducta, las causas de justificación o de inculpabilidad bajo las cuales ocurre la conducta típica o sobre el grado de su participación o eventual autoría, justo en el contexto de ocurrencia de un evento considerado delictivo.[42]

Un análisis con perspectiva de género dentro de los enjuiciamientos penales permitiría a la autoridad judicial entender y determinar —con el grado de certeza exigible por el parámetro de regularidad constitucional del derecho a la presunción de inocencia— cómo se relacionan la voluntad consciente de delinquir, por un lado, y la subordinación y la violencia basada en el género, por el otro, y cuál adquiere mayor entidad frente al hecho delictivo cuya autoría o participación debe atribuir.

[41] El caso *R. v. Ruzic*, resuelto en el año 2001 por la Corte Suprema de Canadá, constituye un ejemplo claro de estos supuestos. Marijana Ruzic era una muchacha yugoslava de 21 años que vivía en Belgrado con su madre. Un hombre la había amenazado con hacerle daño, a menos que ella le ayudara a contrabandear heroína a Canadá. El hombre la acechó por algún tiempo y comenzó a amenazarla, llegando a agredirla violentamente. Ruzic finalmente voló a Canadá. Fue arrestada en el Aeropuerto Internacional Pearson, de Toronto, por la importación ilegal de heroína. En el juicio, ella declaró que había cometido el delito por encontrarse en una situación de coacción. Este alegato de descargo, en virtud del artículo 17 del Código Penal canadiense, sólo procede cuando una persona "comete un delito bajo compulsión por las amenazas de muerte inmediata o lesiones corporales de una persona que está presente cuando el delito es cometido". Ruzic dijo que no había tenido otra opción y que tanto la vida de ella como la de su madre estaban en riesgo. También afirmó que no podía ir a la policía porque creía que era una institución corrupta y que ello no sería de ninguna ayuda. El testimonio de expertos corroboró esta creencia de los ciudadanos yugoslavos de no confiar en la policía y de temer la incapacidad de ésta para protegerlos. Sin embargo, su estrategia de defensa fallaba por cuanto ella no estaba bajo la amenaza de "muerte inmediata o daño corporal", y porque el hombre que la había amenazado no estaba "presente cuando se cometió el delito". Ruzic cuestionó la constitucionalidad del artículo 17 del Código Penal canadiense por violar su derecho a la seguridad personal, consagrado por el artículo 7 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. El juez estuvo de acuerdo con la imputada y, por lo tanto, la absolvió. Luego, el recurso del fiscal fue desestimado por el Tribunal de Apelaciones de Ontario. El 20 de abril de 2001, la Corte Suprema de Justicia de Canadá confirmó la absolución.

[42] Acerca del impacto de la discriminación estructural que padecen grupos históricamente desaventajados y la sobre la forma en que emprender juicios sobre culpabilidad de manera neutral, compromete su derecho a la igualdad sustantiva en materia penal, Véase *R v. Ipeelee* y *R v. Gladue*, resueltos por la Corte Suprema de Justicia de Canadá, en 2012 y 1999, respectivamente.

Para ello, se propone que la autoridad judicial revise, desterrando los estereotipos de género de su razonamiento:

i. Los datos o indicios —considerando la discriminación estructural contra las mujeres como un hecho sistémico— sobre la subordinación o la violencia —directa o sistemática— basada en el género;

ii. Si las circunstancias del delito y las personales —consideradas las condiciones de subordinación y violencia— arrojan duda razonable sobre las posibilidades reales, concretas y efectivas de:

   i. ejecutar la acción esperada;
   ii. no incurrir en la conducta prohibida;
   iii. tener consciencia sobre el hecho delictivo que se le atribuye y dirigir su voluntad a su consumación;
   iv. optar o no por determinado medio de defensa;
   v. comprender el significado de la prohibición contenida en la norma o de sentirse motivada por ella dentro de los límites de lo razonable y sin contravenir esencialmente los fines del Derecho Penal;
   vi. comportarse de acuerdo con esa prohibición;
   vii. actuar libremente sin temor justificado, coacción o violencia; entre otros elementos necesarios para tener un delito por acreditado.

iii. Si las inferencias sobre los aspectos anteriores son razonables, considerando la discriminación estructural contra las mujeres como un hecho sistémico— y los datos e indicios sobre la subordinación o la violencia —directa o sistemática— basada en el género, disponibles en el caso concreto, y

iv. Si la atribución de autoría, o la determinación del grado y forma de su participación en ilícitos penales, se origina en o reproduce el esquema de subordinación o violencia basada en el género.

Bibliografía

CRUZ PARCERO, Taissia. (2012), *Criterios sexistas vigentes en el sistema de justicia penal en México.* "Las mujeres a través del Derecho Penal". Género, Derecho y Justicia. Editorial Fontamara y Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, *passim.*

CARINS WAY, Rosemary, (2012), *Attending to equality: criminal law, the Chapter and Competitive truths*. Supreme Court Law Review, Canadá, Segunda Edición, p. 57 (*passim)*

ESTRICH, Susan, (2010), *Violación* en "Justicia, género y violencia", Julieta di Corletto (coordinadora), Libraria, Red Alas, Buenos Aires, primera edición, *passim.*

FERRAJOLI, Luigi (2007), El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 19, pp. 5-22 Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.

GIACOMELLO, Corina (2013). Mujeres y delitos contra la salud: un análisis desde la perspectiva de género, editorial Tirant le Blanch, disponible en http://www.inmujeres.gob.mx/inmujeres/images/stories/eventos/2010/corinagiacomello.pdf

HERNÁNDEZ, Nuria Gabriela (coord.) (2009). Diagnóstico sobre la incidencia de los delitos cometidos por las mujeres privadas de su libertad procesadas y sentenciadas, disponible en file:///D:/Users/AcalderonE/Downloads/2009%2011%20Diagnostico_MPL.pdf. Otano, Graciela Edit, La mujer y el derecho penal. Una mirada de género en: Birgin, Haydée (Comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, Argentina, Editorial Biblios, 2010.

LAURENZO, Patricia, (2019), " Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión", ". Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 21-21, pp. 1-42 – ISSN 1695-0194

NUSBAUM Martha "Hiding from humanity. Disgust, Shame and the law", Princeton University Press, New Jersey, 2004. *Passim.* Cfr. También de la misma autora: "Poetic Justice", Beacon Press, Boston, 1995.

Videos

Derecho Penal I, segunda parte, "Teoría del delito, unidad 13. Antijuricidad y causas de justificación. Video clase "La antijuricidad y la justificación", disponible en https://youtu.be/z9s2A2u1YzU.

Tesis de jurisprudencia

"VIOLENCIA FÍSICA COMO MEDIO ESPECÍFICO DE COMISIÓN EN EL DELITO DE VIOLACIÓN." Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencia, 1a./J. 122/2008, Tomo XXIX, Marzo de 2009, página 366, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Registro digital: 167602.

"VIOLENCIA FÍSICA COMO MEDIO ESPECÍFICO EN LA COMISIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN. SE ACTUALIZA ESTE ELEMENTO NORMATIVO CUANDO EL SUJETO ACTIVO SUMINISTRA UN AGENTE QUÍMICO O BIOLÓGICO (MEDICAMENTO O DROGA) AL PASIVO CON LA FINALIDAD DE ANULAR O VENCER SU RESISTENCIA (LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS DE PUEBLA Y DURANGO). Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencia, 1a./J. 123/2008, Tomo XXIX, Marzo de 2009, página 396, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Registro digital: 167601.

DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. DIFERENCIAS ENTRE SUS MODALIDADES CONCEPTUALES. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencia, 1a./J. 126/2017 (10a.), Libro 49, Diciembre de 2017, Tomo I, página 119, *Semanario Judicial de la Federación*, Registro digital: 2015678.

Tesis aisladas

"PERSONAS INDÍGENAS. ACCESO PLENO A LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO. EN LOS JUICIOS Y PROCEDIMIENTOS DE QUE SEAN PARTE, LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEBEN TOMAR EN CUENTA TANTO LAS NORMAS DE FUENTE ESTATAL APLICABLES COMO SUS COSTUMBRES Y ESPECIFICIDADES CULTURALES". Tesis Aislada 1a. CCXI/2009, Primera Sala, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, Diciembre de 2009, página 290.

Precedentes Resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Pleno

Amparo en Revisión 331/2019, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 02 de diciembre de 2020.

Acción de inconstitucionalidad 8/2014, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionada el 11 de agosto de 2015.

Primera Sala

Amparo Directo en Revisión 1464/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 13 de noviembre de 2013.

Amparo Directo en Revisión 6181/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 07 de marzo de 2018.

Amparo en Revisión 237/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 4 de noviembre de 2015.

Amparo en Revisión 92/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 02 de diciembre de 2020.

Amparo en Revisión 1260/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 28 de septiembre de 2016.

Amparo Directo 29/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 12 de junio de 2019.

Amparo en Revisión 92/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 02 de diciembre de 2020.

Amparo directo en Revisión 5465/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 26 de abril de 2017

Votos concurrentes

Voto concurrente que formulan el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y el ministro Juan Luis González Alcántara en el ADR 92/2018 resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 02 de diciembre de 2020.

Legislación nacional

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Código Penal para el Distrito Federal

Legislación internacional

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará)". Publicada en la Primera Sección del Diario Oficial de la Federación, el martes 19 de enero de 1999, 1994.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Publicada en el Diario Oficial de la Federación, el martes 12 de mayo de 1981.

Resoluciones de otros órganos jurisdiccionales

Prosecutor v. Akayesu, Caso No. ICTR-96-4, Decisión, (Sept. 2, 1998), párrafo 688; Artículo 7 1) g), 2, Elementos de los Crímenes, Corte Penal Internacional, y Karen Vertido vs. Filipinas, Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Capítulo IV

La prueba en el proceso penal con perspectiva de género. Una propuesta metodológica

Raymundo Gama Leyva*

* Licenciado en Derecho por el ITAM en México. Especialista en Argumentación Jurídica y Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante. Actualmente es profesor asociado de tiempo completo en el Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México y Director de la Maestría en Derechos Humanos y Garantías del ITAM. Es coordinador general del programa de Seminarios de Filosofía del Derecho del ITAM y es co- coordinador del Seminario Eduardo García Máynez sobre Teoría y Filosofía del Derecho y forma parte del comité editorial de la revista Quaestio Facti.

La prueba en el proceso penal con perspectiva de género. Una propuesta metodológica: I. Introducción; II. Un mapa de problemas probatorios susceptibles de analizar con perspectiva de género; III. Pautas metodológicas para incorporar la perspectiva de género en el análisis de los hechos y de las pruebas; IV. Conclusión.

I. Introducción

A primera vista parecería que la prueba no es una materia susceptible de analizar con perspectiva de género. ¿Qué podría ser más objetivo y racional que el conocimiento de los hechos, la averiguación de la verdad y la valoración de las pruebas? Como sostuviera Bentham, el ámbito de la prueba es el campo del conocimiento (Bentham, 1810, pp. 5-6). ¿De qué manera la prueba, a través de sus instituciones, prácticas, reglas, presupuestos y creencias de los operadores jurídicos, discrimina a las mujeres y a otros grupos por razones de género en el derecho en general y en el proceso penal en particular?[1]

Este capítulo tiene como objetivo ofrecer algunas herramientas metodológicas para incorporar la perspectiva de género en el análisis de los hechos y de las pruebas en el proceso penal, examinar algunas de sus aplicaciones e ilustrar en qué operaciones concretas se traduce para el juzgador. En primer lugar, el capítulo se propone mostrar la amplia gama de temas y problemas probatorios susceptibles de analizar con perspectiva de género en el derecho en general y en el proceso

[1] Este trabajo desarrolla algunos puntos planteados en Gama, 2020 y Gama 2021. Sobre la relación entre prueba y perspectiva de género vid. Kinports, 1991; Orenstein, 1999; Taslitz, 1999; Childs y Ellison 2000. Agradezco la lectura y comentarios de Marianela Delgado Nieves.

penal en particular. En este último, el alcance de la perspectiva de género en el ámbito probatorio atraviesa las distintas etapas del proceso penal. En segundo lugar, el capítulo se propone examinar algunas pautas metodológicas para incorporar la perspectiva de género en el análisis de los hechos y de las pruebas. El análisis que se realizará en las páginas siguientes retoma y continúa con la perspectiva metodológica planteada en el Protocolo para juzgar con perspectiva de género, especialmente en la parte relativa al análisis de los hechos y las pruebas con perspectiva de género, por lo que puede leerse de manera conjunta con dicho documento.

II. Un mapa de problemas probatorios susceptibles de analizar con perspectiva de género

La agenda de problemas probatorios susceptibles de analizar con perspectiva de género es sumamente amplia. Este apartado tiene como propósito ofrecer al lector un elenco de problemas susceptibles de analizar con perspectiva de género.

1. Metodología para juzgar con perspectiva de género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado una serie de elementos para juzgar con perspectiva de género entre los que se encuentran varios aspectos relacionados con los hechos y las pruebas.[2]

- Identificar si existen situaciones de poder, violencia, discriminación o vulnerabilidad basadas en el género, lo cual es un aspecto a tener en cuenta al momento de analizar los hechos.

[2] ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO, Primera Sala, 1a./J. 22/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Como se pone de relieve en el *Protocolo para juzgar con perspectiva de género* de la Suprema Corte, el contenido y alcance de estos elementos se ha ido detallando mediante la práctica jurisdiccional y el desarrollo de estándares internacionales en materia de derechos humanos. Judicial de la Federación. Libro 29, Abril de 2016, Tomo II, página 836. Registro digital 2011430.

- Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género.

- En caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones.

- Cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, incluyendo las reglas de prueba establecidas legal o jurisprudencialmente y, en general, todas las reglas que de manera directa o indirecta inciden en cuestiones probatorias.

Estas exigencias representan un punto de partida para examinar las cuestiones probatorias susceptibles de examinarse con perspectiva de género. Como puede advertirse, se trata de exigencias con vocación de generalidad en las que no se distingue la materia, el tipo de juicio o la etapa de procedimiento. Son, por tanto, aplicables en todas las materias tipos de juicio y etapas procedimentales. Sin embargo, de su mera formulación no se desprende en qué se traduce cada una de estas exigencias. ¿De qué manera se cuestionan los hechos y se valoran las pruebas con perspectiva de género? ¿En qué casos puede el órgano jurisdiccional desplegar poderes probatorios para identificar situaciones de poder, violencia, discriminación o vulnerabilidad basadas en el género? ¿Cómo se valora la prueba con perspectiva de género? En este capítulo adoptaremos un punto de vista metodológico para ilustrar en qué operaciones concretas se traducen algunas de estas exigencias en el proceso penal.[3]

2. Recomendaciones en materia de prueba del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer

Los problemas probatorios figuran también como una de las preocupaciones centrales del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer.

[3] El análisis de los hechos y de las pruebas con perspectiva de género se realiza en consonancia con la línea metodológica planteada en el Protocolo para juzgar con perspectiva de género. pp. 137 ss.

La Recomendación general número 33 sobre el acceso a las mujeres a la justicia contiene una serie de recomendaciones a los Estados parte relacionadas con los hechos y las pruebas que se presentan a continuación.[4]

- Revisar las normas sobre carga de la prueba para asegurar la igualdad de las partes en todos los campos en que las relaciones de poder priven a las mujeres de la oportunidad de un tratamiento equitativo de su caso por la judicatura (II, A, 15, g).

- Aplicar mecanismos que garanticen que las normas probatorias, las investigaciones y otros procedimientos probatorios jurídicos y cuasi judiciales sean imparciales y no estén influenciados por prejuicios o estereotipos de género (II, A. 18, e).

- Abolir las normas de corroboración que discriminan a las mujeres como testigos, querellantes y demandadas exigiendo que cumplan con una carga de la prueba superior a la de los hombres a fin de establecer un delito o solicitar un recurso (II, B, 25, a, iii).

- Abolir los procedimientos que excluyen o atribuyen un valor inferior al testimonio de las mujeres; (II, B, 25, a, iv).

- Revisar el papel y las consecuencias de los estereotipos y prejuicios de género en el razonamiento probatorio. Los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos. Los estereotipos afectan también la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos (II, C, 26).

- Revisar las normas sobre la prueba y su aplicación en casos de violencia contra la mujer, así como tomar medidas para asegurar que no se restrinjan excesivamente los requisitos probatorios, y que no sean

[4] Vid. Recomendación General 33, Comité CEDAW, 3 de agosto de 2015.

> inflexibles o estén influenciados por estereotipos de género (III, D. [Derecho Penal], 51, h).

El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer identifica siete aspectos que los Estados miembro tendrían instrumentar para su revisión y modificación. En conjunto, los elementos identificados por la Suprema Corte de Justicia en México y el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer permiten identificar una amplia gama de cuestiones probatorias susceptibles de examinar con perspectiva de género por parte de los órganos jurisdiccionales. Estas cuestiones podrían agruparse en cuatro grandes rubros como se muestra en el siguiente apartado.

3. Una propuesta de clasificación de problemas probatorios susceptibles de analizar con perspectiva de género

1) La perspectiva de género en la investigación de los hechos. Los órganos jurisdiccionales deben asegurarse de que las investigaciones sean o imparciales, exhaustivas y que no estén o hayan sido influenciadas por prejuicios o estereotipos de género. De manera particular, debe asegurar el cumplimiento de los estándares de debida diligencia en la investigación y en la recolección de pruebas, especialmente en los casos de muertes violentas de mujeres y violencia sexual.[5]

2) La perspectiva de género en el análisis de los hechos. Los órganos jurisdiccionales deben analizar los hechos para identificar situaciones de poder, violencia, discriminación o vulnerabilidad basadas en el género. Asimismo, deben advertir que las percepciones y apreciaciones de los hechos pueden estar afectadas o incluso resultar distorsionadas por estereotipos de género, dando lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de estar basadas en hechos.

[5] Vid. al respecto Amparo en revisión 554/2013 (Mariana Lima) y AR 1284/2015 (Karla Pontigo). Vid. asimismo María Piqué y Julieta di Corleto, Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género, en En Luz Cynthia Silva (coordinadora), Género y derecho penal (pp. 285-307). Lima: Instituto Pacífico.

3) La perspectiva de género en el análisis del derecho probatorio y las reglas que repercuten en cuestiones probatorias. La perspectiva de género obliga a los órganos jurisdiccionales a cuestionar el derecho aplicable, incluyendo el derecho probatorio, y a analizar el impacto diferenciado en la aplicación de reglas que de manera directa o indirecta inciden en cuestiones probatorias. En este sentido, juzgar con perspectiva de género obliga a los órganos jurisdiccionales a examinar la manera en que el legislador regula y formula los hechos jurídicamente relevantes seleccionando qué hechos considera relevantes para la producción de consecuencias jurídicas. A manera de ejemplo, sigue siendo frecuente que los órganos jurisdiccionales exijan la finalidad de satisfacer un deseo sexual como un elemento integrante de los tipos penales de acoso sexual o abuso sexual, privilegiando la perspectiva del sujeto activo que comete el delito en lugar de la perspectiva de la víctima u ofendida.[6] En relación con el derecho probatorio, la obligación de juzgar con perspectiva de género supone examinar las reglas relativas a la recolección, ofrecimiento, admisión, desahogo y exclusión de las pruebas. Temas como la relevancia de las pruebas, las reglas sobre admisibilidad, las reglas de carga de la prueba, las reglas que confieren poderes probatorios al órgano jurisdiccional, las reglas sobre exclusión de pruebas y pruebas ilícitamente obtenidas son susceptibles de examinarse con perspectiva de género.

Los órganos jurisdiccionales están obligados a ordenar pruebas para visibilizar situaciones de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género en caso de que el material probatorio no sea suficiente. La obligación de juzgar con perspectiva de género supone que los órganos jurisdiccionales deben revisar las reglas de carga de la prueba y las prácticas y procedimientos que imponen una

[6] Un claro cambio de dirección se advierte en la tesis aislada del Octavo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Tesis I.8o.P.30 P (10a.). ACOSO SEXUAL. PARA LA ACREDITACIÓN DEL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 179 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, APLICABLE PARA LA CIUDAD DE MÉXICO, NO ES NECESARIO CORROBORAR LA FINALIDAD DE LA CONDUCTA, PUES NO ES UN ELEMENTO INTEGRANTE DEL TIPO PENAL. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 80, Noviembre de 2020, Tomo III, página 1937. En la dirección opuesta véase la jurisprudencia 1a./J. 151/2005. ABUSO SEXUAL. ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXIII, Enero de 2006, página 11.

carga de la prueba mayor a las mujeres o a otros grupos por razones de género, les trasladan la carga de la prueba o les imponen requisitos probatorios excesivos. Finalmente, los órganos jurisdiccionales deben abolir reglas y procedimientos que atribuyen un valor inferior al testimonio de las mujeres y de otros grupos por razones de género.

4) La perspectiva de género en la valoración de la prueba. Juzgar con perspectiva obliga a los órganos jurisdiccionales a detectar, impedir y eliminar los estereotipos de género empleados para valorar las pruebas, así como para disminuir la credibilidad de las declaraciones, testimonios y argumentos de las mujeres y otros grupos por razones de género y, a la inversa, a detectar y corregir aumentos injustificados de credibilidad en las declaraciones de hombres y de personas que detentan una relación de poder. Los órganos jurisdiccionales están obligados a cumplir y cerciorarse de que se cumplan las pautas para valorar la declaración de la víctima,[7] las retractaciones[8] y, en general, a advertir desigualdades de género en la valoración de la prueba.[9]

Todos estos problemas se presentan en las distintas clases de procesos, incluyendo el proceso penal, como se muestra a continuación.

---

[7] TORTURA EN SU VERTIENTE DE VIOLACIÓN SEXUAL. EL ANÁLISIS PROBATORIO RELATIVO DEBE REALIZARSE CON PERSPECTIVA DE GÉNERO, Pleno, P. XXIII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo I , página 238. Registro digital 2010003. Así como la tesis de rubro VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, EN SU VERTIENTE PSICOLÓGICA. ATENTO A QUE ESTE DELITO PUEDE SER DE REALIZACIÓN OCULTA, Y CONFORME A UNA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO, LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA Y LA PRUEBA PERICIAL EN PSICOLOGÍA PRACTICADA A ÉSTA, ENTRELAZADAS ENTRE SÍ, TIENEN VALOR PROBATORIO PREPONDERANTE PARA SU ACREDITACIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO), Segundo Tribunal colegiado en materia penal del Tercer Circuito, III.2o.P.157 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 65, Abril de 2019, Tomo III, página 2187. Registro digital 2019751.

[8] RETRACTACIÓN DE UNA MUJER VÍCTIMA DE EXPLOTACIÓN SEXUAL EN SUS DECLARACIONES. AL VALORARLA EL ÓRGANO JURISDICCIONAL DEBE CONSIDERAR LOS FACTORES DE VULNERABILIDAD QUE LA LLEVARON A REALIZARLA, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, I.2o.P.56 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 49, Diciembre de 2017, Tomo IV, página 2263. Registro digital 2015897.

[9] VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LA MUJER. REGLAS PARA LA VALORACIÓN DE SU TESTIMONIO COMO VÍCTIMA DEL DELITO, Primera Sala, 1a. CLXXXIV/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 48, Noviembre de 2017, Tomo I, página 460. Registro digital 2015634.

4. La perspectiva de género en el análisis de los hechos y las pruebas en el proceso penal

Como señalan Rebeca Saucedo López y Santiago Mesta Orendain en el capítulo dedicado a examinar el proceso penal desde la perspectiva de género, la obligación de juzgar con perspectiva de género no está reservada a la etapa de juicio. Esta herramienta debe emplearse en cada una de las etapas procesales que conforman el proceso penal acusatorio.[10] En el mismo sentido, el análisis de los hechos y de las pruebas está presente en las distintas etapas del proceso penal. El razonamiento probatorio está presente en la etapa de investigación, la etapa intermedia, el juicio oral y la ejecución penal. Los hechos y cuestiones probatorias que se tienen que decidir en cada de estas etapas y momentos son susceptibles de analizarse con perspectiva de género. A su vez, cada una de estas etapas y momentos contiene reglas, derechos, garantías y obligaciones de carácter legal, jurisprudencial y convencional que han de tenerse en cuenta al analizar el proceso penal y la prueba con perspectiva de género.[11] En los siguientes apartados tomo como referencia el capítulo de Rebeca Saucedo López y Santiago Mesta para identificar problemas probatorios susceptibles de analizar con perspectiva de género en las distintas etapas del proceso penal.

a. Etapa de investigación

- Actos de investigación que requieren control judicial para justificar que la afectación de algún derecho fundamental resulta proporcional. La obligación de juzgar con perspectiva de género se presenta en este punto en el control que lleva a cabo el juez o la juez de control para

[10] En este apartado tomo referencia el capítulo de estos autores para identificar las cuestiones probatorias susceptibles de analizar con perspectiva de género en las distintas etapas del proceso penal. En el mismo sentido, véase la tesis aislada de rubro IGUALDAD ANTE LA LEY. PARÁMETRO DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL RELATIVO AL DERECHO HUMANO A LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO COMO PRINCIPIO RECTOR DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO, Tribunales Colegiados de Circuito, XXII.P.A.23 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 55, Junio de 2018, Tomo IV, página 3063. Registro digital 2017169.

[11] Véase el capítulo uno de la primera parte del presente manual titulado "Derechos humanos, derecho penal y perspectiva de género".

evitar la ejecución excesiva de órdenes de cateo en las que se detiene injustificadamente a mujeres que tienen vínculos laborales o de parentesco con las personas investigadas por el mero hecho de que se encontraban en el lugar. El empleo de la perspectiva de género en este punto supondría también negar la intervención de comunicaciones para obtener información sobre el comportamiento sexual de la víctima de un delito contra la libertad y seguridad sexual. (Saucedo y Mesta, *supra)*

- Control judicial de medidas de protección idóneas para garantizar la integridad de la víctima u ofendido. Los órganos jurisdiccionales están obligados a incorporar la perspectiva de género en el análisis del riesgo que representa la persona imputada para las víctimas u ofendidas y de la suficiencia de las medidas ordenadas por la fiscalía para contrarrestarlo o bien determinar si las medidas de protección establecidas deben ser modificadas por insuficientes o excesivas. (ibidem)

- Providencias precautorias decretadas por el juez o la juez de control para garantizar la reparación del daño. Como señalan Rebeca Saucedo López y Santiago Mesta Orendain "en casos de violencia familiar las providencias precautorias pueden ser una medida para proteger a las mujeres y demás integrantes de la familia de sufrir algún detrimento en el patrimonio familiar como forma de violencia patrimonial y, de esa forma, asegurar no sólo el pago de la eventual reparación del daño, sino incluso su subsistencia". (ibidem)

- Impugnación de las omisiones o negligencias en que incurra el Ministerio Público en el desempeño de sus funciones de investigación. Estas omisiones y negligencias incluyen la abstención de investigar, el archivo temporal de la investigación, la aplicación de un criterio de oportunidad y el no ejercicio de la acción penal, así como la existencia o inexistencia de medios de prueba pendientes de desahogarse. En este sentido, Rebeca Saucedo López y Santiago Mesta Orendain señalan tres aspectos en los que se puede traducir la obligación de juzgar con perspectiva de género:

- Las víctimas u ofendidos tienen derecho de aportar datos o elementos de prueba. Sin embargo, no se debe perder de vista que las mujeres suelen tener menos recursos económicos y materiales, lo que puede traducirse en una mayor dificultad para llevar a cabo una investigación independiente de la fiscalía: "debemos tener cuidado a quién se cobran las incertidumbres que pudiesen persistir en la investigación y durante el debate de la impugnación. Si existen periciales relevantes para la investigación, videos por obtener, declaraciones por recabar, es evidente que es la fiscalía, y no la víctima, la que debe ocuparse de su obtención". (ibidem)

- La investigación de delitos sexuales y otros delitos que afectan de manera preponderante a las mujeres se sustentan primordialmente en declaraciones de las propias víctimas. No estaría justificado el archivo de investigaciones con el argumento de que sólo se sustentan en declaraciones aisladas de la víctima. (ibidem)

- En la impugnación de actuaciones de la fiscalía en caso de muertes violentes que son concluidas sin ejercicio de la acción penal los jueces de control deben analizar si se cumplieron los estándares de debida diligencia y la obligación de investigar con perspectiva de género. (ibidem)

b. Investigación complementaria

i) Formas de conducción del imputado

Mediante citatorio

Los órganos jurisdiccionales deben analizar los hechos con perspectiva de género para determinar si resultó justificada la inasistencia de una persona imputada que es llamada a comparecer mediante citatorio. Por ejemplo, cuando se trata de una mujer que señala no haber podido acudir por el cuidado de sus hijas, hijos o personas mayores. "No dar la oportunidad de justificar su inasistencia es, en el

mejor de los casos, despreciar la realidad de muchas mujeres, y, en el peor, equivale a castigarlas por cumplir con una obligación que la sociedad les ha impuesto". (ibidem)

Mediante orden de aprehensión

El análisis de los hechos con perspectiva de género tendría que tener en cuenta la realidad de las mujeres y la posibilidad efectiva de que se sustraigan de la acción de la justicia destruya pruebas o genere un daño en contra de las víctimas testigos o cualquier otra persona. Como sostienen Rebeca Saucedo López y Santiago Mesta Orendain, "los deberes de cuidado (…) no solo representan un obstáculo para que una mujer pueda tomarse el tiempo de acudir a una diligencia judicial, sino que también hacen menos probable que se sustraiga de la acción de la justicia, por lo que, si se pretende solicitar y librar una orden de aprehensión en contra de una mujer porque supuestamente existe el riesgo de que se sustraiga de la acción de la justicia, la fiscalía debe abordar lo que ello implicaría tanto para ella, que tiene a personas bajo su cuidado, como a las personas que dependen de ella". (ibidem)

ii) Audiencia inicial. Control de la detención

La obligación de juzgar con perspectiva de género se presenta en el análisis de los hechos por parte del juez o la juez de control para determinar, por ejemplo, si las restricciones provisionales realizadas por elementos de seguridad pública con motivo de funciones de prevención del delito están precedidas por una sospecha razonable. Como se plantea en el capítulo sobre el proceso penal con perspectiva de género, el análisis de los hechos para determinar si se actualiza una sospecha razonable no debe estar basado en prejuicios o estereotipos que conduzcan a detenciones arbitrarias o a revisiones injustificadas porque se les asocia o perfila como personas peligrosas. Este tipo de detenciones ilegales y de revisiones injustificadas son padecidas y sufridas especialmente por mujeres, personas homosexuales, bisexuales, transexuales, transgénero. (ibidem) En el plazo de retención, los jueces y las juezas de control deben analizar los hechos con perspectiva de

género para advertir situaciones de vulnerabilidad y de violencia sexual a las que se enfrentan en que se encuentran las mujeres por parte de sus aprehensores.

iii) Etapa de vinculación a proceso

Los órganos jurisdiccionales deben valorar los datos de prueba con perspectiva de género para determinar si superan el estándar de prueba requerido para dictar el auto de vinculación a proceso. Rebeca Saucedo López y Santiago Mesta Orendain identifican tres problemas que involucran el empleo de la perspectiva de género en esta etapa: i) la indebida clasificación de los hechos de violencia extrema como delitos de menor gravedad (como ocurrió en el caso de Abril, en el que el juez de control reclasificó el delito de tentativa de feminicidio por el de violencia familiar); ii) la exigencia de pruebas innecesarias o imposibles para la acreditación del delito (por ejemplo, exigir pruebas objetivas o pruebas adicionales a la declaración de la mujer víctima de violencia sexual o familiar) y iii) la presunción de complicidad de mujeres que tenían una relación sentimental, familiar o laboral con hombres imputados por hechos delictivos. (ibidem)

iv) Medidas cautelares

Un análisis de los hechos sin perspectiva de género puede conducir a reclasificar un delito de violencia extrema a un delito de menor gravedad, lo que a su vez puede conducir a la revocación de la medida cautelar de prisión preventiva, tal y como ocurrió en el caso Abril. (ibidem) La incorporación de la perspectiva de género en el análisis de los hechos obliga también a los juzgadores a evitar la imposición arbitraria y discriminada de la prisión preventiva a mujeres sin tener en cuenta las implicaciones de género de esta pena anticipada.

v) Plazo para la investigación complementaria

Rebeca Saucedo López y Santiago Mesta Orendain destacan en este punto la importancia de la realización de peritajes culturales, psicológicos y psicosociales con perspectiva de género, los cuales pueden ser fundamentales para fortalecer

sus teorías del caso, así como para allegarse de pruebas de corroboración periférica del dicho de la víctima. (ibidem)

vi) Procedimiento abreviado

Como se plantea en el capítulo dedicado a examinar el proceso penal con perspectiva de género "uno de los requisitos de procedencia para acceder a un procedimiento abreviado es que la persona imputada admita su responsabilidad en el delito que se le atribuye; sin embargo, es obligación de las y los juzgadores, antes de sentenciar, analizar y verificar los elementos de prueba que sustentan la acusación (y no únicamente verificar los requisitos de procedibilidad de esta forma de terminación anticipada), ya que deben ser conscientes de las presiones sociales y mandatos patriarcales, en que se ven inmersas las mujeres en su diversidad —particularmente aquellas que están sometidas a otros ejes de opresión derivado del clasismo, el racismo—, y las personas de la diversidad sexual, entre otras poblaciones históricamente desaventajadas. De tal manera, que si a criterio del órgano jurisdiccional existen datos de prueba que evidencien la potencial inocencia de la persona, o bien, elementos que permitan dilucidar alguna causa que explique la conducta, que de seguir el proceso en juicio oral, pudieran terminar por absolverla, deberán informarle esta consideración a la persona que está enfrentando el proceso".(ibidem)

vii) Etapa intermedia

Fase escrita

En este punto, juzgar con perspectiva de género en relación con los hechos y las pruebas pone el acento en el ofrecimiento y admisión de medios de prueba que se pretendan desahogar en la audiencia de juicio, así como en la depuración de los hechos que serán materia del juicio. Como parte del descubrimiento probatorio, la defensa podría solicitar interrogar a todos los testigos de cargo, incluyendo a la víctima. Analizar los hechos las pruebas con perspectiva de genero obliga al órgano jurisdiccional a tomar todas las precauciones necesarias para garantizar su seguridad y evitar la revictimización de las víctimas, pudiendo el juez o la juez

de control negarse cuando estimen que la víctima o testigos deben estar sujetos a protocolos especiales de protección (artículo 126 CNPP). (ibidem)

Fase oral

i) Admisión y exclusión de medios de prueba. La obligación de juzgar con perspectiva de género se presenta en este punto en el análisis de la relevancia de los medios de prueba, así como en su exclusión. El criterio de relevancia establece que un medio de prueba debe ser admitido cuando hace que el hecho que pretende probar sea más o menos probable. Que un medio de prueba sea considerado relevante o no dependerá de la sana crítica, la cual no siempre es compatible con la perspectiva de género. Un análisis del juicio de relevancia sin perspectiva de género podría llevar a decidir que no debe admitirse una prueba pericial (por ejemplo, prueba psicológica sobre credibilidad del testimonio, en víctimas de violencia de género o periciales médicas). Por otra parte, los jueces de control deben excluir pruebas que revictimicen a las personas y que resulten sobreabundantes, impertinentes e innecesarios, debiendo excluir todas las pruebas nulas (como las pruebas sobre la conducta sexual de la víctima) y aquellas que directa o indirectamente hubiesen sido obtenidas en violación de derechos fundamentales.

ii) Medidas de resguardo de identidad y datos personales de menores de edad, violencia de género o trata de personas. La obligación de juzgar con perspectiva de género se traduce en este punto en el establecimiento de medidas para evitar el contacto de la víctima o sobreviviente (así como sus hijos o familiares) y su presunto agresor, la utilización de técnicas audiovisuales, el desahogo del testimonio de la víctima sin la presencia del público, así como garantizar que cuente con apoyo para su contención emocional y psicológica. (ibidem)

iii) Auto de apertura a juicio. El análisis de los hechos y de los datos de prueba con perspectiva de género ha de ser empleado en esta etapa por las autoridades judiciales para hacer una adecuada clasificación jurídica de la conducta punible, para asegurar que el tribunal de enjuiciamiento analice los hechos con perspectiva de género, para asegurar que se lleven a cabo medidas de resguardo de identidad y de datos personales, que se realicen los ajustes razonables y se implementen los

protocolos de actuación necesarios para que se desahoguen las pruebas con perspectiva de género.

viii) Etapa de juicio

Audiencia de juicio

La dirección del debate de juicio mandata al tribunal de enjuiciamiento a intervenir durante el desahogo de pruebas cuando se realicen manifestaciones o se planteen argumentos que denigren la integridad de la víctima o se realicen afirmaciones para menospreciar la calidad de los testigos con base en prejuicios o estereotipos. Asimismo, debe emplear la perspectiva de género en la preparación y desahogo de la declaración de la víctima ante la presencia de estereotipos o prejuicios dirigidos a reducir injustificadamente su credibilidad o a producir victimizaciones secundarias así como intervenir en caso de que se formulen preguntas con contenido prejuicioso, preguntas impertinentes, irrelevantes o tendientes a ofender o a coaccionar los testigos (art 373 CNPP). En palabras de Rebeca Saucedo López y Santiago Mesta Orendain "las jueces y los jueces no pueden ser menos espectadores de los alegatos de las partes y el desahogo probatorio, sino que deben garantizar que ello se realice con apego a los derechos humanos de las personas intervinientes". (ibidem)

Deliberación y fallo

La valoración de las pruebas ha de llevarse a cabo bajo un esquema libre y racional en el que se empleen argumentos racionales y se descarten argumentos basados en prejuicios o estereotipos dirigidos a restar valor probatorio o a disminuir la credibilidad de la declaración de la víctima. En casos de violencia sexual deben emplear los protocolos, estándares y pautas para la valoración de la declaración de la víctima con perspectiva de género.[12] En la retractación por parte de mujeres

[12] Al respecto, se puede consultar: Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010; Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México, 28 de noviembre de 2018 Caso Véliz Franco y otros vs Guatemala, 19 de mayo de 2014; Expediente varios 1396/2011, Amparos Directos en Revisión 3186/2016 y 1412/2017.

víctimas de violencia de género, las autoridades judiciales habrán de indagar sobre los motivos detrás de esta decisión a fin de determinar si es voluntario o es producto de una situación de opresión o coacción a la propia víctima, su familia o personas cercanas a su entorno. (ibidem) Finalmente, deben tener en cuenta que la ausencia de la declaración de la víctima no se traduce automáticamente en una sentencia absolutoria si subsisten otras pruebas de cargo suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia.

III. Pautas metodológicas para incorporar la perspectiva de género en el análisis de los hechos y de las pruebas

En este apartado se presenta una propuesta metodológica para examinar los hechos y las pruebas con perspectiva de género en el proceso penal. Esta propuesta sigue la línea metodológica planteada en la Guía para juzgar con perspectiva de género contenida en el Protocolo para juzgar con perspectiva de género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (SCJN, 2020, pp. 137-ss) Dada la amplitud de problemas probatorios, en las páginas siguientes me enfoco en tres puntos. En primer lugar, se examina en qué se traduce la exigencia de "cuestionar los hechos" con perspectiva de género. En segundo lugar, se analiza de qué manera las construcciones de género y los estereotipos de género afectan la percepción y la interpretación de los hechos. En tercer lugar, se cuestiona la idea de una competencia cognitiva universal disfrazada de reglas de sana crítica y máximas de experiencia. Finalmente se analiza el problema de los descuentos de credibilidad y algunos mecanismos para corregirlo.

1. Analizar y cuestionar los hechos con perspectiva de género

El segundo de los elementos identificados por la Suprema Corte para juzgar con perspectiva de género establece que se deben "cuestionar los hechos" desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género. A primera vista, parecería que el cuestionamiento de los hechos consiste en desechar estereotipos o prejuicios

de género. Sin embargo, "cuestionar los hechos" puede entenderse como una operación más amplia que involucra a su vez una serie de operaciones entre las que se encontrarían las siguientes: a) Clarificar y precisar el punto de vista con el que se analizan los hechos y las pruebas. b) Identificar y tener en cuenta el contexto en el que ocurrieron los hechos. c) Identificar si existen situaciones de poder, violencia, discriminación o vulnerabilidad. d) Hacer una reconstrucción adecuada y completa de los hechos.[13] En este apartado nos ocuparemos del análisis de la particular "cuestionar los hechos", reservando los efectos de los estereotipos y prejuicios de género en la apreciación de los hechos para el siguiente apartado.

En los procesos penales, al igual que en toda clase de procesos, se presentan reconstrucciones que tratan de dar cuenta de los hechos y de establecer qué es lo que ocurrió. El proceso penal tiene como objetivo esclarecer los hechos a través de los actos de investigación y de prueba[14] La investigación debe realizarse de manera "inmediata, eficiente, exhaustiva, profesional e imparcial, libre de estereotipos y discriminación, orientada a explorar todas las líneas de investigación posibles" (Artículo 12, CNPP).

Ahora bien, la tarea de dilucidar y examinar hechos no se presenta únicamente durante la etapa de investigación. En todas las etapas y momentos del proceso penal se tienen que analizar y examinar hechos: en el control de la detención, en la formulación de la imputación, en la vinculación a proceso, en la imposición y revisión de medidas cautelares, en la admisión y exclusión de medios de prueba, en la revisión y autorización de acuerdos probatorios, en la valoración de las pruebas, en la toma de decisión con base en el estándar de prueba, en la individualización de sanciones y reparación del daño y en las controversias sobre los hechos que se presentan durante la ejecución penal. El análisis de los hechos atraviesa todas estas etapas y momentos procesales.

[13] La identificación de estas cuatro operaciones se sitúa en la línea planteada en el Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Vid especialmente pp. 137 ss.

[14] El esclarecimiento de los hechos no puede realizarse de cualquier manera y a cualquier costo. Debe realizarse asegurando en todo momento la protección del inocente y procurando que el culpable no quede impune, todo ello en un marco de respeto de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que México es parte.

a. Clarificar y precisar el punto de vista con el que se analizarán los hechos y pruebas

Dada la variedad de etapas y momentos en el proceso penal en los que se tienen que analizar y examinar hechos, es conveniente comenzar el análisis clarificando y precisando el punto de vista adoptado, el momento o etapa procesal en la que se actúa, el objetivo u objetivos de la misma, así como los materiales de los que se dispone (Anderson, Twining y Schum, 2006, pp.124-125). Esta operación es útil para cualquier operación de análisis de los hechos y de resolución de problemas prácticos, resultando también aplicable al análisis de los hechos con perspectiva de género.

En el caso de los órganos jurisdiccionales, el punto de vista puede ser el del juez de control, el tribunal de enjuiciamiento, el tribunal de alzada, el de juez de distrito o el de un magistrado o magistrada de un tribunal colegiado de apelación o de circuito. En relación con el momento o etapa procesal podría tratarse de la etapa de investigación, de la etapa intermedia, del juicio oral, de la apelación, de la ejecución penal, del juicio de amparo o del recurso de revisión. Por su parte, el objetivo u objetivos podrían consistir, entre otros, en determinar la legalidad de la detención, la justificación del auto de vinculación a proceso, el establecimiento de medidas cautelares, si está acreditado el delito y la responsabilidad del acusado y en determinar si se valoraron bien las pruebas. Finalmente es conveniente identificar los materiales de los que se dispone.

b. Identificar y tener en cuenta el contexto en el que ocurrieron los hechos

Una vez clarificado el punto el punto de vista adoptado, el cuestionamiento de los hechos supone identificar y tener en cuenta el contexto.[15] El contexto representa

[15] El protocolo para juzgar con perspectiva de género establece una serie de aspectos para analizar el contexto en el que ocurren los hechos, distinguiendo entre contexto objetivo y subjetivo. Vid. al respecto Protocolo p. 144.

el marco desde el cual han de ser examinados los hechos y está conformado por las propiedades relevantes del caso.

En este sentido, el contexto permite comprender de una manera más amplia e integral los hechos del caso, así como examinar las situaciones y condiciones particulares de los sujetos que intervienen. Como señalan Sandra Serrano y Daniel Vázquez, consiste en "pensar los casos mirando a los sujetos en sus contextos" y analizar los hechos "desde la experiencia concreta de las personas, de conformidad con un tiempo y espacio determinados, de tal forma que se promueva la inclusión desde la propia realidad" (Vázquez y Serrano, 2011, p. 143; Serrano y Vázquez, 2013, p. 22).

El *Manual de análisis de contexto para casos de violaciones de derechos humanos* plantea en este sentido que el contexto es una herramienta analítica que permite "la comprensión de un determinado fenómeno o evento de una manera integral, sin aislarlo de manera extremadamente artificial de otros fenómenos o eventos que ocurren en el escenario social" (Ansolabehere et al 2017, pp. 34). Desde luego, la configuración del contexto depende de ciertas propiedades que se consideren relevantes. Cuáles sean estas propiedades dependerá del caso y de la persona que esté llevando a cabo el análisis. Entre estas propiedades, los órganos jurisdiccionales deben tener en cuenta el sexo de las personas y otras variables que pueden incidir en generar una situación de vulnerabilidad. Por ello, es importante advertir y no pasar por alto propiedades que resultan relevantes para el análisis de los hechos.

Veamos un ejemplo para ilustrar lo anterior. En el Amparo Directo 129/2017 resuelto por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, se analizó el amparo promovido por el quejoso (acusado) en contra de la sentencia definitiva que confirmó y condenó a un dentista por el delito de violación equiparada agravada cometida en agravio de una paciente que acudió a que le hicieran un tratamiento dental. (Amparo Directo 129/2017)

En el considerando VI, después de presentar los hechos y pruebas que tuvo en cuenta la Sala para confirmar la condena, se plantea lo siguiente:

> **VI. Juzgamiento con perspectiva de género.** Como punto de partida tenemos que la señora —víctima del delito— se trata de una persona del sexo femenino, de 44 años de edad, perteneciente al pueblo indígena mixteco de la localidad de San Andrés Yutatio, municipio de Tezoatlán de Segura y Luna, Oaxaca —de donde es originaria—, su idioma materno es el mixteco, con un grado de escolaridad máximo de primaria completa, que al momento de la comisión del delito trabajaba en la venta de artesanías que ella misma elabora, con una percepción económica de novecientos pesos semanales. (Amparo Directo 129/2017)

Como se puede advertir, el contexto que se presenta permite visualizar y hacer presente a las personas que intervienen en el proceso, en este caso la víctima, así como una serie de situaciones y circunstancias relevantes. Con ello se evita incurrir en una configuración de las partes como sujetos en abstracto. En este caso, además, el contexto permite poner de relieve la conjunción de varios factores que inciden en una situación de vulnerabilidad múltiple. Hacer visible el contexto permite humanizar la impartición de justicia y favorecer que se imparta de manera completa e igualitaria.

Es conveniente apuntar que la obligación de hacer patente el contexto desde el que se analizan los hechos del caso no se agota en un párrafo al inicio de la resolución como una cuestión de mera formalidad. La autoridad jurisdiccional deberá examinar qué relevancia e implicaciones tiene el contexto y la variable de género en particular en el análisis de los hechos y trasladar el análisis del contexto a otras partes de la resolución.

c. Hacer una reconstrucción adecuada, completa y detallada de los hechos del caso e identificar situaciones de poder, desigualdad, violencia y discriminación

Además de identificar y tener presente el contexto, para cuestionar los hechos es importante llevar a cabo una reconstrucción de los hechos completa, adecuada y detallada; examinar cómo se presentan los hechos, qué es lo que se presenta como relevante, qué es lo que se cuenta e incluye y qué es lo que se pasa por alto. La decisión sobre qué hechos incluir puede cambiar incluso el sentido de la resolución

y contribuir a visualizar la manera en que los sesgos se presentan de manera sutil a través de la omisión de los hechos (Stanchi, Berger y Crawford, 2016, p. 16). Finalmente, los órganos jurisdiccionales deben estar atentos para identificar y advertir situaciones de poder, violencia, desigualdad y discriminación.

En este sentido, se debe buscar que en el análisis y presentación de los hechos que lleve a cabo el órgano jurisdiccional se incluyan las voces y las experiencias de las personas involucradas, así como dar cuenta de las situaciones o contextos de vulnerabilidad, manifestaciones de violencia y relaciones de poder. Como se plantea en el Protocolo para juzgar con perspectiva de género, hasta el momento no hay una metodología consensada sobre la manera de identificar situaciones de poder, desigualdad y contextos de violencia y discriminación. Sin embargo, la formulación de las siguientes preguntas puede servir para detonar la reflexión y advertir si resulta necesario hacer un análisis más profundo. ¿Están involucradas personas que han sido tradicionalmente discriminadas en virtud de `categorías sospechosas´? ¿La persona presenta características que la exponen a una situación agravada de discriminación por tratarse de un caso de interseccionalidad?

A manera de ejemplo, en el Amparo Directo 75/2017 del Primer Tribunal Colegiado en materia penal del Decimosexto Circuito (violación en Guanajuato), se examinó un caso de violación cometida en agravio de una adolescente de 16 años de edad por parte de su ex-novio, de 24 años de edad. Los hechos que el tribunal de juicio tuvo por probados fueron los siguientes:

- Que el 27 de octubre de 2015, la ofendida salió de su domicilio para dirigirse a la escuela de enfermería donde estudiaba; y llegó a la parada de autobuses en la esquina que forman las calles 1 y 2 a las 6:20 horas de la mañana.

- Que una vez se subió al autobús la ofendida, el acusado se sentó junto a ella y discutieron, a grado tal que él no le permitía bajar para que se dirigiera a la escuela. Sino que ambos descendieron en el boulevard aproximadamente a las 7:00 hrs. Ella tomó un teléfono público, para llamar a [testigo 1], el cual fue arrebatado por el acusado.

- Que el acusado la jaló hacia la parada de autobuses de la Ruta San Juan, donde la obligó a subir al urbano, mediante jaloneos; en el trayecto la amenazó con enseñar a los padres de ella las fotografías que él tenía de cuando eran novios, estando desnudos, además de hacerles saber que había abortado.

- Que descendieron en las inmediaciones del Hotel, a donde se dirigieron e ingresaron a la habitación número 10, debido a que la ofendida fue convencida de hacerlo con la promesa de que ese material fotográfico sería borrado. Sin embargo, el acusado le indicó que no lo haría y que la iba a violar.

- Que el acusado cuestionó a la ofendida si lo amaba y cuando ella le respondió que no, él se enojó y la lanzó a la cama, le intentó desabrochar el pantalón pero ella ponía la mano sobre el botón. Sin embargo, él la apretó fuerte y logró desabrocharlo y quitárselo. Enseguida él se quitó también el pantalón. Fue sobre ella y aunque cerraba parcialmente las piernas, a la vez que lloraba, lo empujaba del pecho y los brazos, él le presionó fuertemente la cara frontal del muslo derecho, donde quedó un moretón, y ella no pudo oponer más resistencia, de forma que el acusado logró penetrarla vaginalmente, manteniendo esa conducta hasta que eyaculó en ella.

Al existir acuerdo probatorio sobre la existencia de la cópula, la discusión se centró en la existencia de la violencia física y/o moral como medio para su imposición. El tribunal de juicio oral dictó sentencia condenatoria en contra del acusado. La Sala Penal casó la sentencia y absolvió al acusado al considerar que no se habían valorado adecuadamente las pruebas. La ofendida promovió el juicio de amparo argumentando fundamentalmente que las pruebas no fueron valoradas con perspectiva de género.

En su resolución el Tribunal Colegiado llevó a cabo una reconstrucción completa de los hechos, dando voz a los hechos descritos por la ofendida y resaltando la relación de sometimiento, acoso y coacción que el acusado ejercía sobre la víctima, la afectación psicológica que le produjo y las consecuencias en la vida de la joven.

En particular, el Tribunal Colegiado llevó a cabo un recuento completo e integral del contexto en el que se produjeron las amenazas del acusado de difundir fotografías en las que la víctima aparecía desnuda las cuales habrían generado "un verdadero factor de violencia moral".[16] Por el contrario, la Sala Penal se centró en desestimar, a partir de los agravios del acusado, la credibilidad de la declaración de la víctima por considerar que no fue clara, precisa y contundente. La Sala Penal no hizo un análisis integral de los hechos que diera cuenta de la situación de poder y coacción en la que se encontraba sometida la joven de dieciséis años.

Por otra parte, una presentación completa de los hechos supone explicitar detalles sobre los hechos, incluyendo descripciones precisas sobre la manera en que ocurren las violaciones, el acoso u otras formas de violencia contra la mujer. Como señala Stanchi, Berger y Crawford, pasar por alto estos detalles es una forma de invisibilizar y desatender la severidad de esas conductas (2016, p. 16).

A manera de ejemplo, en el caso del dentista al que anteriormente se hizo referencia (Amparo Directo 129/2017) se presentan con detalle de los hechos del caso y la manera en que el dentista introdujo el pene en la boca de la ofendida mientras esta última tenía colocados aparatos que impedían que la cerrara:

> El día 16 dieciséis de abril de 2015 dos mil quince, aproximadamente a las 11:30 horas, [la ofendida] acudió al dentista porque le dolía la muela, por lo que fue a la casa del pueblo, lugar en el que ingresó y fue atendida por el dentista de nombre JOAQUÍN [quejoso], quien procedió a atenderla.
>
> [Citado dentista] le estuvo poniendo varios aparatos en la boca (…), con lo que [impedía que pudiera cerrarla, señalando que la ofendida tenía, también, los ojos cerrados] (…)

[16] DELITO DE VIOLACIÓN. LA AMENAZA DEL ACTIVO DE PUBLICAR MATERIAL GRÁFICO EXPLÍCITO DE LA OFENDIDA, PUEDE VÁLIDAMENTE CONSIDERARSE CONFIGURATIVA DEL ELEMENTO DE VIOLENCIA MORAL Y EFICAZ PARA LA IMPOSICIÓN DE LA CÓPULA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO, Tribunales Colegiados de Circuito.1o.P.22 P (10a.). Tribunales Colegiados de Circuito. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 53, Abril de 2018, Tomo III, página 1926.). Registro Digital 2016548.

> [Momentos después,] el dentista le dijo que se volteara hacia él y la ofendida pensó que el dentista todavía no acababa de curarla, ya que seguía con el aparato dentro de su boca.
>
> [Enseguida,] volteó su cara hacia el lado derecho [lugar en que se encontraba el quejoso], pero que la declarante seguía con los ojos cerrados y con la boca abierta [por] el aparato que el dentista le había puesto dentro de la boca.
>
> Cuando la ofendida se volteó hacia el lado derecho el encausado con una de sus manos le agarró la cara y la acomodó haciéndola más hacia su lado derecho y al seguir con los ojos cerrados y con la boca abierta, en tres ocasiones seguidas, el dentista le preguntó "duele", a lo que le respondió que no, sintiendo la ofendida que el indiciado se acercó demasiado a ella, ya que recargó el cuerpo a la altura de su brazo derecho, instante en que sintió algo suave y liso en sus labios, momento en que abrió los ojos y se dio cuenta que el acusado tenía su pene dentro de la boca de la ofendida.
>
> [Instantes después, la ofendida,] con su brazo derecho empujó al dentista y este se hizo para atrás. [En ese momento] se percató que el quejoso tenía el pantalón bajado a media pierna, y la bata de color azul cielo que tenía puesta, la tenía enrollada abajo hacia arriba hasta la altura del ombligo.
>
> Rápidamente el encausado se bajó la bata y salió del consultorio para meterse a un cuarto que estaba al lado del consultorio, la ofendida se levantó del sillón y caminó hacia la puerta para salirse, enseguida regresó el indiciado quien en voz alta le dijo, "señora su receta", la ofendida se dijo así misma, que había ido a que la curaran por su diente y que necesitaba la receta, la ofendida se volteó hacia y llorando, le dijo que si por ser pobre y humilde le hacía eso (…).

En suma, para llevar a cabo una reconstrucción adecuada, completa y detallada de los hechos conviene preguntarse lo siguiente: ¿Están incluidas las voces y experiencias de las mujeres y de otros grupos? ¿Los hechos se presentan de manera completa? ¿Hay hechos y detalles que se pasan por alto? ¿Se omiten algunos aspectos relevantes? ¿Los hechos se presentan de manera correcta? Estas preguntas se las deben plantear los órganos jurisdiccionales desde que las primeras etapas del proceso penal. Son primordialmente los órganos jurisdiccionales deben plantearse

y responder estas preguntas, volcándolas al análisis de las cuestiones que tienen que resolver sin esperar a que los casos lleguen al conocimiento de los órganos revisores.

2. Los estereotipos de género en la percepción e interpretación de los hechos

Junto a la exigencia de cuestionar los hechos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que los órganos jurisdiccionales deben emplear la perspectiva de género para dilucidar "cómo las condiciones y circunstancias por cuestiones de género afectan la apreciación de los hechos y pruebas de la controversia". (Amparo Directo en Revisión 2655/2013). Por su parte, en la recomendación número de 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer señala que los estereotipos producen distintos efectos en las decisiones judiciales, destacando que "[l]os estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos".[17] Teniendo en cuenta estos dos planteamientos, en el presente apartado se examinan dos puntos: a) La manera en que las construcciones sociales y de género inciden y determinan la apreciación de algunos hechos. b) Los estereotipos de género y la distorsión que generan en la percepción de los hechos

a. Las construcciones sociales y de género en la apreciación de los hechos

Afirmar que las construcciones sociales, incluyendo las construcciones de género, afectan o pueden llegar a afectar la apreciación de los hechos puede generar ciertas perplejidades. Está bastante extendida la idea de que los hechos, todos los hechos, son completamente objetivos e independientes de los sujetos. Desde esta perspectiva se plantea que los hechos son lo que son, sin que las construcciones sociales tengan ninguna implicación.

[17] Al respecto, véase Recomendación General 33, Comité CEDAW, 3 de agosto de 2015.

Esta manera de entender los hechos es válida para los hechos externos. No se puede negar la existencia de montañas, la colisión entre dos vehículos, la muerte de una persona o el desplome de un edificio. Estos hechos no dependen de los sujetos que los perciben. Sin embargo, esta manera de entender los hechos no es aplicable para todas las clases de hechos (no es aplicable, por ejemplo, para los hechos internos), ni para todos los sentidos en que hablamos de "hecho".

En particular, esta perspectiva no tiene en cuenta que empleamos la palabra "hecho" para referirnos al hecho externo, al hecho percibido y al hecho interpretado (González Lagier, 2005, p. 26). El hecho externo es el acontecimiento empírico, objetivamente ocurrido y desnudo de interpretaciones y subjetividades. El hecho percibido consiste en la impresión que el hecho externo genera en nuestros sentidos. El hecho interpretado alude a interpretación que hacemos de tales percepciones (el sentido que les atribuimos), clasificándolo dentro de una clase de hechos.

A manera de ejemplo, en el Amparo Directo 75/2017 del Décimo Sexto Circuito (violación en Guanajuato), se menciona que una de las pruebas presentadas en el juicio por parte de la defensa consistió en la declaración de la empleada del hotel donde ocurrió la violación. La empleada declaró que el día de los hechos vio al acusado y la víctima "contentos y enamorados". Suponiendo que no hubiera problemas de veracidad, objetividad y que sus capacidades sensoriales fueran fiables (en su intervención la empleada señaló en varias ocasiones que los vio "un momentito" y que no acertó al proporcionar características físicas de los involucrados), se presentan otros problemas de percepción y de interpretación: ¿qué es lo que vio o advirtió la empleada del hotel que le hizo interpretar que el acusado y la víctima estaban contentos y enamorados?

Al margen de la declaración de la empleada del hotel, la propia víctima declaró que después de ocurrida la violación, salieron de la habitación agarrados de la mano porque así se lo había pedido el acusado. El hecho externo en este caso consiste en la salida del acusado y la víctima de la habitación del hotel agarrados de la mano. Este hecho puede ser interpretado a la luz de la hipótesis de la defensa como un indicio de que se trató de una relación sexual consentida, pero puede ser interpretado también a la luz de la hipótesis de la acusación. La sentencia del

Tribunal Colegiado hace énfasis en el contexto de control y violencia moral a la que el acusado había sometido a la víctima, lo que podría explicar el el hecho de que hubieran salido de la habitación agarrados de la mano. El que estos hechos se interpreten de una manera u otra depende de criterios que pueden estar influidos por construcciones sociales.

En ese mismo caso se presentó como prueba una fotografía que tomó el acusado en el interior de la habitación momentos después de ocurrida la violación (fotografía que después envío el acusado a un amigo de la víctima a través de una red social). En ella se aprecia al acusado y a la víctima. De esta última se aprecia su nuca, algo de cabello, una oreja y el cuello pero no su rostro. ¿Cómo entendemos esa foto? ¿De qué manera(s) puede interpretarse? Al preguntarle por la fotografía, la víctima señaló que refirió al acusado su firme intención de que no la retratara y para ello intentó cubrirse la cara con un extremo de la sábana la cual jaló con una de sus manos. Sin embargo, para la Sala Penal la imagen proyectada de esa fotografía no reflejaba la mecánica que indicó la ofendida. Los mismos hechos capturados en la fotografía son descritos de maneras distintas a partir de lo que distintos sujetos perciben e interpretan en ella. Como señala Carlos Santoro:

> la percepción no depende sólo de la naturaleza de los estímulos, sino que sobre ella influyen los estados y disposiciones del organismo. Percibir no es recibir pasivamente estimulación; es seleccionar, formular hipótesis, decidir, procesar la estimulación eliminando, aumentando o disminuyendo aspectos de la estimulación. Al igual que todo proceso, la percepción resulta afectada por el aprendizaje, la motivación, la emoción y todo el resto de características permanentes o momentáneas de los sujetos (Santoro, 1979, p. 78).

Por otra parte, como sostiene González Lagier, la percepción y la interpretación no son procesos totalmente independientes, sino que se condicionan mutuamente:

> las interpretaciones se basan en los datos sensoriales que recibimos de los hechos pero, por otro lado, nuestra red de conceptos, categorías, teorías, máximas de experiencia, recuerdos etc. (que constituyen un Transfondo necesario para interpretar los hechos) dirigen de alguna manera nuestras percepciones y actúan como

> criterio de selección de los datos sensoriales que recibimos (González Lagier, 2005, p. 28).

De este modo, cómo percibimos y cómo interpretamos los hechos, al menos ciertos hechos, puede estar influido y afectado por nuestras experiencias, vivencias, recuerdos, aprendizajes. Nuestras construcciones sociales afectan, condicionan y determinan nuestra percepción e interpretación de los hechos. Los órganos jurisdiccionales deben ser críticos con la interpretación que se le da a los hechos y advertir que estas pueden estar sustentadas en construcciones sociales, en lugar de en hechos objetivos.

Veamos un último ejemplo antes de pasar al siguiente apartado. El delito de violencia familiar es definido en el artículo 200 del Código Penal para el Distrito Federal como la acción u omisión consistente en ejercer cualquier tipo de violencia física, psicoemocional, sexual, económica, patrimonial o contra los derechos reproductivos, en contra del cónyuge, parientes consanguíneos en línea recta ascendientes o descendientes sin límite de grado, parientes colaterales consanguíneo o por afinidad hasta el cuarto grado, adoptante o adoptados, incapaz sobre el que se es tutor o curador y la persona con la que se haya constituido sociedad en convivencia.

Para determinar qué conductas son o pueden ser constitutivas de violencia familiar se requiere examinar previamente los hechos individuales del caso y acreditarlos.[18] Algunos de ellos son casos claros y objetivos de violencia familiar, pero la gama de conductas que puede ser constitutiva de alguna forma violencia es muy amplia (por ejemplo, prohibición de salir y de ver a ciertas personas, ridiculizar o exhibir a un miembro de la familia, ejercer chantajes o coacciones para llevar a cabo ciertas conductas sexuales, silenciar, ignorar, etc.). Qué conductas puedan ser percibidas e interpretadas como una forma de maltrato o de violencia puede depender de los intérpretes y de los criterios que empleen. Una persona o grupo de personas miembros de una familia pueden padecer manifestaciones de violencia (gritos,

[18] Una vez acreditados debe establecerse si el hecho probado se subsume en la clase de hechos prevista por la norma, diferenciándose así los problemas de prueba, de los problemas de calificación normativa.

malos tratos, apodos, ridiculizaciones, exhibir a las personas) sin que los perciban o entiendan como tales. Es posible que las hayan normalizado o que no tengan parámetros o criterios para catalogarlos como maltratos y violencia. Con esto no se está diciendo que no podamos establecer objetivamente que nos encontramos frente a un maltrato o que no hay hechos objetivos, sino interpretaciones. Obviamente hay hechos objetivamente ocurridos, pero los criterios con los que percibimos e interpretamos esos hechos pueden estar influidos social y culturalmente y puede haber incluso desacuerdos sobre tales criterios.[19]

En este sentido, como plantea Cecilia Hopp, la perspectiva de género debe incorporarse no sólo a las leyes sino también a los hechos para evitar decisiones injustas y discriminatorias. Tomando como eje de su análisis la teoría de la imputación objetiva, Cecilia Hopp plantea que "[e]ste nivel de análisis busca delimitar qué conductas pueden configurar un hecho típico". La comisión de un delito presupone la creación o el incremento de un "riesgo no permitido". Esta operación "conduce a excluir del alcance de las normas penales las conductas que resultan `socialmente adecuadas´, las que crean o incrementan un riesgo permitido y aquellos comportamientos `estereotipados´ que objetivamente no tienen un sentido delictivo". Determinar qué conductas resultan penalmente relevantes se basa en criterios normativos. Tales estándares no son neutros sino que se basan "en estereotipos acerca del comportamiento socialmente aceptable" (Hopp, 2017, p. 15 y 16).

b. Los estereotipos y la distorsión que generan en la percepción de los hechos

El nuevo Protocolo para juzgar con perspectiva de género plantea que las autoridades jurisdiccionales deben realizar "un constante examen de las ideas preconcebidas que pueden encontrase involucradas en la controversia, ya sea porque forman parte de una creencia individual, porque están presentes en los hechos del caso o porque están consagradas en las normas jurídicas" (SCJN, 2020, 43-ss).

[19] Véase en este sentido el Amparo Directo 303/2017. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito. 14 de junio de 2018

Partiendo de la definición de los estereotipos como generalizaciones que atribuyen una propiedad a los miembros de un grupo, en el protocolo s distinguen al menos tres formas en las que dichas ideas preconcebidas sobre el género inciden en el razonamiento probatorio: (i) cuando la persona juzgadora, basada en un estereotipo o prejuicio de género considera relevante algo que no lo es; (ii) cuando, debido a una visión estereotipada sobre el género, inadvierte el impacto diferenciado que puede ocasionar esa categoría y (iii) cuando alguna de esas ideas preconcebidas sobre el género se utiliza como máxima de experiencia para tener como probado un hecho (ibidem, p. 178) En este apartado examinaremos la manera en que los estereotipos distorsionan la percepción de los hechos.

Los estereotipos identifican una propiedad como relevante y la atribuyen a los miembros de ese grupo. Los estereotipos pueden ser descriptivos o normativos (Arena, 2016). Los estereotipos descriptivos ofrecen información acerca del mundo y describen un estado de cosas (por ejemplo, "los alemanes son puntuales" o "los andaluces son muy graciosos y saben bailar flamenco". Este tipo de estereotipos tienen una dirección estereotipo-grupo social. El estereotipo se ajusta a como es el mundo (su dirección de ajuste es estereotipo-grupo social). El estereotipo resultará verdadero o falso según se corresponda o no con la verificación de las propiedades establecidas en él. La falta de correspondencia entre el estereotipo y la propiedad seleccionada como relevante es una razón para modificar el estereotipo e incluso para desecharlo.

En cambio, los estereotipos normativos no buscan describir cómo es el mundo, sino prescribir una pauta o regla de juicio acerca de cómo deberían conformarse ciertas personas por el hecho de pertenecer a cierto grupo social ("una buena madre haría cualquier cosa por sus hijos"). En este sentido, los estereotipos normativos atribuyen determinados roles a las personas que integran un grupo social por el sólo hecho de pertenecer a él. Por ello, a diferencia de los estereotipos descriptivos, los estereotipos normativos tienen una dirección de ajuste grupo social-estereotipo. Como señala Federico Arena "se trata de normas en virtud de las cuales se considera que una persona con determinada característica debería desempeñar ciertas tareas o asumir determinados roles sociales" (Arena, 2016,

p. 55). La no correspondencia con el estereotipo genera una desaprobación, un reproche, una consecuencia generalmente negativa.

Estas dos clases de estereotipos deben distinguirse, (CEDAW, 2015) lo que no excluye que entre ellos haya relaciones. En este sentido, suele ocurrir que a partir de un estereotipo descriptivo que atribuya una propiedad a cierto grupo de personas se construya un estereotipo normativo que prescriba que por el hecho de pertenecer a cierto grupo debe tener un determinado atributo o característica.

El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer ha señalado que los estereotipos de género tienen múltiples repercusiones en el razonamiento jurídico. En el razonamiento probatorio, en particular, el Comité señala que "[l]os estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos". (CEDAW, 2015)

El caso de Dafne Mc Pherson ilustra con claridad de qué manera los estereotipos de género distorsionan las percepciones.

El día 23 de enero de 2019 se dictó sentencia absolutoria a Dafne Mc Pherson por el delito de homicidio en razón de parentesco.[20] Después de haber estado cuatro años en prisión preventiva salió finalmente en libertad para poder reunirse con su familia. Los hechos por los que se le acusó y condenó a Dafne en primera y segunda instancia fueron los siguientes:

> El 17 diecisiete de febrero de 2015 dos mil quince, la acusada Dafne Taniveth Mc Pherson se encontraba trabajando en la tienda ********* , ubicada en carretera ********** , número ***, colonia ******, del Municipio de San Juan del Río, Querétaro. Aproximadamente a las 18:00 dieciocho horas, se dirigió a los baños públicos para damas que se encuentran ubicados en el segundo piso de la tienda, por el departamento de juguetería y zapatería de niños, introduciéndose en un cubículo, es decir en uno de los baños. Al ingresar al baño, la acusada dio a luz a

[20] Sentencia absolutoria dictada por el Tribunal de enjuiciamiento del Distrito Judicial del Estado de Querétaro. NUC. 16-1065-1520 de enero de 2019, derivada del Amparo Directo 183/2017. Tribunal Colegiado en materias Penal y Administrativa del Vigésimo Segundo Circuito. 24 de noviembre de 2017.

> un bebé de término, del sexo femenino, que pesó 2,950 (dos mil novecientos cincuenta) gramos, midió 49 centímetros, respiró y lloró al nacer dentro de un sanitario, lejos de sacarla del mismo, Dafne Taniveth Mc Pherson Veloz, impidió que le brindaran ayuda a ella y a su menor hoja, negándose a abrir el baño y accionando en repetidas ocasiones la palanca de desagüe, hasta provocarle la muerte por asfixia por sumersión a su hija recién nacida.

El tribunal de juicio dictó sentencia condenatoria a Dafne por el delito de homicidio en razón de parentesco, condenándola a una pena de dieciséis años, sentencia que fue confirmada por el Tribunal Unitario de Enjuiciamiento Penal. Además de considerar acreditado que el bebé nació vivo y que murió como consecuencia de un agente externo, el tribunal sostuvo que estaba acreditada la culpabilidad dolosa de Dafne y su responsabilidad penal al haber actuado con plena conciencia y voluntad para producir el resultado. Al resolver de este modo, el tribunal desestimó los planteamientos defensivos consistentes en que desconocía que estaba embarazada y que simplemente tuvo miedo y no supo cómo reaccionar debido a que entró en crisis nerviosa (shock).

A juicio del tribunal de enjuiciamiento "no se le acepta tuviese desconocimiento de que estaba embarazada, pues si aconteció dio a luz, ello fue porque previamente había tenido una relación compatible con tal suceso". "Además por la situación de ya tener experiencia con un embarazo y todo lo representando en uno, los cambios hormonales en el cuerpo de la embarazada, las reacciones del producto en el seno materno durante la evolución progresiva de su desarrollo." Por la semana en que se encontraba el producto "no cree que una madre no pueda percibir esos movimientos; la mujer por embarazo sin lugar a dudas tiene náuseas y mareos; vómito a partir del tercer mes; no es posible que una persona que ya tuvo gestación y nació el bebé, pudiera tener por desapercibidos esos síntomas" y "los síntomas en las últimas 18 (dieciocho) horas previos al nacimiento no cree la madre los pueda confundir con alguna otra cosa" "no hay forma de confundir esto".

Como puede advertirse, el tribunal analizó los hechos relativos al conocimiento y voluntad de Dafne al momento de dar a luz con base en el estereotipo de las mujeres embarazadas, según el cual, una mujer necesariamente sabe cuando está embarazada, máxime si ya tenido previamente una hija (como en el caso de Dafne).

Este estereotipo distorsionó la percepción e interpretación de los hechos por parte del tribunal, descartando la hipótesis del desconocimiento del embarazo y del parto fortuito por la enfermedad de hipotiroidismo que Dafne padecía. Toda la construcción del análisis del dolo y de la culpabilidad fue realizada a partir de ese estereotipo, cerrando la vía para que que los hechos pudieran ser interpretados de otra manera, lo que impidió que se impartiera justicia sin discriminación. En todo momento rigió la idea de que Dafne tenía que saberlo, debía saberlo porque era mujer, estaba embarazada y había sido madre previamente.

En ese caso, el problema no se limita a que se haya empleado un estereotipo descriptivo que pudiera resultar falseado en el caso concreto. El tribunal transformó un estereotipo descriptivo en un estereotipo normativo que generó atribuirle una conducta dolosa así como su responsabilidad por los hechos ocurridos. Además del estereotipo de la mujer embarazada, el tribunal operó con base en el estereotipo normativo de buena madre reprochándole no haber reaccionado de otra manera en el momento del parto para impedir la muerte de la bebé. Por ello, tal y como advierte el Comité de la CEDAW, los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas.

3. Reglas de la sana crítica, máximas de la experiencia y la (falsa) idea de una competencia cognitiva universal

Como vimos en el apartado anterior, el caso de Dafne Mc Pherson ilustra la manera en que los estereotipos de género pueden distorsionar la apreciación de los hechos. Al resolver con base en el estereotipo de que todas las mujeres saben cuando están embarazadas, el tribunal llegó a la conclusión de que Dafne actuó con dolo y consideró que estaba acreditada su responsabilidad penal. Con todo, el caso de Dafne Mc Pherson ilustra otro aspecto que se presenta a menudo en el razonamiento probatorio: el presupuesto de que los órganos jurisdiccionales son competentes para pronunciarse sobre las mujeres embarazadas apelando al sentido común y a la sana crítica. Al plantear que todas las mujeres saben que están embarazadas como una cuestión de sentido común que es acorde con la sana crítica y las máximas de experiencia, el tribunal prescindió de pruebas periciales médicas

que hubieran sido relevantes desde el primer momento para resolver si una mujer con los padecimientos médicos que tenía Dafne (hipotiroidismo) podía no saber que estaba embarazada.

En este apartado abordaremos las nociones de competencia cognitiva universal y de consenso cognitivo, así como algunas propuestas metodológicas para abordar estas nociones. Conectaremos estas ideas con las nociones de sana crítica y máximas de experiencia para proponer después algunas estrategias para un uso adecuado y crítico de estas últimas.

a. Competencia cognitiva universal y consenso cognitivo

En la práctica jurisdiccional está bastante extendida la idea de que los órganos jurisdiccionales (y otros operadores jurídicos) están equipados con un conjunto de conocimientos, experiencias y nociones de sentido común que les permiten examinar y pronunciarse sobre las más variadas cuestiones de hecho (el presupuesto de la competencia cognitiva) (MacCrimmon, 1991, pp. 36 ss.). Desde esta perspectiva, se asume que entender y resolver cuestiones de hecho es una cuestión de racionalidad general y de sentido común. Este repositorio tendría una base común, compartida y que gozaría de aceptación generalizada (el presupuesto del consenso cognitivo) (Anderson, Twining y Schum, 2006, p. 273). El *locus classicus* de esta postura se encuentra en el siguiente pasaje de Jonathan Cohen:

> El análisis inductivista […] presupone únicamente que cuando un miembro del jurado ocupa su oficina, su mente ya es adulta y almacenó un vasto número de generalizaciones de lugares comunes acerca de los actos humanos, actitudes, intenciones, etc. acerca de las características más familiares del ambiente humano […]. Sin esta reserva de información en la vida diaria él podría entender muy poco acerca de sus vecinos, sus colegas, sus competidores en los negocios, o su esposa. Él podría estar enormemente discapacitado para explicar sus actos o predecir sus acciones futuras. […] Las principales generalizaciones de lugar común son en sí mismas, en su mayoría, una parte demasiado esencial de nuestra cultura para que haya algún desacuerdo serio acerca de ellas. Ellas son aprendidas de experiencias compartidas, o enseñadas a través de proverbios, mitos, leyendas, la historia, el arte

> dramático, el consejo de los padres y los medios masivos de comunicación (Cohen, 1977, 274-276; 2017, pp. 243-244).

En el ámbito jurisdiccional, esta idea supone que los órganos jurisdiccionales están habilitados para resolver las más variadas cuestiones de hecho a partir de esta base cognitiva común y compartida. El consenso cognitivo se presenta como un repositorio de generalizaciones y presupuestos acerca del comportamiento y la conducta humana a partir de experiencia común.

En el proceso penal, el presupuesto del consenso cognitivo común es empleado en las distintas etapas del proceso penal para examinar y dilucidar las más variadas cuestiones de hecho y problemas probatorios. En la etapa de investigación, el consenso cognitivo (principalmente a partir de generalizaciones) opera como una herramienta heurística para identificar y seleccionar ciertas hipótesis, para diseñar rutas de investigación, y para atribuirles una mayor o menor plausibilidad a ciertas hipótesis en lugar de otras. El consenso cognitivo es empleado también para determinar si una prueba es relevante o no (en el caso de Dafne McPherson el tribunal consideró que la prueba pericial médica no resultaba relevante porque cualquier mujer sabe cuando está embarazada), si debe admitirse o excluirse para examinar la credibilidad de las declaraciones de las partes y de los testigos, para analizar el comportamiento de las personas y en general tanto para la formación de las pruebas, su valoración y la toma de decisiones sobre los hechos.

A través de la inmediación, el consenso cognitivo y la competencia cognitiva son empleados para examinar "el manejo del tono, volumen o cadencia de la voz, pausas, titubeos, disposición del cuerpo, dirección de la mirada, muecas o sonrojo" y para extraer consecuencias a partir de ellos.[21]

En la cultura jurídica continental, los presupuestos de competencia cognitiva universal y de consenso cognitivo se presentan en las nociones de sana crítica y

[21] PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN COMO HERRAMIENTA METODOLÓGICA PARA LA FORMACIÓN DE LA PRUEBA. EXIGE EL CONTACTO DIRECTO Y PERSONAL DEL JUEZ CON LOS SUJETOS Y EL OBJETO DEL PROCESO DURANTE LA AUDIENCIA DE JUICIO. 1a./J. 54/2019 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 68, Julio de 2019, Tomo I, página 184. Registro digital 2020268.

en las máximas de experiencia. La sana crítica, entendida como un sistema de valoración libre y razonado de las pruebas, por oposición a un sistema tasado que predetermina el valor de las pruebas. Las máximas de experiencias como las "normas de conocimiento general, que surgen de lo ocurrido habitualmente en múltiples casos y que por ello pueden aplicarse en todos los demás, de la misma especie, porque están fundadas en el saber común de la gente, dado por las vivencias y la experiencia social, en un lugar y en un momento determinados".[22]

Las nociones de consenso cognitivo y de competencia cognitiva han sido criticadas ampliamente en el ámbito de la teoría de la prueba y de las teorías feministas.

Como señala Twining, no se puede asumir un consenso cognitivo en cuestiones como violencia familiar, acoso y violación (Twining 2005, p. 274). No se puede asumir que todas las mujeres saben cuando están embarazadas con el propósito de determinar que Dafne sabía de su embarazo y quiso privar de la vida a su hija. No se puede asumir un consenso cognitivo generalizado que lleve a excluir y silenciar la experiencia de mujeres y de grupos vulnerables. En este sentido, Marilyn MacCrimmon señala que "el presupuesto de una competencia cognitiva universal está en conflicto con la tesis feminista de que las distintas experiencias y perspectivas de las mujeres no han sido incorporadas a las decisiones judiciales" (MacCrimmon, 1991, p. 39). Tales presupuestos operan silenciando a las mujeres y a grupos vulnerables. En el caso de Dafne Mc Pherson el presupuesto de una competencia cognitiva llevó a excluir que el órgano jurisdiccional ejerciera poderes probatorios para dilucidar ciertas cuestiones.

A juicio del Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Vigésimo Segundo Circuito que resolvió y concedió el amparo a Dafne, el juez penal "tenía la obligación de ejercer poderes probatorios al tratarse de un hecho no esclarecido [si Dafne pudo no haber sabido que estaba embarazada debido al hipotiroidismo

[22] PRUEBAS EN EL JUICIO ORAL. CONCEPTO DE SANA CRÍTICA Y MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA PARA EFECTOS DE SU VALORACIÓN (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 592 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). IV.1o.P.5 P (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2, página 1522. Registro digital 2002373.

que padecía], pues el derecho no se puede arrogar el conocimiento de las distintas ramas de la ciencia y reducir a juicios del sentido común o máximas de experiencia lo que requiere un conocimiento científico; por lo que se concede el amparo y protección de la justifica federal a la quejosa". (Amparo Directo 183/2017, p. 303)

Para solucionar estos problemas, Marilyn MacCrimmon propone que se debe desplazar la idea de una competencia cognitiva universal incorporando las experiencias de mujeres para confrontarlas y modificar la generalización que se pretende emplear.[23] Para ello es imprescindible escuchar y tomar en serio las historias de las mujeres y sus experiencias; un aspecto que, como veremos en el siguiente apartado, se conecta con el análisis de credibilidad. Además, MacCrimmon plantea que se deben sustituir las generalizaciones que no tomen en cuenta las experiencias de las mujeres en ciertos contextos por generalizaciones pertinentes. Como sostiene esta autora, no podemos prescindir de las generalizaciones. Lo que sí podemos y debemos hacer es identificar aquellas generalizaciones problemáticas y sustituirlas por generalizaciones que incorporen experiencias de las mujeres a través de sus propios testimonios y del ejercicio de poderes probatorios para recabar pruebas periciales.

Por otra parte, desde la teoría de la prueba se ha criticado el carácter problemático de la noción habitual de máximas de experiencia (Taruffo, 2009, pp. 406 ss.). Se trata de una noción sumamente amplia e indefinida en la que los juristas incluyen un conjunto amplio y heterogéneo de criterios que van desde leyes naturales o leyes lógicas, nociones científicas, generalizaciones empíricas, tendencias genéricas, reglas extraídas del sentido común, opiniones o prejuicios difundidos, estereotipos (Taruffo, 1990, p. 4). De este modo, «el *genus* máxima de experiencia comprende *especies* demasiado diversas» ya sea por el contenido cognoscitivo, como por la manera en que son expresadas.

En particular resultan problemáticas las generalizaciones que carecen de sustento empírico o científico, pero que se respaldan en una pretendida base común perteneciente a la cultura media, a conocimientos socialmente aceptados pero sin

[23] En este sentido, vid. Protocolo para juzgar con perspectiva de género pp. 79-82.

verificar y a nociones de sentido común. Se trata, como señala Taruffo, de generalizaciones espurias. Varias de ellas no expresan ningún conocimiento "sino que corresponden simplemente a prejuicios sociales difundidos, de género, de raza, de religión, de carácter político y de una infinita variedad de otras especies" (Taruffo, 2009, 444). La siguiente explicación proporciona una explicación clara del problema que supone el empleo de estereotipos en el razonamiento probatorio:

> en realidad, usar los estereotipos es solo una forma de aplicar una especie de lecho de Procusto, esto es, de estirar a las personas bajas y cortarles las piernas a las altas de manera de hacerlas calzar en un largo determinado. Cuando esto sucede, quien presenta los hechos incurre en la *falacia narrativa,* porque distorsiona los hechos para forzarlos a calzar dentro de una estructura narrativa culturalmente familiar (Taruffo, 2008, pp. 193 ss.).

Para asegurar un empleo crítico de las máximas de experiencia Michele Taruffo plantea una serie de criterios que resultan aplicables para el análisis de los estereotipos en el razonamiento probatorio (Taruffo, 2009, p. 424)

- La justificación de una máxima de experiencia es relativa a su fundamento y sustento empírico. Una máxima de experiencia basada en reglas universales o en criterios científicos es capaz de ofrecer un alto grado de sustento. En cambio, una máxima de experiencia que no tenga un sustento empírico claro e identificable no es capaz de atribuir un elevado grado de sustento.

- Si una máxima está enunciada en términos generales, un solo contraejemplo es suficiente para contradecirla, o al menos para demostrar que no tiene validez general.

- Una máxima de experiencia no puede emplearse si está contradicha por los conocimientos científicos disponibles.

En el caso de Dafne Mc Pherson la validez de la pretendida máxima de experiencia empleada por el tribunal de enjuiciamiento ("todas las mujeres saben cuando están embarazadas") es refutada mediante el contraejemplo de la propia Dafne.

Además, dicha máxima de experiencia fue puesta en duda mediante conocimientos médicos expertos que plantearon la posibilidad de que Dafne no supiera que estaba embarazada, sin que el fiscal hubiera acreditado que sí lo sabía. Finalmente, la máxima de experiencia que se empleó en el caso Dafne resultó refutada mediante otra máxima de experiencia sustentada en conocimientos médicos fiables.[24]

4. La perspectiva de género en el análisis de la credibilidad

La necesidad de aplicar la perspectiva de género en el análisis de la credibilidad ha sido ampliamente advertida y documentada desde hace tiempo. En su informe temático sobre "Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia", la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señalaba en el año 2007 que los patrones socioculturales discriminatorios pueden tener como resultado "una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor". (CIDH, 2007)

Por su parte, en la Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer dedica varios apartados de sus recomendaciones a tratar el problema de credibilidad. Señala en este sentido que [e]l establecimiento de estereotipos afecta también a la credibilidad de las declaraciones (II, C, 26); que los Estados miembro deben "[a]bolir todas las leyes, procedimientos, reglamentaciones, jurisprudencia y prácticas existentes que discriminen directa o indirectamente contra la mujer, especialmente en cuanto a su acceso a la justicia, y supriman los obstáculos discriminatorios al acceso a la justicia", entre los que destaca "[]os procedimientos que excluyen o atribuyen un valor inferior al testimonio de las mujeres (II, B, 25, a, iv). El comité recomienda además que se tomen medidas de concienciación y programas de capacitación "de todos los agentes de los sistemas de justicia y los

[24] Sobre la relación entre máximas de experiencia y estereotipos de género vid. el Protocolo para juzgar con perspectiva de género pp. 196-201.

estudiantes de derecho" para abordar, entre otros temas "[l]a cuestión de la credibilidad y la ponderación dada a las opiniones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, en su calidad de partes y testigos" (II, B, 29, c). (CEDAW, 2015)

De manera análoga, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los prejuicios y los estereotipos de género pueden afectar la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia. (CEDAW, 2015)

a. Descuentos de credibilidad

Como se puede advertir, está ampliamente documentado que hay un problema general de descalificación de la credibilidad de la mujer y de otras personas por razones de género. Este problema puede ser analizado y ejemplificado a través de la noción de descuentos de credibilidad elaborada por Deborah Tuerkheimer (2017) a partir del trabajo de Miranda Fricker (2007) sobre injusticia epistémica. De acuerdo con Fricker, los descuentos de credibilidad consisten en no atribuir credibilidad al dicho de una persona con base en prejuicios. Para Fricker, por su parte, la injusticia testimonial es un tipo particular de injusticia epistémica que se produce cuando se recurren a prejuicios para negarle capacidad a una persona como sujeto capaz de transmitir información a través de su testimonio. Para Miranda Fricker, la injusticia epistémica es una forma de deshumanización que conduce a silenciar a las personas. Por su parte, Deborah Tuerkheimer argumenta que los descuentos de credibilidad se traducen en una forma de discriminación. A su juicio estos descuentos se presentan de manera estructural en todas las etapas del proceso penal. A continuación, ilustraremos cómo se presentan estos descuentos de credibilidad y qué efectos producen.

- En el caso Campo algodonero los descuentos de credibilidad se advierten en las actuaciones de las autoridades estatales que recibieron las denuncias por la desaparición de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez, Esmeralda Herrera Monreal, María de los

Ángeles Acosta Ramírez, Mayra Juliana Reyes Solís, Merlín Elizabeth Rodríguez Sáenz y María Rocina Galicia. De manera sistemática, no les creyeron a sus familiares cuando denunciaron sus desapariciones. Las autoridades les dijeron que se habrían ido con el novio o que "andaban de voladas". Las estereotipaban de acuerdo al rol en el que ubicaban a las jóvenes. Si les gustaba divertirse y salir a bailar, las autoridades consideraron que eran en parte responsables de su desaparición. La falta de credibilidad operó como un obstáculo para impedir que se llevaran a cabo investigaciones adecuadas, completas y sin discriminaciones.

- En el caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú, la Corte IDH sostuvo que los estereotipos de género afectaron la objetividad de los funcionarios estatales en la evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima. La señora Azul Rojas Marín fue detenida de manera ilegal mientras caminaba por la calle para volver a su casa a las 00:30 de la mañana. Mientras caminaba por la calle se le acercó un vehículo policial acosándola. Veinte minutos más tarde volvió el vehículo policial, la golpearon con la vara policial, la obligaron a subir al vehículo y le gritaron en tres ocasiones "cobro concha de tu madre" mientras la subían al vehículo policial. La señora Rojas Marín preguntó por qué la llevaban y el agente estatal no respondió cuáles eran las razones de la detención. Fue conducida a la Comisaría de Casa Grande, donde agentes estatales la desnudaron forzadamente, la maltrataron y le profirieron insultos relativos a su orientación sexual, la golpearon y la violaron con una vara policial.

  Durante la investigación de los hechos, la fiscal le dijo a la víctima "pero si tú eres homosexual, cómo te voy a creer". Se le negó cualquier tipo de credibilidad con base en un estereotipo de género. Adicionalmente las autoridades adujeron que su testimonio carecía de credibilidad por las supuestas contradicciones en las diferentes denuncias que había presentado. Adujeron que en la comisaría señaló que "le sustrajeron el teléfono celular y una billetera, sin mencionar cantidad de dinero", mientras que en la denuncia especificó qué tipo de celular era y que

tenía 150 soles en efectivo. En relación con la violación por parte de la policía, señalaron que su dicho carecía de credibilidad porque en un primer momento señaló que "un efectivo policial trató de introducirle una vara de goma por el ano", pero posteriormente señaló "le introdujo por la fuerza la vara de goma". La autoridad negó cualquier tipo de probabilidad a la denunciante al concluir que se había autolesionado produciéndose lesiones en el ano "con el único fin de causar daño al efectivo policial que l[a] intervino". A la señora Azul Rojas Marín le negaron cualquier tipo de credibilidad para denunciar e investigar que había sido violada por parte de agentes de policía. Nadie le concedió credibilidad a su dicho hasta que su caso llegó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- En un evento al que acudió Dafne Mc Pherson para hablar de su caso tras su liberación sostuvo que una de las cosas que más le había afectado fue que nadie creyó en ella en ningún momento. No creyeron en ella los paramédicos que la atendieron, no le creyó el fiscal, no le creyó incluso su propio abogado, no le creyó el juez que resolvió, ni el tribunal de juicio, no le creyó su propio abogado. En el caso de Dafne Mc Pherson prevaleció a lo largo del juicio una falta de credibilidad sistemática que se corrigió únicamente hasta el amparo. Nadie le creyó que no sabía que estaba embarazada, que se trató de un parto fortuito, que estaba en shock y no supo cómo reaccionar. El juez que resolvió no le creyó y en consecuencia no ordenó la práctica de pruebas periciales que sirvieran para esclarecer este punto.

- En el caso de los Porkys, Daphne fue subida por la fuerza a un vehículo en el que se viajaban cuatro jóvenes, dos en la parte delantera, dos en el asiento trasero. A Daphne la colocaron en el asiento de en medio. Previamente, a Daphne le habían quitado de su teléfono. Estando en el asiento trasero los dos jóvenes que iban en el asiento trasero comenzaron a jalonearle la blusa. Estas dos personas le bajaron el brasier, a lo que ella les decía que la dejaran y que no le hicieran daño. Le tocaban los senos sin detenerse, causándole miedo y llanto, mientras

que las dos personas que viajaban en la parte delantera del vehículo en los asientos del piloto y del copiloto no hacían nada al respecto más que burlarse. Uno de los sujetos que iba en el asiento trasero la penetró con los dedos en la vagina. Daphne fue llevada al domicilio del conductor, donde entraron todos los implicados. Ahí, el joven que conducía el vehículo la metió a una habitación donde la violó. Los otros tres jóvenes y el hermano del conductor no hicieron nada para impedirlo. Después de ocurrida la violación le regresaron su teléfono para que llamara a sus amigas para que las fuera a recoger. El juez de Distrito que analizó el amparo en contra del autor de formal prisión por el delito de pederastia contrastó las declaraciones de las testigos de cargo con la declaración de la menor ofendida. El juez sostuvo que Daphne le había contado a sus amigas que la habían violado, pero no les refirió los tocamientos y la penetración que sufrió en el interior del vehículo. Para el Juez de Distrito, el hecho de que Daphne no haya tenido la previsión de señalar a sus dos amigas lo ocurrido en el interior del vehículo suponía restarle credibilidad a su dicho. No le creyeron porque no le contó a sus amigas que además de la violación que ocurrió en la casa a donde la llevaron, había sido abusada sexualmente y penetrada en el interior del vehículo por parte de dos de los sujetos que viajaban en el vehículo.

- En el Amparo Directo 75/2017 del Primer Tribunal Colegiado en materia penal del Decimosexto circuito relativo al caso de cometida en la habitación de un hotel al que fue llevada la víctima con la amenaza de su exnovio de divulgar fotos en las que aparecía desnuda, la Sala penal se empeño en cuestionar su credibilidad, en lugar de centrarse en si estaba acreditada la violación. La Sala consideró que su declaración no era clara, precisa ni contundente porque no dio cuenta de la manera en que fue despojada de su suéter, playera y brasier; consideró que la fotografía que había tomado el acusado después de la violación no reflejaba la manera en que refirió que el acusado la sostuvo para tomarle las fotografías luego de imponerle la cópula. Señaló que la ofendida dijo que durante la violación gritó y lloró, pero ni la camarera ni

el gerente del hotel la escucharon. Advirtió inconsistencias en las declaraciones (si la ofendida le había mostrado o no a su madre la lesión en el muslo; si contó a su amigo que fue violada en el momento que se vieron o hasta en la noche de ese mismo día. En ningún momento creyeron que su antiguo exnovio podría haberla coaccionado para llevarla al hotel con la amenaza de difundir fotografías en las que aparecía desnuda y que en esa habitación el acusado la violó.

b. Mecanismos para corregir los descuentos de credibilidad

Además de examinar la noción de descuentos de credibilidad y de mostrar algunos ejemplos que se presentan en la práctica, es conveniente complementar este apartado analizando aunque sea brevemente algunos mecanismos para corregir los descuentos de credibilidad. Como se podrá advertir, es posible identificar una amplia gama de medidas graduales para rehabilitar el análisis de la credibilidad. Sin ninguna pretensión de exhaustividad a continuación a continuación se mencionan algunas medidas que se podrían adoptar en esta dirección.

Estas medidas están dirigidas a combatir y eliminar el escepticismo con el que se analiza la declaración de las mujeres y de otros grupos con base en estereotipos o prejuicios de género. Como señala Miranda Fricker la idea central que se persigue es neutralizar el impacto negativo que generan los prejuicios en el análisis de credibilidad (Fricker, 2007, p. 92).

Un ejemplo de ello son las recomendaciones del Comité para eliminación de la discriminación contra la mujer para eliminar las reglas que excluyen o atribuyen un valor inferior a la palabra de las mujeres en sus testimonios en sus argumentos en sus declaraciones como testigo como víctima como acusada. Sin embargo, como señala Kathy Mack (1993, p. 349), la mera eliminación o modificación de esas reglas no es suficiente. Es necesario combatir las creencias extendidas en forma de mitos, estereotipos o prejuicios de género que se traducen en descuentos de credibilidad. Una manera eficaz de hacerlo es a través de sistemas continuos de capacitación y de formación judicial (y en general de todos los operadores

jurídicos) tal y como recomienda el Comité para la eliminación de la discriminación con la mujer y autoras como Kathy Mack (1993).

Otra manera de hacerlo es admitiendo pruebas periciales que ayuden a desplazar y eliminar estereotipos y creencias extendidas. Admitir pruebas periciales médicas, como en el caso de Dafne Mc Pherson; periciales en psicología, como ilustra de manera paradigmática la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra en el caso sobre la Manada.[25] Periciales de peritos y peritas expertas en violencia sexual que contribuyan a eliminar mitos y estereotipos existentes. De igual modo, desplazando el presupuesto de competencia cognitiva al que siguen recurriendo los órganos jurisdiccionales, sustituyéndolo por generalizaciones bien sustentadas que tengan en cuenta las experiencias de las mujeres.

Un ulterior mecanismo consistiría en el ejercicio de poderes probatorios para recabar pruebas que permitan visibilizar situaciones de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género. Y en fin, entre muchas otras medidas que se podrían distinguir, estaría el análisis crítico de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, cuestionando lo que afirman o lo que presuponen en sus análisis de credibilidad, al igual que reescribir esas sentencias para corregir los déficits de credibilidad en el que habrían incurrido los órganos jurisdiccionales.

Todas estas medidas estarían dirigidas a eliminar el descuento de credibilidad efectuado con base en estereotipos. Sin embargo, no basta con eliminar el descuento de credibilidad. Es preciso rehabilitar el análisis de la credibilidad mediante el empleo de actitudes epistémicas adecuadas para valorar las declaraciones. No se trata de otorgar mayor crédito a la palabra de la mujer o de otros grupos, sino en adoptar una serie de medidas para valorarla adecuadamente y atribuirle la credibilidad que corresponde sin recurrir a prejuicios o estereotipos. Se trataría de adoptar una disposición a escuchar, a tomar en serio lo que dice la denunciante o sus familias, a escucharla y a considerarla digna de crédito. Con todas estas medidas se trata de poner de relieve que el análisis de la credibilidad no consiste

[25] Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, Sumario Ordinario 426/216, sentencia del 20 de marzo de 2018.

en sustituir una visión degradada de la credibilidad con base en estereotipos o prejuicios por una regla de peso que automáticamente le dé un mayor peso a su declaración. En el inter hay una gama muy amplia de mecanismos correctivos que pueden y deben emplearse antes de considerar introducir una regla de peso hacia su dicho que tendría que armonizarse con la presunción de inocencia. Es importante enfatizar que la credibilidad también deriva de la valoración del testimonio de la víctima en conjunto con el resto de pruebas. Si bien es cierto que no podría dictarse una sentencia condenatoria en la que la única prueba sea la declaración de la víctima, también es cierto que en caso de ausencia de su declaración, el delito y la responsabilidad pueden resultar acreditadas a partir del conjunto de pruebas.

IV. Conclusión

El presente capítulo ha tenido como propósito presentar algunas herramientas para incorporar la perspectiva de género en el análisis de los hechos y de las pruebas en el proceso penal, examinar algunas de sus aplicaciones y dilucidar en qué operaciones concretas se traduce la aplicación de esta perspectiva. Como hemos visto, la agenda de problemas probatorios susceptibles de analizar con perspectiva de género es muy amplia y variada.

Para delimitar el análisis se ha mostrado en primer término que la exigencia de cuestionar los hechos se traduce en una serie de operaciones que incluyen a) clarificar y precisar el punto de vista adoptado, b) tener en cuenta el contexto de los hechos y c) llevar a cabo una reconstrucción adecuada, completa y detallada de los hechos. En segundo lugar se ha analizado de qué manera las construcciones de género afectan la percepción y la interpretación de los hechos y en particular la manera en que los estereotipos distorsionan las percepciones. En tercer lugar se abordaron críticamente los presupuestos de competencia cognitiva universal y de consenso cognitivo y la manera en que operan para silenciar a las mujeres y a otros grupos. Además se propusieron algunas pautas para el empleo crítico de la sana crítica y las máximas de experiencia. Finalmente se mostró la necesidad de incorporar la perspectiva de género en el análisis de credibilidad, la manera en que operan los descuentos de credibilidad y algunos mecanismos para rehabilitar el análisis de la credibilidad en condiciones de igualdad y no discriminación.

Bibliografía

ANDERSON, T. SCHUM, D y TWINING, (2005). W. *Analysis of evidence,* 2a ed., Cambridge.

ANSOLABEHERE, K. ROBLES, J. R. y SAAVEDRA, (2017) Y. *Violaciones, derechos humanos y contexto: herramientas propuestas para documentar e investigar.* Manual de Análisis de Contexto para Casos de Violaciones a los Derechos Humanos, International Bar Association´s Human Rights Institute y Flacso México.

ARENA, F. (2016), "Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXIX, núm. 1.

COHEN, L. J. (1977), *The probable and the probable*, Oxford University Press. Citado por la traducción castellana de Orión Vargas y Carlos Iván Ruiz. *Lo probable y lo demostrable*, 2008. Orión Vargas ed. Medellín.

CHILDS, M. y ELLISON, L. (eds.), (2000): *Feminist perspectives on evidence*, Cavendish Publishing Limited.

CIDH, (2007), *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. 20 de enero. Organización de los Estados Americanos.

CORTE IDH, (2018). Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No. 4. Derechos humanos y mujeres.

FRICKER, M. (2007). *Epistemic injustice*, Oxford.

KINPORTS, K, (1991): «Evidence Engendered», en *Illinois U. L. Rev.*, no. 2: 413-456.

GAMA, R. (2020). "Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico", *Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*.

GAMA, R. (2021). "La perspectiva de género en el análisis de los hechos" en *Fundamentos filosóficos del derecho procesal*, Flavia Carbonell Bellolio y Jonatan Valenzuela Saldías.

GONZÁLEZ, D. (2005), *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra-Temis. Perú y Colombia.

HOPP, C., "`Buena madre´, `buena esposa´, `buena mujer´": abstracciones y estereotipos en la imputación penal, *Género y justicia penal*, comp. Julieta Di Corleto, Didot, Argentina

MACCRIMMON, M., (1991). "The e social construction of reality and the rules of evidence », en *25 U. Brit. Colum. L. Rev*. 23: 36-50.

MONTOYA, Isabel, (2021), *Derechos humanos, derecho penal y perspectiva de género*, Manual para Juzgar con perspectiva de Género en Materia Penal, SCJN.

ORENSTEIN, A., (1999): «Feminism and evidence», en *Taylor, B, Rush, S and Munro, R. J. (eds), Feminist Jurisprudence, Women and the Law-Critical Essays, Research Agenda and Bibliography,* Littleton, Colorado: Fred B Rothman

SANTORO, E. (1979). "Percepción social", en *Psicología social*, Trillas, México.

SAUCEDO, Rebeca y MESTA, Santiago, (2021), *El proceso penal desde la perspectiva de género*, Manual para Juzgar con perspectiva de Género en Materia Penal, SCJN.

SERRANO, S. Y VÁZQUEZ, D. (2013). *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, Flacso México.

STANCHI K., BERGER, L. Y CRAWFORD B. (2016) *Feminist Judgements. Rewritten opinions of the United States Supreme Court*, Cambridge.

SCJN, (Suprema Corte de Justicia de la Nación) (2020), *Protocolo para juzgar con perspectiva de género,* 1a. Ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. disponible en: https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf

TARUFFO, M. (1990), «Libero convincimento del giudice», *Enciclopedia giuridica Trecanni*, Roma, XVII.

TARUFFO, M. (2008). *La prueba* (trad. Laura Manrique y Jordi Ferrer), Madrid. Marcial Pons.

TARUFFO, M. (2009). *Páginas sobre justicia civil* (trad. Maximiliano Aramburo Calle). Madrid: Marcial Pons.

TASLITZ , A., (1999): «Gender and race in feminine evidence policy: what feminism has to o er evidence law», en *Southwestern U. L. Rev.* 28, 171: 179-87.

TUERKHEIMER. D. (2017) "Incredible women: Sexual violence and the credibility discount", 166 U. Pa. L. Rev.

VÁZQUEZ, D. y SERRANO, S. (2011)., "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica", en Carbonell, Miguel, y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

TWINING, W. (2006): *Rethinking Evidence*. 2a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 511

Legislación Nacional

- Código Nacional de Procedimientos Penales
- Código Penal para el Distrito Federal

Tesis jurisprudenciales

"ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO", Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./J. 22/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 29, Tomo II, abril de 2016, p. 836. Registro digital 2011430.

Tesis aisladas

"PRUEBAS EN EL JUICIO ORAL. CONCEPTO DE SANA CRÍTICA Y MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA PARA EFECTOS DE SU VALORACIÓN (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 592 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN)". IV.1o.P.5 P (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2, página 1522. Registro digital 2002373.

"JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. CONCEPTO, APLICABILIDAD Y METODOLOGÍA PARA CUMPLIR DICHA OBLIGACIÓN", Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. XXVII/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro XL, Tomo I, marzo de 2017, p. 443. Registro digital 2013866.

"FEMINICIDIO. LAS AUTORIDADES ENCARGADAS DE LA INVESTIGACIÓN DE MUERTES VIOLENTAS DE MUJERES TIENEN LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR LAS DILIGENCIAS CORRESPONDIENTES CON BASE EN UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO", Primera Sala, 1a. CLXI/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 18, Mayo de 2015, Tomo I , página 439. Registro digital 2009087.

"VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LA MUJER. REGLAS PARA LA VALORACIÓN DE SU TESTIMONIO COMO VÍCTIMA DEL DELITO", Primera Sala, 1a. CLXXXIV/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*.

Libro 48, Noviembre de 2017, Tomo I, página 460. Registro digital 2015634.

"TORTURA EN SU VERTIENTE DE VIOLACIÓN SEXUAL. EL ANÁLISIS PROBATORIO RELATIVO DEBE REALIZARSE CON PERSPECTIVA DE GÉNERO", Pleno, P. XXIII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo I , página 238. Registro digital 2010003

"VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, EN SU VERTIENTE PSICOLÓGICA. ATENTO A QUE ESTE DELITO PUEDE SER DE REALIZACIÓN OCULTA, Y CONFORME A UNA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO, LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA Y LA PRUEBA PERICIAL EN PSICOLOGÍA PRACTICADA A ÉSTA, ENTRELAZADAS ENTRE SÍ, TIENEN VALOR PROBATORIO PREPONDERANTE PARA SU ACREDITACIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO)", Segundo Tribunal colegiado en materia penal del Tercer Circuito, III.2o.P.157 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 65, Abril de 2019, Tomo III, página 2187. Registro digital 2019751.

"RETRACTACIÓN DE UNA MUJER VÍCTIMA DE EXPLOTACIÓN SEXUAL EN SUS DECLARACIONES. AL VALORARLA EL ÓRGANO JURISDICCIONAL DEBE CONSIDERAR LOS FACTORES DE VULNERABILIDAD QUE LA LLEVARON A REALIZARLA", Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, I.2o.P.56 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 49, Diciembre de 2017, Tomo IV, página 2263. Registro digital 2015897.

"IGUALDAD ANTE LA LEY. PARÁMETRO DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL RELATIVO AL DERECHO HUMANO A LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO COMO PRINCIPIO RECTOR DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO", Tribunales Colegiados de Circuito, XXII.P.A.23 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 55, Junio de 2018, Tomo IV, página 3063. Registro digital 2017169.

"DELITO DE VIOLACIÓN. LA AMENAZA DEL ACTIVO DE PUBLICAR MATERIAL GRÁFICO EXPLÍCITO DE LA OFENDIDA, PUEDE VÁLIDAMENTE CONSIDERARSE CONFIGURATIVA DEL ELEMENTO DE VIOLENCIA MORAL Y EFICAZ PARA LA IMPOSICIÓN DE LA CÓPULA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO", Tribunales Colegiados de Circuito. 1o.P.22 P (10a.). Tribunales Colegiados de Circuito. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 53, Abril de 2018, Tomo III, página 1926.). Registro Digital 2016548.

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Primera Sala

Amparo en revisión 554/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 25 de marzo de 2015

Amparo en Revisión 1284/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 13 de noviembre de 2019.

Resoluciones de otros órganos jurisdiccionales

Amparo Directo 303/2017. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito. 14 de junio de 2018

Tribunal de enjuiciamiento del Distrito Judicial del Estado de Querétaro. NUC. 16-1065-1520 de enero de 2019

Amparo Directo 183/2017. Tribunal Colegiado en materias Penal y Administrativa del Vigésimo Segundo Circuito. 24 de noviembre de 2017.

Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, Sumario Ordinario 426/216, sentencia del 20 de marzo de 2018.

Resoluciones emitidas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Casos contenciosos

CORTE IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Disponible en: «https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf».

_____, Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf».

_____, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf»

Resoluciones emitidas en el Sistema Universal de Derechos Humanos

Recomendaciones Generales

Comité CEDAW, "Recomendación general 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia", Recomendación General 33, 3 de agosto de 2015. Disponible en: «http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d-%2fPPRiCAqhKb7yhsldCrOlUTvLRFDjh6%2fx1pWCd9kc8NuhsZOT1QuzhrDy18wzCAUXNqyQ6jsIdNYETAeDvV6dejOczay7a%2b26T1wjjFHfgXT%2f1zCbvd%2bngmCTC».

Capítulo V

La ejecución penal desde la perspectiva de género

Corina Giacomello*

* Doctora en Estudios Latinoamericanos por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora-investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas.

La ejecución penal desde la perspectiva de género. I. Introducción; II. La reinserción social desde la perspectiva de los derechos humanos, la igualdad y no discriminación; III. Ejecución penal y alternativas a la privación de la libertad; IV. Obligación de juzgar con perspectiva de género; V. Aplicación de la perspectiva de género en la ejecución penal; VI. Reflexiones finales.

I. Introducción

En este manual se plantea el cruce entre dos ejes: el derecho de ejecución penal y la perspectiva de género como metodología y elemento constitutivo de la formación, comprensión, implementación y consecuencias del derecho. El objetivo primordial de este texto es plantear cómo incorporar la perspectiva de género en el quehacer jurisdiccional en materia de ejecución penal, tanto en fase de internamiento en prisión preventiva o como consecuencia de una sentencia, o bien en la aplicación de un reductivo de la pena de prisión.

Este tema es crucial no solo para la formación y sensibilización del personal judicial estatal y federal, sino para evitar o, por lo menos, reducir, los impactos de los usos desproporcionados de la prisión en México y las constantes violaciones a los derechos humanos que acontecen en los 288 centros de reinserción social del país.[1]

[1] En junio de 2021 la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana (2021, p. 3) reportó la existencia de 15 Centros de Reinserción Federales, 13 de la Ciudad de México y 260 centros estatales.

La privación de la libertad es la forma más aflictiva de la aplicación del derecho penal y causa de sufrimiento para la persona que se encuentra interna, así como para sus familiares. Por ello, su uso debe limitarse lo más posible, particularmente en fase preventiva y, en los casos donde se aplica debe garantizarse que las condiciones de detención no sean aflictivas ni se traduzcan en penas adicionales. Sin embargo, la privación de la libertad se mantiene como la reacción más común del Estado frente a las personas acusadas o encontradas culpables de la comisión de un delito.

A nivel mundial, el uso de la prisión como forma de medida cautelar o de sanción sigue en aumento. Actualmente, hay más de diez millones de personas privadas de la libertad, con un incremento de 24% desde el 2000 (Walmsley, 2018, p. 1). Ejemplo de ello es que en las Americas el aumento ha sido de 41%. Cabe hacer hincapié en que en el mismo periodo la población de mujeres en prisión en el mundo ha aumentado un 50%, mucho mayor que el aumento de la población masculina, que equivale aproximadamente al 21% (Walmsley, 2017). Asimismo, más de tres millones de personas se encuentran privadas de la libertad esperando una condena (Walmsley, 2020). En 63% de los países, entre 10 y 40% de la población privada de la libertad se encuentra en esta situación; el valor mundial promedio es de 29%. Pero, en algunos países, las cifras son más altas, alcanzando cifras por arriba del 70%: por ejemplo, en Libia, 90% de las personas detenidas están en calidad de procesadas, en Bolivia es el 70%, al igual que en Nigeria. El promedio para las Américas es del 37%; sin embargo, cuando observamos el desglose por país, hay situaciones muy desiguales entre sí: México, Panamá y Perú se encuentran alrededor del 40%, pero otros países, como Venezuela, Bolivia y Paraguay están por arriba del 60%. Algunos otros, como Uruguay, Colombia, Belice y El Salvador, tienen alrededor de 30% o menos de su población privada de la libertad de forma preventiva. Notable el caso de Costa Rica, con tan solo 13.3% de población en prisión sin sentencia.

En México, datos de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana (2021) de junio de 2021 reportan un total de 220,393 personas privadas de la libertad, distribuidas de la siguiente manera:

Tabla 1. Personas privadas de la libertad

Grupo	Número de personas	Porcentaje
Población total	220,393	100%
Hombres privados de la libertad	207,996	94.38%
Mujeres privadas de la libertad	12,397	5.63%
PPL del fuero común	192,023	87.13%
PPL procesada del fuero común	81,597	37.02%
PPL sentenciada del fuero común	110,426	50.10%
PPL del fuero federal	28,370	12.87%
PPL procesada del fuero federal	12,562	5.70%
PPL sentenciada del fuero federal	15,808	7.17%

Fuente: SECRETARÍA DE SEGURIDAD Y PROTECCIÓN CIUDADANA, *Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional*, junio de 2021, Ciudad de México: Secretaría de Seguridad y Participación Ciudadana/Prevención y Readaptación Social. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/660084/CE_2021_06.pdf última fecha de consulta: 2 de septiembre de 2021].

En los centros de reinserción deben garantizarse el goce y ejercicio de los derechos humanos de todas las personas, así como el reconocimiento de las necesidades y situaciones propias de los grupos en situación de vulnerabilidad, entre ellos las mujeres en prisión, las niñas y niños que viven con ellas, las personas LGBT+, las personas indígenas, adultas mayores y con discapacidad y las y los adolescentes privados de la libertad. Lamentablemente, ninguno de estos supuestos suele garantizarse en México. Los centros de reinserción social no cumplen, en su mayoría, con estándares mínimos de una vida digna, generando condiciones de vida aflictivas para quienes se encuentran en las prisiones en calidad de personas privadas de la libertad, pero también para el personal (Azaola y Pérez Correa, 2017) y las personas visitantes.

Como lo señala la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en el *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria* (CNDH, 2019, pp. 8-9), el 84% de los centros

estatales supervisados presentó deficientes condiciones materiales; de estos el 33.33% de los centros presentó sobrepoblación, lo que en consecuencia conlleva insuficiencia en actividades laborales y de capacitación (66.67%), deportivas (20.22%) y educativas (18.58%), así como insuficiencia de talleres y áreas deportivas en el 21.31% de los establecimientos. Asimismo, 32.24% tenía hacinamiento, en 33.33% se detectó autogobierno (CNDH, 2019, p. 10):

> En el 26.78% de los centros se observaron deficientes condiciones materiales y de higiene del área médica, así como una carencia de instrumental médico, de unidad odontológica, de personal para atender a las personas privadas de la libertad y de atención psicológica. Lo anterior es coincidente con las carencias en alimentación (26.78%); y los servicios de salud (32.79%), al no contemplar dietas especificas para los enfermos que así lo requieren, tales como quienes padecen diabetes (idem)

En los centros federales se reportan carencias importantes en cuanto a personal en general, personal médico y medicamentos, insuficiencia de actividades laborales, de capacitación, educativas y deportivas, así como de falta de programas para la prevención de adicciones y deficiencia en la atención a las personas adultas mayores (idem).

Asimismo, el catálogo de delitos para los cuales aplica la prisión preventiva oficiosa sigue en aumento, en lugar de reducirse en consonancia con los estándares internacionales en la materia.

El derecho de ejecución penal garantiza que las condiciones de detención, así como el uso de la prisión como medida cautelar o de sentencia, su intensidad y duración se encuentren bajo el control judicial. Los juzgados de ejecución tienen un papel clave para reducir las afectaciones del derecho penal en fase de ejecución y la perspectiva de género es una de las dimensiones que debe ser tomada en cuenta y de aplicación obligatoria.

Este manual se propone como una herramienta teórico-práctica que, por un lado, ofrece los instrumentos conceptuales y normativos para incorporar la perspectiva de género en la ejecución penal y, por el otro, provee ejemplos de sentencias

emitidas por tribunales mexicanos e internacionales que muestran cómo se plasma dicho cometido en la práctica judicial.

El contenido se distribuye en cinco partes. En la primera parte, se realiza una explicación del paradigma de la reinserción a partir del marco normativo vigente en México y de su interpretación de acuerdo a los estándares internacionales. Como segundo lugar, se exponen los contenidos del derecho de la ejecución penal más relevantes para este manual, a saber, las funciones de los jueces de ejecución, el procedimiento de ejecución y los reductivos y sustitutivos de la pena de prisión. Sucesivamente, se presentan los conceptos de género y perspectiva de género, con base en el *Protocolo para juzgar con perspectiva de género* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN, 2020) y se reproduce la metodología para la aplicación de la perspectiva de género contenida en la jurisprudencia "Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género" (SCJN, 2016). En la cuarta parte se muestran y discuten críticamente ejemplos de sentencias el orden internacional, interamericano y nacional. El texto concluye con recomendaciones para la incorporación de la perspectiva de género en la ejecución penal basadas en el análisis de todas las sentencias.

II. La reinserción social desde la perspectiva de los derechos humanos, la igualdad y no discriminación

La ejecución penal en México surge con la reforma al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM, de aquí en adelante) en el marco de la reforma penal del año 2008. Al atribuirse que todas las las personas juzgadoras la facultad de modificar las penas y su duración, —*facultad que antes era de competencia de las autoridades administrativas*— se genera la necesidad de adecuar un marco legal que regule las figuras y formas jurisdiccionales con el objetivo de aplicación de esta facultad.

La aprobación de dicha ley estaba prevista para el año 2011; sin embargo, hubo que esperar hasta el año 2016 para que se publicara en el *Diario Oficial de la Federación*, el día 16 de junio, la Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP). Como

lo explica el maestro Miguel Sarre, principal autor de la ley, el derecho de ejecución penal (DEP) es más amplio que el derecho penitenciario (Sarre, 2016) y tiene como objeto principal garantizar que la prisión en realidad se ajuste al Estado de derecho (Sarre y Manrique, 2018, p. 44).

Tal y como lo define el artículo 1º de la misma LNEP, los ámbitos de la ejecución penal son en primer lugar, la ejecución de la prisión preventiva y de las sanciones; en segundo lugar, tenemos las medidas de seguridad impuestas como consecuencia de una resolución judicial; y por último, tenemos a las controversias que surjan con motivo de la ejecución penal; y los medios para la reinserción social.

La transición del paradigma de la readaptación a la reinserción social culmina en 2008 y 2011en el marco de las reformas en materia penal y de derechos humanos al artículo 18 de la CPEUM. El segundo párrafo de dicho artículo establece:

> El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

El paradigma de la reinserción reconoce a las personas privadas de su liberad como sujetos de derecho, dejando atrás, por lo menos en teoría, el paradigma de la readaptación de la persona en prisión por medio del tratamiento penitenciario, entendido no bajo un enfoque de derechos, sino de transformación del individuo. Es necesario precisar que la reinserción debe postularse como un conjunto de derechos, donde el foco debe desplazarse de la persona privada de la libertad como sujeto a tratarse a los servicios que deben proveer en todos los centros penitenciarios a las personas privadas de la libertad.

Aún así, el lenguaje del artículo 18 constitucional no deja de plantear la reinserción como un fin y, al mismo tiempo, un conducto para evitar la reincidencia por

medio de ciertos medios —la educación, la salud, el deporte, el trabajo, la capacitación para el trabajo y el respeto a los derechos humanos—. Dicho lenguaje mantiene una visión de la persona sentenciada como alguien que, por medio de la condición de la privación de la libertad, dejaría atrás las cualidades que la llevarían a delinquir y adquiriría nuevos medios para "formar parte de la sociedad", literalmente volviendo a entrar después de un periodo de pena que, además de castigo, tendría fines transformadores. Los riesgos que implica esta visión son múltiples: en primer lugar, hace recaer la privación de la libertad sobre la persona interna, como si fuera consecuencia de sus actos y no la consecuencia de una decisión del Estado: es el Estado que toma la decisión de ejercer la privación de la libertad como una posible respuesta frente a la presunta o comprobada comisión de un delito.

En segundo lugar, mantiene la idea de que la comisión de un delito es fruto de una serie de carencias o deficiencias individuales que deben ser atendidas, reproduciendo la idea, —por cierto, estigmatizante—, de que las personas que cometen delitos son fundamentalmente, personas con carencias económicas y con un bajo nivel académico . Efectivamente, cuando cruzamos las puertas de las prisiones, encontramos a personas con niveles socioeconómicos bajos, pero ello no quiere decir, por expresarlo de forma coloquial, "que los pobres cometen delitos" sino que los esfuerzos de persecución e impartición de justicia reproducen y refuerzan la criminalización de los grupos más marginados de la sociedad.

El tercer problema que es latente en el planteamiento de "la reinserción" plasmado en la CPEUM si lo interpretamos literalmente, esta puede ser asumida como un propósito casi terapéutico y de protección social: con el fin de privar de la libertad a una persona y darle medios para *"regresar a la sociedad"*, todos vamos a estar más seguros. Lo anterior se traduce en una pena adicional de carácter moral que no es admisible ni justificable. La sanción de un delito se construye por medio de la temporalidad de la sentencia, la suspensión de los derechos civiles y políticos para las personas sentenciadas —y en la práctica, para la mayoría de las personas procesadas— y la reparación del daño o la multa, según sea el caso. Lo demás, es decir la atención a la salud, el acceso al trabajo y la capacitación, el desarrollo de actividades culturales y recreativas, el derecho al ocio, a la visita, a la alimentación

y demás prestaciones, derechos y servicios que deben existir y garantizarse en las prisiones, son obligaciones del Estado como consecuencia de su decisión de imponer una medida cautelar o una pena privativa de la libertad en lugar de aplicar otras medidas menos restrictivas.

El primer punto, es decir, la tipificación de los delitos y sanciones, son competencias del derecho penal sustantivo (DPS), mientras que el cómo y dónde se llevará a cabo la medida cautelar o la pena impuesta de acuerdo a los beneficios constitucionales forman parte del DEP (Sarre y Manrique, 2018).

Para resumir, un primer punto crucial para entender la ejecución penal en su conjunto y particularmente el tema de la reinserción como uno de sus ejes, es adoptar una visión que realmente se separe del paradigma curativo e intervencionista centrado en el individuo como objeto de tratamiento, para transitar a una mirada de responsabilidad y obligaciones del Estado frente a las personas que se encuentran bajo su control en un contexto de privación de la libertad como consecuencia del aparato legislativo estatal y de las resoluciones judiciales, es decir, como resultado del diseño y aplicación del DPS y del DEP. Dicho enfoque se encuentra plasmado en herramientas normativas y jurídicas que es menester compartir a continuación.

1. Derecho de acto vs. derecho de autor

La Primera Sala de la SCJN se ha manifestado con la tesis aislada "Derecho penal del autor y derecho penal del acto. Rasgos caracterizadores y diferencias" (2011) (García Gárate, 2018, 7) y la tesis jurisprudencial "Derecho penal de acto. Razones por las cuales la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se decanta por dicho paradigma (interpretación sistemática de los artículos 1o., 14, tercer párrafo, 18, segundo párrafo, y 22, primer párrafo)" resaltando la vigencia del derecho penal de acto frente al derecho penal de autor:

> DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS

ARTÍCULOS 1o., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO).[2]

A fin de determinar por qué el paradigma del derecho penal del acto encuentra protección en nuestro orden jurídico, es necesario ubicar aquellos preceptos constitucionales que protegen los valores de los que tal modelo se nutre. Para ello, en primer lugar, es imprescindible referir al artículo 1o. constitucional, pues como ha sostenido esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, la dignidad humana por él protegida es la condición y base de todos los derechos humanos. Además, al proteger la autonomía de la persona, rechaza cualquier modelo de Estado autoritario que permita proscribir ideologías o forzar modelos de excelencia humana a través del uso del poder punitivo. Por ende, el derecho penal no puede sancionar la ausencia de determinadas cualidades o la personalidad, porque está limitado a juzgar actos. Afirmación que necesariamente debe ser enlazada con el principio de legalidad, protegido por el artículo 14, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Esta disposición es la que revela, del modo más claro y literal posible, que el derecho penal únicamente puede prohibir la comisión de conductas específicas (no la personalidad); es decir, sólo aquel acto prohibido por una norma penal, clara y explícita, puede dar lugar a una sanción. Por otro lado, también debe considerarse el actual contenido del segundo párrafo del artículo 18 constitucional. El abandono del término "readaptación" y su sustitución por el de "reinserción", a partir de la reforma constitucional de junio de 2008, prueba que la pena adquiere nuevas connotaciones. El hecho de que la Constitución haya eliminado la posibilidad de que el sistema penal opere bajo la premisa de que alguien es desadaptado, fundamenta la convicción de que nuestro sistema se decanta por un derecho penal sancionador de delitos, no de personalidades. Así, el abandono del término "delincuente" también exhibe la intención del constituyente permanente de eliminar cualquier vestigio de un "derecho penal de autor", permisivo de la estigmatización de quien ha cometido un delito. Esta conclusión se enlaza con la prohibición de penas inusitadas contenida en el artículo 22, primer

[2] Tesis de jurisprudencia 21/2014 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha cinco de marzo de dos mil catorce.

párrafo, constitucional, la cual reafirma la prohibición de que cualquier consideración vinculada con etiquetas a la personalidad tenga incidencia en la punición.

Ahora bien, los postulados de la reinserción son, a todas luces, derechos que deben traducirse en condiciones materiales —servicios e insumos— y de trato digno y respetuoso de los derechos humanos que deben ser garantizadas por parte de las autoridades penitenciarias, las autoridades corresponsables[3] y los juzgados de ejecución.

Como lo explica Sarre (Sarre, 2011, p. 259) La ejecución penal implica derechos de distinto tipo que se pueden calificar en i) derechos que se conservan, como el derecho a la integridad personal; ii) derechos que se pierden o suspenden con motivo de la pena o del proceso en reclusión, por ejemplo los derechos civiles y políticos; iii) derechos que se restringen durante la ejecución de la pena o la reclusión durante el proceso, como la libertad de asociación y expresión y iv) derechos que se adquieren con la imposición de la sanción penal o de la reclusión durante el proceso. Los derechos contemplados en este último rubro comprenden los explícitamente establecidos en el artículo 18 constitucional: "educación, trabajo, capacitación para el trabajo, protección a la salud y deporte, pero también incluyen otros derechos implícitos, como a la alimentación y el agua potable, y a una estancia digna" (Ibidem p. 265).

Al postular los elementos de la reinserción como derechos y al reconocer a las personas privadas de la libertad como sujetos de derecho, queda superado el marco de la readaptación y se garantiza el reconocimiento de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad. Asimismo, la carga de la garantía y ejercicio de los derechos se traslada al Estado: es decir, ya no la persona privada de la libertad debe modificar su ser y su conducta en función de sus actos, sino que el Estado, como consecuencia de su decisión de privar de la libertad como

[3] El artículo 2.II de la LNEJ define como autoridades corresponsables "A las Secretarías de Gobernación, de Desarrollo Social, de Economía, de Educación Pública, de Salud, del Trabajo y Previsión Social, de Cultura, la Comisión Nacional de Cultura Física y Deporte, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia y la Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes y sus equivalentes en las entidades federativas, así como aquellas que por su naturaleza deben intervenir en el cumplimiento de la Ley, en el ámbito de sus atribuciones".

medida cautelar o sanción, debe asumir la responsabilidad de proveer a las personas privadas de la libertad con los servicios, insumos y condiciones de trato de tal manera que la pena privativa de la libertad no implique penas adicionales y violaciones a los derechos humanos.

2. Estado como garante

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el deber de los Estados frente a las personas privadas de la libertad a través de la figura del "Estado como garante". Este concepto se encuentra plasmado en el Principio I de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas:

> **Trato humano**
>
> Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.
>
> En particular, y tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad.
>
> […]

Asimismo, ha sido invocado en numerosas ocasiones por la Corte, como se muestra en los siguientes extractos

> Caso Hernández Vs. Argentina, 2019.
>
> En tal sentido, en relación con las personas que han sido privadas de su libertad, la Corte ha determinado que el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o

dominio sobre quienes se encuentran sujetos a su custodia. Lo anterior, como resultado de la interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al privado de libertad se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas esenciales para el desarrollo de una vida digna. En consecuencia, de conformidad con el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal. Esto implica el deber del Estado de salvaguardar la salud y el bienestar de las personas privadas de libertad y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la misma (Corte IDH, 2020, p. 16).

Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago, 2004.

Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar.

La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática (Corte IDH, 2020, pp. 8-9).

3. Principio de equivalencia

Las personas privadas de la libertad tienen derecho al ejercicio de los derechos que no se ven suspendidos y restringidos por la privación de la libertad, así como a

aquellos que se adquieren a partir de su sometimiento bajo el control del Estado y la imposibilidad de proveerse por sí mismos de las condiciones básicas para su goce.

Dichos derechos deben cumplirse, por lo menos, bajo las mismas condiciones que las que gozan las personas que viven afuera de las prisiones, lo que se conoce como principio de equivalencia. A continuación, se muestran algunos fundamentos del mismo. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señala en la *Observación General número 21 "Trato humano de las personas privadas de la libertad"* respecto del Artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

> 3. El párrafo 1 del artículo 10 impone a los Estados Partes una obligación positiva en favor de las personas especialmente vulnerables por su condición de personas privadas de libertad y complementa la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes prevista en el artículo 7 del Pacto. En consecuencia, las personas privadas de libertad no sólo no pueden ser sometidas a un trato incompatible con el artículo 7, incluidos los experimentos médicos o científicos, sino tampoco a penurias o a restricciones que no sean los que resulten de la privación de la libertad; **debe garantizarse el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres**. Las personas privadas de libertad gozan de todos los derechos enunciados en el Pacto, sin perjuicio de las restricciones inevitables en condiciones de reclusión.
>
> 4. Tratar a toda persona privada de libertad con humanidad y respeto de su dignidad es una norma fundamental de aplicación universal. Por ello, tal norma, como mínimo, no puede depender de los recursos materiales disponibles en el Estado Parte. Esta norma debe aplicarse sin distinción de ningún género, como, por ejemplo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro género, origen nacional o social; patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición (negritas añadidas).[4]

Asimismo, la Regla 5 de las Reglas Nelson Mandela determina que "El régimen penitenciario procurará reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión

[4] Traducción a cargo de la autora.

y la vida en libertad que tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano". La Regla 24 es enfática en señalar que "Los reclusos gozarán de los mismos estándares de atención sanitaria que estén disponibles en la comunidad exterior y tendrán acceso gratuito a los servicios de salud necesarios sin discriminación por razón de su situación jurídica".

El Principio 1 de los *Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* abunda con respecto a la obligatoriedad del principio de equivalencia, puesto que afirma, en su Principio 1º "El personal de salud, especialmente los médicos, encargado de la atención médica de personas presas o detenidas tiene el deber de brindar protección a la salud física y mental de dichas personas y de tratar sus enfermedades al mismo nivel de calidad que brindan a las personas que no están presas o detenidas".

A su vez, las Reglas de Bangkok establecen las siguientes disposiciones:

> Regla 18
>
> Las reclusas tendrán el mismo acceso que las mujeres de su edad no privadas de libertad a intervenciones de atención preventiva de la salud pertinentes a su género, como pruebas de Papanicolau y exámenes para la detección de cáncer de mama y otros tipos de cáncer que afecten a la mujer.
>
> Regla 39
>
> Las reclusas menores de edad embarazadas recibirán apoyo y atención médica equivalente a la que se presta a las reclusas adultas. Su estado de salud estará sujeto a la vigilancia de un especialista médico, teniendo en cuenta que por su edad pueden hallarse en mayor riesgo de complicaciones durante el embarazo.

Asimismo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad afirma, en su Artículo 14 "Libertad y seguridad de la persona":

> […]
>
> Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.

El principio de equivalencia puede ser concebido como conformado por tres partes complementarias: la primera, i) el acceso al interior de los recintos de reclusión a servicios cuyos estándares sean equiparables a los de la comunidad exterior y, su corolario, i) el acceso a servicios en el exterior, en el caso de que el centro no cuente con la especialización requerida. Asimismo, grupos e individuos específicos dentro del conjunto de las personas privadas de la libertad tienen derecho a a) el goce de los mismos derechos que las demás personas privadas de la libertad; b) el goce de los mismos derechos que las personas con su misma condición (por ejemplo, ser mujeres o ser personas usuarias de drogas) que no están privadas de la libertad. Estas dimensiones del principio de equivalencia se articulan con los principios de igualdad y no discriminación.

4. Igualdad y no discriminación

El reconocimiento y ejercicio de los derechos de las personas privadas de la libertad debe guiarse por dos principios complementarios: i) principio de equivalencia e ii) igualdad y no discriminación. Como ya se explicó, el primero tiene tres acepciones; la última se refiere al derecho de las personas pertenecientes a grupos vulnerables a tener acceso a i) el mismo nivel de vida digna que las demás privadas de la libertad y, por ende, que las personas no privadas de la libertad; ii) el respeto y satisfacción de necesidades especiales.

El principio II de los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas* establece:

Principio II

Igualdad y no-discriminación

Toda persona privada de libertad será igual ante la ley, y tendrá derecho a igual protección de la ley y de los tribunales de justicia. Tendrá derecho, además, a conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley, y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad.

Bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, género, orientación sexual, o cualquiera otra condición social. En consecuencia, se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad.

No serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes; de los niños y niñas; de las personas adultas mayores; de las personas enfermas o con infecciones, como el VIH-SIDA; de las personas con discapacidad física, mental o sensorial; así como de los pueblos indígenas, afrodescendientes, y de minorías. Estas medidas se aplicarán dentro del marco de la ley y del derecho internacional de los derechos humanos, y estarán siempre sujetas a revisión de un juez u otra autoridad competente, independiente e imparcial. (énfasis añadido)

[…]

En el mismo tenor, las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos* "Reglas Nelson Mandela" establecen:

> Regla 2
>
> 1. Las presentes reglas se aplicarán de forma imparcial. No habrá discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Deberán respetarse las creencias religiosas y preceptos morales de los reclusos.
>
> 2. Con el propósito de aplicar el principio de no discriminación, las administraciones penitenciarias tendrán en cuenta las necesidades individuales de los reclusos, en particular de las categorías más vulnerables en el contexto penitenciario. Se deberán adoptar medidas de protección y promoción de los derechos de los reclusos con necesidades especiales, y dichas medidas no se considerarán discriminatorias.

Lo anterior se refuerza en las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de Libertad para Mujeres Delincuentes* "Reglas de Bangkok":

> Regla 1
>
> A fin de poner en práctica el principio de no discriminación consagrado en el párrafo 6 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, se deben tener en cuenta las necesidades especiales de las reclusas en la aplicación de las presentes Reglas. La atención de esas necesidades para lograr en lo sustancial la igualdad entre los sexos no deberá considerarse discriminatoria. (énfasis añadido)

Dicha aseveración en el caso de las mujeres privadas de la libertad se sustenta también en el Artículo 4 de la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (Artículo 4 "Medidas especiales") y en el reconocimiento de la privación de la libertad como un ámbito de especial vulnerabilidad a la violencia para las mujeres y, por ende, a tomarse en especial consideración para la aplicación de medidas para su erradicación en el marco de la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* "Convención de Belem do Pará" (Artículo 9).

Asimismo, El principio 9 de los Principios de Yogyakarta, *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual e identidad de género* establece el derecho de toda persona privada de la libertad a ser tratada humanamente.

Por lo anterior, se afirma que no sólo las personas privadas de la libertad son sujetos de derechos y de dignidad al igual que las personas no privadas de la libertad, sino que son sujetos de medidas específicas orientadas a eliminar la discriminación que la privación de la libertad conlleva. Lejos de verse desprovisto de derechos, adquieren derechos reforzados a la hora de estar en reclusión. Asimismo, dentro del conjunto de personas privadas de la libertad, deben tomarse en cuenta las necesidades individuales y de grupos específicos en razón de formas de discriminación y violencia históricas, como las que sufren las mujeres y las personas LGBTI+ que se agudizan en los centros de reinserción.

III. Ejecución penal y alternativas a la privación de la libertad

La LNEP establece en su Capítulo III que son autoridades en la Ejecución Penal i) la Autoridad penitenciaria; el Comité técnico; iii) la Custodia penitenciaria; iv) la Policía procesal; v) el Ministerio público; vi) los Jueces de ejecución; y vii) las autoridades para la supervisión de libertad. El artículo 3 XI define al juez de ejecución "a la autoridad judicial especializada del fuero federal o local, competente para resolver las controversias en materia de ejecución penal, así como aquellas atribuciones que prevé la presente Ley".

Los jueces de ejecución son una figura toral en las prisiones, ya que por medio de sus actuaciones garantizan i) que las penas se ejecuten y modifiquen de acuerdo a criterios jurídicos objetivos; ii) que las condiciones penitenciarias sean objeto de controversias cuya resolución se da por medio de una autoridad imparcial y bajo los principios y formas del proceso adversarial y oral y iii) que las disposiciones fruto de la resolución de las controversias sean acatadas y ejecutadas por la autoridad penitenciaria, incluso con la posibilidad de tener efectos generales.

Esto garantiza mayor transparencia, equilibrio, imparcialidad y protección de derechos.

Los jueces de ejecución son, por decirlo enfáticamente, la última línea de defensa de las personas privadas de la libertad y los garantes de que la ejecución penal se lleve a cabo con estricto apego a los derechos humanos. Son, probablemente, las autoridades judiciales con mayor responsabilidad social, puesto que deben proteger a las personas de los abusos del Estado.

Sus competencias son múltiples, pero pueden ser resumidas en tres grandes bloques: i) el cómputo de la pena y el abono del tiempo en prisión preventiva al mismo; ii) la modificación de la pena por medio de los reductivos y medidas sustitutivas a la pena de prisión; iii) el control y judicialización de diversos aspectos de la ejecución penal, entre otras, medidas de seguridad y sanciones disciplinarias impuestas por el Comité técnico, traslados y condiciones penitenciarias, plan de actividades de las PPL y derechos de quienes soliciten ingresar o hayan ingresado al centro como visitantes, defensores públicos y privados, defensores en los tribunales de amparo, y observadores por parte de organizaciones de la sociedad civil, por medio de la solución de controversias. También desempeñan un papel en las decisiones que conciernen a la estancia de niñas y niños con sus madres en prisión.

A continuación, se resumen las funciones de los juzgados de ejecución, para después adentrarnos en el tema de las medidas alternativas al encarcelamiento —componente de la modificación de la pena—.

En Tabla 2 se presentan las competencias de los jueces de ejecución establecidas en los artículos 24 y 25, mientras que en la Tabla 3 se refieren las disposiciones de competencia de juez de ejecución previstas en el Título cuarto de la LNEP, donde se expone el Procedimiento de ejecución, mismo que abarca del artículo 100 al 135. El contenido completo puede ser consultado en el texto legislativo.

Tabla 2. Competencias de los jueces de ejecución

Artículo	Disposiciones
24	El Poder Judicial de la Federación y Órganos Jurisdiccionales de las entidades federativas establecerán jueces que tendrán las competencias para resolver las controversias con motivo de la aplicación de esta Ley establecidas en el Capítulo II del Título Cuarto de esta Ley. Son competentes para conocer del procedimiento de ejecución penal los jueces cuya circunscripción territorial se encuentre la persona privada de la libertad, independientemente de la circunscripción territorial en la que se hubiese impuesto la sanción en ejecución. Los Jueces de Ejecución tendrán la competencia y adscripción que se determine en su respectiva ley orgánica y demás disposiciones legales. La jurisdicción territorial de los Jueces de Ejecución se podrá establecer o modificar mediante acuerdos generales.
25	En las competencias a que se refiere el artículo anterior, el Juez de Ejecución deberá observar lo siguiente: I. Garantizar a las personas privadas de la libertad, en el ejercicio de sus atribuciones, el goce de los derechos y garantías fundamentales que le reconoce la Constitución, los Tratados Internacionales, demás disposiciones legales y esta Ley; II. Garantizar que la sentencia condenatoria se ejecute en sus términos, salvaguardando la invariabilidad de la cosa juzgada con los ajustes que la presente legislación permita; III. Decretar como medidas de seguridad, la custodia de la persona privada de la libertad que llegue a padecer enfermedad mental de tipo crónico, continuo e irreversible a cargo de una institución del sector salud, representante legal o tutor, para que se le brinde atención, trato y tratamiento de tipo asilar; IV. Sustanciar y resolver los incidentes que se promuevan para lograr el cumplimiento del pago de la reparación del daño, así como los demás que se promuevan con motivo de la ejecución de sanciones penales;

	V. Garantizar a las personas privadas de la libertad su defensa en el procedimiento de ejecución; VI. Aplicar la ley más favorable a las personas privadas de la libertad; VII. Establecer las modalidades sobre las condiciones de supervisión establecidas para los supuestos de libertad condicionada, sustitución de penas y permisos especiales; VIII. Rehabilitar los derechos de la persona sentenciada una vez que se cumpla con el término de suspensión señalado en la sentencia, así como en los casos de indulto o en los casos de reconocimiento de inocencia; IX. Imponer los medios de apremio que procedan para hacer cumplir sus resoluciones; X. Las demás que esta Ley y otros ordenamientos le confieran.

Tabla 3. Competencias de los jueces de ejecución

Artículo	Contenido
100. Ejecución de sentencia	Dar trámite a los procedimientos que corresponden a la ejecución de sentencia para dar cumplimiento al fallo emitido por el Juez de Control o Tribunal de Enjuiciamiento.
101. Tipos de resoluciones que ejecutará el Juez de Ejecución	Cumplimiento de sentencias condenatorias y firmes.
102. Puesta a disposición	Puesta a disposición, requerimiento u orden de reaprehensión de persona sentenciada.
103. Inicio de la ejecución	Inicio al procedimiento de ejecución en el caso de personas en prisión preventiva o sentenciadas.
106. Cómputo de la pena	Cómputo de la pena y abono del tiempo en prisión preventiva; determinación del cumplimiento de la sentencia.

114. Resolución de peticiones administrativas	Resolución de peticiones administrativas que no fueron resueltas por la autoridad penitenciaria dentro de los términos legales.
115. Casos urgentes	En caso de hechos actos u omisiones respecto de las condiciones de internamiento que, de no atenderse de inmediato, quedaría sin materia la petición, constituyendo un caso el Juez de Ejecución, de oficio, suspenderá de inmediato el hecho o acto que motivó la petición, así como los efectos que tuviere, hasta en tanto se resuelva en definitiva. Tratándose de omisiones, el Juez de Ejecución determinará las acciones a realizar por la Autoridad Penitenciaria.
Capítulo IV, arts. 116-119. Controversias ante el Juez de ejecución	Los jueces de ejecución conocerán controversias relacionadas con: Las condiciones de internamiento y cuestiones relacionadas con las mismas; El plan de actividades de la persona privada de la libertad y cuestiones relacionadas con el mismo, que impliquen violación de derechos fundamentales; Los derechos propios de quienes soliciten ingresar o hayan ingresado al Centro como visitantes, defensores públicos y privados, defensores en los tribunales de amparo, y observadores por parte de organizaciones de la sociedad civil; La duración, modificación y extinción de la pena y de sus efectos; La duración, modificación y extinción de las medidas de seguridad; Traslados.
Capítulo V, arts. 120-129	Admisión (o no) de la controversia y desarrollo del procedimiento conforme a un sistema adversarial y oral; Resolución de la controversia; Posibilidad de dar efectos generales a la resolución; Ejecución de la resolución.

Capítulo VI, arts. 130-135. Recurso	Resolución de los recursos de revocación y apelación.

1. Medidas alternativas al encarcelamiento

La LNEP prevé sustitutivos y reductivos a la pena privativa de la libertad, mismos que se inscriben en la categoría de "medidas alternativas al encarcelamiento". Éstas son, como su nombre lo sugiere, medidas cautelares o de sanción que se aplican en el medio libre. El uso de medidas alternativas al encarcelamiento tiene numerosos beneficios: en primer lugar, puede reducir el uso de la prisión. Es importante mencionar que si bien la prisión debería ser aplicada como *última ratio*, ya se ha mostrado como, en la realidad, es se usa con bastante frecuencia y de manera creciente en el caso de las mujeres.

La privación de la libertad infringe dolor a las personas en esa situación y sus familiares; asimismo, el uso excesivo de la prisión, y en especial de la prisión preventiva, a la par que la tardanza en los procesos judiciales o la aplicación de penas largas, culminan en la violación duradera y sistemática de varios derechos humanos. No solo el derecho a la libertad, mismo que puede ser justificado por la legalidad de la medida, sino otros ámbitos de la vida de las personas, afectados por las malas condiciones penitenciarias, el hacinamiento, o, simplemente, por el progresivo deterioro del capital social. El derecho a la salud, a la educación, el trabajo, la igualdad, la recreación, los derechos electorales, la prohibición de la tortura y malos tratos, así como la posibilidad de desenvolverse en familia y en la comunidad, se ven mermados progresiva o abruptamente en los entornos penitenciarios.

Varios factores influyen en la intensidad y modalidad de la violación de derechos, entre otros, los ya mencionados sobre uso de la prisión preventiva y las penas largas, mismos que conducen, inevitablemente, al hacinamiento penitenciario, causa, a su vez, peores condiciones de detención, el deterioro de la salud y una mayor violencia; también el tipo de régimen penitenciario tiene consecuencias sobre el nivel de aflicción que conlleva toda privación de la libertad. No es lo mismo, por ejemplo, estar privado de la libertad en un centro donde se goza de

la posibilidad de desplazarse al aire libre, de tener acceso a comida digna, educación, trabajo, un contacto regular con la familia en un entorno amigable y con permisos de salida provisionales —para salir a trabajar o a visitar a la familia, por ejemplo— que vivir el encierro en un centro donde se permanece 23 horas del día en una celda, sin contactos humanos significativos o libres, vistiendo un uniforme donde está colocado el número que sustituye nuestro nombre —siendo ésta última la situación en la que habitan las personas privadas de la libertad en los centros federales de reinserción social en México.

Recordemos que la modalidad e intensidad del régimen y, como consecuencia, de las violaciones a los derechos de las personas privadas de la libertad, no quedan confinadas a las paredes de la prisión, sino se extienden y afectan a las familias de las personas privadas de la libertad, particularmente sus hijas e hijos. Es así que un menor uso de la prisión se traduce en una menor afectación a los derechos de las personas acusadas o procesadas de un delito, así como, en términos generales, de su entorno.

Además de ser una mejor respuesta para el respeto de los derechos humanos de las personas en conflicto con la ley y sus familias, las medidas alternativas traen también beneficios económicos para el sistema de justicia, al ser menos costosas, y contribuyen a reducir la reincidencia (Equis Justicia para las Mujeres A.C., 2020).

El principal instrumento internacional en materia de alternativas al encarcelamiento son las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad*, conocidas como Reglas de Tokio. Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1990, en dicho texto se reconocen los beneficios de las alternativas al encarcelamiento como medidas eficaces para la persona en conflicto con la ley. Las distintas opciones de alternativas al encarcelamiento son presentadas de acuerdo con las fases judiciales, es decir i) previa al juicio, ii) juicio y sentencia y iii) medidas posteriores a la sentencia. El primer rubro se refiere a medidas de derivación en sede policial o ministerial, o de otros organismos, que procuran evitar o reducir el procesamiento penal de la persona detenida. En la Regla 6.1 se resalta la importancia de aplicar la prisión preventiva solo como último recurso. Lo anterior se complementa con la disposición de la duración de la

prisión preventiva por el menor tiempo posible y su pronta sustitución por otras medidas.

Las disposiciones en materia de sanción le competen al órgano juzgador e implican una serie de alternativas que también deberán tomar en cuenta los intereses y necesidades de la persona en conflicto con la ley, la víctima y la sociedad en general. Entre las medidas enlistadas se incluyen las siguientes (Regla 8.2): i) las sanciones verbales; ii) la libertad condicional; iii) las sanciones económicas; iv) la suspensión de la condena o condena diferida; v) servicios a la comunidad; vi) arresto domiciliario; vii) una combinación de las anteriores.

Como puede apreciarse de esta lista, las medidas tienen distintos niveles de intensidad y control, lo cual permite modular la sanción con base a los factores de cada caso. La medida más dura es, sin duda, la detención domiciliaria, al tratarse de una forma de privación de la libertad. Con respecto a la combinación de medidas, esto abarca, por ejemplo, la detención domiciliaria aunada al uso de un brazalete electrónico, el cual, a su vez, puede implicar un costo (Giacomello y García Castro, 2020), o bien el pago de una sanción económica y la supervisión judicial.

Con respecto a las medidas posteriores a la sentencia, las Reglas elucidan las siguientes: i) permisos y centros de transición; ii) liberación con fines laborales o educativos; iii) distintas formas de liberación condicional; iv) la remisión; y v) el indulto. Desde luego, el abanico de medias incluidas en las Reglas de Tokio no implica que no puedan existir otras.

Para los objetivos de este manual, cabe resaltar las aportaciones de las *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para mujeres delincuentes*, conocidas como Reglas de Bangkok. Las Reglas de Bangkok parten del reconocimiento de que la mayoría de las mujeres privadas de la libertad son acusadas de delitos menores no violentos. Cuando son condenadas por delitos violentos, éstos son cometidos principalmente en contra de personas que han tenido comportamiento violentos o abusivos, particularmente la pareja (UNODC, 2014). Las mujeres privadas de la libertad comparten una historia de vida marcada por la violencia en razón de género y la gran mayoría

es principal o única responsable de personas dependientes, particularmente sus hijas e hijos.

Para el caso de México, datos de la Encuesta Nacional de Población Penitenciaria 2016 (ENPOL, de ahora en adelante) del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (INEGI, 2017),[5] muestran que 74.% de la población privada de la libertad tenía hijas e hijos, a la hora del levantamiento de la encuesta —2016—. De éstas, 83% tenía hijas e hijos menores de 18 años. Para la ENPOL no desagrega estos datos por sexo. Sin embargo, a partir de cálculos rigurosos, en el estudio Informe final México (Muñoz, 2019) del proyecto *Niñez que Cuenta. El impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con madres y padres encarcelados en América Latina y el Caribe* (Giacomello, 2019), se estima que 87% de las mujeres privadas de la libertad en 2016 (10,611) tenía hijas e hijos y que 69% tenía hijas e hijos menores de edad. Finalmente, datos del Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales del INEGI[6] (muestran que en 2018 había 415 niñas y niños viviendo en prisión con sus madres, de los cuales 70% tenía entre menos de un año y un año.

Las Reglas de Bangkok contienen una sección denominada "Medidas no privativas de la libertad", que abarca de la Regla 57 a la 66. En la 57 de las Reglas de Bangkok se reconoce el rol orientador de las Reglas de Tokio y se dispone que los Estados, en el marco del orden jurídico nacional, elaborarán "medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas".

También la Regla 58 hace hincapié en el uso de medidas alternativas que sustituyan la prisión preventiva y en fase de condena; además, resalta la importancia de no separar a las mujeres de sus familias y comunidad. La Regla 60 subraya la

[5] INEGI, Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL) 2016, Publicada en Julio 2017. Disponible en https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enpol/2016/doc/2016_enpol_presentacion_ejecutiva.pdf

[6] INEGI, Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales 2019, Publicada el 20 de mayo de 2020. Disponible en https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cngspspe/2019/doc/cngspspe_2019_resultados.pd

importancia de los programas y medidas de acompañamiento que deben implementarse paralelamente a una medida alternativa:

> Regla 60
>
> Se preverán recursos apropiados a fin de elaborar opciones satisfactorias para las delincuentes, en las que se conjuguen las medidas no privativas de la libertad con intervenciones destinadas a resolver los problemas más habituales por los que las mujeres entran en contacto con el sistema de justicia penal. Entre ellas podrán figurar cursos terapéuticos y orientación para las víctimas de violencia en el hogar y maltrato sexual, un tratamiento adecuado para las que sufran discapacidad mental, y programas de educación y capacitación para aumentar sus posibilidades de empleo. En esos programas se tendrá presente la necesidad de establecer servicios de atención a los niños y otros destinados exclusivamente a la mujer.

Este punto es muy importante, pues justo deja ver el papel de las medidas alternativas: éstas no son "solamente" una opción no privativa de la libertad, sino que cumplen con su pleno significado solo si representan también una oportunidad para atender las múltiples casusas que subyacen la criminalización de las mujeres.

La Regla 61 apunta a la aplicación de atenuantes a la hora de imponer una condena, como la ausencia de una historia penal, la levedad del delito y las responsabilidades del cuidado de otras personas. Para el tema objeto de este estudio, cabe reproducir las Reglas 63 y 64:

> Regla 63
>
> Al adoptarse decisiones relativas a la puesta en libertad condicional anticipada se tendrán en cuenta favorablemente las responsabilidades de cuidado de otras personas de las reclusas y sus necesidades específicas de reinserción social.
>
> Regla 64
>
> Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento

> o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños.

La aplicación de medidas alternativas presenta en la mayoría de los casos de las mujeres en prisión una opción no solamente más eficaz, sino más justa, tanto para ellas como para las personas a su cargo.

Así lo ha sostenido el Comité de los Derechos del Niño en el Día de Debate General sobre niñas y niños con padres encarcelados[7] (Comité de los Derechos del Niño, 2011, par. 11).

La aplicación de alternativas al encarcelamiento se promueve también en las *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*:

> 47. Cuando el único o principal cuidador del niño pueda quedar privado de libertad a causa de su ingreso en prisión preventiva o de su condena a una pena de prisión, deberían dictarse en tales casos, siempre que sea posible y teniendo en cuenta el interés superior del niño, medidas de libertad provisional y penas no privativas de libertad. Los Estados deberían tener en cuenta el interés superior del niño al decidir retirar la custodia de un niño nacido en prisión o que vive en prisión con uno de sus progenitores. La retirada de la custodia de esos niños debería tratarse del mismo modo que otros casos de separación. Debería ponerse el máximo empeño en lograr que los niños que permanezcan bajo la custodia de sus padres se beneficien de un cuidado y protección adecuados, al tiempo que se garantiza su propia condición de individuos libres y su acceso a las actividades de la comunidad.

Es importante subrayar que las Directrices se refieren a la persona principal o única cuidadora, abarcando en este caso no únicamente a la madre, sino al padre u otras personas que no tengan un vínculo biológico o familiar pero que desempeñen el rol de principales o únicas cuidadoras. Como veremos, este lenguaje más avanzando y menos estereotipado que la referencia a "las mujeres madres" encuentra eco en la LNEP.

[7] Información disponible en https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/Discussion2011.aspx.

2. Beneficios Preliberacionales y Sanciones no Privativas de la Libertad en la Ley Nacional de Ejecución Penal

La LNEP incluye varias disposiciones en materia de alternativas a la prisión en fase de ejecución penal. En la siguiente tabla se presentan las disposiciones relativas a los reductivos o modificaciones de la pena privativa de la libertad, plasmadas en el Título V, bajo el nombre "Beneficios Preliberacionales y Sanciones no Privativas de la Libertad".

Tabla 3. Beneficios Preliberacionales y Sanciones no Privativas de la Libertad en la Ley Nacional de Ejecución Penal

Artículo(s)	Medida	Requisitos/Personas beneficiarias
136-140	Libertad condicionada	I. Que no se le haya dictado diversa sentencia condenatoria firme; II. Que no exista un riesgo objetivo y razonable en su externamiento para la víctima u ofendido, los testigos que depusieron en su contra y para la sociedad; III. Haber tenido buena conducta durante su internamiento; IV. Haber cumplido satisfactoriamente con el Plan de Actividades al día de la solicitud; V. Haber cubierto la reparación del daño y la multa, en las modalidades y con las excepciones establecidas en esta Ley; VI. No estar sujeto a otro proceso penal del fuero común o federal por delito que amerite prisión preventiva, y VII. Que se haya cumplido con la mitad de la pena tratándose de delitos dolosos.

		No gozarán de la libertad condicionada los sentenciados por delitos en materia de delincuencia organizada, secuestro y trata de personas.
141	Libertad anticipada	I. Que no se le haya dictado diversa sentencia condenatoria firme; II. Que no exista un riesgo objetivo y razonable en su externamiento para la víctima u ofendido, los testigos que depusieron en su contra y para la sociedad; III. Haber tenido buena conducta durante su internamiento; IV. Haber cumplido con el Plan de Actividades al día de la solicitud; V. Haber cubierto la reparación del daño y la multa, en su caso; VI. No estar sujeto a otro proceso penal del fuero común o federal por delito que amerite prisión preventiva oficiosa, y VII. Que hayan cumplido el setenta por ciento de la pena impuesta en los delitos dolosos o la mitad de la pena tratándose de delitos culposos. No gozarán de la libertad anticipada los sentenciados por delitos en materia de delincuencia organizada, secuestro y trata de personas.
144	Sustitución de la pena	I. Cuando se busque la protección de las hijas e hijos de personas privadas de la libertad, siempre que éstos sean menores de 12 años de edad o tengan una condición de discapacidad que no les permita valerse por sí mismos. Esto cuando la persona privada de la libertad sea su cuidadora principal o única cuidadora;

		II. Cuando la permanencia de la persona sentenciada con la hija, hijo o persona con discapacidad, no representa un riesgo objetivo para aquellos; III. Cuando esta fuere innecesaria o incompatible con las condiciones de la persona privada de la libertad por senilidad, edad avanzada, o su grave estado de salud, en los casos regulados en la legislación penal sustantiva, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en esta Ley; IV. Cuando, en términos de la implementación de programas de tratamiento de adicciones, reinserción en libertad, justicia colaborativa o restitutiva, política criminal o trabajo comunitario, el Juez de Ejecución reciba de la Autoridad Penitenciaria o de la autoridad de supervisión un informe sobre la conveniencia para aplicar la medida y si el sentenciado no representa un riesgo objetivo y razonable para la víctima u ofendido, los testigos que depusieron en su contra y para la sociedad. Dicha autoridad deberá fungir como aval para la sustitución. No procederá la sustitución de pena por delitos en materia de delincuencia organizada, secuestro y trata de personas.
145	Permisos extraordinarios de salida por razones humanitarias	La persona privada de su libertad, podrá solicitar al Juez de Ejecución un permiso extraordinario de salida cuando se justifique por enfermedad terminal, fallecimiento de un pariente consanguíneo en línea ascendiente o descendiente de primer grado, cónyuge, concubina o concubinario, o socioconviviente. Esta medida no aplicará para las personas privadas de su libertad por delincuencia organizada o aquellas sujetas a medidas especiales de seguridad.

146-151	Preliberación por Criterios de Política Penitenciaria	La Autoridad Penitenciaria, con opinión de la Procuraduría, podrá solicitar al Poder Judicial de la Federación o ante el Tribunal Superior de Justicia que corresponda, la conmutación de pena, liberación condicionada o liberación anticipada de un grupo determinado de personas sentenciadas de acuerdo a alguno de los siguientes criterios: I. Se trate de un delito cuya pena máxima sea de cinco años de prisión, siempre que el delito no se haya cometido con violencia; II. Se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o de delitos culposos; III. Por motivos humanitarios cuando se trate de personas sentenciadas adultas mayores, portadoras de una enfermedad crónico-degenerativa o terminal, independientemente del tiempo que lleven compurgando o les falte por compurgar de la sentencia; IV. Cuando se trate de personas sentenciadas que hayan colaborado con la procuración de justicia o la Autoridad Penitenciaria, y no hayan sido acreedoras a otra medida de liberación; V. Cuando se trate de delitos de cuyo bien jurídico sea titular la federación o la entidad federativa, o aquellos en que corresponda extender el perdón a estos; VI. Cuando la continuidad de la aplicación de la pena sea irrelevante para los fines de la reinserción del sentenciado a la sociedad o prevenir la reincidencia. No podrá aplicarse la medida por criterios de política penitenciaria en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, trata de personas, delincuencia organizada, secuestro, ni otros delitos que

		conforme a la ley aplicable merezcan prisión preventiva oficiosa, de conformidad con el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
156	Liquidación de la reparación del daño	Determinación del monto de la reparación del daño; Ejecución de la reparación del daño y disposición de acuerdo mediante audiencia cuando la persona privada de su libertad no contase con recursos propios y/o suficientes para liquidar el pago de la reparación del daño y solicite algún beneficio.
158-611	Imposición y ejecución de la multa	Imposición de la multa de acuerdo a la capacidad económica del sentenciado y sustitución total o parcial por trabajo al servicio de la comunidad.
165-167	Trabajo en favor de la comunidad	El trabajo a favor de la comunidad consiste en la prestación de servicios personales no remunerados, en instituciones públicas en general, así como de carácter educativo o de asistencia social públicas o privadas. Si los trabajos a favor de la comunidad se le hubieren impuesto al sentenciado como sustitutivo de la pena de prisión y no cumpla, en audiencia se ordenará su reaprehensión en los términos de esta Ley.
Capítulo VIII, arts. 169-189	Justicia terapéutica	El programa de justicia terapéutica es un beneficio de la sustitución de la ejecución de la pena que determina el Juez de Ejecución, por delitos patrimoniales sin violencia, cuya finalidad es propiciar la rehabilitación e integración de las personas sentenciadas relacionadas con el consumo de sustancias, bajo la supervisión del Juez de Ejecución. Para ser admitida al programa la persona sentenciada debe garantizar la reparación del daño y expresar su consentimiento previo, libre e informado de acceder al programa. El juez de ejecución participa a lo largo del programa, admitiendo la persona sentenciada al programa mediante procedimiento judicial y supervisando y verificando el cumplimiento del mismo. También puede otorgar

		incentivos o imponer medidas disciplinarias, así como determinar la revocación del programa de acuerdo al desempeño de la persona sentenciada.
Capítulo IX, arts. 190-197	De las Medidas de Seguridad para Personas Inimputables	Disposición de la medida de tratamiento aplicable; Resolución de controversias.
Capítulo I, arts. 200-206	Justicia restaurativa	En la ejecución de sanciones penales podrán llevarse procesos de justicia restaurativa, en los que la víctima u ofendido, el sentenciado y en su caso, la comunidad afectada, en libre ejercicio de su autonomía, participan de forma individual o conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, con el objeto de identificar las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, así como a coadyuvar en la reintegración de la víctima u ofendido y del sentenciado a la comunidad y la recomposición del tejido social. Los procesos de justicia restaurativa serán procedentes para todos los delitos y podrán ser aplicados a partir de la emisión de sentencia condenatoria. Serán requisitos para su realización los siguientes: a) Que el sentenciado acepte su responsabilidad por el delito y participe de manera voluntaria; b) Que la víctima dé su consentimiento pleno e informado de participar en el proceso y que sea mayor de edad; c) Verificar que la participación de la víctima y del sentenciado se desarrolle en condiciones seguras. Si el sentenciado se somete al proceso de justicia restaurativa, el Juez de ejecución lo considerará como parte complementaria del plan de actividades.

Como lo señala Equis Justicia para las Mujeres (2020) en un informe sobre medidas alternativas en México y su aplicación en el caso de las mujeres, la LNEP incluye medidas sustitutivas a la privación de la libertad que marcan sin duda un avance en términos legislativos, aunque éstas no cuentan con una perspectiva de género explícita. Sin embargo, como se analiza en la siguiente sección, ésta debe ser incorporada por las autoridades judiciales de ejecución a la hora de interpretar y aplicar la ley.

IV. Obligación de juzgar con perspectiva de género

El 25 de noviembre de 2020 se presentó la versión actualizada del *Protocolo para juzgar con Perspectiva de Género* de la SCJN (SCJN, 2020), fruto de un proceso consultivo que inició en 2019 y al cual participaron integrantes del poder judicial, litigantes e integrantes de organizaciones de la sociedad civil dedicadas a la defensa y promoción de los derechos humanos, así como personas de la academia expertas en la materia. En esta sección se retoman de manera sintética algunos conceptos expuestos en el *Protocolo* y que pueden ser consultados en su complejidad e interrelación en el documento citado.

El *Protocolo* define como género como la "interpretación cultural de la diferencia biológica" (Ibidem, p. 11):

> El género se conforma por el conjunto de atributos asignados socialmente a las personas a partir de su sexo (Lagarde, 1997, p. 27). Es el que define, de acuerdo con los parámetros que se establecen en cada sociedad, cómo deben ser los hombres y las mujeres, cómo deben verse, cómo deben comportarse, a qué deben dedicarse, cómo deben relacionarse entre sí, etcétera. La división que se hace de las personas en géneros, a partir de su anatomía, supone prescribir formas determinadas de sentir, de actuar y de ser (Lamas, 2013, p. 111); concibe dos modos de vida, dos formas de existir: uno para las mujeres y otro para los hombres (Lagarde, 1997, p. 55).

El género implica relaciones intra e intergenéricas, es decir entre hombres y hombres y entre mujeres y mujeres y entre hombres y mujeres, donde "uno de los

géneros (el masculino) se coloca en una posición de poder y dominación, y el otro (el femenino) en una de subordinación, debido a la atribución (cultural) de mayor poder, mayor valor y mayores ventajas a favor de uno y en detrimento del otro" (SCJN, 2020, p. 13). Cabe aclarar que masculino y femenino no se entienden como concepciones biológicas o identitarias fijas y binarias, sino elementos del orden simbólico de género que construye las relaciones entre las personas a partir de una dicotomía asimétrica y excluyente de relaciones de poder. A las relaciones entre los géneros y a su conceptualización y ejecución bajo un esquema de valencia diferencial de los sexos (Héritier, 2007) se añaden las relaciones verticales en razón de edad, donde las personas adultas se colocan en una posición de superiores frente a niñas, niños y adolescentes. Es así que las personas adolescentes en contacto con la ley penal se encuentran bajo una doble o triple subordinación en razón de género, edad, situación socioeconómica y, a menudo, étnica y racial.

El género es una forma primaria de relaciones de poder (Wallach Scott, 2008) en la que se desenvuelven y son colocadas todas personas. Por ende, no debe entenderse como sinónimo de mujeres ni es una construcción social que solamente incide en cómo son vistas, estereotipadas o juzgadas las mujeres.

En ese sentido se manifestó la Primera Sala en la tesis de rubro "IMPARTICIÓN DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. DEBE APLICARSE ESTE MÉTODO ANALÍTICO EN TODOS LOS CASOS QUE INVOLUCREN RELACIONES ASIMÉTRICAS, PREJUICIOS Y PATRONES ESTEREOTÍPICOS, INDEPENDIENTEMENTE DEL GÉNERO DE LAS PERSONAS INVOLUCRADAS", (SCJN, 2016, p. 5):

> La Sala sostuvo que los estereotipos de género que producen situaciones de desventaja al juzgar afectan tanto a mujeres como a hombres; de ahí que la perspectiva de género deba aplicarse en todos los casos que involucren relaciones asimétricas, prejuicios y patrones estereotípicos, independientemente del género de los involucrados, con el fin de detectar y eliminar las barreras y los obstáculos que discriminan a las personas por su pertenencia al grupo de "mujeres" u "hombres".

Ahora bien, la obligatoriedad de juzgar con perspectiva de género no se encuentra plasmada en ninguna herramienta legislativa, más bien se ha definido a partir de resoluciones de la SCJN. El desarrollo de dicha obligatoriedad se encuentra plasmado en el *Protocolo* (SCJN, 2020, pp. 119-133). Aun así, cabe presentar las principales tesis que marcan el desarrollo progresivo hacia el paradigma de la obligatoriedad de juzgar con perspectiva de género, así como la metodología indicada por la SCJN para su aplicación:

En la tesis de rubro: "ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. TODOS LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PAÍS DEBEN IMPARTIR JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO", se reconoció la importancia de la perspectiva de género en el acceso de las mujeres a la justicia, partiendo para ello de la interpretación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará". En este criterio, se precisó que las autoridades jurisdiccionales están obligadas a analizar el marco normativo e institucional a fin de detectar la posible utilización de estereotipos sobre las funciones de uno u otro género, pues sólo así podrá visualizarse un caso de discriminación o vulnerabilidad por razones de género, dando paso a un acceso a la justicia efectivo e igualitario (SCJN, 2018, p. 5).

En la jurisprudencia de rubro: "ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO", se establecieron los pasos que las y los operadores de justicia deben seguir para cumplir con su obligación de juzgar con perspectiva de género, los cuales son:

- Identificar si existen situaciones de poder que, por cuestiones de género, expliquen un desequilibrio entre las partes de la controversia.

- Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando estereotipos o prejuicios de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género.

- Ordenar las pruebas necesarias para visibilizar situaciones de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclararlas.

- De detectarse una situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable y evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género.

- Aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente los niños y niñas.

- Evitar el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, el cual deberá remplazarse por un lenguaje incluyente.

Adicionalmente, en otro criterio, la Primera Sala aclaró que la obligación de juzgar con perspectiva de género se actualiza de oficio, de tal manera que su cumplimiento no puede quedar sujeto a petición de parte (SCJN. 2018, pp. 6-7).}

Es así que la Primer Sala determinó que la perspectiva de género puede resumirse de la siguiente forma:

- Aplicabilidad: es una obligación intrínseca a la labor jurisdiccional, de modo que no debe mediar petición de parte, la cual comprende obligaciones específicas en casos graves de violencia contra las mujeres, la cual se refuerza aún más en el marco de contextos de violencia contra éstas.

- Metodología: esta obligación exige cumplir los seis pasos antes mencionados, que pueden resumirse en la necesidad de detectar posibles situaciones de desequilibrio de poder entre las partes como consecuencia de su género, seguida de un deber de cuestionar la neutralidad de

> las pruebas y el marco normativo aplicable, así como de recopilar las pruebas necesarias para visualizar el contexto de violencia o discriminación, y finalmente resolver los casos prescindiendo de cualesquiera cargas estereotipadas que resulten en detrimento de mujeres u hombres (SCJN, 2020, p. 133).

En las siguientes páginas se analiza a partir de casos concretos internacionales y nacionales cómo se plasma la perspectiva de género en el ámbito de la ejecución penal.

V. Aplicación de la perspectiva de género en la ejecución penal

En esta sección se presentan y discuten críticamente cinco sentencias, dos de la Suprema Corte, tres sentencias federales y una sentencia que concierne a un adolescente en contacto con la ley penal en el estado de Chiapas. Desde luego los ejemplos planteados no agotan todas las posibilidades de intervención de los juzgados de ejecución ni las múltiples formas de discriminación acumulada en razón de género, etnia, edad, etc. Sin embargo, y sin menoscabo de que dichos ejercicios de exposición y reflexión deban mantenerse vivos y actualizados, ofrecen las bases para argumentos que desembocan en propuestas concretas. Cabe aclarar que se incluyen algunos casos que preceden la aprobación de la LNEP. No obstante, su análisis es pertinente por el objeto de las resoluciones.

En cada sentencia se plantea lo siguiente: i) un resumen del caso; ii) el sentido y principales argumentos de la sentencia; y iii) una discusión crítica de la misma; la discusión no se limita necesaria o únicamente al sentido y contenido de la resolución, sino puede ampliarse a consideraciones teóricas, sociales, legislativas o de otro orden. En aras de garantizar la privacidad de las personas implicadas en los casos expuestos, se omite información detalladas sobre las sentencias de carácter local o federal que no borran los datos personales. No se aplica la misma disposición en los casos de la SCJN, puesto que dichas sentencias omiten reportar los datos de las mujeres y niñas y niños implicados.

1. Amparo en revisión 644/2016

Resumen del caso

El caso se desarrolló en el estado de Puebla en 2014. Una mujer privada de la libertad vivía en prisión con su hija, nacida en 2011 de la unión de la quejosa con un hombre también privado de la libertad en el mismo Cereso. Al poco tiempo de cumplir tres años, la niña B. fue inscrita por su abuelo en un kínder cercano a su casa, con la finalidad de que pudiera iniciar sus estudios. Por tal motivo, "la menor (sic) comenzó a salir del centro de reclusión los domingos de cada semana, regresando los días jueves para reunirse nuevamente con su madre". Sin embargo, el director del centro prohibió que la niña siguiera transcurriendo los fines de semana con la madre, con el argumento de que ya había cumplido los tres años de edad, siendo éste el límite máximo establecido por el reglamento de los Ceresos del estado de Puebla para que niñas y niños pudieran vivir en prisión con su madre.

La mujer privada de la libertad se amparó, argumentando, entre otros puntos, que la separación de su hija se llevó a cabo

> "i) sin haberle realizado a la niña un examen psicológico para evaluar las consecuencias de privarla del afecto y cuidado de su madre; (ii) sin haberla escuchado en juicio y (iii) sin haber facilitado una separación paulatina o gradual para prevenir daños emocionales irreversibles en el desarrollo de B., constituyó —en conjunto— una violación grave al interés superior de la menor, a su derecho a ser escuchada en juicio, al derecho a la protección de la unión familiar, al debido proceso, al derecho al mantenimiento de las relaciones biológicas y a la identidad y personalidad de la niña" (SCJN, 2019, p. 3).

La promovente, en mayo de 2015 presentó un escrito en mayo de 2015 donde solicitó la atracción del caso de parte de la SCJN, mismo que fue acogido por el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Resumen de la sentencia de la SCJN

- El 8 de marzo de 2017 el caso fue discutido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- La Primera Sala determinó que en este caso tuvo lugar una aplicación inconstitucional de la norma reclamada —el reglamento del Cereso—, por lo que revocó la sentencia recurrida y, entre otras cuestiones, concedió el amparo a la quejosa y a su hija en contra de la aplicación del precepto impugnado, a fin de que se anulara la determinación del Director del centro de reinserción social, y en su lugar se ordenara una separación entre madre e hija que atienda plenamente el interés superior de la niña, y emita una nueva en la cual ordene una separación que se apegue a los siguientes lineamientos (SCJN, 2017, pp. 42-43):

- La salida de B. del centro de reinserción social debe ser gradual y progresiva, articulada con base en una evaluación de las necesidades de la menor, en virtud de lo que resulte más favorable para sus intereses.

- Asimismo, la remoción debe conducirse con sensibilidad, proporcionando en la medida de lo posible acompañamiento psicológico a la menor (sic), con la finalidad de minimizar cualquier afectación posible a su bienestar.

- Siempre que ello sea acorde al interés superior de B., las autoridades deben facilitar que madre e hija mantengan un contacto cercano, directo y frecuente, mediante el establecimiento de un esquema de convivencia articulado con pleno sustento en las necesidades de la niña. En el esquema que se fije, deberá tomarse especialmente en cuenta la necesidad de la menor de recibir cuidados y afectos de su madre, sobretodo en virtud de su corta edad y en razón de la cercanía que ha tenido ella.

- Para tales efectos, las autoridades deberán facilitar un espacio adecuado en el que A. y B. puedan convivir de conformidad con las necesidades de la niña:

Del caso se desprendieron las siguientes tesis (SCJN, 2019, pp. 11-12):

- DERECHO DE LOS MENORES QUE HABITAN CON SUS MADRES PRIVADAS DE LA LIBERTAD A UNA RELACIÓN MATERNAL DIGNA Y ADECUADA;

- LINEAMIENTOS PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE LOS MENORES A UNA RELACIÓN MATERNAL DIGNA Y ADECUADA EN EL CONTEXTO DE RECLUSIÓN;

- MANTENIMIENTO DEL MENOR EN SU FAMILIA BIOLÓGICA. LA EDAD DE LOS NIÑOS QUE HABITAN CON SUS MADRES PRIVADAS DE LA LIBERTAD PUEDE CONSTITUIR UNA RAZÓN QUE JUSTIFIQUE SU SEPARACIÓN PARA GOZAR DE OTROS DERECHOS FUERA DEL CENTRO DE RECLUSIÓN.

- PRINCIPIO DEL MANTENIMIENTO DEL MENOR EN SU FAMILIA BIOLÓGICA. SU INCIDENCIA CUANDO RESULTA NECESARIO SEPARAR AL NIÑO DE SU MADRE PRIVADA DE LA LIBERTAD.

- PRINCIPIO DEL MANTENIMIENTO DEL MENOR EN SU FAMILIA. SU CONTENIDO Y ALCANCE.

- 6) SEPARACIÓN DE UN MENOR QUE HABITA CON SU MADRE EN RECLUSIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 32 DEL REGLAMENTO DE LOS CENTROS DE REINSERCIÓN SOCIAL DE PUEBLA CONFORME AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

Comentarios

Esta sentencia toca uno de los puntos más delicados de la permanencia de mujeres en prisión, es decir, la convivencia de sus hijas e hijos en el centro penitenciario. Lo primero que debe subrayarse es que cualquier aproximación a la permanencia de niñas y niños con sus madres debe estar libre de posicionamientos simplistas, moralistas y personales.

Cuando se habla del tema, es muy común escuchar argumentos como "los niños no deberían vivir en prisión con sus madres", como si, con solo decirlo, inmediatamente, como por arte de magia, surgiera un abanico de posibilidades alternativas para los cuidados de niñas y niños con madres en prisión. Lo cierto es que, en general, las mujeres que tienen a sus hijos en prisión toman esta decisión porque no tienen otras opciones de cuidado o bien porque quieren proveerles cuidados y afecto en el primer periodo de vida de la niña o niño para después encargarlos con sus familias. El hecho de que los centros penitenciarios no cuenten con las condiciones idóneas para la permanencia de niñas y niños no es responsabilidad de las madres y no es un argumento que pueda fundamentar la expulsión de los mismos: es decir, las carencias del Estado no pueden traducirse en la separación de las madres de sus hijas e hijos y viceversa, a menos de que sea por voluntad de la madre o en el interés superior de la niña o niña, pero no en razón de condiciones materiales que es responsabilidad del Estado proveer.

La sentencia de la SCJN provee las bases para que la salida de una niña o niño de la prisión se lleve a cabo aplicando el interés superior de la niñez como principio interpretativo, derecho y norma de procedimiento, en atención a lo establecido por la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Comité de los Derechos del Niño, 2013), basándose en argumentos jurídicos fundamentados en el marco de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Entre los comentarios críticos se plantean los siguientes, mismos que no son necesariamente críticas a la sentencia *per se* sino observaciones sobre otros elementos a tomar en cuenta por los juzgados de ejecución en casos parecidos.

- En primer lugar, el uso de la palabra menor, en lugar de niña o niño —presente en algunas partes de la sentencia así como en las tesis que de ella se derivan— debe evitarse;

- El hecho de que se prevea acompañamiento psicológico para la niña, pero no para la madre, en caso de que lo solicite y desee;

- La sentencia de la Corte se mantiene como un estudio de gabinete, totalmente alejado de las circunstancias reales de las personas involucradas. En ese sentido se recomienda consultar la sentencia M. v S. (Constitutional Court of South Africa, 2007) y su análisis en el libro de Giacomello (Giacomello 2018, pp. 139-147) sobre niñas y niños que viven en prisión con sus madres, donde la Corte Constitucional de Sudáfrica, en un estudio sobre la admisibilidad de otorgar una medida no privativa de la libertad a una mujer única cuidadora de sus tres hijos, no se limitó a un estudio constitucional sino se allegó de pruebas concretas mediante *un curator ad litem* para evaluar los impactos de la privación de la libertad de la madre sobre los niños;

- Debe destacarte el voto concurrente emitido por el Ministro Ortiz Mena, en el cual se plantea lo siguiente:

Si bien entiendo que el desarrollo del proyecto tiene como fundamento una norma que establece específicamente la situación de los hijos o hijas que residan con su madre interna, lo cierto es que al realizarse afirmaciones generales sobre el parámetro de regularidad constitucional, las mismas deben hacerse de manera neutral, ocupándose del derecho que merece la protección legal —el derecho de las personas a ser cuidadas— sin enfatizar la identidad sexogenérica de quien desempeña el rol de cuidador. De esta forma, no quedan

jurídicamente descartadas de una eventual protección a su relevante tarea como cuidadoras otras personas desde los padres varones hasta personas diversas que —habiendo vínculo biológico o no— desempeñan esa labor y son cruciales en el desarrollo de una niña o niño menor de tres años.

En segundo lugar, me preocupa el énfasis en el vínculo biológico en este preciso contexto: las condiciones de las personas en reclusión. Las afirmaciones que lo privilegian pueden sustentar interpretaciones de la normas donde se permite que los niños y niñas menores de tres años vivan con sus madres en reclusión que injustamente excluyan de esa posibilidad a las madres o padres adoptivos, por ejemplo, o que invisibilicen la situación de las personas trans y sus hijos o hijas, lo que sería contrario al derecho a la igualdad y a la no discriminación, tal como ha sido entendido consistentemente por los precedentes de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación.

2. Amparo directo en revisión 5999/2016

Resumen del caso

En 2015, una mujer decidió ir a la escuela de su hijo para cerciorarse de su bienestar, ya que diversas personas le habían comentado que el niño, que vivía con el padre, se encontraba descuidado, delgado y en evidente estado de desatención. Al confirmar estos dichos, la mujer se llevó a su hijo a su domicilio. Fue denunciada penalmente por sustracción de menor y absuelta en primera instancia. El Ministerio Público apeló y la señora fue sentenciada a dos años de prisión y multa. La mujer promovió juicio de amparo en el cual argumentó, diversos puntos, entre otros (SCJN, 2108, p. 2):

- No se dan los elementos del delito de sustracción de menores, ya que nunca ha dejado de tener la patria potestad sobre su hijo, ni ésta le ha sido limitada, suspendida o declarada perdida, sino que ha mantenido todos los deberes que dicha institución le impone, como es tomar decisiones en beneficio de los derechos e intereses

del niño, pues tiene el deber de realizar todo lo que esté a su alcance para proteger y satisfacer el sano desarrollo integral del menor;

- Acudió por su hijo por el estado que éste presentaba y el ambiente hostil en el que se encontraba;

- La valoración de las pruebas se realizó de manera desigual, ya que no se analizó que ella fue víctima de violencia por su condición de mujer y sus condiciones personales, esto es, no se valoró con perspectiva de género.

El Tribunal Colegiado de Circuito negó el amparo. La mujer interpuso recurso de revisión, mismo que fue admitido y turnado al Ministro Pardo Rebolledo.

Resumen de la sentencia

El análisis de la Primera Sala se enfocó en lo que sostuvo la quejosa de que no se valoró que fue víctima de violencia de género y que no se tomó en cuenta el interés superior de la niñez. La Primera Sala resolvió que "el Tribunal Colegiado del conocimiento inobservó su deber de juzgar con perspectiva de género y de velar por el interés superior del menor; lo procedente es, revocar la sentencia de amparo y devolverle los autos para que proceda en los términos ya precisados en esta sentencia" (SCJN, 2016, p. 40). La sentencia se articula en dos ejes: i) la doctrina en torno a la obligación de juzgar con perspectiva de género y ii) el interés superior del menor (sic).

Con respecto al primer punto, en el desarrollo de la sentencia se retoman varias tesis sobre la obligatoriedad de juzgar con perspectiva de género, así como la y citada metodología en seis pasos. Se resalta que la perspectiva de género se actualiza *de oficio* "pues se encuentra implícita en las facultades jurisdiccionales de quienes imparten justicia" (SCJN, 2016, p. 24). En relación al interés superior de la niñez, la Primera Sala afirma que el Tribunal Colegiado debió considerar si lo que hizo la quejosa —es decir, llevarse a su hijo a su domicilio por la situación de descuido en la que se encontraba su hijo— tenía causa justificada o no y que, para ello, el caso debe evaluarse desde el interés superior

de la niñez, siendo éste uno de los ejes rectores más importantes de los derechos humanos de la niñez un principio sobre el que se ha pronunciado la SCJN en numerosas ocasiones. Se afirma:

> Esta Primera Sala ha enfatizado que el interés superior del menor ordena a todos los órganos jurisdiccionales la realización de una interpretación sistemática que tome en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución, tratados internacionales y en las leyes de protección de la niñez. Por lo que, frente a medidas legislativas o administrativas que afecten derechos de menores, el interés superior del niño demanda de los órganos jurisdiccionales la realización de un escrutinio mucho más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida en cuestión (SCJN, 2016, p. 35).

El Tribunal Colegiado no tomó en cuenta las valoraciones psicológicas realizadas al niño y que dan cuenta de la violencia física y psicológica a la cual éste se encuentra sometido por parte del padre.

> Por lo que, ante tales probanzas, como se dijo, el Tribunal Colegiado debe abocarse nuevamente al estudio del presente asunto con el objeto de determinar si como lo adujo la responsable se acreditó la existencia del delito y la plena responsabilidad de la sentenciada, determinado si existía causa justificada o no para la realización de la conducta típica atendiendo al interés superior del menor (SCJN, 2016, p. 40).

Comentarios

Los comentarios que aquí se emiten no se refieren a la sentencia *per se* sino que ésta se usa como trampolín para hablar de otros dos temas íntimamente vinculados y clave en el ámbito de la ejecución penal: el de la aplicación de medidas alternativas en el caso de personas principales o únicas cuidadoras de niñas, niños y adolescentes, por un lado, y la trascendencia de la pena. Nuevamente, se recomienda revisar la ya mencionada paradigmática sentencia de Sudáfrica (Constitutional Court of South Africa, 2007; Giacomello 2018, pp. 139-147), para ver los argumentos y los procedimientos adoptados por parte de la Corte Constitucional de ese país para otorgar una medida no privativa de la libertad.

En el caso objeto de esta sentencia no se discute sobre la procedencia de alternativas al encarcelamiento ni la trascendencia de la pena, debido a cómo se ha planteado el recurso de amparo. Es así que la señora permanece privada de la libertad. Sin embargo, su condición como única cuidadora de su hijo, por un lado, y los maltratos a los que éste se ve expuesto en el domicilio paterno, por el otro, vuelven no sólo justo sino necesario que la señora salga de prisión. Debe aclararse que esta afirmación no pretende implicar que las personas cuidadoras deben salir de prisión sólo o necesariamente para reproducir su rol de cuidadoras; cada caso debe ser evaluado de manera personal con base en las condiciones concretas. En este caso, la mujer tiene claramente el deseo de cuidar a su hijo, además de las condiciones emocionales para hacerlo, por ello se recomienda en casos de esta naturaleza se considere imponer una medida alternativa a la privación de la libertad, tanto en atención del derecho de la mujer de ejercer su rol de cuidadora, como en cumplimiento del interés superior.

Siempre que una persona se encuentra privada de la libertad, deben evaluarse los impactos de la reclusión no sólo sobre la persona en prisión sino sobre su entorno, particularmente sobre niñas, niños y adolescentes, en calidad de sujetos de derechos y de protección reforzada.

Las hijas e hijos de las personas privadas de la libertad son, generalmente, los sujetos invisibles, olvidados y "colaterales" del sistema de justicia penal (Giacomello, 2018). Lejos de ser vistos como sujetos de derecho —bajo el paradigma auspiciado por la Convención de los Derechos del Niño— permanecen como "hijas e hijos de" y su experiencia única y particular de las consecuencias de la privación de la libertad de un referente adulto —o adolescente— depende de un conjunto de factores endógenos y exógenos sobre los cuales tienen poco o nulo control (Giacomello, 2020). Los primeros están relacionados, principalmente, con las condiciones familiares e individuales de niñas y niños e incluyen: i) el vínculo de parentesco y la dependencia de los cuidados del referente; ii) la calidad y características de la relación con el referente privado de la libertad; iii) la edad de la niña, niño o adolescente; iv) el género de la niña, niño o adolescente, así como otros factores que inciden en su exposición a mayores riesgos de vulnerabilidad —por ejemplo, si tiene alguna discapacidad,

si pertenece a una minoría étnica, etc.—; v) las relaciones afectivas y de cuidado con otras personas, entre otras hermanas y hermanos, familia extendida, la escuela y el entorno comunitario; y vi) su nivel de salud física y mental, incluyendo el uso de sustancias y la autoestima.

Los factores exógenos, en cambio, se desprenden del entorno socio-ecológico del niño o niña y del sistema penal y penitenciario y abarcan, entre otros: i) el nivel socio-económico del núcleo familiar y de la familia extendida, ya que esto influirá directamente en los impactos económicos de la privación de la libertad, sobre todo si se trata de un referente proveedor; ii) las dinámicas familiares y cómo éstas reaccionan al evento, por ejemplo, si logran mantener juntos a hermanas o hermanos o bien si niñas, niños y adolescentes son alojados en hogares distintos o incluso institucionalizados; iii) el tipo de delito del que es acusada la persona privada de la libertad, puesto que éste influye en el estigma o estatus a nivel comunitario, así como en la respuesta del sistema penal (por ejemplo, si aplica prisión preventiva, la duración del proceso y de la pena y el tipo y ubicación del centro de privación de la libertad); iv) el sistema de justicia penal y el régimen penitenciario; v) el acceso (o no) a justicia expedita, de calidad y amigable para niñas, niños y adolescentes; vi) el entorno comunitario y escolar y su solidaridad o bien estigma hacia la niña, niño o adolescente; vii) la actuación de las autoridades (policías, defensores, jueces y autoridades penitenciarias); viii) la frecuencia, modalidad y calidad del contacto con la persona privada de la libertad; ix) las condiciones de vida en los centros penitenciarios.

Las niñas, niños y adolescentes con madres y padres encarcelados (NNAPES) son un conjunto variado y plural de vivencias únicas y particulares, con, además, situaciones comunes específicas (Giacomello, 2019). Hay, por ejemplo, NNAPEs que acuden de visita, pero también hay quienes —por razones económicas, por falta de acompañantes o por la lejanía del centro penitenciario— no pueden o no quieren visitar al referente privado de la libertad. Hay NNAPES cuyo referente se encuentra privado de la libertad en otro país o que viven en el país de detención del referente y que es distinto al país de origen; a ellos, nos referimos como “NNAPES transnacionales”.

Sea cual sea su situación, son cientos de miles, los niños y los adolescentes que, en México, sufren los impactos del encarcelamiento de un referente.

Sin embargo, la trascendencia de la pena no se argumenta como un factor a deliberar para la imposición de una medida privativa de la libertad en fase preventiva o de sentencia.

3. Amparo indirecto 105/2015. Traslado de un Cereso mixto a un Cereso femenil en el estado de Oaxaca

Resumen del caso

En 2014, un juez de distrito del estado de Oaxaca ordenó el traslado de la quejosa —privada de la libertad en calidad de procesada— del Centro de Internamiento de Tehuantepec, Oaxaca, al Centro de Internamiento Femenil de Tanivet, en el mismo estado, por petición del Director General de Reinserción Social. La quejosa promovió un amparo en contra de este acto.

La mujer privada de la libertad argumentó que "en el reclusorio en el que se encontraba "estaba bien" y no representaba ningún riesgo para su persona, aunado a que su traslado la alejaría de su familia, además que no se deben inadvertir sus responsabilidades de cuidado respecto de otras personas (menores de edad). Asimismo señala que la circunstancia de que en el centro de internamiento de Tehuantepec, Oaxaca, se alberga población varonil, no impide que en un lugar diferente pueda tener una población femenil" (Primer Tribunal Unitario del Décimo Tercer Circuito, pp. 6-7). Indicó:

> que en el Reclusorio de Tehuantepec, se le trataba muy bien tanto por el personal de custodia, como por sus compañeros internos, y que no representaba ningún riesgo para su persona, pero principalmente señaló que era necesaria su permanencia en ese centro penitenciario, ya que tiene una hija de ocho años de edad, a la cual apoya económicamente con la venta que logra por las artesanías que elabora en el penal y que su familia le ayuda a comercializar, por lo

> que un traslado la dejaría lejos de su familia y sin poder convivir con su hija, al carecer de recursos para que algún familiar se la lleve hasta el reclusorio de Tanivet, e insistió que su expediente se encuentra en el Juzgado de Salina Cruz, y estar lejos y sin recursos complicaría toda su defensa.

En cambio, el Director del Centro de Internamiento de Tehuantepec informó que sí existía inconveniente para que la quejosa permaneciera en ese reclusorio, ya que en ese centro no existe la infraestructura adecuada para albergar a internas,

> puesto que el área que se tenía destinada en el pasado para albergar a mujeres fue habilitada para albergar internos hombres y en el área donde se encuentran las tres únicas mujeres internas muchas veces se ha visto vulnerada por la población de internos hombres, quienes conviven cotidianamente con ellas sin tener separación entre ellos, por lo que no es conveniente por su propia seguridad que continúen internas en ese centro.

Resumen de la sentencia

La sentencia contiene un análisis meticuloso sobre los derechos de las mujeres privadas de la libertad desde una perspectiva de género, misma que se aplica de oficio reproduciendo los seis pasos ya señalados con anterioridad (Primer Tribunal Unitario del Décimo Tercer Circuito, pp. 56-57). También apela al derecho a la igualdad y no discriminación. Revisa un análisis de las situaciones penitenciarias del país a través de fuentes secundarias y subraya que la prisión preventiva forma parte del ámbito de la reinserción social y, por ende, del sistema penitenciario.

Lo anterior sirve como base para ampliar el contenido del artículo 18 constitucional que garantiza el derecho de las personas sentenciadas a compurgar la pena en el centro más cercano a su domicilio y afirma:

> Entonces, es evidente que dicha disposición con mayor razón podría entenderse aplicable a las personas sometidas a prisión preventiva, con las modulaciones correspondientes que el caso particular requiera, de acuerdo con los presu-

> puestos legales aplicables, sobre todo si se tiene en cuenta que en atención a que ese derecho permite que la persona puede alcanzar con mayor eficacia el objetivo constitucional de la reinserción social, que también se persigue desde la prisión preventiva, en función además del cúmulo de prerrogativas fundamentales y humanas que se encuentran inmersos en el caso particular y que se han destacado con antelación (Primer Tribunal Unitario del Décimo Tercer Circuito, p. 70).

Asimismo, la sentencia analiza el acto reclamado a partir del interés superior de la hija de la mujer privada de la libertad:

> Es así, pues este Tribunal estima que contrariamente a lo expresado en la resolución reclamada, como se ha visto, ello tiene implicaciones más allá del sólo deseo de la encausada a permanecer en el Centro Penitenciario de Tehuantepec, Oaxaca por razones familiares (en el término puro, simple y llano de esa postura), porque en todo caso la petición de la encausada implica, además de examinar que no se vulnere el cúmulo de derechos antes destacado, verificar si su estancia en dicho centro de reclusión o incluso su traslado al Centro de Internamiento de Tanivet, Oaxaca, podría permitirle cumplir cabalmente con sus obligaciones alimentarias, además de examinar si una u otra medida satisface cabalmente el interés superior del menor, si se permite la convivencia con su hija menor de edad; analizar si en uno u otro caso se correría el riesgo de colocar a la encausada, a su hija o su familia en general, en un estado de penuria que pudiera afectar en mayor o menor grado su mínimo vital o existencial (Primer Tribunal Unitario del Décimo Tercer Circuito, p. 71).

El Tribunal concede el amparo y revoca el acto reclamado, por lo cual habrá que emitirse una nueva sentencia que sigua los siguientes lineamientos:

i) Determine si los razonamientos en que se justifica o pretende justificar la orden de traslado de ********** del Centro de Internamiento de Santo Domingo Tehuantepec, Oaxaca al Centro femenil de Tanivet, Tlacolula, Oaxaca, son adecuados con base en una perspectiva de género y en el interés superior del menor, de acuerdo con las directrices Constitucionales, Convencionales y

Legales, y jurisprudenciales tanto nacionales como internacionales, invocadas en esta;

ii) Para ello es necesario atender a las particularidades reales y materiales del caso concreto, a fin de determinar:

a) Si la medida es acorde con el cúmulo de derechos fundamentales de la encausada, o bien si del análisis de razonabilidad respectivo se debió llegar a decisión diversa, incluso si ello pudiera incidir en las actuaciones que deban tomar las autoridades del sistema penitenciario y de seguridad pública correspondientes, para llevar a cabo medidas integrales o acciones afirmativas orientadas en cierta forma a transformar las políticas públicas penitenciarias con ese mismo enfoque de género (ajustes estructurales y de diseño institucional en el sistema penitenciario). […]

v.- Sobre el particular se deberá atender íntegra y exhaustivamente al cúmulo de principios, derechos y prerrogativas fundamentales y humanas, que en realidad se encuentran inmersos en dicha petición, ya que lo ahí expuesto no se puede apreciar de manera aislada como el sólo deseo que tiene la encausada de permanecer en el Centro de Internamiento de Tehuantepec por razones (meramente) familiares, sino que se insiste se debe atender al verdadero alcance de esa petición y a la totalidad de derechos fundamentales que ahí se encuentran implicados, mismos que se han destacado en esta resolución, frente a los que se encuentren en pugna, que de acuerdo con la resolución reclamada consisten en la seguridad durante la prisión preventiva, la disponibilidad de programas, servicios apropiados y la correcta reinserción social que dijo el Tribunal responsable se brinda en el reclusorio al cual se ordena su traslado, LO QUE SE DEBERÁ ATENDER DE MANERA CASUÍSTICA Y NO MERAMENTE ABSTRACTA, para lo cual incluso se deberán tomar en consideración las incidencias ocurridas de acuerdo con el anexo 1 del informe Especial de la Comisión DE LOS DERECHOS HUMANOS SOBRE LAS MUJERES INTERNAS EN LOS CENTROS DE RECLUSIÓN DE LA REPÚBLICA MEXICANA, de dieciocho de febrero de dos mil quince. […]

Comentarios

Esta sentencia forma parte de las sentencias publicadas por el Consejo de la Judicatura Federal bajo la categoría de "Sentencias, ejecutorias y resoluciones públicas relevantes"[8] y sin duda alguna aporta elementos interesantísimos y relevantes.

Se quiere subrayar el énfasis que la sentencia hace en la atención casuística y no meramente abstracta de las circunstancias del caso, pues ese es un límite común que emerge en la revisión de sentencias: la aproximación meramente formalista, reducida a una interpretación técnica. Esto no sólo es disputable como un mal ejercicio de la función del personal judicial, sino que tiene efectos reales en la vida de las personas, que pueden ser perjudiciales. De no tener una aproximación caso por caso que analice las circunstancias concretas de las personas involucradas, las decisiones del ámbito de la ejecución penal pueden traducirse en omisiones con efectos violatorios de derechos humanos. Es así que los juzgados de ejecución no solamente no fungirían como ejecutores y guardianes de la legalidad del sistema penitenciario, sino se convertirían en reproductores y propiciadores de nuevas violencias en contra de la ciudadanía que se encuentra, por su condición de persona privada de la libertad, bajo el control total del Estado.

Debe resaltarse también el énfasis que pone la sentencia sobre el rol de garante del Estado, ya abordado en el desarrollo teórico de este manual, y argumentado concretamente en el texto bajo análisis.

[8] Véase https://w3.cjf.gob.mx/sevie_page/Consulta_Siserep/Configura_Consulta.asp.

4. Libertad condicional en el caso de una mujer indígena, de escasos recursos, privada de la libertad por transporte de marihuana en el estado de Oaxaca

Resumen del caso
En 2014, una mujer originaria de un pueblo de Oaxaca, de profesión vendedora de tortillas, primodelincuente, fue sentenciada a diez años de prisión y cien días de multa por transporte de marihuana.
Resumen de la sentencia
El 15 de julio de 2019 se emitió la sentencia para el otorgamiento de la libertad condicionada. En ésta se determina que la sentenciada ha cumplido con todos los criterios (véase tabla 3), excepto haber cumplido 50% de la pena. Para ese requisito faltaban alrededor de diez días. Por ello, se le concedió la libertad condicionada con monitoreo electrónico, imponiendo las siguientes obligaciones: i) residir en un lugar determinado dentro de territorio nacional, concretamente en el estado de Oaxaca; ii) evitar acudir a centros de vicio; iii) abstenerse de consumir drogas o estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas; iv) tener dentro del territorio nacional un trabajo o un empleo, o adquirir, en un plazo no mayor a tres meses un oficio, arte, industria y profesión; y v) someterse a la vigilancia que determine este Juzgador; esto es, por el momento dicho monitoreo tendrá una duración mínima de seis meses, los cuales podrán prorrogarse. En el entendido que, hasta en tanto no llegue al plazo del cincuenta por ciento de la pena (aproximadamente el veintisiete de julio de 2019) y existan las condiciones para la materialización del monitoreo electrónico, será que dicha sentenciada podrá obtener su libertad; y hecho que sea, podrá presentarse ante este juzgado de ejecución debidamente monitoreado (sic) para hacer de su conocimiento todas sus obligaciones y condiciones en la comparecencia correspondiente […].

Comentarios

Antes de empezar el análisis de la sentencia, cabe aclarar que quien escribe conoce de cerca a la persona sujeta de la misma, así como sus circunstancias actuales y las de su familia. Es así que algunas consideraciones se desprenden justamente de esa resolución cercana, además de los elementos que emergen con claridad de la resolución.

El primer punto a subrayar y que sirve como telón de fondo para la crítica de la resolución, es que la mujer sujeto del caso es una persona que vive en pobreza y que se vio involucrada en el tráfico de marihuana por su condición de mujer pobre, indígena y madre soltera. Es uno de los miles de rostros de mujeres que habitan las cárceles como sujetos desechables del crimen organizado y objeto de la intervención punitiva, desproporcionada del Estado en sus supuestos intentos de "eliminar la oferta de drogas". Además, aunque en el expediente no se reconozca como indígena, quien escribe sabe que es de origen zapoteco, así que se encuentra en una situación de triple discriminación.

Aun así, fue sentenciada a diez años de prisión.

La sentencia de ejecución que aquí se analiza está en línea con la respuesta desproporcionada del Estado, además de que carece totalmente de perspectiva de género y no cumple con la obligatoriedad de aplicar dicha perspectiva, pese a que ésta debe utilizarse de oficio por disposición de la Suprema Corte.

Veamos los demás puntos de la sentencia que pueden calificarse como desproporcionados y violatorios de derechos humanos:

- La señora estaba a días de cumplir con el requisito temporal para el otorgamiento de la libertad condicionada; aún así, se le impuso el brazalete electrónico, un dispositivo que es costoso, estigmatizante y totalmente innecesario dado el perfil de la mujer;

- Se condicionó su salida de la cárcel a que contara con los medios para pagar el brazalete, pese a que la LNEP establece que es responsabilidad del Estado pagar por el equipo y su mantenimiento;

- El brazalete le fue colocado en octubre de 2019, es decir, tres meses después de la resolución, durante los cuales la señora permaneció en la cárcel;

- Asimismo, en esos tres meses estuvo prácticamente sin comunicación con su abogada de oficio, defensora pública federal; dicha incomunicación se interrumpió por la intercesión fortuita de quien escribe, que fungió como intermediaria entre la familia de la señora y la abogada, para poder proceder a la firma del contrato del brazalete con una empresa articular, y así a la colocación del mismo en audiencia en el juzgado de ejecución ubicado en la Ciudad de México;

- La familia tuvo que pagar alrededor de 15,000 pesos de garantía por el brazalete, así como cubrir sus gastos para el traslado a la Ciudad de México. Cabe recordar que es una familia de escasísimos recursos;

- La empresa donó el cobro mensual del brazalete —de alrededor de 5,000 pesos— por la situación de triple vulnerabilidad de la señora;

El brazalete fue retirado en febrero de 2021, es decir, 14 meses después de su colocación, pese a que se le había ordenado por seis meses.

En resumen: una mujer de escasos recursos, privada de la libertad por un delito que cometió en razón de su condición de su triple vulnerabilidad, fue sujeto de una triple condena (Giacomello, 2013): por ser mujer, por haber cometido un delito y por tratarse de un delito relacionado con drogas.

Lejos de que la sentencia de ejecución reparara dichas vulneraciones, las agravó, obligándola a permanecer privada de la libertad por tres meses más, incurrir en costos que son responsabilidad del Estado y permanecer por más de un año usando un aparato vistoso y que, además, está puesto en el tobillo: la señora, de origen indígena, solo usa falda, así que el aparato no sólo es molesto e innecesario sino culturalmente incompatible con las costumbres de la mujer sujeta del caso.

El brazalete electrónico es controversial también porque es provisto por una empresa privada que genera ganancias a través de esta "medida alternativa" que, si aplicada indiscriminadamente, como es el caso, puede traducirse, en realidad, en una complicidad entre poder judicial y empresas que, bajo la apariencia de una medida menos restrictivas, amplía el alcance de los dispositivos de control del Estado, a la par que las ganancias de empresas particulares a costa de personas vulnerables y de escasos recursos.

5. Amparo en Revisión 102/2018

Resumen del caso

Una mujer trans privada de la libertad se encontraba privada de la libertad en el Centro Federal de Readaptación Social Número Catorce CPS Durango, una instalación penitenciaria para hombres. En la demanda de amparo, se alegó que la parte quejosa se encontraba siendo víctima de incomunicación, malos tratos y cambios de módulo en el propio centro de reclusión, actos que se encontrarían motivados por el hecho de que es una mujer trans.

Resumen de la sentencia

El Tribunal ampara y protege a la quejosa contra el acto reclamado, ya que éste está en contra de las disposiciones constitucionales de protección de los derechos humanos. También afirma que los malos tratos son atribuibles a las autoridades responsables y afirma:

> Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que el derecho a la integridad personal es uno de los valores más fundamentales

> en una sociedad democrática y que el artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce que las personas privadas de su libertad deben ser tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, por lo que existe una prohibición imperativa, que pertenece también al dominio del *jus cogens*, de recurrir a la práctica de la tortura o a infringir tratos crueles, inhumanos o degradantes a este grupo de personas. Además, este tribunal colegiado reitera que las autoridades Estatales, en la especie las autoridades penitenciarias señaladas como responsables, son las garantes de los derechos de las personas privadas de libertad en el centro de reclusión y que tienen a su cargo, además, el deber de asegurar que la manera y el método de privación de la libertad no excedan el nivel de sufrimiento inherente a la reclusión. A la luz de todo lo anterior, se concluye que las autoridades penitenciarias tenían a su cargo un deber reforzado de garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos no restringidos por la reclusión de las personas y, de manera especial, del derecho a la integridad personal, razón por las que tenían también una prohibición absoluta de proferir tratos crueles o malos tratos en perjuicio la quejosa, una mujer trans, incluyendo aquellos que estuvieran motivados por los prejuicios sobre su orientación sexual o la identidad de género" (Tercer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Octavo Circuito, 2019 pp. 34-36).

En la sentencia se afirma que las mujeres trans se encuentran en un riesgo mayor de sufrir actos de violencia durante su reclusión debido a que rutinariamente son encarceladas en prisiones para hombres, sin que se evalúen o se tomen en cuenta las particularidades de la persona. En ese sentido:

> el Tribunal Colegiado considera necesario que el Director General consulte a la parte quejosa si es su deseo que se someta a consideración del Consejo Técnico una propuesta que describa de manera pormenorizada las particularidades del caso específico, para que esa autoridad […] con plena emita una opinión respecto de la idoneidad de la permanencia de la misma el centro de reclusión o bien sobre la eventual necesidad de obtener autorización judicial, en términos de la Ley Nacional de Ejecución Penal, para el efecto de un posible traslado a instalaciones carcelarias femeniles (Tercer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Octavo Circuito, 2019 pp. 37-38).

Comentarios
Esta sentencia nos recuerda que la perspectiva de género no es una herramienta teórica, analítica y metodológica que debe usarse solo en el caso de mujeres cis-género, sino que aplica siempre que haya relaciones asimétricas de poder. El caso de la mujer privada de la libertad en un centro de hombres por ser mujer trans y la disposición del Tribunal de que se consulte a la mujer sobre su preferencia en cuanto a su permanencia en ese centro o bien su traslado a un femenil, recuerda la Regla de Bangkok que establece: "En la medida de lo posible, las reclusas serán enviadas a centros de reclusión cercanos a su hogar o sus centros de rehabilitación social, teniendo presentes sus responsabilidades de cuidado de otras personas, así como sus preferencias y la disponibilidad de programas y servicios apropiados"; asimismo, rebasa a las mismas Reglas, pues va más allá del enfoque binario hombres-mujeres reproducido por las Reglas.

6. Audiencia de revisión de plan de ejecución de medidas en internamiento, Juzgado de Ejecución Especializado en Justicia para Adolescentes del Poder Judicial del Estado de Chiapas

Resumen del caso
Un adolescente sentenciado por homicidio calificado de su hermano, se encuentra privado de la libertad en el Centro de Internamiento Especializado en Adolescentes "Villa Crisol", Chiapas. En audiencia de revisión de plan de ejecución de medidas en internamiento, llevada a cabo de manera virtual por las medidas de sana distancia —la audiencia se llevó a cabo el 9 de julio de 2020— se determinó el otorgamiento de una medida no privativa de la libertad. El adolescente estaba sentenciado a un año y seis meses y había cumplido un año y 20 días.
Resumen de la sentencia
La Jueza Jacqueline Ángel Juan, Jueza de Ejecución Especializada en Justicia para Adolescentes determinó otorgar la medida de detención domiciliaria. Cabe aclarar que en la audiencia se encontraba presente también personal de psicología, pedagogía y de las áreas de trabajo social y laboral que da seguimiento

a los adolescentes, la, supervisora de avance y desarrollo del plan de ejecución de sentencia, la especialista en psicopedagogía que brinda acompañamiento psicopedagógico al adolescente, el defensor especializado, el asesor jurídico de la víctima indirecta, el ministerio público y los progenitores del adolescente.

Los argumentos se construyen a partir de diversos medios probatorios, entre ellos testimoniales orales y documentos escritos que aportan distintos elementos sobre el desempeño del adolescente en el centro de internamiento, así como del marco internacional, interamericano y nacional de protección de niñas, niños y adolescentes y de adolescentes en contacto con la ley penal. Se cita la Observación General 24 del Comité de Derechos del Niño, emitida en 2019, misma que representa el posicionamiento más avanzado sobre este tema. Asimismo, la jueza determina:

> Aunado a lo anterior, esta autoridad considera pertinente la sustitución de la medida por estancia domiciliaria, toda vez que se cumplen con los criterios para la sustitución de la medida de sanción, previstas en el artículo 217 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia penal para Adolescentes, esto es el interés superior del adolescente, el cual en el caso concreto, después de haber enfrentado una experiencia de legalidad y haber cumplido de manera favorable las medidas así como sus progenitores participaron con todas las terapias individuales y en tres terapias familiares, las condiciones son adecuados para que retorne a su seno familiar, puesto que las condiciones de cumplimiento de las medidas han sido positivas tal como lo han manifestado las especialistas adscritas al Centro de Internamiento y la Supervisora del Plan de Ejecución, considerándose además los retos y obstáculos que el adolescente enfrento durante un año y 20 veinte días que cumplió su medida en internamiento.
>
> De igual forma, tomando en consideración las condiciones que prevalecen con motivo de la pandemia por covid-19, la cual ha provocado que las autoridades de la Entidad adopten medidas para prevenir el contagio del virus; en este mismo sentido, la secretaria ejecutiva del sistema nacional de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes, emitió el acuerdo 01/SIPINNA/EXT/2020 , por el que se aprueban acciones indispensables para la atención y protección de niñas, niños y adolescentes durante la emergencia sanitaria por causa de fuerza

mayor por la pandemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (covid-19); destacando las consideraciones novena y décima quinta así como el artículo 9, mismos que cobran aplicación en el presente asunto y los cuales se transcriben a continuación:

[…]

9.- JUSTICIA PENAL

Gestionar los procesos para la preliberación en casos no graves de adolescentes en conflicto con la ley, mujeres embarazadas, en periodo de lactancia y con hijas e hijos viviendo en prisión.

a) Otorgamiento de medidas en libertad en casos de perfiles no peligrosos […] (Juzgado de Ejecución Especializado en Justicia para Adolescentes del Poder Judicial del Estado de Chiapas, pp. 17-18).

Comentarios

Esta sentencia ha sido incluida por tres razones principales:

- Por tratarse de una persona adolescente privada de la libertad, lo cual nos debe recordar la importancia de que la perspectiva de género se cruce con otros factores identitarios de discriminación y de que la ejecución penal asuma su responsabilidad frente a las personas adolescentes;

- Porque la privación de la libertad afecta principalmente a adolescentes hombres que proceden de entornos con desventajas sociales y económicas (Nowak, 2019, p. 263) y en cuyas historias de vida influyen a menudo la violencia, los malos tratos, el abuso sexual en la infancia y las construcciones de la masculinidad, es decir de los roles de género, mismos que impactan en su involucramiento en actividades criminales, así como en su criminalización de parte del Estado y las violencias de éste en su contra. No obstante, no suele adoptarse la perspectiva de género cuando se habla o se atiende la situación de los adolescentes en conflicto con la ley penal;

- La sentencia aplica una medida alternativa durante la pandemia de COVID-19, alineándose, de tal manera, a las disposiciones de la Observación General 24 del Comité de los Derechos del Niño sobre adolescentes en contacto con la ley penal (Comité de los Derechos del Niño, 2019), a los llamados internacionales (UNICEF y The Alliance for Child Protection in Humanitarian Action, 2020) e interamericanos (CIDH, 2020 y 2020 a) sobre la necesidad de aplicar medidas alternativas al encarcelamiento para evitar o reducir los contagios en las cárceles, así como al acuerdo del SIPINNA citado en la sentencia.

VI. Reflexiones finales

En este documento se han presentado herramientas teóricas y prácticas para la incorporación de la perspectiva de género en la ejecución penal. En los siguientes párrafos, se elaboran algunas reflexiones con la intención de brindar argumentos y ámbitos para una efectiva ejecución penal con perspectiva de género que garantice la legalidad en las prisiones y la justicia en las penas y su modificación.

1. Sobre la reinserción social

En este texto la reinserción social se entiende como garantía de derechos. Es responsabilidad del Estado —en cuanto ente que por decisión propia priva de la libertad a personas acusadas o condenadas por haber infringido la ley— proveer la infraestructura, el régimen y los servicios e insumos materiales para que la vida en prisión tenga condiciones dignas y sea conducente a la satisfacción de los derechos al trabajo, la capacitación para el mismo, la salud, el deporte y el respeto a los derechos humanos.

La satisfacción y ejercicio de los derechos de las personas privadas de la libertad debe garantizarse con base en el principio de equivalencia y la igualdad y no discriminación.

Cualquier ineficacia de parte del Estado en el cumplimiento de su deber no puede recaer sobre las personas privadas de la libertad: si, por ejemplo, una persona no puede cumplir con su plan de actividades porque no hay trabajo en el Cereso donde se encuentra, eso no puede ser motivo para negar un sustitutivo de la pena.

Las sentencias 3 y 6 analizadas en este manual proveen argumentos en ese sentido y resuelven en beneficio de las personas privadas de la libertad.

2. Sobre las alternativas al encarcelamiento

En este manual se argumenta a favor de las alternativas al encarcelamiento; los casos presentados permiten desarrollar ulteriores puntos a favor de su aplicación en el caso de personas principales o únicas cuidadoras a cargo de personas dependientes —particularmente sus hijas e hijos—.

Sin embargo, en la aplicación de las medidas alternativas debe ponerse atención también a lo siguiente: en primer lugar, no se deben reproducir estereotipos de que las mujeres madres deben salir de la prisión solo para cuidar a sus hijas e hijos, sino que deberá atenderse a los deseos de las personas cuidadoras —padres y personas LGBTTTI+ así como otros referentes únicos o principales cuidadores— a la par que el interés superior de la niñez.

Las alternativas al encarcelamiento deben aplicarse de tal manera que no conduzcan a consecuencias desproporcionadas, estigmatizantes o que impliquen un costo, como es el caso de la sentencia 4, sobre todo en el caso de personas de escasos recursos.

Particularmente debe aplicarse con mucha cautela la imposición del brazalete electrónico o de la detención domiciliaria, puesto que son de las medidas más estrictas para la persona que la recibe.

No es aconsejable el involucramiento de empresas privadas cuyos intereses económicos pueden inflar, en lugar de reducir, el uso del sistema penal a través de mecanismos invasivos como el monitoreo electrónico.

3. Sobre la trascendencia de la pena

La pena de prisión siempre es trascendente. Por ello, es importante, que el interés superior de la niñez sea aplicado como derecho, principio interpretativo y norma de procedimiento y ser incluido de oficio en todas las resoluciones que afectan directa o indirectamente a niñas, niños o adolescentes con referentes adultos o adolescentes en conflicto con la ley.

La aplicación del interés superior de la niñez no puede darse con base en argumentos y análisis abstractos, sino con una metodología de caso por caso donde las autoridades judiciales analicen o, si hacen falta, recopilen pruebas, peritajes, diagnósticos, estudios e informes que permitan evaluar los efectos concretos de una decisión específica.

4. Sobre los alcances de la perspectiva de género

Como se explica a fondo en el *Protocolo para juzgar con perspectiva de género* y en las herramientas jurídicas utilizadas en este manual, la perspectiva de género es una metodología de aplicación oficiosa cuyo uso debe garantizarse siempre que existan indicios de relaciones de poder en razón de género. Es así que su uso es imperante no sólo en casos que conciernen a mujeres y personas LGBTI+ sino también hombres y, aun más, adolescentes hombres, siempre atendiendo la multifactoriedad de la construcción identitaria y de los posibles ejes de vulneración de derechos, siendo la edad y la condición económica elementos importantes de discriminación, violencia estatal y criminalización en razón de género.

Para concluir, es importante recordar que la ejecución penal es la última línea de defensa en el caso de personas cuyas vidas han sido, a menudo, una acumulación de vulneraciones de derechos desde la infancia, empezando por la familia y culminando con la acción punitiva del Estado.

Las condiciones de la mayoría de los centros penitenciario son un recordatorio incesante de las enormes desigualdades que afligen al país. Si bien los juzgados de ejecución no tienen ni la función ni las herramientas para reparar injusticias

y suturar las heridas sociales, por lo menos deben asegurarse de que sus actuaciones no las perpetúen ni las amplíen.

Bibliografía

ASAMBLEA GENERAL, (2010), *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)*. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/65_229_Spanish.pdf [última fecha de consulta: 5 de diciembre de 2020].

ASAMBLEA GENERAL, (1990), *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la ibertad*. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/85/7.pdf [última fecha de consulta: 5 de diciembre de 2020].

AZAOLA, E. y PÉREZ CORREA, C., (2020), *Condiciones de vida y trabajo del personal de los Centros Penitenciarios Federales*, Ciudad de México, Comisión Nacional de Seguridad, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Centro de Investigación y Docencia Económicas. Disponible en: http://www.flad-la.org/biblioteca/QwKFv0WEK3GrEyexxli-4QGTm9VmrNOv2TFobaJis.pdf

CIDH, (2008), *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Amér*icas. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp

CNDH, (2019), *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria*, Ciudad de México, CNDH. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/sistemas/DNSP/DNSP_2019.pdf

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, (2011), *Report and recommendations of the day of general discussion on "children of incarcerated parents"*. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2011/DGD2011ReportAndRecommendations.pdf

CORTE IDH, (2020), *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 9: Personas privadas de libertad*, 2020.

CORTE IDH (2020) *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 14: Igualdad y no Discriminación*,2019..

EQUIS JUSTICIA PARA LAS MUJERES A.C., (2020), *Medidas alternativas al encarcelamiento en el nuevo sistema de justicia penal. Posibilidades y barreras para su implementación en los casos de mujeres*. Disponible en: https://equis.org.mx/wp-content/uploads/2020/04/Medidas_Alternativas_Al_Encarcelamiento.pdf

GARCÍA GÁRATE, I., (2018), "Ejecución penal. Cambios de paradigma y cultura jurídica", *Revista Dfensor*, núm. 12, año XVI, diciembre 2018, pp. 5-11.

GIACOMELLO, C., (2020), "Me lo dicen desde lejos… que soy hija de traficante´. El impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con padres y madres privados de la libertad", en Plascencia-González, M., Fernandes, M. L., Pantevis, M. y Corvalán, F. (coords.), *Infancias: contextos de acción, interacción y participación*, Tuxtla Gutiérrez, Brasilia, Rosario, Neiva: Universidad Autónoma de Chiapas, Universidad de Brasilia, Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de Rosario y Universidad Surcolombiana, pp. 421-453.

_____, (2019), *Niñez que cuenta. El impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con madres y padres encarcelados en América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, Churc World Service. Disponible en: http://www.cwslac.org/nnapes-pdd/docs/Estudio-Regional-Ninez-que-cuenta-web.pdf

_____, (2018), *Niñas y niños en prisión con sus madres. Una perspectiva jurídica comparada*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: https://www.iij-unach.mx/images/docs/2019/Nias_y_nios_que_viven_en_prisin_con_sus_madres.pdf.

_____, (2013), *Género, drogas y prisión. Experiencias de mujeres privadas de la libertad en México*, Ciudad de México, Tirant Lo Blanch.

GIACOMELLO, C. y GARCÍA CASTRO, T., (2020), "Presas en casa: mujeres en arresto domiciliario en América Latina. Disponible en: https://www.wola.org/wp-content/uploads/2020/07/Presas-en-Casa.pdf.

HÉRITIER, F., (2007), *Masculino / Femenino II. Disolver la Jerarquía*, Buenos Aires.

INEGI, (2019), *Censo nacional de gobierno, seguridad pública y sistema penitenciario estatales 2019*, Ciudad de México, INEGI. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/programas/cngspspe/2019/.

_____, (2017), *Encuesta nacional de población privada de la libertad (ENPOL) 2016*, Ciudad de México, INEGI. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/programas/enpol/2016/.

MUÑOZ, L. A., (2019), *Informe final de investigación México. Niños, niñas y adolescentes con padres y madres encarcelados por delitos de drogas menores no violentos*, Buenos Aires, Church World Service. Disponible en: http://www.cwslac.org/nnapes-pdd/docs/PDD-Mexico.pdf.

NOWAK, M., (2019), *UN Global Study on Children Derprived of Liberty*, https://omnibook.com/global-study-2019/liberty/page-001.html.

SARRE, M., (2016), "Las víctimas de la ejecución penal y las víctimas en la ejecución penal", en Nataren Nandayapa, C., González Rodríguez, P. y Wikter Velásquez, J. (coords), *Las víctimas en el sistema penal acusatorio*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, pp. 213-233.

_____, (2011), "Debido proceso y ejecución penal. Reforma constitucional de 2008", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 31, pp 251-268.

SARRE, M. y MANRIQUE, G., (2018), *Sistema de justicia de ejecución penal. Sujetos procesales en torno a la prisión en México*, Ciudad de México, Tirant Lo Blanch.

SCJN, (Suprema Corte de Justicia de la Nación) (2020), *Protocolo para juzgar con perspectiva de género,* 1a.. Ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. disponible en: https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf

_____, (2019), *Reseña del amparo en revisión 644/2016. Primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación "Separación gradual, sensible y progresiva de madres y sus menores hijos en centros de reinserción social"*, Ciudad de México, SCJN. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2019-04/res-AZLL-0644-16.pdf.

_____, (2018), *Reseña del amparo directo en revisión 5999/2016. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación "Obligación de juzgar con perspectiva de género"*, Ciudad de México, SCJN. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2018-02/res-JMPR-5999-16.pdf .

SECRETARÍA DE SEGURIDAD Y PROTECCIÓN CIUDADANA, (2021), *Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional*, Junio de 2021, Ciudad de México: Secretaría de Seguridad y Participación Ciudadana/ Prevención y Readaptación Social. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/660084/CE_2021_06.pdf

UNICEF y THE ALLIANCE FOR CHILD PROTECTION IN HUMANITARIAN ACTION, (2020), *Technical Note: COVID-19 and Children Deprived of their Liberty*. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/ChildrenDeprivedofLibertyandCOVID.pdf.

UNODC, (2014), *Handbook on Women and Imprisonment*, segunda edición, Viena, UNODC. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/women_and_imprisonment_-_2nd_edition.pdf

WALLACH SCOTT, J., (2008), *Género e historia*, Ciudad de México, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, and Fondo de Cultura Económica.

WALSMSLEY, R., (2020), *World Pre-trial/Remand Imprisonment List*, cuarta edición, Londres, World Prison Brief, Institute for Criminal Policy Research. Disponible en: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_pre-trial_list_4th_edn_final.pdf

_____, (2018), *World Prison Population List*, décimo segunda edición, Londres, World Prison Brief, Institute for Criminal Policy Research. Disponible en: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition_0.pdf

_____, (2017), *World Female Imprisonment List*, cuarta edición, Lodres, World Prison Brief, Institute for Criminal Policy Research. Disponible en: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_prison_ 4th_edn_v4_web.pdf.

Legislación Nacional

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley Nacional de Ejecución Penal

Tesis jurisprudenciales

"DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 1o., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO)." Tesis [J]: 1a. XXI/2014 (10a), *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo I, Marzo de 2014, p. 354. Reg. digital 2005918.

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Primera Sala

Amparo en Revisión 644/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 8 de marzo de 2017.

Amparo en Revisión 5999/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 21 de junio de 2017.

Otros Órganos Jurisdiccionales

Juzgado de Ejecución Especializado en Justicia para Adolescentes del Poder Judicial del Estado de Chiapas, Carpeta de ejecución: 29/2019, 9 de julio de 2020.

Primer Tribunal Unitario del Décimo Tercer Circuito, Amparo Indirecto 105/2015, 30 de septiembre de 2015.

Tercer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Octavo Circuito, Amparo en Revisión 102/2018, 7 de marzo de 2019.

Resoluciones dictadas por otros tribunales

Sudáfrica. CCSA, "Caso CCT 53/06 [2007] ZACC 18", sentencia del 26 de septiembre de 2007, disponible en http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2007/18.pdf.

Resoluciones emitidas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Corte IDH, Caso Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

Resoluciones emitidas en el Sistema Universal de Derechos Humanos

Observaciones Generales

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2019), *Observación general núm. 24 (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil*. Disponible en: http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2F5F0vEnG3QGKUxFivhToQfjGxYjmWL8OqYmwD2mk%2FKowHzmkHuJ3%2FQZS%2B1wgzz9gVS3MnqbvAwhiT8CT%2B634KtpF8yd.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013), *Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Disponible en: https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf

Comunicados de prensa

CIDH (2020), Comunicado de Prensa "La CIDH urge a los Estados a garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de libertad y sus familias frente a la pandemia del COVID-19", 31 de marzo de 2020. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp

CIDH (2020 a) Comunicado de Prensa "CIDH advierte sobre las consecuencias de la pandemia por COVID-19 en niñas, niños y adolescentes", 27 de abril de 2020. Disponible en http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/090.asp

Segunda Parte

Capítulo I

El delito de feminicidio desde la perspectiva de género

Marianela Delgado Nieves*

* Máster en razonamiento probatorio por la Universidad de Girona, España. Doctoranda a tiempo completo en la misma universidad.

Agradezco la atenta lectura, comentarios y aportaciones que hicieron a un borrador de este trabajo a: Arturo Guerrero, Jesús Gutiérrez, Diego Dei Vecchi, Laura Manrique, Carmen Vázquez, Rocío Luna, René Uribe, Carlos Ponce y Fernando Allende.

El delito de feminicidio desde la perspectiva de género. I. Introducción; II. La comprensión mínima del fenómeno; III. Etapa de investigación; IV. Etapa intermedia; V. Etapa de juicio; VI. Conclusiones.

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto reflexionar sobre la utilidad de la perspectiva de género en la investigación, procesamiento y sanción de casos de feminicidio. Para ello, se abordará como primera cuestión el fenómeno de la violencia feminicida, entendida como la expresión más extrema de violencia contra las mujeres. Se parte de la premisa de que la atención judicial que se presta a los casos de muertes violentas de mujeres sólo podrá llevarse a cabo con perspectiva de género cuando se comprendan las cuestiones elementales que subyacen a este fenómeno.

Analizado lo anterior, en los apartados consecutivos se profundizará sobre la relevancia de esta herramienta en las distintas etapas del proceso penal, haciendo especial énfasis en las labores de investigación, cuyas deficiencias impactan de forma grave en la solución de este tipo de casos. El texto tiene una pretensión práctica, por tanto, las preguntas que se intentarán resolver tienen como finalidad última identificar cuáles son los momentos en los que cobra relevancia la perspectiva de género, cómo es que incide en cada uno de ellos y por qué resulta pertinente y necesaria para la impartición de justicia.

II. La comprensión mínima del fenómeno

Los conceptos de "femicidio" y "feminicidio", con el contenido que actualmente les reconocemos, se desarrollaron en la literatura feminista desde principios de la década de 1990,[1] para evidenciar tres cuestiones sustanciales: (i) el sustrato sexista en numerosos asesinatos de mujeres y niñas, (ii) el androcentrismo de figuras aparentemente neutras como el homicidio, y (iii) la responsabilidad directa e indirecta del Estado en estos fenómenos (Toledo, 2009, 13). Previo a ello, nada de eso había sido identificado: los asesinatos violentos de mujeres contaban como un homicidio más, fueran cuales fueran las circunstancias en que se cometían y los patrones que daban lugar a ellos.

El término "feminicidio", por tanto, se introduce para *nombrar* por primera vez un fenómeno que hasta entonces había sido ignorado, pero que no era novedoso, sino que había estado presente pero invisible a lo largo de la historia. Como tal, este término permite "poner al descubierto el trasfondo que confiere unidad de sentido a los asesinatos de mujeres" (Segato, 2006, p.3), evidenciando los motivos sexistas que están detrás de un buen número de ellos. Al mismo tiempo, hace posible identificar que existe un cierto tipo de asesinatos cometidos contra mujeres que no son meros hechos aislados, sino conductas que se inscriben en el extremo final del continuo de violencia al que está sometido este grupo como

[1] La primera vez que se desarrolló el término "*femicide*" (feminicido) fue en 1992, en una antología coordinada por Diana Russell y Jill Radford, titulada *Femicide the Politics of Woman Killing*. En esta obra, Russell y Jane Caputi definieron el femicidio como la forma más extrema de terrorismo sexista, motivada por el odio, desprecio, placer o sentido de posesión hacia la mujer, el cual se ubica en la parte final de un continuo de violencia compuesto por una extensa variedad de abusos verbales y físicos, los cuales, al resultar en la muerte, se convierten en femicidio (Radford y Russell, 1992, 15). Años después, en 2001, Diana Russell integró una nueva definición de este concepto, refiriéndolo como "el asesinato de niñas y mujeres por hombres, por el hecho de ser mujeres" (Russell y Harmes, 2001, p. 4).
En México, el concepto *feminicidio* fue introducido en 1994 por la antropóloga feminista Marcela Lagarde, quien, basándose en el trabajo compilado por Russell y Radford, describió la violencia feminicida como el extremo (la culminación) "de múltiples formas de violencia de género contra las mujeres que atentan contra sus derechos humanos y las conducen a variadas formas de muerte, [las cuales] son toleradas por la sociedad y el Estado" (2008, p. 232). Afirma que, para que se suscite el feminicidio, concurren el silencio, la omisión, la negligencia y la colusión parcial o total de autoridades encargadas de prevenir y erradicar tales crímenes (Lagarde, 2008, p. 216). Este componente de impunidad y corrupción es uno de los aportes principales de la autora para la comprensión del fenómeno.

resultado de la condición de subordinación y discriminación en la que persiste, debido a la forma en la que opera el orden social de género imperante.[2]

En esa medida, el feminicidio permite "describir los diferentes sistemas políticos, sociales y económicos que actúan en contra de la vida de las niñas y las mujeres", brindando la posibilidad de reflexionar y comprender "por qué algunas mujeres son convertidas en *sujetos matables*" (Monárrez, 2019, pp. 90, 106) (Énfasis añadido). Pero ¿qué quiere decir que el feminicidio es un crimen que se origina en la condición de discriminación y subordinación de las mujeres? ¿Por qué el orden social de género prevaleciente propicia y tolera los asesinatos de mujeres de cualquier edad, condición social, origen, religión, orientación sexual, identidad de género, etcétera?

Responder a estas interrogantes, cuando menos en el sentido más elemental, es un presupuesto básico del que hay que partir para avanzar en la reflexión sobre la atención judicial que deben recibir estos casos. Sin una comprensión mínima del fenómeno, será muy difícil que las operadoras y operadores jurídicos cumplan cabalmente con la obligación de investigar, procesar y sancionar estos delitos. Más complejo será aún que lo hagan con la perspectiva de género que exige nuestro orden constitucional, los estándares internacionales y la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

Para dar respuesta a las preguntas formuladas es necesario partir de una idea básica: nuestra sociedad —como la gran mayoría, en mayor o menor medida— entiende la diferencia sexual en una *fórmula binaria* que admite sólo dos sexos considerados opuestos (mujeres y hombres), los cuales son concebidos en un orden jerárquico en el que cada uno ocupa posiciones sociales y políticas distintas: el grupo de los hombres ocupa una posición de dominación y el de las mujeres es consignado a una de subordinación. El lugar en el que se coloca a cada uno de los sexos es resultado de la forma en la que se interpreta el género, es decir, de la forma diferenciada y desigual en la que culturalmente se define lo que

[2] Para mayores referencias sobre el orden social de género, véase el Protocolo para juzgar con perspectiva de género, pp. 20-25.

es "propio de las mujeres" (la debilidad, la vulnerabilidad, el espacio privado, las labores de cuidado, etcétera) y lo que es "propio de los hombres" (la fortaleza, la toma de decisiones, el espacio público, el liderazgo, etcétera).[3]

En un sistema como este, la asimetría es profunda. La valoración que se hace de cada uno de los sexos provoca que el grupo de los hombres tenga reconocidos un conjunto de atributos y cualidades que terminan por concederle mayor poder, mayor valor y mayores ventajas frente al grupo de las mujeres. A este tipo de sociedades caracterizadas por la dominación masculina y la opresión y subordinación femenina es a las que se denomina *sociedades patriarcales*. En éstas, las *relaciones de género* se traducen en *relaciones de poder*. (Lagarde, 1997; Radford y Russell, 1992; Scott, 1999). El poder se ejerce, por supuesto, por quien o quienes detentan la posición de dominación.[4]

Una de las expresiones más comunes del ejercicio del poder es precisamente la violencia. La violencia representa uno de los mecanismos para la preservación del poder y la perpetuación de la condición de asimetría y desigualdad que posibilita la permanencia del sistema de jerarquías. En el caso específico de las relaciones de género, la violencia masculina se ejerce contra las niñas, las adolescentes y las mujeres adultas como una forma de mantener el estado de subordinación y, a su vez, asegurar la posición de dominación. Por eso constituye una de las características definitorias del sistema patriarcal (Radford y Russell, 1992, p. 6).

Bajo este esquema, la violencia contra las mujeres resulta ser tanto causa como consecuencia de la desigualdad y la discriminación de género (ONU Mujeres,

[3] Como conceptos culturales, la *feminidad* y la *masculinidad* varían de acuerdo con la realidad histórica y social en la que emergen. No obstante, todas las sociedades establecen mecanismos concretos para que las personas aprendan las conductas, actitudes y expectativas consideradas apropiadas para cada sexo. A este proceso de aprendizaje se le denomina *socialización de género*. "El proceso de socialización de género cumple una serie de importantes funciones de control social. En primer lugar, nos impone una definición de nosotras(os) mismas(os) como mujeres y hombres. En segundo lugar, […] nos impone una definición del mundo y de nuestra posición en él. En tercer lugar, nos da una definición de las(os) otras(os) y del tipo de relaciones que debemos entablar con ellas(os). Finalmente, el proceso de socialización de género fomenta la adquisición de las características apropiadas para nuestro sexo" (Andersen citada por Sagot, 1995, 18).

[4] Sobre las relaciones de poder y el sistema patriarcal, véase el Protocolo para juzgar con perspectiva de género, pp. 26-33.

2018, 6): la violencia se dirige contra la población femenina no por casualidad o como una manifestación más de la denominada violencia social, sino como resultado de la condición de discriminación y subordinación, la cual se consolida, entre otros factores, a raíz del ejercicio violento contra dicho grupo (Carcedo, 2010a, 537). Eso explica por qué es un fenómeno presente en todas las sociedades del mundo y no sólo en aquellas que enfrentan escenarios particulares de violencia como contextos de guerra, movimientos armados internos o crimen organizado.

A este respecto, la SCJN ha sostenido que existe una estrecha relación entre violencia, discriminación y subordinación (Amparo en Revisión 554/2013), siendo la violencia contra las mujeres una de las manifestaciones centrales de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres (Amparo Directo en Revisión 1545/2017). En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reconocido que la violencia contra las mujeres, además de constituir una violación a los derechos humanos, es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de ese tipo de relaciones de poder, la cual trasciende todos los sectores de la sociedad, independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión (Corte IDH, 2017a, párr. 245).

Además de lo anterior, es decir, de la estructura y dinámica social que da origen a este tipo específico de violencia, existen otros rasgos que la caracterizan. Por un lado, está su persistencia, cotidianeidad y permanencia, evidente en el hecho de que la violencia contra las mujeres se ejerce todos los días y en todos los ámbitos, constituyendo una de las violaciones a los derechos humanos más reiterada, entendida y arraigada en el mundo. Esta circunstancia provoca que las mujeres de cualquier edad (niñas, adolescentes, adultas y de edades avanzadas) vivan en riesgo constante de sufrir algún tipo de violencia, y prácticamente todas, en algún momento de su vida, hayan sido víctimas o hayan experimentado su amenaza por el simple hecho de ser mujeres (ONU Mujeres, 2017, pp. 10-11).

En este escenario, el factor de riesgo es sencillamente ser mujer: todas, sin importar sus condiciones particulares, son víctimas potenciales de padecer algún tipo de violencia, incluida la violencia feminicida (Carcedo, 2010a, p. 537). Pero, aun

cuando la violencia contra las mujeres afecta a este grupo en su conjunto, el riesgo aumenta a medida en que se intersectan otros factores y condiciones de identidad como la situación de pobreza, la pertenencia étnica, la condición de discapacidad, el estatus migratorio, entre otras.[5] El grupo de las mujeres, como cualquier grupo de población, no es un grupo homogéneo, por tanto, las múltiples violencias e injusticias sociales producidas por las estructuras patriarcales les afectan de forma diferenciada (ONU Mujeres, 2014, párr. 119).

Otro elemento característico de esta forma concreta de violencia es su carácter continuado, aquello a lo que Liz Kelly (1988) denominó *contínuum de violencia*. Este concepto sirve para distinguir dos cuestiones fundamentales de la violencia contra las mujeres: (i) que es un tipo de violencia que tiene la particularidad de incrementarse de forma progresiva, hasta convertirse en mortal en los casos más extremos; y (ii) que las múltiples formas en que se manifiesta —las cuales abarcan el campo de lo físico, lo emocional, lo sexual, lo material o lo simbólico— carecen de divisiones bien definidas o insuperables, dado que su esencia no radica en un golpe, un insulto o un ataque sexual en particular, sino en el control que somete, que dispone sobre la vida ajena individual, así como sobre el colectivo femenino para mantenerlo dominado (Carcedo, 2009, 2010a; Radford y Russell, 1992)

Esta última cuestión evidencia el carácter estructural de la violencia contra las mujeres, la cual, más allá de casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, es más bien un fenómeno social y cultural que tiene sus raíces en las costumbres y mentalidades. De ahí que esté presente en todos los ámbitos y a todos los niveles (ONU Mujeres, 2014, párr. 40).

Las particularidades señaladas con anterioridad dan cuenta de las cuestiones que subyacen al feminicidio. El feminicidio es, dentro del esquema descrito, la "manifestación extrema y mortal de la violencia contra las mujeres, o sea, aquella violencia contra las mujeres que mata" (Carcedo, 2009, p. 59). Lo que distingue

[5] Sobre interseccionalidad y la forma de resolver controversias jurisdiccionales con ese enfoque, véase el Protocolo para juzgar con perspectiva de género, pp. 82-87 y 204-211.

al feminicidio del homicidio de un hombre, e incluso del asesinato común de una mujer, es que el primero se comete como consecuencia directa y dentro de la dinámica de la violencia contra las mujeres, la cual se origina, se alimenta y se perpetúa, gracias al estado de subordinación y discriminación en el que persiste el grupo de las mujeres, dadas las pautas impuestas por el sistema patriarcal.

Desde esa perspectiva, el feminicidio constituye un mecanismo más de retención y reproducción del poder y, a su vez, una de las formas más extremas de sometimiento y dominación de las mujeres en lo individual y como grupo. (Carcedo, 2009, 2010b; Lagarde, 1997; Monárrez, 2019, 2000; Radford y Russell, 1992; Segato 2006) ¿Cómo funciona esto? La cultura, como se ha explicado antes:

> establece un orden para articular la convivencia y las relaciones permitiendo que estas transcurran dentro de las pautas dadas, hasta el punto de configurar la "normalidad" de esa sociedad. A partir de esa normalidad, se establece una serie de roles y funciones para hombres y mujeres de manera que todo transcurra dentro del orden establecido. Según esa construcción, cuando se produce una desviación de las expectativas en aquellas personas que están sometidas al control o supervisión de otras (por ejemplo, cuando las mujeres cuestionan e impugnan este orden autoritario y patriarcal, o cuando sus acciones no encajan en el ámbito de lo aceptable por las visiones del mundo que son dominantes), [quienes] tienen la potestad de hacerlo deben corregir cualquier alejamiento que se produzca, incluso por medio de determinados grados de violencia. (ONU Mujeres, 2014, párr. 106)

Entre esos grados de violencia, en el extremo final se encuentra el feminicidio. El feminicidio busca *recomponer* lo que el agresor considera que la víctima ha transgredido (ha roto) con su comportamiento y actitud. Lo que le "autoriza" a cometer tales actos son los elementos culturales y el sistema de creencias personal que le hacen pensar "que tiene el poder suficiente para determinar la vida y el cuerpo de las mujeres, para castigarlas o sancionarlas, y en última instancia, para preservar los órdenes sociales de inferioridad y opresión" (ONU Mujeres, 2014, párr. 98).

Lo anterior pone de manifiesto que los feminicidios no son hechos aislados o crímenes producto de psicopatologías individuales o de urgencias biológicas que nublan la mente de quienes los cometen, sino "posibilidades definidas por la

cultura" (Monárrez, 2000, p. 90). Por ello, el autor de un feminicidio —que en su abrumadora mayoría suele ser un hombre—, puede ser cualquiera. Puede ser lejano o cercano, conocido o desconocido: puede ser el padre, un familiar, el amante, el esposo, el amigo, el novio, la expareja, el colega de trabajo, alguien sin ninguna relación con la víctima, etcétera. A su vez, la víctima puede ser cualquier mujer de cualquier edad, condición social, origen, religión, orientación sexual, identidad de género, actividad profesional, cuyo riesgo aumenta en función de la intersección de dos o más condiciones de identidad o factores[6] que incrementan el grado de vulnerabilidad.[7]

Lo anterior implica que ni los autores ni las víctimas de este delito están focalizados(as) en un sector en particular, sino que pertenecen a las más variadas esferas del colectivo social. Esto es fundamental para entender el feminicidio. Hay que erradicar la idea de que este crimen se comete únicamente por "depredadores sexuales" o personas que padecen alguna enfermedad mental o alguna adicción a las drogas o al alcohol. Lo que hay que admitir, más bien, es que cualquier persona puede ser autora de este delito, dado que el factor determinante no son los rasgos excepcionales del perpetrador, sino la violencia dirigida específicamente contra las mujeres como grupo genéricamente constituido. (Caputi y Russell, 1992; Monárrez, 2000; Radford, 1992; Lagarde, 1997)

Asimismo, hay que abandonar la idea de que la conducta de las víctimas las hace responsables de su muerte. (Cameron y Frazer, 1987; Caputi y Russell, 1992; Monárrez, 2000; Radford, 1992). Tratar de justificar el feminicidio en la actitud

[6] Por ejemplo, de acuerdo con el estudio realizado por Data Cívica y el Área de Derechos Sexuales y Reproductivos del Programa de Derecho a la Salud del Centro de Investigación y Docencia Económica sobre los asesinatos de mujeres cometidos en México entre 2000 y 2017, el 23.4% de mujeres asesinadas en este periodo tenía una escolaridad de secundaria, a pesar de que el 28.6% tenían entre 20 y 27 años. Asimismo, el 17.1% completó la primaria solamente, aun cuando el 12.2% tenía entre 44 y 54 años. Esto sugiere, según apunta este estudio, que la violencia homicida ha tenido un efecto desproporcionado sobre quienes no han tenido un acceso pleno a la educación, es decir, sobre aquellas mujeres en las que se intersecta el género con el bajo nivel de escolaridad (2019, 29-30).

[7] Con ello no se pretende sugerir que *ser mujer* implique necesariamente vulnerabilidad como condición física o mental, sino reconocer que las mujeres son un grupo en situación de desventaja histórica, sujeto a una discriminación estructural, tal como lo ha señalado la Primera Sala de la SCJN (Amparo Directo en Revisión 5267/2014, párr. 58).

de las víctimas, su profesión, estilo de vida, vestimenta, lugar en el que se encontraban, etcétera, es negar lo que realmente está detrás del feminicidio, que no es lo que hizo o dejó de hacer esa niña, esa adolescente o esa mujer adulta, sino el esquema de desigualdad estructural que existe entre mujeres y hombres, en el cual la violencia contra las mujeres es tolerada y constituye un mecanismo de reproducción de la opresión (Lagarde, 1997, p. 217).

Los efectos de esta práctica, por desgracia reiterada, suelen ser especialmente adversos para quienes buscan acceder a la justicia. Culpabilizar a las víctimas por su muerte ocasiona que la atención se centre en el comportamiento de la mujer víctima de feminicidio o sus familiares, lo cual trae consigo consecuencias nocivas a distintos niveles. En primer lugar, implica que se desvíe el objetivo de las indagatorias o se llegue al extremo de no investigar en absoluto. Centrar la atención en corroborar las características y modo de vida de la víctima o sus familiares, relega las cuestiones realmente importantes como la identificación del autor de los hechos, la corroboración del contexto y circunstancias en que sobrevino el asesinato, la recopilación de información sobre posibles antecedentes de violencia, por citar algunas. Además, en los casos de inacción total, la información sobre la víctima se utiliza para hacer parecer que los hechos no son lo suficientemente importantes para ser indagados,[8] como sucede, por ejemplo, en los casos de asesinatos a trabajadoras sexuales.

En segundo lugar, la práctica referida provoca que las investigaciones, el proceso y las propias resoluciones judiciales se vean influenciadas por estereotipos de género que la mayoría de las veces estigmatizan a las víctimas e intentan justificar la conducta de sus agresores.[9] Basta ver el lamentable manejo en los asesinatos

[8] Al respecto, véase el Amparo Directo 29/2017, 12 de junio de 2019, Ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Oritz Mena; Amparo en Revisión 1284/2015, 13 de noviembre de 2019, Ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Oritz Mena; Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, 16 de noviembre de 2009; Caso J. vs. Perú, 27 de noviembre de 2013; Veliz Franco y otros Vs. Guatemala, 19 de mayo de 2014; Espinoza González Vs. Perú, 20 de noviembre de 2014; Velásquez Paíz y otros Vs. Guatemala, 19 de noviembre de 2015; Corte IDH. Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala, 24 de agosto de 2017; Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú, 12 de marzo de 2020.

[9] Un ejemplo de este tipo de situaciones se enmarca claramente en el Caso Velásquez Paiz y otros, y Gutiérrez Hernández y otros, ambos contra Guatemala, en los que la Corte IDH señaló que: "el concepto

violentos de Wendy Hernández González, Mayra Abigail Guerrero Mondragón y Lesvy Berlin Rivera Osorio para comprobar el grado de afectación que esto tiene en los diferentes momentos de la atención judicial (Observatorio Ciudadano Nacional de Feminicidio, 2018, 174-182).

En tercer lugar, la idea de que las mujeres víctimas de feminicidio tienen la culpa de lo que les sucedió refuerza las construcciones culturales que posibilitan que este delito se constituya como un mecanismo de dominación de las mujeres en lo individual y como grupo. Por ejemplo, esta visión alimenta los discursos orientados a "proteger" a las mujeres de la comisión de crímenes violentos en su contra, a través de los cuales rutinariamente son advertidas de no vivir solas, no salir solas por la noche (es decir, sin un hombre, porque incluso cuando se trata de grupos donde únicamente había mujeres se dice que "estaban solas"), no acudir a ciertas áreas de la ciudad, no vestirse de cierta forma, no consumir bebidas alcohólicas, etcétera.

Dichas advertencias, más allá de combatir la violencia contra las mujeres y cambiar los patrones culturales y la desigualdad estructural que la originan, en realidad imponen límites sobre los lugares a los que pueden acudir y la forma en la que deben comportarse en público. Ello, en última instancia, fortalece la idea de que el espacio público es un espacio de hombres, y que la presencia femenina se encuentra condicionada a la "aprobación" masculina. A su vez, refuerza la idea de que el único espacio seguro para las mujeres es el espacio privado, el hogar (ejemplo tomado de Radford, 1992, 7). Lo paradójico es que ni siquiera en el domicilio las mujeres permanecen a salvo: la vivienda representa uno de los espacios más letales para las mujeres de todas las edades. (Dworkin, 1997; Radford, 1992)

En efecto, el hogar es un escenario en el que suceden un buen número de asesinatos violentos de mujeres, aun así, éste no es el único ámbito en el que se comete este delito. El feminicidio, por sus características, es un crimen que sucede tanto en

de crimen pasional es parte de un estereotipo que justifica la violencia contra la mujer. El calificativo `pasional´ pone el acento en justificar la conducta del agresor". Por ejemplo, "`la mató por celos´, `en un ataque de furia´, son expresiones que promueven la condena a la mujer que sufrió violencia. Se culpabiliza a la víctima y se respalda la acción violenta del agresor". (Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala, párr. 171; Velásquez Paíz y otros Vs. Guatemala, párr. 187).

el espacio público como en el privado. Los datos disponibles en México —mismos que serán desarrollados *infra*— confirman esta realidad: la vivienda ha sido y sigue siendo un espacio de riesgo para las mujeres, sin embargo, en los últimos años, los asesinatos de mujeres cometidos en el espacio público han aumentado considerablemente.

De acuerdo con el estudio publicado en 2019 por Data Cívica y el Centro de Investigación y Docencia Económica, antes de 2009 la mayoría de las mujeres eran asesinadas en casa, sin embargo, a partir de ese año la mayoría fueron privadas de la vida en la vía pública.[10] Si bien los asesinatos en la vivienda aumentaron casi el doble en el periodo de 2000 a 2017, los que ocurrieron en la vía pública crecieron casi el cuádruple (2019, pp. 19, 20 y 48).[11]

Las cifras constatan que, en la actualidad, la vía pública es el espacio en el que se asesinan a más mujeres, aun así, existe evidencia de que un buen número de esos crímenes fueron perpetrados por personas que mantenían algún tipo de relación con la víctima.[12] Los datos revelan que, entre 2012 y 2017, en aquellos casos en los que se cuenta con registro sobre la existencia de algún vínculo de parentesco entre la víctima y la presunta persona responsable, el porcentaje de asesinatos de mujeres en los que existía una relación fue del 73%. En estos casos, el 48.95% de las veces el presunto responsable era la pareja (Data Cívica y Centro de Investigación y Docencia Económica, 2019, pp. 51, 53).[13]

[10] Hay un dato que vale la pena resaltar respecto a la forma en la que se asesina a las mujeres en un ámbito y en otro. Entre 2000 y 2017, en la vivienda fue más común que las mujeres (en contraste con los hombres) murieran de asfixia (17.4% vs 6.2%), con un arma blanca o contundente (18.3% vs 15%), como resultado de una "agresión con fuerza corporal" (1.0% vs 0.8%) y de envenenamiento (0.8% vs 0.2%). De los pocos casos registrados de muertes ocasionadas por "agresión sexual con fuerza corporal", la mayoría de las víctimas fueron mujeres (86%).

En el espacio público, por su parte, el medio más letal tanto para hombres como para mujeres es el arma de fuego; sin embargo, el porcentaje de mujeres asfixiadas en este espacio es mucho mayor que el de los hombres (Data Cívica y Centro de Investigación y Docencia Económica, 2019, pp. 46, 49).

[11] Al respecto, véase también el estudio realizado por ONU Mujeres sobre las tendencias de la violencia feminicida en México entre 1986 y 2016 (ONU Mujeres, 2017).

[12] Al respecto, la propia SCJN ha asumido que "muchas de las conductas delictivas perpetradas en contra de las mujeres, tienen origen en relaciones que encuentran su punto de inicio en núcleos como el de la pareja, familia, trabajo o de la propia convivencia escolar" (Amparo Directo en Revisión 1545/2017, párr. 47).

[13] Una vez que las mujeres entran en la adolescencia la pareja empieza a aparecer con mayor frecuencia como la persona probable responsable. Esto persiste hasta el grupo de mujeres de 55 años en adelante,

Si bien una buena parte de los asesinatos de mujeres ocurre en el contexto de la relación de pareja (noviazgo, concubinato, matrimonio, relaciones sexoafectivas o sólo de carácter sexual), lo cierto es que el tipo de parentesco o vínculo entre agresores y víctimas es de lo más variado. Entre los registros que recoge el referido estudio aparecen padres, padrastros, madres, tíos, primos, abuelos, nietos, hermanos, hermanas, conocidos, yernos, sobrinos, hijos y personas encuadradas en la categoría "otros", que suelen representar un buen porcentaje en cada grupo de edad (Data Cívica y Centro de Investigación y Docencia Económica, 2019, p. 54). Pero aun cuando no todos los asesinatos registrados pueden ser catalogados como feminicidios, lo relevante para una correcta investigación ministerial y resolución judicial de los casos que sí lo son es tener presente que, en mucho de ellos, el perpetrador no es un asesino furtivo, sino una persona que la víctima conocía, incluso cuando la privación de la vida sucede en la vía pública.

Esto es importante al menos en dos sentidos. Primero, porque da buenas razones para que las fiscalías planteen como línea de investigación que el delito probablemente se ejecutó por alguien que guardaba algún vínculo con la víctima. Y, segundo, porque la presencia de algún tipo de relación implica que puedan existir pruebas que permitan corroborar si el asesinato se cometió como parte del continuo de violencia característico de la violencia contra las mujeres.[14]

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que no existan casos en los que el delito es cometido por una persona desconocida. Tampoco significa que la ausencia de un vínculo anule las posibilidades de que la privación de la vida haya sido un feminicidio. Lo que las estadísticas sugieren, en todo caso, es que hay un alto índice de asesinatos de mujeres cuya autoría recae en personas que conocían a la víctima,

quienes tampoco se libran de ser asesinadas por sus parejas o exparejas, pero cuyos presuntos agresores resultan ser mayormente sus hijos. En la niñez, en cambio, los padres y madres representan el mayor índice de parientes probables responsables (Data Cívica y Centro de Investigación y Docencia Económica, 2019, p. 53).

[14] Al respecto resulta relevante un dato: en el 56.8% de asesinatos de mujeres ocurridos entre 2003 y 2017 se registró la existencia de violencia en el ámbito familiar (la muestra se compone sólo de aquellos casos en los que se recabó este dato y no del total de asesinatos ocurridos en ese periodo) (Data Cívica y Centro de Investigación y Docencia Económica, 2019, p. 51).

ya sea que se lleven a cabo en el ámbito público o el privado. Lo importante será, en un supuesto y otro, evitar que se descarte *a priori* alguna de las dos hipótesis.

El reconocimiento de las cuestiones que se han descrito hasta el momento, es decir, de todo aquello que origina, propicia y tolera la violencia contra las mujeres en general y el feminicidio en particular, así como los rasgos que lo caracterizan, es lo que permitirá a las autoridades ministeriales y jurisdiccionales investigar y resolver este tipo de casos con perspectiva de género. Incorporar al análisis la categoría del género y sus implicaciones hace posible orientar adecuadamente la indagatoria y, al mismo tiempo, proporciona a las autoridades jurisdiccionales una herramienta fundamental para apreciar los hechos y las pruebas, y, a partir de ello, determinar si se debe absolver o condenar a la persona acusada.

En específico, en los casos de muertes violentas de mujeres, la perspectiva de género sirve para identificar aquellas características y situaciones presentes, antes o durante la privación de la vida. En cuanto a las cuestiones previas, este método de análisis permite reconocer los contextos de discriminación y violencia en los que suelen encontrarse inmersas las mujeres en los distintos ámbitos (familiar, laboral, docente o comunitario), los cuales propician que sean asesinadas. Al momento de la privación de la vida, por su parte, la perspectiva de género posibilita identificar el modo en que se materializan las razones de género, con base en las formas como los cuerpos de las mujeres fueron sometidos y violentados (Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio, 2018, 29).

En lo consecutivo se desarrollará la forma concreta en la que la perspectiva de género auxilia en las labores de investigación, procesamiento y resolución de casos de feminicidio, pues hay que recordar, tal como se menciona y se desarrolla a lo largo del Protocolo para juzgar con perspectiva de género (SCJN, 2020), que este método de análisis no se circunscribe a un momento específico de la actividad jurisdiccional, sino que permea distintos actos y momentos de la atención que se brinda a los asuntos puestos a consideración de los órganos de impartición de justicia.

III. Etapa de investigación

La etapa de investigación, que comprende tanto la investigación inicial como la complementaria, es, sin lugar a duda, una etapa definitoria para el éxito o fracaso del cumplimiento de los objetivos que persigue el proceso penal. La investigación constituye la piedra angular sobre la que se formula la acusación en la etapa intermedia y la presentación del caso en la etapa de juicio oral; la base fáctica, probatoria y jurídica a partir de la cual se obtendrán (o no) resultados positivos se define en esta primera fase (Olamendi, 2016, 145).

Esclarecer los hechos, proteger a la persona inocente, evitar que quede impune la persona culpable y lograr que se reparen integralmente los daños causados por el delito dependen, en buena medida, de que la indagatoria se desarrolle de forma adecuada, exhaustiva y en cumplimiento a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos.

Dadas las implicaciones de la investigación en sí, pero también del papel que desempeñan los jueces y juezas de control en esta primera etapa, se dividirá el análisis en dos rubros: uno relacionado con la perspectiva de género en la investigación de delitos de feminicidio, y otro encaminado a explorar de qué forma incide esta herramienta en el actuar de dichas autoridades jurisdiccionales.

1. Investigación con perspectiva de género en casos de feminicidio

Como se señaló al inicio, la relevancia de la investigación en el proceso penal es patente. Aun así, en los hechos, existen serias deficiencias, particularmente en los casos de feminicidio y, en general, de delitos que involucran actos de violencia contra las mujeres. Diversas instituciones internacionales, organizaciones de la sociedad civil e, incluso, la SCJN y la Corte IDH a través de sus precedentes[15] han

[15] Cfr. Guía de recomendaciones para la investigación eficaz del crimen de feminicidio, 2014; ONU Mujeres, 2014; Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio, 2018; Amparo en Revisión 554/2013;

llamado la atención sobre las fallas e irregularidades que presentan muchas de las investigaciones en este tipo de casos. En buena medida, la mayoría tiene que ver con la falta de cumplimiento al estándar de debida diligencia y la ausencia de perspectiva de género en el desempeño de las labores investigativas. Previo a analizar aquellas fallas que trascienden de manera más importante en los casos de feminicidio, vale la pena desarrollar unas breves notas sobre la debida diligencia y la perspectiva de género en la investigación.

El estándar internacional de *debida diligencia* ha sido utilizado por las diferentes instancias internacionales para evaluar si un Estado ha cumplido con la obligación general de garantía frente a hechos que violan los derechos a la vida, la integridad y la libertad personal, en particular cuando resultan de actos imputables a particulares (ONU Mujeres, 2014, párr. 52). A nivel nacional, este estándar se encuentra incorporado en el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) y ha sido analizado y dotado de contenido por la SCJN en distintos precedentes, siendo uno de los más importantes el Amparo en Revisión 554/2013.

El deber de debida diligencia, tal como ha establecido la Corte IDH y se ha refrendado por la SCJN, se compone de los siguientes principios (Observatorio Ciudadano Nacional de Feminicidio, 2018, 22-28):

- *Oficiosidad*. Una vez que el Estado toma conocimiento de una posible violación a derechos humanos surge la obligación de iniciar, *ex officio* y sin dilación alguna, una investigación seria, imparcial y efectiva de los hechos.

- *Oportunidad*. Es el deber de iniciar la investigación de manera inmediata para impedir la pérdida de pruebas, así como de llevarla a cabo en un plazo razonable y con ánimo propositivo.

Amparo en Revisión 1284/2015; Amparo directo 29/2017; Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 16 de noviembre de 2009; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, 30 de agosto de 2010; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México 31 de agosto de 2010; Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala, 19 de mayo de 2014; Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú, 20 de noviembre de 2014; Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala, 19 de noviembre de 2015; Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala 24 de agosto de 2017.

- *Competencia*. Implica que las investigaciones se realicen de forma rigurosa y por profesionales competentes, capaces de utilizar de manera efectiva todos los recursos a su disposición.

- *Independencia* e *imparcialidad.*

- E*xhaustividad*. Conlleva agotar todos los medios para esclarecer la verdad de los hechos y sancionar a la persona responsable.

- *Participación de las víctimas*. Las víctimas deben participar conforme a las garantías que tienen reconocidas en la Constitución y el CNPP.

Por su parte, la perspectiva de género en la investigación[16] de muertes violentas de mujeres implica, en esencia: (i) indagar sobre las diferentes manifestaciones de la violencia contra la mujer que antecedieron el hecho, se manifestaron durante el delito o continuaron después de la muerte de la víctima; (ii) plantear posibles hipótesis del caso, basadas en hallazgos preliminares, que permitan identificar si se acredita alguna razón de género; (iii) evitar juicios de valor sobre las conductas o el comportamiento anterior de la víctima; (iv) entender el fenómeno de la violencia contra las mujeres y sus distintas manifestaciones; (v) prescindir de visiones estereotipadas o prejuiciosas sobre el género; (vi) verificar si existió una situación de violencia o vulnerabilidad en la víctima por cuestiones de género, entre otras (Amparo en Revisión 554/2013; Amparo en Revisión 1284/2015; ONU Mujeres, 2014).

Las cuestiones anteriores son las pautas mínimas que deberían seguir las investigaciones que se llevan a cabo en los casos de feminicidio. Sin embargo, como se mencionó al inicio, existen documentadas serias deficiencias en las funciones que desempeñan las autoridades ministeriales en este tipo de casos, las cuales pueden englobarse de la siguiente manera:

[16] Sobre la relevancia de la perspectiva de género en la investigación, véase Ramírez Ortiz, 2020.

- *Falta de oportunidad y eficacia*. Esto se refleja principalmente en tres sentidos: demora en la apertura de la carpeta de investigación, lentitud y desinterés en el desempeño de las funciones investigativas, e inactividad total o parcial en los expedientes. Esta forma de ineficacia ministerial y policiaca ha sido catalogada por la Corte IDH y refrendada por la SCJN como una forma de impunidad que tiene graves implicaciones.

  Por un lado, afecta directamente la posibilidad de obtener e incorporar datos de prueba pertinentes que permitan esclarecer los hechos y determinar las responsabilidades que correspondan. Conforme transcurre el tiempo, además va decreciendo la oportunidad de allegar pruebas que la mayoría de las veces resultan fundamentales para la resolución del caso (Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala, párr. 169). Por otro lado, promueve la repetición de hechos de violencia en general, al mismo tiempo que envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres es tolerada y aceptada como parte de la convivencia cotidiana (Caso "Campo Algodonero" Vs. México, párr. 388).

  Todo ello, se traduce en la vulneración a los derechos de acceso a la justicia, a una protección judicial efectiva y a conocer la verdad con la finalidad de que la familia tenga una reparación integral. A la par, se configura como una forma de incumplir con el deber de garantizar los derechos a la vida, a la integridad personal y, en ocasiones, a la libertad personal de las víctimas (Caso "Campo Algodonero" Vs. México, párr. 388).

- *Irregularidades en la recolección y práctica de pruebas* Existen distintos niveles en los que refleja este problema. Se citan sólo algunos de los que tienen mayor impacto en los casos de feminicidio:

  - Retraso del personal investigador en la llegada a la escena del crimen. La Primera Sala de la SCJN ha establecido que la escena del crimen, particularmente en los casos en que una persona ha

perdido la vida, resulta de vital importancia en un proceso penal, puesto que su estudio puede arrojar elementos válidos y útiles para ser valorados por la autoridad jurisdiccional (Primera Sala, Amparo Directo 78/2012, p. 111; Amparo en Revisión 554/2013, párr. 136). En ese sentido, la demora en el arribo de la Policía de Investigación puede tener consecuencias importantes en términos de pérdida, contaminación y fallas en la Cadena de Custodia.

- Omisión de resguardar el lugar de los hechos. De acuerdo con lo que ha señalado la SCJN, "el éxito o fracaso de una investigación penal suele estar determinado por la protección y análisis de la escena del crimen y sus escenas relacionadas" (Amparo en Revisión 554/2013, párr. 137). El correcto manejo de este espacio es un punto de partida para la investigación, el cual resulta determinante para esclarecer la naturaleza, circunstancias y características del delito, así como de las personas relacionadas con él (Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala, párr. 152). La falta de protección resulta en especial detrimento de la indagatoria, por ello, la SCJN, la Corte IDH y organismos internacionales han sido puntuales en señalar que únicamente el personal investigador y su equipo de trabajo deben tener acceso al lugar de los hechos.

- Falta de realización de diligencias previas y actos urgentes. Esta cuestión se refiere tanto a las diligencias que deben llevarse a cabo en la escena del crimen como aquellas que están relacionadas con los hechos que precedieron o fueron concomitantes al feminicidio. La celeridad en su realización tiene como objetivo evitar la pérdida y degradación del material probatorio, así como la omisión de recabar aquella información que podría dejar de estar disponible con el paso del tiempo. La eficiente determinación de la verdad en el marco de la obligación de investigar una muerte debe mostrarse desde las primeras diligencias con toda acuciosidad (Caso "Campo

Algodonero" Vs. México, párr. 300; Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala, párr. 150).[17]

- Fallas en la cadena de custodia. La cadena de custodia tiene como finalidad garantizar que todos los indicios que sean recabados por las autoridades investigadoras sean efectivamente los que se reciban de forma posterior en los laboratorios para su análisis. El cumplimiento adecuado de las directrices previstas para este procedimiento impacta en la adecuada preservación de las pruebas, pero también en su grado de fiabilidad (Amparo en Revisión 554/2013, párr. 147).

- Énfasis excesivo en la prueba testimonial y consecuente ausencia de pericias. Esta cuestión impacta de forma especialmente negativa en los casos de feminicidio, pues, por la forma en la que está tipificado, la prueba testimonial suele ser insuficiente para acreditarlo. Al respecto, la Primera Sala de la SCJN ha destacado que "la eficacia de la investigación, en el caso de muertes violentas de mujeres, depende de manera directa y en gran medida, de la prueba técnica realizada por los peritos" (Amparo en Revisión 554/2013, párr. 135).

  Ello no quiere decir que las pruebas testimoniales sean irrelevantes, sino que, por sí solas, son insuficientes para probar un delito tan complejo como el feminicidio. No obstante, las testimoniales son esenciales para proveer información sobre: la persona probable responsable; la existencia de algún tipo de vínculo entre ésta y la víctima; el contexto en el que se desarrollaba esa relación; las posibles causas que motivaron el hecho; si atestiguaron el hecho o algún acto previo de violencia o agresión, etcétera.

[17] Sobre el tratamiento de la escena del crimen, véase el Amparo en Revisión 554/2013, párr. 138. Asimismo, sobre el tipo de información que debe ser recabada por la autoridad investigadora desde las primeras actuaciones consúltese el Modelo de protocolo de ONU Mujeres, 2014, párrs. 171, 174.

Las pruebas periciales, por su parte, son fundamentales para arrojar datos sobre: la forma en que sucedieron los hechos;[18] el contexto objetivo y subjetivo;[19] aspectos relacionados con el cadáver de la víctima;[20] y cuestiones sobre el presunto agresor,[21] por citar algunas.

[18] Al respecto podrían ser de utilidad pruebas como: (i) el dictamen sobre la mecánica de las lesiones, la cual podría esclarecer, por ejemplo, si se ocasionaron lesiones con la finalidad de producir dolor o sufrimiento antes del homicidio, o bien, si el cadáver presenta lesiones con características que podrían orientar la lucha, forcejeo o defensa (OACNUDH y Fiscalía General de la República de El Salvador, 2012, párr. 16); (ii) estudio antropométrico comparativo entre la víctima y el victimario, a fin de establecer la posible ventaja física que existía entre víctima y presunto agresor (íbid., párr. 35); (iii) dictámenes de criminalística; (iv) examen sobre deflagración de pólvora, cuando la muerte fue por disparo de arma de fuego, etcétera.

[19] Para conocer más sobre el escenario en el que sucedieron los hechos, podrían resultar relevantes los peritajes siguientes: (i) antropológico (provee datos generales sobre la víctima y el probable responsable; sobre si éste presenta patrones culturales orientados hacia conductas misóginas o de discriminación y desprecio hacia las mujeres; si existe un contexto generalizado de violencia contra las mujeres en la región en que se cometió el delito; sobre el impacto que tienen las condiciones de identidad de la víctima, etcétera); (ii) en trabajo social (permite conocer cuestiones como las manifestaciones de violencia física, sexual, psicológica, económica, patrimonial o simbólica que precedieron a la muerte de la víctima, o el entorno social y el mapa de relaciones de la víctima y sus familiares, teniendo en cuenta un enfoque de discriminación interseccional y psicosocial respecto de ésta); y psicosocial de la víctima (analiza el entorno psicosocial de la víctima, así como las circunstancias y medio en que se desenvolvía). Estos peritajes deben evitar caer en estereotipos de género o estereotipos que culpabilicen a las víctimas por lo que les sucedió o justifiquen el actuar de la persona probable responsable. Asimismo, si el enfoque es interseccional, se debe procurar omitir cualquier tendencia a universalizar a las mujeres de determinados grupos sociales (OACNUDH y Fiscalía General de la República de El Salvador, 2012, párrs. 25, 63; ONU Mujeres, 2014, párrs. 120, 123, 124; Amparo en Revisión 554/2013, párr. 190).

[20] Los exámenes fundamentales al respecto son la necropsia, la autopsia, peritajes en medicina forense, exámenes ginecológicos y toma de muestras biológicas, así como todos aquellos que permitan constatar cuestiones como la existencia de lesiones antiguas o indicios criminalísticos de maltrato crónico anterior a la muerte; signos de defensa y lucha; marcas en el cuerpo (mordeduras de mamas o contusiones al interior de los muslos), etcétera. Para ahondar más sobre las directrices que deben seguirse al momento de estudiar el cadáver de la víctima véase el Amparo en Revisión 554/2013, párrs. 156-160.

[21] Sobre el particular, son de relevancia en los casos de flagrancia o caso urgente en los que se pone a disposición a la persona presuntamente responsable: (i) el examen psicofísico (permite determinar si presenta lesiones, así como si se encuentra o no bajo el efecto agudo tóxico de alcohol o de alguna sustancia psicotrópica); (ii) inspección corporal y exploración física (permite identificar lesiones, huellas, manchas en la ropa, desgarraduras, desabotonaduras, objetos que puedan estar relacionados con el hecho delictivo, clasificación médico-legal de lesiones, exploración andrológica, etcétera); (iii) toma de muestras de sangre y orina; (iv) toma de indicios para confronta (semen, aglutininas A, B, O y ADN, toma de surco balano prepucial, citología búsqueda de células con cuerpo de Barr, toma de muestras de pelo púbico, raspado de uñas, modelos en yeso de arcadas dentarias, prueba de Rodizonato de Sodio y Harrison, etcétera); (v) evaluación psicológica o psiquiátrica (busca corroborar si la persona probable responsable tiene rasgos de personalidad misógina y violenta, o bien, si presenta alguna posible patología psiquiátrica), entre otras (OACNUDH y Fiscalía General de la República de El Salvador, 2012, párrs. 22, 58, 62; Amparo en Revisión 554/2013, párrs. 189).

Hay dos fallas importantes que se han señalado respecto a las pruebas periciales llevadas a cabo en los casos de feminicidio. La primera tiene que ver con que éstos frecuentemente prescinden de dar cuenta de la complejidad de los hechos, son imprecisos e incluso omisos respecto a datos relevantes. Esta cuestión, además de relacionarse con las deficiencias técnicas y científicas de las y los peritos, tiene mucho que ver con la falta de comprensión del fenómeno de la violencia contra las mujeres y del feminicidio en particular.

La segunda, por su parte, se relaciona con la forma en que los peritajes se ven influenciados por estereotipos de género, ya sea porque parten de sesgos basados en este tipo de ideas, o bien, porque son los propios dictámenes los que las perpetúan al destacar rasgos o cuestiones que de forma explícita o implícita culpabilizan a las víctimas y/o sus familiares por lo sucedido, o que justifican el actuar del presunto agresor.[22]

- *Resistencia a investigar los casos de muertes violentas de mujeres como feminicidios*. Existen documentados numerosos asesinatos violentos de mujeres que, a pesar de presentar características que denotan la posible comisión de un feminicidio, son investigados como homicidios comunes, accidentes o suicidios. Un caso paradigmático es el ya citado Amparo en Revisión 554/2013, relacionado con la muerte de Mariana Lima Buendía. Una de las cuestiones centrales que destacó la Primera Sala en este asunto fue la negligencia de las autoridades investigadoras de indagar la probable comisión de un feminicidio, aun cuando existían datos suficientes para que una de las líneas de investigación fuese la posibilidad de que Mariana Lima hubiese sido asesinada por

[22] Véanse, como ejemplo, el peritaje emitido en el caso de Karen Sáncehz Gochi (Observatorio Ciudadano Nacional de Feminicidio, 2018, 208) y los peritajes que constan en los casos Veliz Franco y otros, y Velásquez Paiz y otros, ambos contra Guatemala. El primero es una muestra de cómo puede impactar un estereotipo de género en las conclusiones adoptadas en el dictamen, y los segundos del fuerte potencial revictimizador que pueden tener respecto a las mujeres asesinadas y sus familiares.

su pareja, a consecuencia del contexto de violencia de género que padecía.[23]

Este caso permitió que la SCJN estableciera, entre otros estándares, que "todo caso de muertes de mujeres, incluidas aquellas que *prima facie* parecerían haber sido causadas por motivos criminales, suicidio y algunos accidentes, deben [ser analizados] con perspectiva de género, para poder determinar si hubo o no razones de género en la causa de la muerte y para poder confirmar o descartar el motivo de la muerte" (Amparo en Revisión 554/2013, párr. 132).[24]

Además de los casos que han sido de conocimiento de la SCJN, existen documentados muchos otros en los que esta circunstancia suele estar presente. Llama la atención, por ejemplo, que de las 12 historias que recoge el Observatorio Ciudadano Nacional de Feminicidio en un informe publicado en 2018, en el 33% de casos la investigación se inició como suicidio, y en el 25% como homicidio común. En todos ellos existían evidencias o señalamientos de las familias de las víctimas sobre la posible comisión de un feminicidio.[25]

[23] La Primera Sala destacó que, "*prima facie*, la muerte de Mariana Lima Buendía encajaba en el patrón registrado en los protocolos de actuación, por el sexo de la occisa (femenino), aparente forma de muerte (asfixia), lugar donde se encontró su cuerpo (su casa), persona que alegadamente encontró el cuerpo (su esposo); todo ello aunado a que existían imputaciones sobre una supuesta relación de violencia en la que vivía Mariana respecto de su pareja" (Amparo en Revisión 554/2013, párr. 129).

[24] Una circunstancia similar aconteció en el Amparo en Revisión 1284/2015, en el que la muerte de Karla del Carmen Pontigo Lucciotto se persiguió como homicidio por culpa, a pesar de existir evidencias sobre un posible contexto de hostigamiento sexual y violencia de género en el ámbito laboral.

Se destaca también el Amparo Directo 29/2017, pese a que la Primera Sala de la SCJN se vio imposibilitada a analizar lo relacionado con la reclasificación del delito, debido a una cuestión procesal, al tratarse del caso de una mujer que fue estangulada por su pareja en un hotel, el cual se investigó y sentenció como homicidio calificado y no como feminicidio.

[25] Entre los casos catalogados como suicido están los de Mariana Lima Buendía; María Fernanda Catalina Rico Vargas (encontrada por su pareja en la recámara de la casa que cohabitaban, supuestamente suspendida con un cinturón en el cuello); Yang Kyung María Juan Borrego (encontrada por su pareja en la casa que compartían, supuestamente colgada. Actualmente, quien fuera compañero de Yang, enfrenta un proceso por el probable feminicidio de otra de sus parejas, cometido dos años después); y Lesvy Berlín Rivera Osorio (encontrada en una caseta telefónica, con el cable del teléfono alrededor del cuello y lesiones en varias partes del cuerpo. Este caso finalmente se investigó como feminicidio). Por su parte, los casos documentados que se investigaron como homicidios comunes son los de Mayra Abigail Guerrero Mondragón (encontrada en un lote baldío, parcialmente vestida, con múltiples lesiones

Los casos anteriores son sólo una pequeña muestra de una práctica que parece repetirse con frecuencia. Las causas podrían ser variadas, sin embargo, hay una que vale la pena destacar. Según ha señalado la Corte IDH, la dificultad probatoria que impone acreditar que el homicidio de una mujer ha sido cometido por razón de género puede originar un incentivo negativo para ser perseguido como feminicidio. No obstante, ha resaltado que esa "dificultad a veces deriva de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por parte de las autoridades sobre el incidente violento y sus causas" (Veliz Franco y otros vs. Guatemala, párr. 187; Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala, párr. 146).

Ante tal circunstancia, el tribunal regional ha sido puntual en señalar que las autoridades estatales tienen la obligación de investigar *ex officio* las posibles connotaciones discriminatorias por razón de género en un acto de violencia perpetrado contra una mujer, especialmente cuando existen indicios concretos de violencia sexual, ensañamiento contra el cuerpo o la existencia de un contexto de violencia contra las mujeres en una región determinada (Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala, párr. 146).

- *Fuerte influencia de estereotipos de género*. Esta cuestión incide de forma perjudicial en distintos sentidos. En primer lugar, puede propiciar la inacción de las autoridades investigadoras, en muchas ocasiones, debido al tipo de asunciones que se hacen sobre la forma de vestir de la víctima, su ocupación laboral, conducta sexual, estilo de vida, relación o parentesco con el agresor, etcétera, las cuales pretenden mostrarla como responsable por lo que le sucedió o, incluso, estigmatizarla al grado de considerar y tratar de aparentar que su caso no resulta lo suficientemente importante para ser indagado.

y heridas en todo el cuerpo, así como con evidencias de una posible agresión sexual. Las últimas personas con quienes convivió fueron su novio y dos amigos de él); Victoria Pamela Salas Martínez (encontrada en el cuarto de un hotel con múltiples heridas. Viajaba con su novio cuando fue privada de la vida); y Karen Joanna Sánchez Gochi (encontrada en la habitación de un hotel con signos de haber sido violentada sexualmente y estrangulada. Este caso fue conocido por la SCJN) (Observatorio Ciudadano Nacional de Feminicidio, 2018, pp. 166-193).

En segundo lugar, tienen el potencial de afectar la percepción sobre si ocurrió o no un hecho de violencia, así como influir en la evaluación de la fiabilidad de los testimonios, incluso los de la familia de las víctimas. (Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México; Veliz Franco y otros vs. Guatemala; Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala; Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala.) Esto tiene efectos negativos respecto a la oportunidad con que se inicia y se sigue la indagatoria, las líneas de investigación que se formulan, y el tipo de pruebas y diligencias que se ordenan y se llevan a cabo.

- *Violación a las garantías de las víctimas*. A pesar de que el derecho de las víctimas a coadyuvar con el Ministerio Público, a aportar a la investigación todos los datos o elementos de prueba con los que cuentan, y a que se desahoguen las diligencias que consideren pertinentes están previstos en la Constitución (artículo 20, Apartado C, fracción II), es recurrente conocer reclamos sobre la negativa de las fiscalías a atender sus promociones, darles a conocer el estado que guarda la indagatoria, permitirles estar presentes en la práctica de diligencias, tomar en cuenta sus señalamientos sobre personas probables responsables, etcétera. Esto ha conducido a la SCJN a pronunciarse de forma enfática sobre la obligación que tienen las autoridades investigadoras de respetar y garantizar la intervención de las víctimas en esta etapa del proceso y la de las autoridades jurisdiccionales de corroborar que así sea. Asimismo, ha permitido que se analice el abanico de derechos que se ven involucrados cuando se habla de la participación de las víctimas en el proceso penal, entre los cuales destacan el derecho a la no discriminación, el derecho de acceso a la justicia y, particularmente, el derecho a la verdad y reparación integral (Amparo en Revisión 54/2013; Amparo en Revisión 1284/2015; Amparo Directo 29/2017).

Las cuestiones anteriores permiten advertir de qué manera una investigación que adolece de perspectiva de género, que se conduce sin acatar los estándares de debida diligencia y sin atender las obligaciones reforzadas que surgen de los estándares internacionales en materia de violencia de género contra las mujeres,

pueden determinar ineludiblemente los resultados del proceso penal, comprometiendo, principalmente, los derechos de acceso a la justicia, a la no discriminación, a una vida libre de violencia, a la verdad y a la reparación integral. (Amparo en Revisión 1284/2015, párr. 62).

Por ello el énfasis en esta etapa, porque aquí es donde está el mayor problema con los casos de feminicidio. La dificultad probatoria que caracteriza a estos delitos en muchos casos deriva de la ausencia de pruebas para corroborarlo, ya sea porque no se recabaron, se perdieron, no son fiables, los dictámenes son omisos, y así sucesivamente. Lo que vale la pena recordar, sin embargo, es que nuestro sistema penal vigente prevé mecanismos para el control de la legalidad de la investigación, los cuales deben ser implementados siempre que se esté ante el actuar negligente u omiso de las autoridades ministeriales. El objetivo del apartado siguiente es explorar de qué manera podría revertirse esta inercia.

2. Juezas y jueces de control: una figura clave en casos de feminicidio

La figura de las juezas y jueces de control en la etapa de investigación juega un papel central en la consecución de los fines del proceso penal, al ser ésta la autoridad encargada de velar porque la actuación de la parte acusadora sea apegada a derecho. Las funciones que tiene encomendadas son fundamentales para la correcta persecución de cualquier ilícito penal, sin embargo, en los casos de feminicidio su actuar reviste una especial relevancia, dadas las particularidades de este delito y el tipo de deficiencias en las que suelen incurrir las autoridades investigadoras.

Son al menos dos los momentos cruciales que se dan en la etapa de investigación, en los cuales las juezas y jueces de control pueden conocer el estado que guarda la indagatoria y cuidar por que se cumplan el estándar de debida diligencia y los lineamientos que ha establecido la SCJN para la investigación de casos de feminicidio. La razón por la que se hace tanto hincapié en esta etapa y se resaltan los momentos en los que tal autoridad jurisdiccional puede pronunciarse sobre la legalidad de la investigación, es porque una vez concluida no habrá otra oportunidad

para analizar y remediar las deficiencias de la indagatoria. Esto es congruente con el precedente de la SCJN que establece que, una vez cerrada cualquiera de las etapas del procedimiento, los temas que en cada una de ellas se analizan no podrán ser nuevamente estudiados o ser materia de debate en una posterior (Amparo en Revisión 907/2016). De ahí que resulte indispensable que todo lo que atañe al actuar de la autoridad investigadora sea dirimido en esta etapa procesal.

El primer momento clave al que se hace referencia se da en la audiencia inicial, concretamente cuando se dirime lo relacionado con el auto de vinculación a proceso. Esta es la primera ocasión en la que la jueza o juez de control tendrá conocimiento de los datos de prueba a partir de los cuales el Ministerio Público (MP) considera que existe un hecho que la ley señala como delito, el cual probablemente se cometió por la persona imputada o en el que probablemente participó.

A partir de la información que le sea expuesta por el MP, la jueza o juez de control resolverá sobre la situación jurídica de la persona imputada. Dictará auto de vinculación a proceso, sólo en aquellos casos en los que, entre otras cuestiones, existan indicios razonables que permitan suponer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que existe probabilidad de que la persona imputada lo cometió o participó en su comisión. En este mismo acto, la autoridad jurisdiccional podrá otorgar una clasificación jurídica distinta a la asignada por el MP, aun cuando ésta resulte en perjuicio de la persona imputada. El único requisito es que no se varíen los hechos que fueron motivo de la imputación, y que se garantice en todo momento el derecho de defensa (Tesis 1a./J. 29/2020 (10a.))

En esta facultad de reclasificar el delito por el que se vincula a proceso a la persona imputada es donde surge una cuestión importante cuando se trata de delitos de feminicidio. Dada la cantidad de casos que existen documentados en los que la autoridad investigadora persigue como homicidios simples, agravados o culposos aquellos casos que en realidad son feminicidios, es imprescindible que las juezas y jueces de control pongan especial atención en este momento procesal y, tomando en cuenta esta situación, analicen con perspectiva de género los datos de prueba mencionados por la fiscalía, a efecto de corroborar si éstos en efecto evidencian la posible comisión de un homicidio común o, más bien, existen indicios razonables para considerar que probablemente se cometió un feminicidio.

Esto resulta de la mayor trascendencia para el proceso penal, toda vez que permite que la investigación complementaria se oriente adecuadamente por el MP, el cual, ante la reclasificación del delito, tendrá el deber de recabar datos de prueba para corroborar si el asesinato se cometió o no por razones de género. En caso de que los hallazgos en la investigación den cuenta de que la primera intuición del MP era correcta (es decir, que el delito que probablemente se configuraba era un homicidio común y no un feminicidio), esto podrá ser solventado en la formulación de la acusación.

Lo anterior es conforme con el estándar fijado por la Primera Sala de la SCJN en el Amparo en Revisión 554/2013, en el cual estableció que "todo caso de muertes de mujeres, incluidas aquellas que *prima facie* parecerían haber sido causadas por motivos criminales, suicidio y algunos accidentes, deben [ser analizados] con perspectiva de género, para poder determinar si hubo o no razones de género en la causa de la muerte y para poder confirmar o descartar el motivo de la muerte" (párr. 132). Prescindir de analizar si el caso tiene los méritos para ser investigado y procesado como feminicidio implica que se corra el riesgo de que se pierdan pruebas fundamentales para el esclarecimiento de los hechos o que ni siquiera se recaben evidencias orientadas a corroborar si la privación de la vida fue un feminicidio, un homicidio común, un accidente o un suicidio.

El segundo momento crucial se puede dar hasta antes del cierre de la investigación complementaria. El acto procesal que dará lugar a que la jueza/juez de control se pronuncie sobre las posibles omisiones en que incurra la autoridad investigadora en el desempeño de sus funciones está a cargo de la víctima u ofendido y de la persona Asesora Jurídico Victimal. (Jurisprudencia 1a./J. 27/2018 (10a.)).[26] Cuando esto sucede, esto es, cuando la víctima u ofendido o la persona asesora recurre el actuar negligente del MP en la investigación, las juezas y jueces de control tienen a su cargo garantizar una respuesta pronta e inmediata, bajo las reglas del

[26] "SISTEMA PENAL ACUSATORIO. LAS OMISIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN, SON IMPUGNABLES ANTE EL JUEZ DE CONTROL A TRAVÉS DEL MEDIO DE DEFENSA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 258 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES", Jurisprudencia: 1a./J. 27/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 57, Tomo I, agosto de 2018, p. 945. Reg. digital 2017641.

control judicial, sobre aquellas diligencias, actos procesales o comportamientos de las agencias formales del sistema de justicia penal que pongan en peligro o lesionen los derechos constitucionales de los sujetos procesales (Contradicción de Tesis 233/2017, párr. 59).

Al analizar lo conducente, las juezas y jueces de control deben partir de la base que el deber de investigar tiene alcances adicionales cuando se trata del asesinato de una mujer en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres (ONU Mujeres, 2014, párr. 69; Amparo en Revisión 554/2013, párr. 115). A su vez, deben tener presente el criterio de la SCJN sobre los actos mínimos que deben llevar a cabo las autoridades que investigan la muerte violenta de una mujer, esto es:

- Identificar a la víctima;
- Proteger la escena del crimen;
- Recuperar y preservar el material probatorio;
- Investigar exhaustivamente la escena del crimen;
- Identificar posibles testigos y obtener declaraciones;
- Realizar autopsias por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados;
- Determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, y cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte;
- Identificar las conductas que causaron la muerte y verificar la presencia o ausencia de motivos o razones de género que originan o explican la muerte violenta;
- Preservar evidencias específicas para determinar si hubo violencia sexual;
- Ordenar las periciales pertinentes para determinar si la víctima estaba inmersa en un contexto de violencia;
- Analizar la conexión que existe entre la violencia contra la mujer y la violación de otros derechos humanos, así como plantear posibles hipótesis del caso que identifiquen la discriminación o las razones de género como los posibles móviles que explican dichas muertes; e

- Investigar de oficio las posibles connotaciones discriminatorias por razón de género en un acto de violencia perpetrado contra una mujer cuando dicho acto se enmarca en un contexto de violencia contra la mujer que se da en una región determinada.

Como complemento a lo anterior, deberán tomar en consideración los estándares internacionales existentes para evaluar la idoneidad de las investigaciones penales, los cuales incorporan cuestiones como: (i) la independencia funcional y material de las instancias llamadas a investigar; (ii) la oportunidad y oficiosidad de la investigación; (iii) la exhaustividad; (iv) el recaudo y protección efectiva de la prueba; y (v) la participación efectiva de las víctimas y sus representantes (ONU Mujeres, 2014, párrs. 75-91).

Analizado lo anterior, cuando la autoridad jurisdiccional estime que la actuación del MP es ilegal, deberá ordenarle que solvente las inconsistencias respectivas y practique todas las diligencias que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos (Contradicción de Tesis 233/2017, párr. 82).

El alcance que tiene la resolución que puede recaer a este acto procesal, pone en evidencia la relevancia de la participación e intervención de las víctimas en el proceso, en compañía de sus asesoras o asesores jurídicos, así como el papel fundamental que juega el control judicial de la investigación en aras de garantizar los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Lo que debe asumirse como premisa básica es que una indagatoria bien llevada no sólo favorece a los intereses de las víctimas y la sociedad en su conjunto, sino también al estricto cumplimiento de las garantías de las personas imputadas, quienes sólo podrán ser condenadas cuando exista prueba suficiente que acredite su culpabilidad más allá de toda duda razonable.

IV. Etapa intermedia

Como se anunció al inicio, la perspectiva de género es una herramienta que auxilia la labor jurisdiccional en los distintos momentos de la atención judicial. Uno de los mayores aportes que puede generar este método de análisis en la etapa

intermedia es el relacionado con la exclusión de pruebas impertinentes. Tal como se señaló en apartados previos, uno de los mayores desafíos que enfrenta la investigación y procesamiento de casos que involucran violencia contra las mujeres es la fuerte influencia de estereotipos de género.

Dado que la etapa intermedia tiene por objeto el ofrecimiento y la admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia de juicio, es vital que las juezas y jueces de control, cuando alguna de las partes lo haga valer, garanticen la exclusión, fundada y motivada, de aquellos medios de prueba que no resulten pertinentes para el esclarecimiento de los hechos. En particular aquellos que, más allá de relacionarse directa o indirectamente con los hechos del caso, tengan por objeto tratar de justificar los actos del presunto agresor o responsabilizar a la víctima o sus familiares por lo sucedido, estigmatizándola por cuestiones como su estilo de vida, comportamiento social o sexual, forma de vestir, lugar en el que se encontraba, tipo de vínculo que mantenía con la persona probable responsable, actividad profesional, etcétera.

En esa labor, la perspectiva de género es fundamental. Esta herramienta permite identificar aquellos estereotipos de género que persisten en el caso concreto y que se reflejan en los medios de prueba aportados por la parte acusadora o la defensa. Asimismo, permite comprender bien el fenómeno de la violencia contra las mujeres y, a partir de ello, reconocer con mayor facilidad aquellos estereotipos de género que suelen estar presentes en los casos de violencia contra las mujeres.

La necesidad de que las juezas y jueces de control verifiquen que las pruebas ofrecidas satisfagan el criterio de pertinencia en los términos citados es acorde con el criterio de la Corte IDH que sostiene que los estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y, por ende, deben tomarse las medidas necesarias para ser erradicados en cualquier momento en el que se presenten (Corte IDH 2015, párr. 183).

V. Etapa de juicio

Existen diferentes aspectos en los que la perspectiva de género se vuelve una herramienta útil y necesaria al momento de pronunciarse sobre el fondo de la

controversia.[27] Siguiendo el esquema propuesto en el Protocolo para juzgar con perspectiva de género se analizarán primero aquellas cuestiones que tienen que ver con la premisa fáctica, y en un segundo momento aquellas que se refieren a la premisa normativa.

1. Premisa fáctica

Existen dos cuestiones de especial interés en relación con el análisis de las premisas fácticas en los casos de feminicidio. El primero tiene que ver con la obligación de desechar cualquier prejuicio o estereotipo de género nocivo[28] al momento de analizar los hechos y las pruebas del caso. El segundo, por su parte, se refiere al deber de analizar los hechos como parte de un contexto objetivo y subjetivo.

El punto de partida para analizar el primer tema es tener presente que los estereotipos y prejuicios de género son ideas que tienen la capacidad de distorsionar las percepciones, dando lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos. En esa medida, pueden afectar la objetividad de las autoridades jurisdiccionales al grado de influir en su capacidad para determinar si ocurrió o no un hecho (SCJN, 2020, p. 177).

Las ideas preconcebidas sobre el género, según lo que destaca el Protocolo, pueden impactar en el razonamiento probatorio, al menos en tres sentidos: (i) pueden llevar a la persona juzgadora a considerar relevante algo que no lo es; (ii) pueden ocasionar que se inadvierta el impacto diferenciado que provoca el género; o (iii) pueden ser utilizados como máximas de experiencia para tener por probado un hecho o para descartar su ocurrencia.[29]

En los casos de feminicidio, el primer aspecto puede advertirse, por ejemplo, en aquellas sentencias en las que se toma como elemento relevante la conducta o el

[27] Sobre el particular, véase Protocolo para juzgar con perspectiva de género, pp. 173-230.
[28] Para ahondar más sobre el tema de estereotipos, estereotipos de género y cómo influyen en las decisiones judiciales, véase el Protocolo para juzgar con perspectiva de género, pp. 43-65 y 174-196.
[29] Para ahondar más sobre cada uno de estos puntos, véase el Protocolo para juzgar con perspectiva de género, pp. 174-201.

estilo de vida de la víctima para tener por probado que se suicidó o que de alguna forma provocó su muerte, descartando con ello que se le hubiese privado de la vida o que el asesinato estuviese motivado por alguna razón de género. El segundo aspecto, por su parte, se puede notar en aquellos casos en los que se justifica la conducta del agresor, lo cual directa o indirectamente normaliza la violencia contra las mujeres e invisibiliza el contexto específico de violencia en el que pudo haber estado inmersa la víctima.[30] Por último, una muestra de la utilización de estereotipos de género como máximas de experiencia se puede identificar en aquellos asuntos en los que, a pesar de existir pruebas sobre actos sexuales previos a la privación de la vida, se descarta que hubiese existido algún tipo de violencia sexual, ante la ausencia de signos de lucha, forcejeo o lesiones en el área genital.[31]

En relación con el segundo tema, la cuestión a destacar es la importancia de que las personas juzgadoras, al momento de apreciar los hechos, tomen en consideración tanto el contexto *objetivo*, que corresponde al entorno sistemático de opresión que padecen las mujeres, como el contexto *subjetivo*, relativo al ámbito particular de la víctima y el agresor (Amparo Directo 29/2017, párr. 147). Por sus características, el delito de feminicidio requiere de ser interpretado en contextos más amplios que el individual, debido a la influencia que tienen las condiciones socioculturales en su comisión. El contexto es el que le da sentido a este delito, por consiguiente, resulta imprescindible incorporarlo al análisis.

2. Premisa normativa

Una de las cuestiones que ha causado mayor debate en torno al tipo penal de feminicidio es el tema de las *razones de género*.[32] Las discusiones al respecto son

[30] Un ejemplo de ello es el caso de Sandra C., en el que la autoridad jurisdiccional sostuvo que no se acreditaba que la violencia ejercida contra la víctima se debiera al odio o aversión que sintiera el agresor hacia ella, sino que, como él había declarado, la víctima "lo sacó de sus casillas" cuando se burló de él al no creerle que participaba en olimpiadas de física. Vale la pena resaltar que en este caso el cuerpo de la víctima fue desmembrado y arrojado en diferentes contenedores de basura (Observatorio Ciudadano Nacional de Feminicidio, 2018, pp. 196-200)

[31] Un ejemplo de ello es el caso de Karen Joanna Sánchez Gochi (Observatorio Ciudadano Nacional de Feminicidio, 2018, pp. 192-195).

[32] Para mayor abundamiento sobre la técnica legislativa del feminicidio, véase Toledo, 2009; Observatorio Ciudadano Nacional de Feminicidio, 2018; Vázquez Rojas, 2019.

variadas y darían por sí mismas para un estudio independiente, sin embargo, atendiendo al objeto de este trabajo, sólo me centraré en las implicaciones que tiene la perspectiva de género en su análisis. La pregunta que me interesa resolver es la siguiente: ¿qué se requiere para considerar que la autoridad jurisdiccional ha aplicado la norma penal con perspectiva de género cuando se trata de un caso de feminicidio?

Para dar respuesta a esta pregunta, primero hay que entender en dónde radica el problema que vuelve relevante la utilización de este método de análisis en la resolución de este tipo de casos. Una de las mayores dificultades que impone el delito de feminicidio es la interpretación de aquellos supuestos definidos por los órganos legislativos para considerar que la privación de la vida se cometió por razones de género. Estos supuestos describen un conjunto de circunstancias externas que, a consideración de cada legislatura, hacen del asesinato violento de una mujer un feminicidio y no un homicidio común.

El inconveniente con dichas hipótesis normativas, más allá de las dificultades probatorias que impone cada una de ellas, suele ser la forma en la que son interpretadas por las personas juzgadoras al momento de ser aplicadas al caso concreto. Al ser un elemento normativo del tipo, las razones de género son susceptibles de ser dotadas de contenido y contrastadas con los hechos probados, a fin de determinar si éstos encuadran o no en el tipo penal. En este ejercicio de subsunción es precisamente en el que se vuelve imprescindible la perspectiva de género.

La perspectiva de género, como método de análisis, auxilia a las personas juzgadoras a entender mejor el sentido de las diferentes hipótesis normativas que se incorporaron por los órganos legislativos para definir la presencia de razones de género en los asesinatos violentos de mujeres.[33] ¿Cómo? Haciendo inteligible el

[33] Al respecto, hay que asumir una cuestión fundamental: las hipótesis que actualmente contemplan los distintos códigos penales locales y el federal no son aleatorias, sino que son resultado de un largo proceso de diagnóstico y discusión sobre las diferentes modalidades en las que se manifiesta el feminicidio en nuestro país. Si se consulta el proceso legislativo a través del cual se aprobó la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y posteriormente se incorporó el delito de feminicidio al Código Penal Federal, se puede ver que a dicha labor legislativa antecedió la creación de dos comisiones

fenómeno del feminicidio, mediante la comprensión de lo que es el género, de cómo opera en el ámbito social e individual, de las razones que originan la violencia contra las mujeres y, finalmente, de cómo se inscribe la violencia feminicida en ese marco.

Cuando la norma penal se interpreta con perspectiva de género, aumentan las posibilidades de que las personas juzgadoras tengan herramientas para determinar si el hecho encuadra en el tipo penal de feminicidio o si, por el contrario, se acredita el tipo básico de homicidio. Tomaré como ejemplo una hipótesis que se encuentra incorporada en todos los códigos penales del país, para reflexionar sobre este punto. Me refiero a aquella que considera como razones de género la presencia de "signos de violencia sexual de cualquier tipo".

Hay dos cuestiones que se presentan con frecuencia cuando se analiza esta hipótesis con una visión carente de perspectiva de género. Por un lado, está la cuestión de considerar que la "violencia sexual" implica únicamente la violación. Una visión limitativa como esta trae consigo dos principales efectos negativos. Primero, deja fuera todas aquellas manifestaciones de diversas formas de violencia sexual, como que el cuerpo se hubiese encontrado desnudo o semidesnudo; con lesiones como hematomas en las ingles o los muslos, o mordeduras en el cuello, los labios, los pezones o los genitales; con desgarraduras en la ropa, en especial en la ropa interior; con presencia de semen en partes del cuerpo distintas a las cavidades bucal, vaginal o anal, etcétera. Segundo, porque impone la acreditación de un delito como la violación, que es por sí mismo de difícil corroboración, y que no es la única forma de violencia sexual contra las mujeres.

Por otro lado, está el hecho de descartar la acreditación de "signos de violencia sexual" cuando no existen rastros de lucha, forcejeo o lesiones en el área genital. Esto va de la mano con lo que se ha referido antes sobre la omisión de tomar en

especiales en la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, dedicadas a dar seguimiento a las investigaciones relacionadas con los feminicidios en México. El objetivo de los trabajos realizados por tales comisiones fue poder magnificar y comprender el problema del feminicidio en nuestro país, el cual se evidenció por primera vez a partir de los asesinatos violentos de mujeres cometidos en Ciudad Juárez, Chihuahua. Véase Lagarde, 2006.

cuenta las distintas manifestaciones de violencia sexual que se pueden dar en un caso de feminicidio. Además, denota la existencia del estereotipo de género relativo a la forma en la que deben actuar las mujeres ante un acto de agresión sexual, lo cual, en sí mismo implicaría incumplir con la obligación de juzgar con perspectiva de género.

Ahora, si se formulara el ejemplo en sentido contrario, es decir, si el análisis se llevara a cabo bajo una comprensión más profunda sobre la violencia contra las mujeres y sus formas de expresión, entonces resultarían relevantes para contrastar la norma con el hecho, cuestiones como los distintos tipos de actos lesivos que implica la violencia sexual, la forma en la que se encontró el cuerpo, el tipo de lesiones que presentaba, la presencia de fluidos corporales, el tipo de relación que existía entre víctima y agresor, etcétera. Todo lo cual tendría que estudiarse para poder determinar si son suficientes para acreditar que existen "signos de violencia sexual" y, por ende, que el asesinato se cometió por razones de género.

El ejemplo anterior permite evidenciar cuán distinto es aproximarse al problema cuando el género y sus implicaciones se incorporan al análisis, que cuando se prescinde de ello. Asimismo, pone de manifiesto qué tanto ello puede incidir cuando se trata de delitos de feminicidio. Por eso se enfatiza en la necesidad de juzgar con perspectiva de género, porque ésta es una herramienta que permite explicar adecuadamente la acción y aplicar la sanción que corresponde, salvaguardando tanto las garantías de las personas imputadas como los derechos de las víctimas.

VI. Conclusiones

El objetivo de este trabajo ha sido evidenciar el fuerte potencial que tiene la perspectiva de género en la investigación, procesamiento y sanción de los delitos de feminicidio. La primera cuestión que salta a la vista es la importancia de abordar el tema del feminicidio desde una visión amplia que dé cuenta de la complejidad del fenómeno de la violencia contra las mujeres, dentro del cual se inscriben este tipo de crímenes. La comprensión del fenómeno es el punto de partida para que las autoridades ministeriales y jurisdiccionales cumplan con la obligación

de esclarecer los hechos, proteger a las personas inocentes, evitar que quede impune la persona culpable y lograr que se reparen los daños causados por el delito.

Lo segundo que queda de manifiesto es la utilidad de dicha herramienta para el logro de los fines que persigue cada una de las etapas del proceso penal. En la etapa de investigación, la perspectiva de género se vuelve una pauta tanto para el desempeño de las labores investigativas como para el ejercicio de la función que tienen encomendada las juezas y jueces de control de velar porque la actuación de la parte acusadora sea apegada a derecho. En la etapa intermedia, por su parte, esta herramienta juega un papel relevante en el examen sobre la pertinencia de las pruebas, particularmente cuando se alega que existen datos de prueba que, más allá de relacionarse con los hechos del caso, buscan culpabilizar a la víctima o sus familiares por lo sucedido, o bien, intentan justificar la conducta del agresor mediante la normalización de la violencia contra las mujeres. Finalmente, en la etapa de juicio, este método de análisis impacta en cuestiones muy puntuales sobre la apreciación de los hechos y las pruebas, así como sobre la interpretación de la premisa normativa.

Las cuestiones analizadas en este texto permiten afirmar, en términos generales, que, a diferencia de lo que se alega en contra de la perspectiva de género, ésta no es una forma de beneficiar injustificadamente a las víctimas, sino, por el contrario, es una herramienta que permite mayor exhaustividad en la conformación del conjunto de pruebas, mejor control de la legalidad de la investigación, y un análisis de las premisas fáctica y normativa que tome en consideración todos los factores relevantes, entre ellos el género. Todo lo cual, en última instancia, aumenta las posibilidades del conocimiento de la verdad de los hechos y, con ello, la probabilidad de que se condene a la persona culpable o se absuelva a quien resulte inocente.

Bibliografía

CARNEY, K. M, (2001) *Rape: The Paradigmatic Hate Crime*, St. John´s Law Review, Vo. 75, No. 2, pp. 315-355.

CARCEDO, (2010a) *Conceptos, contextos y escenarios del femicidio en Centroamérica.*

_____, (2010b), *No olvidamos ni aceptamos: Femicidio en Centroamérica 2000-2006.*

CAMERON, D. y FRAZER, E, (1987), *The Lust to Kill*, Nueva York: Nueva York University Press.

DATA CÍVICA Y ÁREA DE DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DEL PROGRAMA DE DERECHO A LA SALUD DEL CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICA, (2019), *Claves para entender y prevenir los asesinatos de mujeres en México.*

DWORKIN, A, (1997), *Life and Death*, Nueva York: Free Press.

HAMMOCK, A. C, (1996) *Violencia conyugal y mujer joven*, Revista de Estudios sobre Juventud, cuarta época, No. 2, México, Centro de Investigación y Estudios sobre Juventud, pp. 84-99.

KELLY, L, (1998), *Surviving Sexual Violence.*

LAGARDE, M, (1997), *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*, 2a. ed., Madrid, Grafistaff.

_____, (2006), *Del femicidio al feminicidio*, Proyecto de ley por el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia en México, texto editado de la conferencia presentada en el marco del Seminario Internacional Derecho de las Mujeres a una vida libre de violencia, Bogotá, Colombia.

_____, (2008), *Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres*, en Bullen, M. y Diez, C. (coords.), Retos teóricos y nuevas prácticas. Serie, XI Congreso de Antropología de la FAAEE, Donostia, Ankulegi Antropologia Elkartea. Disponible en: «www.ankulegi.org». [Consultado el 24 de marzo de 2021].

MACKINNON, C, (1995), *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Ediciones Cátedra.

MONÁRREZ, J, (2000), *La cultura del feminicidio en Ciudad Juárez, 1993-1999*, Frontera Norte, Volumen 12, No. 23, enero-junio, pp. 87-117. Disponible en: «https://www.redalyc.org/pdf/136/13602304.pdf». [Consultado el 30 de marzo de 2021].

_____, (2019), *Feminicidio sexual sistémico: impunidad histórica constante en Ciudad Juárez, víctimas y perpetradores*.

OBSERVATORIO CIUDADANO NACIONAL DEL FEMINICIDIO, (2018), *Informe implementación del tipo penal de feminicidio en México: desafíos para acreditar las razones de género 2014-2017*, México.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, (2012), *Protocolo de actuación para la investigación del feminicidio*, El Salvador, San Salvador. Disponible en: «http://oacnudh.org/wp-content/uploads/2012/07/Protocolo-feminicidios-20042012-FINAL-2.pdf». [Consultado el 4 de mayo de 2021].

OFICINA DE DERECHOS HUMANOS MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES DE ESPAÑA, FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE DEFENSA Y PROMOCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE ESPAÑA, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, ONU MUJERES, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, (2014), *Guía de recomendaciones para la investigación eficaz del crimen de feminicidio*. Disponible en: «https://www.aecid.es/Centro-Documentacion/Documentos/Informes%20y%20gu%C3%ADas/2014_GUIA%20investigacion%20de%20FEMINICIDIO.pdf.» [Última fecha de consulta: 4 de mayo de 2021].

ONU MUJERES, (2014), *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*.

Disponible en: «https://www.ohchr.org/documents/issues/women/wrgs/protocololatinoamericanodeinvestigacion.pdf.» [Última fecha de consulta 30 de marzo de 2021]

_____, (2017),*La violencia feminicida en México, aproximaciones y tendencias 1985-2016*.

_____, (2018), *Violencia y feminicidio de niñas y adolescentes en México*.

PROGRAM OF APPROPRIATE TECHNOLOGY IN HEALTH (PATH), InterCambios, Medical Research Council of South Africa (MRC) y World Health Organization (WHO), (2009), *Fortaleciendo la comprensión del femicidio. De la investigación a la acción*.

RAMÍREZ, J. L, *El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género*, *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, Número 1, 2020, pp. 201-246. Disponible en: «https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22288/26153.» [Última fecha de consulta: 28 de abril de 2021]

RUSSELL, D, (1975),*The Politics of Rape: The Victim´s Perspective*, Nueva York, Stein & Day.

RUSSELL, D. y RADFORD, J, (1992), *Femicide. The Politics of Woman Killing*.

RUSSELL, D. y HARMES, R. (Eds.) (2001), *Feminicidio: una perspectiva global*, México, CEIICH-UNAM.

SCOTT, J. W, (1999), *Gender and the Politics of History*, Nueva York, Columbia University Press.

SCULLY, D. y MAROLLA J., (1985), *Riding the Bull at Gilley´s: Convicted Rapists Describe the Rewards of Rape*, Social Problems, Oxfors Journals, Vol. 32, No. 3, Oxford University Press, pp. 251-263.

SEGATO, (2006), *Qué es un feminicidio. Notas para un debate emergente*.

_____, (2010), *Las estructuras elementales de la violencia: ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, 2a ed., Buenos Aires: Prometeo Libros.

SAGOT, M, (1995), *Socialización de género, violencia y feminicidio*, en Reflexiones, Revista Facultad de Ciencias Sociales Universidad de Costa Rica, Vol. 41, no. 1, pp. 17-26.

VÁZQUEZ, C., (2019), *Técnica legislativa del feminicidio y sus problemas probatorios*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, número 42, pp. 193-219.

Tesis Jurisprudenciales

"MODIFICACIÓN DE LA CALIFICACIÓN DEL HECHO DELICTIVO MATERIA DE LA IMPUTACIÓN. LA FACULTAD DEL JUEZ DE CONTROL AL DICTAR AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO, NO ESTÁ CONDICIONADA A QUE SU EJERCICIO OPERE EN BENEFICIO O EN PERJUICIO DEL IMPUTADO (INTERPRETACIÓN DEL PENÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 316 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES)" Tesis: 1a./J. 29/2020 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 79, Tomo I, octubre de 2020, p. 199. Reg. digital 2022166.

"SISTEMA PENAL ACUSATORIO. LAS OMISIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN, SON IMPUGNABLES ANTE EL JUEZ DE CONTROL A TRAVÉS DEL MEDIO DE DEFENSA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 258 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES". Tesis: 1a./J. 27/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 57, Tomo I, agosto de 2018, p. 945. Reg. digital 2017641.

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Primera Sala

Amparo Directo 78/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 21 de agosto de 2013.

Amparo en Revisión 554/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 25 de marzo de 2015.

Amparo en Revisión 907/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 23 de agosto de 2017.

Amparo Directo en Revisión 1545/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 11 de abril de 2018.

Contradicción de Tesis 233/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 18 de abril de 2018.

Amparo Directo 29/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 12 de junio de 2019.

Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1284/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 13 de noviembre de 2019.

Resoluciones emitidas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Casos contenciosos

_____, *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C

No. 402. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm?lang=es

_____, *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014", Serie C No. 289. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf. (2014b).

_____, *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017(2017a) Serie C No. 333. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_esp.pdf

_____, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010", Serie C No. 215. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf.

_____, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009", Serie C No. 205. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.

_____, *Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017(2017b) Serie C No. 339.

_____, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

_____, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010", Serie C

No. 216. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf.

_____, "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015", Serie C No. 307. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf.

_____, *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014(2014a). Serie C No. 277. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_277_esp.pdf

Capítulo II

El homicidio

Isabel Montoya Ramos*

* Maestra en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos por la Academia de Derecho Internacional de la Universidad de Ginebra, Profesora en la Maestría de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana Ciudad de México.

El homicidio. I. Concepto de violencia en contra de las mujeres, sus tipos y los ámbitos en los que se ejerce; II. La violencia ejercida en el ámbito familiar como contexto bajo el cual las mujeres pueden llegar a cometer el delito de homicidio; III. Las mujeres en el derecho penal; IV. La perspectiva de género y las causas de justificación del delito para las mujeres violentadas que cometen homicidio.

I. Concepto de violencia en contra de las mujeres, sus tipos y los ámbitos en los que se ejerce

La Recomendación General no. 19[1] indica que "la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre" (CEDAW, 1992, párr. 1). En el mismo sentido, indica que la discriminación en contra de las mujeres "incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Se incluyen actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad" (Ibidem, párr. 6). La Recomendación General claramente indica que la violencia en contra de las mujeres constituye discriminación y menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos (Ibidem, párr. 7); pone en peligro su salud y su vida y las afecta a lo largo de todo su ciclo de vida.

Se aclara que "la violencia por razón de género no es sinónimo de violencia contra las mujeres: ésta también se puede representar con actos contra minorías

[1] Emitida el 29 de enero de 1992 por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW).

sexuales o contra niños y adolescentes" No obstante, "una de las expresiones más claras y directas de poder masculino es precisamente la violencia ejercida por hombres contra mujeres y minorías sexuales. La particularidad de este tipo de violencia es que se encuentra motivada por el género, es decir, se ejerce contra mujeres por ser mujeres, contra hombres por ser hombres y contra personas de la diversidad sexual por ser personas de la diversidad sexual" (Idem) .

De conformidad con el artículo 2, incisos e) y f) de la CEDAW, la discriminación no se limita a los actos cometidos por el Estado o en su nombre, sino que también incluye la discriminación cometida por personas particulares (individuos, organizaciones o empresas). Los Estados también pueden ser responsables internacionalmente por los actos cometidos por personas privadas si no adoptan con debida diligencia las acciones para impedir la comisión de violaciones a derechos humanos o si no investigan, sancionan y reparan dichos actos (Ibidem, párr. 9).

Por otro lado, la Recomendación General no. 19 indica que

> Las actitudes tradicionales según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, tales como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzosos, el asesinato por presentar dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. Esos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación de la mujer. El efecto de dicha violencia sobre la integridad física y mental de la mujer es privarla del goce efectivo, el ejercicio y aun el conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Si bien en esta observación se hace hincapié en la violencia real o las amenazas de violencia contra la mujer, sus consecuencias estructurales básicas contribuyen a mantener a la mujer en un papel subordinado, a su escasa participación en política y a su nivel inferior de educación y capacitación y oportunidades de empleo (Ibidem, párr. 11).

El 26 de julio de 2017, el Comité CEDAW emitió la Recomendación General no. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer por la que se actualiza la Recomendación General no. 19. Es así que ambos documentos tienen que ser leídos en conjunto. En ese documento se indica que la prohibición de la violencia

por razón de género contra la mujer es un principio de derecho internacional consuetudinario (CEDAW, 2017, párr. 2). No obstante, la violencia en contra de las mujeres continúa siendo generalizada en todos los países y tiene altos grados de impunidad (Ibidem, párr. 6).

La Recomendación no. 35 aclara que el concepto "violencia contra la mujer" está basada en el género, por lo tanto, dicho documento utiliza la expresión "violencia por razón de género contra la mujer", que es un término más preciso que da cuenta de las causas y los efectos relacionados con el género y la violencia. "La expresión refuerza aún más la noción de la violencia como problema social más que individual, que exige respuestas integrales, más allá de aquellas relativas a sucesos concretos, autores y víctimas y supervivientes" (Ibidem, párr. 9).

El Comité CEDAW considera que la violencia contra las mujeres es un medio social, político y económico para "perpetuar la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre y sus papeles estereotipados" (Ibidem, párr. 10). Añade que la discriminación contra las mujeres está vinculada a diversos factores que afectan su vida, por lo que experimentan formas múltiples e interrelacionadas de discriminación[2] (interseccionalidad). Se reconoce que "la violencia por razón de género puede afectar a algunas mujeres en distinta medida, o en distintas formas, lo que significa que se requieren respuestas jurídicas y normativas adecuadas" (Ibidem, párr. 12).

La Recomendación General no. 35 considera que

> la violencia por razón de género contra la mujer está arraigada en factores relacionados con el género, como la ideología del derecho y el privilegio de los hombres

[2] Entre estos factores múltiples de discriminación, se encuentran los siguientes: el origen étnico o la raza; la condición de minoría o indígena; el color de piel; la situación socioeconómica y/o la pertenencia a una casta; el idioma: la religión o las creencias; la opinión política; el origen nacional: el estado civil; la maternidad; la edad; la procedencia urbana o rural; el estado de salud, la convivencia con el VIH/SIDA; la discapacidad; la condición de lesbiana, bisexual, transgénero o intersexual; el analfabetismo; ser solicitante de asilo o tener la condición de refugiada, desplazada interna o apátrida; el estatus migratorio; la viudez; la condición de ser cabeza de familia; la privación de la libertad; ejercer la prostitución; ser víctima de trata de mujeres; vivir en un contexto de conflicto armado; la lejanía geográfica y la estigmatización de las mujeres que luchan por sus derechos, en particular las defensoras de los derechos humanos.

> respecto de las mujeres, las normas sociales relativas a la masculinidad y la necesidad de afirmar el control o el poder masculinos, imponer los papeles asignados a cada género o evitar, desalentar o castigar lo que se considera un comportamiento inaceptable de las mujeres. *Esos factores también contribuyen a la aceptación social explícita o implícita de la violencia por razón de género contra la mujer, que a menudo aún se considera un asunto privado, y a la impunidad generalizada a ese respecto* (énfasis añadido)(Ibidem, párr.19).

El artículo 2.d) de la CEDAW establece que los Estados parte deben abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación directa o indirecta contra las mujeres y deben velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esa obligación. Asimismo, los servidores públicos deben actuar conforme al principio de debida diligencia por lo que

> deben adoptar y aplicar diversas medidas para hacer frente a la violencia por razón de género contra la mujer cometida por agentes no estatales, lo que comprende contar con leyes, instituciones y un sistema para abordar dicha violencia y garantizar que funcionan de manera eficaz […] El hecho de que un Estado parte no adopte todas las medidas adecuadas para prevenir los actos de violencia por razón de género contra la mujer en los casos en que sus autoridades tengan conocimiento o deban ser conscientes del riesgo de dicha violencia, o el hecho de que no investigue, enjuicie y castigue a los autores ni ofrezca reparación a las víctimas y supervivientes de esos actos, constituye un permiso tácito o una incitación a cometer actos de violencia por razón de género contra la mujer. Tales fallos u omisiones constituyen violaciones de los derechos humanos (Ibidem, párr. 24).

Conforme a los artículos 2 d) y f) y 5 a) de la CEDAW, los órganos judiciales deben

> garantizar que todos los procedimientos judiciales en causas relativas a denuncias de violencia por razón de género contra la mujer sean imparciales, justos y no se vean afectados por estereotipos de género o por una interpretación discriminatoria de las disposiciones jurídicas, incluido el derecho internacional. *La aplicación de nociones preconcebidas y estereotipadas de lo que constituye violencia por razón de género contra la mujer, de cuáles deberían ser las respuestas de las mujeres a esa violencia y del criterio de valoración de la prueba necesario para fundamentar su existencia pueden afectar a los derechos de la mujer a la igualdad ante la ley y a un juicio imparcial y un recurso efectivo* (énfasis añadido) (Ibidem, párr. 26, c)).

Finalmente, la Recomendación General no. 35 solicita que los Estados parte deroguen cualquier norma probatoria o procedimientos judiciales discriminatorios, y las *prácticas judiciales que hagan caso omiso de una historia de violencia por razón de género en detrimento de las acusadas* (énfasis añadido) (Ibidem, párr. 29, c).

Es esencial señalar que tanto la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante, Convención de Belém Do Pará), en el artículo 3, como la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (en adelante, LGAMVLV), en el artículo 2, contemplan el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia tanto en el ámbito público como en el privado. A nivel nacional, el artículo 5 de la LGAMVLV señala que la violencia en contra de las mujeres es "cualquier acción u omisión, basada en su género, que les cause daño o sufrimiento psicológico, físico, patrimonial, económico, sexual o la muerte tanto en el ámbito privado como en el público". Por su parte, el artículo 1 de la Convención de Belém Do Pará también proporciona una definición de violencia en términos muy similares a los mencionados.[3] En el artículo 6 de la LGAMVLV contempla los tipos de violencia en contra de las mujeres, a saber: psicológica,[4] física,[5] sexual,[6] patrimonial,[7] económica,[8] y

[3] Artículo 1. Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado

[4] Es cualquier acto u omisión que dañe la estabilidad psicológica, que puede consistir en: negligencia, abandono, descuido reiterado, celotipia, insultos, humillaciones, devaluación, marginación, indiferencia, infidelidad, comparaciones destructivas, rechazo, restricción a la autodeterminación y amenazas, las cuales conllevan a la víctima a la depresión, al aislamiento, a la devaluación de su autoestima e incluso al suicidio.

[5] Es cualquier acto que inflige daño no accidental, usando la fuerza física o algún tipo de arma u objeto que pueda provocar o no lesiones ya sean internas, externas, o ambas.

[6] Es cualquier acto que degrada o daña el cuerpo y/o la sexualidad de la víctima y que por tanto atenta contra su libertad, dignidad e integridad física. Es una expresión de abuso de poder que implica la supremacía masculina sobre la mujer, al denigrarla y concebirla como objeto.

[7] Es cualquier acto u omisión que afecta la supervivencia de la víctima. Se manifiesta en: la transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, documentos personales, bienes y valores, derechos patrimoniales o recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades y puede abarcar los daños a los bienes comunes o propios de la víctima.

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

feminicida.[9] Existen ordenamientos locales que añaden otros tipos de violencia como la política o la digital.[10] Asimismo, también se pueden adicionar la violencia obstétrica y en contra derechos reproductivos y a la violencia simbólica.[11]

Por otro lado, los tipos de violencia se pueden manifestar en diversos espacios o ámbitos. La LGAMVLV reconoce los siguientes los ámbitos de la violencia: el familiar,[12] laboral,[13] docente,[14] comunitario[15] e institucional[16] A estos ámbitos, se pueden sumar otros como el político; el mediático o en los medios de comunicación; el digital o a través de las tecnologías de la información (SCJN, Protocolo, 2013, pp. 75 y 76).

[9] Contemplada en el artículo 21 de la LGAMVLV, esta es la forma extrema de violencia de género contra las mujeres, producto de la violación de sus derechos humanos, en los ámbitos público y privado, conformada por el conjunto de conductas misóginas que pueden conllevar impunidad social y del Estado y puede culminar en homicidio y otras formas de muerte violenta de mujeres.
[10] *Véase*, Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia de Nuevo León, artículo6, fracciones VI y VIII.
[11] *Véase*, SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género, op cit.,* p. 70 y 71.
[12] Es el acto abusivo de poder u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar, o agredir de manera física, verbal, psicológica, patrimonial, económica y sexual a las mujeres, dentro o fuera del domicilio familiar, cuyo agresor tenga o haya tenido relación de parentesco por consanguinidad o afinidad, de matrimonio, concubinato o mantengan o hayan mantenido una relación de hecho (artículo 7).
[13] En este ámbito, la violencia se ejerce por las personas que tienen un vínculo laboral, docente o análogo con la víctima, independientemente de la relación jerárquica, consistente en un acto o una omisión en abuso de poder que daña la autoestima, salud, integridad, libertad y seguridad de la víctima, e impide su desarrollo y atenta contra la igualdad. Puede consistir en un solo evento dañino o en una serie de eventos cuya suma produce el daño. También incluye el acoso o el hostigamiento sexual. Constituye violencia laboral: la negativa ilegal a contratar a la víctima o a respetar su permanencia o condiciones generales de trabajo; la descalificación del trabajo realizado, las amenazas, la intimidación, las humillaciones, las conductas referidas en la Ley Federal del Trabajo, la explotación, el impedimento a las mujeres de llevar a cabo el período de lactancia previsto en la ley y todo tipo de discriminación por condición de género (artículos 10 y 11).
[14] Son aquellas conductas que dañen la autoestima de las alumnas con actos de discriminación por su sexo, edad, condición social, académica, limitaciones y/o características físicas, que les infligen maestras o maestros. Puede consistir en un solo evento dañino o en una serie de eventos cuya suma produce el daño. También incluye el acoso o el hostigamiento sexual (artículos 12, 13 y 14).
[15] Son los actos individuales o colectivos que transgreden derechos fundamentales de las mujeres y propician su denigración, discriminación, marginación o exclusión en el ámbito público (artículo 16).
[16] Son los actos u omisiones de las y los servidores públicos de cualquier orden de gobierno que discriminen o tengan como fin dilatar, obstaculizar o impedir el goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, así como su acceso al disfrute de políticas públicas destinadas a prevenir, atender, investigar, sancionar y erradicar los diferentes tipos de violencia (artículo 18).

II. La violencia ejercida en el ámbito familiar como contexto bajo el cual las mujeres pueden llegar a cometer el delito de homicidio

Respecto de la violencia en el ámbito familiar, la Recomendación General no. 19 indica lo siguiente:

> La violencia en la familia es una de las formas más insidiosas de la violencia contra la mujer. Existe en todas las sociedades. En las relaciones familiares, se somete a las mujeres de cualquier edad a violencia de todo tipo, incluidas las lesiones, la violación, otras formas de ataque sexual y formas de violencia, violencia mental y de otra índole, que se ven perpetuadas por las actitudes tradicionales. La falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a mantenerse en relaciones violentas. La negación de sus responsabilidades familiares por parte de los hombres puede representar una forma de violencia y coerción. Esta violencia compromete la salud de la mujer y entorpece su capacidad para participar en la vida familiar y en la vida pública en condiciones de igualdad (CEDAW, 1992, párr. 23).

En el Amparo Directo en Revisión (ADR) 6181/2016,[17] la SCJN resolvió el caso de una mujer que admitió haber asesinado a su esposo porque sufría violencia emocional, física y sexual ejercida por él. Durante el proceso, ella indicó que sufría violencia familiar: lo dijo en su declaración ministerial y en el examen de personalidad que le fue aplicado. No obstante, ninguna autoridad la juzgó con perspectiva de género. En este caso, la SCJN analizó de manera detallada el contexto de violencia física, emocional y sexual que sufría la víctima en el ámbito familiar. Así, la Primera Sala de la SCJN explicó que:

> la violencia doméstica constituye una de las manifestaciones más brutales de las relaciones de desigualdad entre los géneros y se basa en el abuso de poder socialmente asignado a los hombres sobre las mujeres en el ámbito de las relaciones íntimas. Es un problema cultural complejo, multidimensional y de gran magnitud que viven las mujeres de todas las culturas, incluida la latinoamericana. Cualquier

[17] Votado el 7 de marzo de 2018. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

> esfuerzo encaminado hacia la erradicación, prevención y tratamiento de la violencia doméstica debe asumir un enfoque integral del fenómeno, es decir, contemplar las aristas legales, psicológicas, antropológicas, sociales y políticas para que sea eficaz (Rioseco, Citada en el ADR 6181/2016, p. 22).

Para la SCJN, la

> expresión más cruda y trágica de la violencia de género, es la que deriva en la muerte de mujeres como consecuencia de agresiones mortales *que provienen en su mayoría de la pareja sentimental, parientes, novios, amigos, es decir, de las personas a las que ellas quieren, aprecian y confían*; otras más, que también forman parte de la violencia de género, provienen de extraños y de grupos de delincuencia organizada […]" (Olamendi, Citada en el ADR 6181/2016, p. 22) (énfasis añadido).

Por otro lado, en este importante precedente, la Primera Sala también explicó el ciclo de la violencia en el que se encuentran las mujeres que enfrentan violencia en el ámbito familiar. Señaló que:

> [L]as mujeres que están en relaciones violentas se encuentran atrapadas en el ciclo de la violencia que también es conocido como el síndrome de la mujer maltratada. De conformidad con Elena Larrauri, éste se caracteriza por tener tres fases:
>
> Fase 1: episodios abusivos (*tension building)* en los que suceden actos de violencia menor y abuso verbal —la mujer intenta con su pasividad evitar un incremento de la violencia.
>
> Fase 2: ejercicio de una mayor fuerza física (*acute battering incident)* producto de la tensión, rabia o miedo desencadena el ataque violento —la víctima se concentra en sobrevivir […].
>
> Fase 3: calma, actos de arrepentimiento (*loving contrition)* demandas de perdón y promesas de buscar ayuda externa —la mujer cree y quiere creer los propósitos de enmienda, intenta que la relación funcione en medio de una gran tensión que origina un regreso a la fase primera.
>
> La teoría en la cual se basan los estudios de la Dra. Walker es en lo que en psicología se denomina «indefensión aprendida» (*learned helplessness*) […] De acuerdo

> a ésta las personas sometidas a procesos violentos desarrollan un sentimiento de que nada de lo que hagan alterará el resultado. Finalmente, no intentan evitarlo aun en el supuesto de que existirán medios para ello.
>
> Ello explicaría el por qué la mujer maltratada permanece junto a su marido. Factores económicos (falta de independencia económica) y factores sociales (la atribución de un fracaso) coadyuvarían a que la mujer se sintiera inerme frente a la violencia doméstica […](Larrauri y Varona, 1995, pp. 24 y 25; Champaign, 2010, pp. 60 y 61, y; Rioseco, citado en el ADR 6181/2016, p. 23).
>
> Las mujeres que viven en contextos de violencia familiar, repiten constantemente el ciclo de la violencia descrito, de forma tal que creen perder el control respecto de la situación de abuso. Creen que es imposible escapar, inclusive cuando pudieran hacerlo. Las mujeres maltratadas se vuelven pasivas y su motivación para dejar las relaciones violentas disminuye a tal grado que no pueden salir de esas relaciones. Por lo tanto, sufren más abuso y quedan atrapadas en el ciclo de la violencia (Terrance, 2012, p. 936).

Es importante destacar que la SCJN estudió de forma muy profunda cuáles son los efectos en la vida y salud de las mujeres que enfrentan violencia familiar. Así, se determinó que en las dinámicas que se suscitan en el ámbito de la violencia doméstica,

> los hombres agresivos pueden llegar a controlar totalmente a las mujeres que maltratan; controlan su dinero, su ropa, su comida. Sistemáticamente cortan el contacto con sus familiares y sus amigos. Las mujeres Víctimas de Violencia Intrafamiliar o familiar saben que, si tratan de escapar, ellas mismas y sus hijos corren peligro y enfrentan peligro de muerte cuando intentan salir de la relación abusiva. En muchas ocasiones la violencia llega a escalar a tal punto que las mujeres Víctimas de Violencia Intrafamiliar o familiar tienen que elegir entre su vida y la de sus hijos o la vida de su agresor (Angel, Citada en el ADR 6181/2016, p. 24).

Los efectos de la violencia familiar en las mujeres son múltiples y entre ellos se encuentra la depresión, "que se manifiesta en la pérdida del sentido de la vida y en tristeza profunda por no haber mantenido una relación, la armonía en el hogar, la estabilidad de los hijos, por no cubrir sus propias expectativas, o las que de ella

se esperaban" (ADR 6181/2016, p. 25). Las víctimas de violencia familiar también presentan baja autoestima y sentimientos de inseguridad. Otras consecuencias en la salud mental son la ansiedad, el consumo de alcohol y drogas y las ideas e intentos suicidas. Estas mujeres también suelen romper los lazos sociales con su familia y amigos/as, por lo cual viven de forma muy aislada. Igualmente, tienen miedo constante de su agresor (Idem).

Las víctimas de violencia familiar también sienten vergüenza por lo que les ocurre; tienen sentimientos de culpa e incluso llegan a creer que merecen ser maltratadas. Igualmente, manifiestan estrés postraumático, "*lo cual explica la sensación de terror y amenaza constante, inclusive sin que se esté suscitando un episodio de agresión*" (Terrance, 2012, p. 938) (énfasis añadido).

Sobre de las enfermedades físicas que pueden presentar las mujeres que viven en contextos de violencia familiar, se encuentran el dolor crónico; dolor de cabeza y de espalda; alteraciones neurológicas centrales, como mareos, vértigos, pérdidas de conciencia; crisis epileptiformes; alteraciones gastrointestinales como pérdida del apetito, alteraciones en los hábitos alimenticios, colon irritable; hipertensión arterial; resfriados e infecciones de vías respiratorias, por afectación del sistema inmunológico y alteraciones en el aparato génito-urinario debido a la violencia sexual, como sangrado vaginal, enfermedades de trasmisión sexual, dolor pélvico crónico e infecciones del tracto urinario, por mencionar algunas.[18]

Es evidente que la violencia familiar mina profundamente la salud física y mental de las mujeres que la padecen. Deja secuelas "físicas y psicológicas (lesiones y patologías crónicas, algunas de ellas con resultado de muerte o considerables grados de discapacidad), laborales (absentismo y descenso del rendimiento y la competencia laboral), sociales (falta de participación, riesgo de pobreza y exclusión, aislamiento social y dificultades de integración), o educativas (absentismo escolar, trastornos de conducta y aprendizaje y problemas de equilibrio emocional en las y los niños)" (Instituto Canario de la Mujer, 2009, p. 33). También presenta

[18] *Véase,* ONU, *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (feminicidio/femicidio),* pp. 75 y 76.

consecuencias permanentes y objetivas en la sociedad, particularmente en la seguridad o la economía, ya que incrementa el gasto sanitario, social, policial, judicial, por mencionar algunos.

La violencia familiar pone en grave riesgo la vida de las mujeres, tanto que enfrentan el riesgo de morir a manos de sus agresiones, en otras palabras, enfrentan riesgo de morir por feminicidio. Así lo reconoció la SCJN en el ADR 6181/2016, al señalar que

> Los asesinatos de mujeres por ahorcamiento y medios similares ocurridos en la vivienda alcanzaron su máximo en 2004, y diez años después sólo se han reducido 9%. Los correspondientes a objetos cortantes en el hogar alcanzan su máximo en 2013, y aunque en 2014 se registró una reducción de 16%, las tasas de ese año duplican las observadas en el periodo 1985-2005.
>
> Las tasas de [defunciones femeninas con presunción de homicidio] ocurridas en la vía pública debidas a ahorcamiento y similares y a objetos cortantes son muy parecidas; se cuadruplicaron entre 2007 y 2012, y en los últimos dos años se han reducido 37 y 39%, respectivamente. En cambio, y en un marcado contraste con el resto de tasas de [defunciones femeninas con presunción de homicidio], en los últimos dos años aquellas ocurridas en el hogar en las que se recurrió a ahorcamiento y similares y a objetos cortantes, crecieron una cuarta y una quinta parte, respectivamente. Es decir, ha habido un aumento reciente en los casos en que las mujeres son estranguladas o acuchilladas en sus viviendas.
>
> Resulta muy importante hacer este tipo de distinciones, pues la disminución de las [defunciones femeninas con presunción de homicidio] observada en los dos últimos años se explica principalmente por la reducción de las ocurridas en la vía pública, lo que no ha ocurrido en las que tuvieron lugar en la vivienda. Además, llama la atención que se hayan incrementado aquellas en las que se recurrió a los medios más crueles y que tuvieron lugar en sus propios hogares. Es necesario por tanto trabajar para erradicar estas formas de violencia feminicida en los espacios domésticos, lo cual requiere estrategias específicas dirigidas a cambios estructurales (énfasis añadido) (Secretaria de Gobernación, el INMUJERES y ONU MUJERES, Citado en el ADR 6181/2016, p. 24 y 2).

Por otro lado, en multicitado ADR 6181/2016, la SCJN reconoció que

> existe la creencia de que las mujeres maltratadas fácilmente pueden dejar una relación violenta. No obstante, hay diversos factores que influyen en una decisión de ese tipo, como la dependencia económica, el aislamiento, la vergüenza de buscar ayuda, la presión social o religiosa para permanecer en la relación violenta o el miedo de generar represalias o episodios de violencia más agudos en contra suya o de sus hijos (Kinsports, citada en el ADR 6181/2016, p. 26). Este último factor suele tener mucho peso para que las mujeres que sufren violencia familiar no se separen de sus parejas agresoras (Champaign, Citada en el ADR 6181/2016, p. 26). Asimismo, las mujeres que sufren violencia, se quedan con su pareja porque esa persona es a la que aman y en muchas ocasiones es el padre de sus hijos (Angel, citada en el ADR 6181/2016, p. 26).

Al resolver casos de mujeres que cometieron homicidio sometidas a violencia familiar, las y los jueces deben de tomar en cuenta de forma acumulativa los siguientes elementos: **i)** que las mujeres que enfrentan violencia familiar sufren alteraciones psicológicas y físicas profundas; **ii)** que existen factores como la presión social o la necesidad económica que influyen en la decisión para que una mujer víctima de violencia continúe en una relación abusiva **iii)** que las víctimas de violencia familiar no tienen suficiente protección por parte de las autoridades estatales y que **iv)** ellas enfrentan riesgo de morir por feminicidio íntimo.[19]

Estos factores fueron ciertamente reconocidos por la SCJN, la cual indicó que "en los juicios en los que las mujeres maltratadas enfrentan cargos penales por haber agredido a sus agresores, las juezas y jueces deben tomar en cuenta el contexto de las mujeres que enfrentan violencia familiar ejercida por parte de sus parejas" (ADR 6181/2016, pp. 26 y 27). El Alto Tribunal añadió que "las periciales ayudan

[19] Otros elementos útiles para visibilizar el contexto de violencia familiar bajo el cual la perpetradora cometió el delito son la existencia de: violencia excesiva anterior; antecedentes de separación o divorcio entre la víctima y el victimario; problemas relativos a la custodia de los hijos o hijas; disputas por cuestiones económicas o las relacionadas con las propiedades; denuncias por violencia familiar; certificados médicos que den cuenta de lesiones o ingresos hospitalarios; antecedentes de que el victimario era una persona con otras parejas o en otros ámbitos sociales; antecedentes se enfermedad mental o física en la mujer; alteraciones en la salud física o mental de los hijos o hijas.

a entender si la mujer maltratada que ataca a su agresor se sentía en peligro o actuó de forma razonable de conformidad con su propio contexto. Así, las y los jueces toman en cuenta la realidad social que enfrenta la perpetradora y porque ella respondió de esa forma, desde su propia situación y perspectiva" (Terrance, citada en el ADR 6181/2016, p. 27).

Sería ideal que quien juzga, tenga el historial-clínico sanitario de la mujer, e incluso cuente con información de su médico o psicólogo si lo hubiere tenido. Esto puede ser proporcionado por la imputada, su defensa o el propio juzgador o juzgadora puede solicitarlo de oficio.[20]

Bajo las reglas del sistema penal acusatorio mexicano, si el ministerio público tuviera información sobre los puntos referidos con anterioridad, está obligado a hacer saber a la defensa de estas posibles pruebas que llegar a tener en su poder. En efecto, el artículo 344 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), indica que ni el ministerio público ni la víctima pueden ocultar pruebas favorables para la defensa. Si fuere el casi, la o el juez dará vista al superior del ministerio público mientras que a la a la víctima u ofendido, le impondrá una corrección disciplinaria.

[20] Véase **ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO**. Del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, deriva que todo órgano jurisdiccional debe impartir justicia con base en una perspectiva de género, para lo cual, debe implementarse un método en toda controversia judicial, aun cuando las partes no lo soliciten, a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria. Para ello, el juzgador debe tomar en cuenta lo siguiente: i) identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; ii) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; iii) *en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones;* iv) de detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género; v) para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas; y, vi) considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género (énfasis añadido). Tesis de jurisprudencia 1a./J. 22/2016, Décima Época, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 29, tomo II, abril 2016, p. 836.

Recuérdese que, en el sistema penal acusatorio, es principalmente al Ministerio Público (MP) a quien le corresponde recopilar con perspectiva de género los datos de prueba en la etapa de investigación. Sin embargo, de conformidad con el artículo 262 del CNPP "las partes tendrán el derecho de ofrecer medios de prueba para sostener sus planteamientos". Es así, que tanto la víctima coadyuvante como la persona imputada, tienen el derecho de allegarse de prueba y anexarla a la carpeta de investigación o pueden solicitarle al MP que desahogue ciertas diligencias ante el juez o jueza de control, de conformidad con el artículo 314 del CNPP.

En los procesos penales por delitos motivados en violencia de género, particularmente la violencia en contra de las mujeres, el juez o jueza de control tiene también la obligación de proteger a la víctima mediante el análisis concreto de sus necesidades y debe tener un papel activo para la recopilación y formación del acervo probatorio. *Este es un punto crucial para las mujeres que perpetraron homicidio en bajo contextos de vulnerabilidad como la violencia familiar: las y los jueces deben ver a esas mujeres como víctimas de violencia, no solamente como perpetradoras de un delito.*

Es por ello que el juez o jueza debe entender el contexto y la estructura social en la que se perpetró el delito; es decir, debe tomar en cuenta la PEG y las relaciones de dominación de las mujeres. Al momento de la conformación de la prueba, la PEG debe tener un papel fundamental en la labor de la fiscalía, del juez/a y de la defensa. Esto ya fue indicado por la SCJN en el ADR 5999/2016, al señalar que "la obligación de juzgar con perspectiva de género exige a quienes imparten justicia que actúen remediando los potenciales efectos discriminatorios que el ordenamiento jurídico y las prácticas institucionales pueden tener en detrimento de las personas, principalmente de las mujeres". (Amparo Directo en Revisión, 5999/2016, p. 26).

III. Las mujeres en el derecho penal

1. La crítica feminista al Derecho Penal

En líneas anteriores se desarrolló extensamente lo relativo a la violencia familiar, por lo cual solamente queda enfatizar que este tipo de violencia niega los derechos

de las víctimas, pone en riesgo su salud y su vida y es un ámbito de opresión para las mujeres que la enfrentan. Por otro lado —lamentablemente—, cuando esas mujeres violentadas reaccionan defendiéndose de sus agresores y llegan a perpetrar el delito de homicidio, el Estado también ejerce sobre esas mismas mujeres otro tipo de opresión mediante el derecho penal que no las mira, que no visibiliza los contextos de brutal violencia que pueden llegar a enfrentar en el ámbito familiar.

Existen autoras que señalan que el Derecho es sexista porque hace diferencias entre hombres y mujeres, pero a éstas las pone en desventaja "pues en el caso del derecho penal, las juzga con estándares distintos o inapropiados, o no reconoce los daños que se les causa al dar ventaja a los hombres" (Núñez, 2018, p. 16). El Derecho "maltrata a las mujeres al verlas diferente a los hombres. Asimismo, "los hombres marcan el patrón de referencia de las mujeres; es decir, que la igualdad para ellas consistiría en que fueran tratadas igual que los hombres" (Idem).

Igualmente, se ha sostenido que el Derecho es masculino porque ha sido construido, interpretado, ejercido y aplicado principalmente por hombres "lo cual deriva en que los valores y las prácticas masculinas se incorporan al [D]erecho aunque no sean solo hombres quienes los personifican y las ejercen" (Ibidem, pp. 17 y 18). Así, "los ideales de objetividad y neutralidad de los que presume el [D]erecho son valores masculinos tomados como universales. Lo anterior produce una contradicción para quienes simplemente pugnan por ser tratadas de manera igualitaria, objetiva y neutral, pues a lo que verdaderamente se enfrentarían es a ser tratadas siempre bajo la referencia de valores masculinos" (Ibidem, p. 18). Incluso, se ha propuesto analizar al Derecho, "penal o civil, como algo no unitario ni monolítico que sirve a los intereses del hombre o como un arma del Estado patriarcal" (Ibidem p. 27).

Elena Larrauri ha sido contundente en sus críticas feministas al Derecho Penal. Ella considera que el derecho penal construye al género femenino pues refleja una imagen de las mujeres que "se corresponde exactamente con la imagen que los hombres tienen de las mujeres" (Larrauri, 2008, p. 21). Al realizar lo anterior, el Derecho Penal refleja las diferencias entre hombres y mujeres que derivan de las

estructuras patriarcales, además de incorporar "los estereotipos que existen respecto a los comportamientos referidos a cada género, y las distintas asunciones morales que laten para cada género" (Ibidem, p. 23).

De la misma manera, el Derecho Penal neutraliza a las mujeres pues bajo una supuesta neutralidad de la norma, se encuentra una visión masculina o la interpretación de la norma no es neutral cuando se aplica a las mujeres. El Derecho Penal también desvalora a las mujeres. En efecto, "el mundo se estructura en dualismos (racional/irracional; abstracto/concreto; objetivo/subjetivo; pasivo/activo; agresivo/afectivo). Sin embargo, ambas partes de la dualidad no gozan del mismo valor" (Ibidem, p. 28) y a los hombres se les atribuyen las características asociadas con la parte de la dualidad más valorada, mientras que a las mujeres se les asigna la parte más devaluada. El Derecho Penal también desprotege a las mujeres porque durante mucho tiempo evitó regular ciertos delitos que sucedían en el ámbito privado como la violencia familiar o la violación entre cónyuges. Esto da la impresión de que ese tipo de conductas no eran del interés público sino meramente privado.

2. Posibles soluciones

Ante esto, Larrauri realiza la propuesta de crear otro derecho penal: *un derecho penal feminista*. Un Derecho Penal que no mantenga una visión masculina, bajo una aparente neutralidad, sino que incorpore la perspectiva de género y tome en cuenta a distintos colectivos sociales para definir lo que es injusto. Además, este nuevo Derecho Penal deberá reconstruir a la mujer como sujeto de derechos y deberá mirar su situación y las condiciones concretas de existencia en las que las mujeres se encuentran (Ibidem, p. 34).

Este nuevo Derecho Penal, deberá reconocer que la perspectiva "objetiva" es sinónimo de "subjetivomasculina" y deberá tomar en consideración no solamente el acto, sino el contexto bajo el cual éste se produce (Ibidem, p. 36), tal y como se desarrollará más adelante con la aplicación feminista de las causas de justificación de la legítima defensa y el estado de necesidad en asuntos en los que las mujeres sometidas a contextos de violencia asesinan a sus agresores.

Por otro lado, otras posibles soluciones se encuentran en mecanismos legales como las leyes de amnistía. En este punto, es particularmente importante la Ley de Amnistía del estado de Jalisco, aprobada el 15 de octubre de 2019. Este ordenamiento decreta la extinción de responsabilidad penal de las mujeres que cometieron el delito de homicidio, lesiones o parricidio bajo un contexto de violencia perpetrada por su concubino, pareja o cónyuge. Esta ley refleja una realidad latente en nuestro país: las mujeres son violentadas constantemente en México, es por ello que la ley de amnistía para las mujeres *reconoce que es profundamente injusto y es un reflejo de la justicia patriarcal, encarcelar a mujeres que durante años sobrevivieron a violencia física, sexual y otros tipos de violencia perpetrada por sus parejas o esposos y que en actos de desesperación, o actos de defensa, terminan asesinando a sus agresores.*

La ley de amnistía para mujeres violentadas y encarceladas marca un hito en nuestro país y pugna por la libertad las mujeres que además de haber sido despiadadamente violentadas por sus parejas; violentadas por un sistema de justicia que no las protegió, también —lamentablemente—, son violentadas por el sistema penal a través de la cárcel. La ley de amnistía para mujeres de Jalisco también marca otro camino para las mujeres sobrevivientes de violencia en el que las mujeres son puestas en libertad por haber enfrentado a sus agresores. Esta tendencia debería replicarse en otros estados de la República Mexicana.

Esta ley tomó en consideración que existen diversos procesos judiciales en contra de mujeres por hechos que surgen en virtud de la violencia física sistemática de la cual son víctimas, sin embargo, no alcanzaron a beneficiarse de una excluyente de responsabilidad penal, como la legítima defensa o el estado de necesidad disculpante o justificante. Asimismo, la ley reconoce la responsabilidad del Estado ante la escasez de políticas públicas en protección de los derechos de la mujer, mismos que al ser violados, las situó en un estado de desamparo.

El artículo 1º indica que "se decreta la extinción de la acción penal y en su caso, la responsabilidad penal de aquellas mujeres sentenciadas y procesadas por el delito de lesiones, homicidio o parricidio, que no hayan alcanzado alguna de las

excluyentes previstas en la legislación estatal, por la circunstancia o hecho que se les imputa, siempre y cuando se reúnan los siguientes requisitos:

- Se encuentre condenada con sentencia firme o procesada por el delito de lesiones, homicidio o parricidio, conforme al Código Penal del Estado de Jalisco.

- Acreditar tener antecedentes de sufrir violencia sistemática, ya sea física o sexual, por parte del sujeto pasivo, y que este haya sido su esposo, cónyuge o pareja sentimental; que exista evidencia suficiente que compruebe que la sentenciada o procesada, por motivos de la violencia a la que se hace referencia, fue la condición que motivó a la ejecución del hecho reprochado.

- No tener antecedentes penales por delitos dolosos, ni sentencias firmes por diverso delito, no estar sujeta a otro proceso penal del fuero común o federal por delito doloso.

- Haber cubierto o garantizado el pago de la reparación del daño integral".

Por su parte, el artículo 2 señala que "en cualquier momento, la procesada o sentenciada podrá promover la aplicación de la amnistía, al juez/a de ejecución de sanciones, quien resolverá en audiencia única si reúnen los requisitos de procedencia, y de cumplir con los mismos, decretará la libertad de manera inmediata y ordenará la eliminación del antecedente criminal respecto del hecho reprochado".

El artículo 4 indica que "las personas a quienes aproveche la presente Ley, no podrán en el futuro ser interrogadas, investigadas, citadas a declarar o comparecer, detenidas, aprehendidas, procesadas o molestadas de manera alguna por los hechos que comprende esta amnistía, siempre y cuando se trate del mismo caso." Finalmente, el artículo 5 contempla que el "beneficio que prevé en la presente Ley, será también aplicable a las mujeres que ya hayan compurgado su pena, a efecto de que se extinga su responsabilidad penal y eliminen su antecedente criminal, sujetándose a lo establecido en esta Ley".

IV. La perspectiva de género y las causas de justificación del delito para las mujeres violentadas que cometen homicidio

Las excluyentes del delito (o causas de justificación) eliminan la antijuridicidad de la conducta, por lo cual, el delito en realidad no existe. Sobre este tema, la SCJN ha emitido la siguiente tesis de jurisprudencia:

> **EXCUSAS ABSOLUTORIAS Y EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. SUS DIFERENCIAS**. Las excusas absolutorias son causas que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impiden la aplicación de la pena, es decir, son aquellas en las que aun cuando se configure el delito, no permiten que se sancione al sujeto activo en casos específicos; en tanto que *las excluyentes de responsabilidad se caracterizan por impedir que ésta surja. En otras palabras, en las citadas excluyentes la conducta tipificada en la ley no es incriminable desde el inicio*; mientras que en las excusas absolutorias la conducta es incriminable, pero no sancionable, consecuentemente no relevan al sujeto activo de su responsabilidad en la comisión de la conducta típica, sino que determinan su impunibilidad (Acción de inconstitucionalidad 10/2000). (énfasis añadido).

Es así que las excluyentes del delito implican que "no puede considerarse que existió un delito cuando se realicen ciertas conductas con el objetivo de proteger determinados bienes jurídicos propios o ajenos, o ante la inexistencia de la voluntad de delinquir o de alguno de los elementos que integran el tipo penal, aunque se cometa alguna de las conductas típicas" (Amparo directo en revisión 1492/2007). Es importante enfatizar que "la *excluyente del delito, puede acreditarse ante el Ministerio Público y éste se vería obligado, a no ejercer la acción penal si considera que se actualiza alguna de esas excepciones al tipo penal.* De igual manera, *el juez/a que advirtiera la actualización de alguno de los supuestos establecidos como excluyentes del delito, tendría que absolver al procesado y no lo consideraría responsable*, pues simplemente no existe delito para la legislación penal" (Ibidem) (énfasis añadido).

A continuación, se estudiarán dos excluyentes del delito que pueden ser aplicables a los homicidios que perpetran mujeres en contextos de violencia familiar: la legítima defensa y el estado de necesidad

1. La legítima defensa

El artículo 15, fracción IV del Código Penal Federal señala que el delito se excluye cuando "se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende".

Entonces, para que exista la legítima defensa como una causa de justificación del delito, es necesario que se den los siguientes elementos: i) una agresión ilegítima real, actual o inminente y ii) necesidad racional de la defensa.

a. Agresión ilegítima real, actual o inminente

Los bienes que protege la legítima defensa son bienes jurídicos personales, materiales e inmateriales. En ese sentido, la violencia física, sexual o psicológica que pueda ejercer el esposo, concubino, padre, hermano —entre otros—, en contra de una mujer en el ámbito familiar es una agresión ilegítima en contra de los bienes personales de la mujer violentada.

Por otra parte, la agresión es actual en tres circunstancias: i) está sucediendo en el momento (existencia de lucha o confrontación) ii) es inminente, es decir, está a punto de suceder y iii) es continua.

i) La agresión está sucediendo en el momento (existencia de lucha o confrontación)

La agresión que sucede en el momento, se refiere a las situaciones en las que la mujer es atacada por su agresor y responde a la agresión en el mismo momento de la agresión. Es decir, se da una confrontación entre la víctima de violencia y su agresor. El elemento de actualidad entendido como lucha o confrontación ha sido muy polémico ya que es muy poco probable que las mujeres violentadas respondan defendiéndose en el mero momento de la confrontación o que tengan éxito en dicha defensa. El sometimiento del agresor hacia la mujer violentada y

muy probablemente el desequilibrio de fuerza física, hace que la legítima defensa en escenarios de confrontación sea "inservible para las mujeres y [la limita] a los hombres que sí pueden defenderse en el momento inmediato en el que se está produciendo el ataque. El requisito de actualidad en la agresión ilegítima formulado de forma neutral y aplicado de forma objetiva convierte en inaplicable la legítima defensa para eximir de responsabilidad a la mujer autora" (Larrauri, 1995, p. 56).

ii) La agresión es inminente (está a punto de suceder)

La agresión inminente es aquella que va a suceder. Se considera que la agresión inminente es actual porque no se puede exigir a la persona que espere a que inicie el ataque para que esté autorizada a defenderse. En la práctica, es muy complicado delimitar cuando un ataque es inminente, pero para ello existen dos propuestas: a) se considera que la agresión es inmediatamente anterior cuando el ataque toma la forma de tentativa de delito y b) se considera que la agresión es inmediatamente anterior cuando ha alzado un punto en el que la defensa ya no sería posible o sería más difícil ejercerla (Ibidem, p. 57).

La agresión inminente aplicada a casos de violencia familiar requiere saber que las mujeres maltratadas aprenden a distinguir cuando van a ser atacadas; es decir, logran reconocer la inminencia del ataque. Entonces, los conocimientos especiales tienen un papel preponderante para la determinación de la agresión inminente en estos casos. En palabras de Larrauri "parece claro que la mujer que ha sido repetidamente maltratada por su marido está en disposición de asegurar que si le ha dicho que cuando despierte o que cuando vuelva "ya hablaremos", sabe exactamente el alcance de esta expresión" (Ibidem, p. 58).

iii) La agresión continúa

La agresión es continua "en aquellas situaciones en las que la lesión a los bienes jurídicos se extiende en el tiempo. Se dan ataques moderados durante un largo periodo de tiempo, pero detrás de esta situación reposa un peligro constante para

los bienes jurídicos. Esta situación de amenaza constante a los bienes jurídicos es la que compone la agresión continua, que terminará en el momento en que se convierta en lesión" (Correa, 2017, p. 269). Así, la violencia física, sexual y psicológica ejercida en el ámbito familiar constituye una agresión continua porque lesiona permanente y sistemáticamente los derechos de las mujeres debido a su propia condición de mujer, como se analizó en el primer apartado de este trabajo.

En los casos de mujeres víctimas de violencia, la agresión es continua o permanente a pesar de que el bien jurídico amenazado no sea siempre la vida, sino la libertad, la salud o la seguridad de esas mujeres. Larrauri considera que en el caso de las mujeres que enfrentan violencia familiar "cuando se afirma que la agresión no es actual es porque de forma implícita se asume que el bien jurídico amenazado deber ser exclusivamente la vida o la integridad física de la mujer. Sí por el contrario, se entiende que el bien jurídico lesionado por la situación de malos tratos no es solo la integridad física, sino la seguridad y la libertad de la mujer, ello permite afirmar que el ataque es incesante (y en consecuencia, cumple con el requisito de actualidad)" (Larrauri, 1995, p. 60).

b. Necesidad racional de la defensa

El requisito de la necesidad de la defensa exige que ésta sea la única vía posible para repeler o impedir la agresión. Por su parte, la racionalidad del medio empleado se refiere a la proporcionalidad "tanto en la especie como en la medida, de los medios empleados para repeler la agresión. Es decir, la entidad de la defensa, una vez que ésta sea necesaria, es preciso que se adecúe a la entidad de la agresión, de lo contrario no habría justificación plena" (Muñoz y García, 2015, p. 350). Entonces, la legítima defensa requiere que exista la necesidad de defenderse, que es lo que permite que la persona reaccione en contra de una agresión, y que dicha defensa sea idónea y racional.

Sobre estos elementos, Correa Flórez destaca que:

> La idoneidad de la acción defensiva hace referencia a que esta debe ser útil para frenar de manera inmediata y permanente la agresión. Por su parte, por racionalidad de la acción defensiva se hace referencia a que esta debe ser proporcionada;

> en otras palabras, no es excesiva y es la forma de defenderse que resulta menos lesiva de los bienes jurídicos del agresor. Dentro de este análisis de proporcionalidad lo que se debe establecer es la racionalidad de los medios utilizados y de la manera en que se concreta la defensa dentro del contexto de la situación misma. *Para ello hay que tener en cuenta "la situación personal de las partes, sus características físicas y psicológicas (análisis individualizador) y si quien se defiende tiene o no, a su alcance, medios de defensa menos lesivos para los bienes jurídicos del agresor". Este análisis debe realizarse ex ante (Correa, p. 3)* (énfasis añadido).

Estos elementos de la legítima defensa imponen diversos desafíos para los casos de las mujeres que sufren violencia familiar y que terminan asesinando a su agresor. En primer término, es imperante que se analicen las circunstancias del caso concreto y que quien juzga no analice el asesinato del agresor como un acto aislado, sino que lo inserte dentro del contexto sistemático y permanente de violencia ejercida en el ámbito familiar. *Este sería el elemento más importante para juzgar con perspectiva de género este tipo de casos.*

Por otro lado, estos asuntos requieren de un estricto apego a la prohibición de juzgar con base en estereotipos de género. En este punto, la SCJN ya determinó que éstos "resultan discriminatorios y adquieren relevancia jurídica cuando, con base en ellos se impone una carga; se niega un beneficio, o se margina a la persona vulnerando su dignidad (Cook y Cusack, citada en el ADR 1206/2018, párr. 70). Asimismo, añadió que "el análisis jurídico de los estereotipos de género implica la identificación de su presencia en todas las fases del proceso judicial para evitar que su reproducción deliberada o inconsciente" (ADR 1206/2018. párr. 71). Incluso, "si los estereotipos configuran, además, el razonamiento de la autoridad judicial o sus determinaciones respecto al contenido y valor de las probanzas, y de las inferencias que éstas permiten y justifican, se afectarían el necesario escepticismo que la presunción de inocencia exige de la autoridad judicial; la calidad y aptitud de la prueba de cargo para enervar tal presunción, y la razonabilidad de las inferencias a que la evidencia directa e indirecta conducen" (Ibidem, párr. 72).

Bajo esta tesitura, quien juzga no debe argüir estereotipos de género en los casos de mujeres que, bajo un contexto de violencia familiar, asesinaron a sus agresores.

No deben argumentar que la mujer tenía una infinidad de medios para defenderse o deshacerse de la violencia, antes que matar a su agresor. En ese sentido es común que la sociedad y quienes juzgan opinen que la mujer tenía otros medios como: huir del agresor e ir a la policía a denunciar. Recuérdese que en líneas anteriores se indicó que la huida no es fácil para una mujer maltratada pues existen factores, físicos, mentales, económicos, afectivos y sociales que condicionan la decisión de huir. Además, no existe un deber de fuga, el cual implicaría un cambio no solamente de domicilio, sino de identidad, ciudad, lo cual es una renuncia a su identidad familiar y personal (Larrauri, p. 67). Tómese en cuenta que la causa de justificación de la legítima defensa se basa en la idea de que "nadie está obligado a soportar lo insoportable".

Adicionalmente, existe una gran desprotección por parte de las autoridades del Estado cuando se trata de las mujeres que viven violencia familiar. Las denuncias suelen no prosperar. En México, las órdenes de protección no funcionan correctamente y se emiten muy pocas en comparación con la cantidad de casos de violencia familiar que existen en el país. Entonces, las mujeres pueden acudir a denunciar y no obtener ningún tipo de protección.

Por otro lado, el tema de la racionalidad del medio empleado, genera otros desafíos. En efecto, basta que el agresor maltrate a la mujer con las manos o pies para someterla, mientras que, para defenderse, ella generalmente utiliza un medio de mayor intensidad que el hombre. Lo anterior, es perjudicial para la mujer porque se le exige un medio menos lesivo para defenderse. En este punto, Larrauri afirma que:

> el medio racional para el hombre medio es distinto de lo que constituye el medio racional para la mujer media.
>
> La mujer media puede considerar racional su respuesta debido a que ella tiene una percepción del peligro distinta (por su distinta constitución física, por su distinta educación, por sus distintas experiencias, etc).
>
> La mujer media puede considerar racional su respuesta porque tiene presente el contexto de malos tratos en los que ésta se produce. Recuerda la violencia que es

> capaz de ejercer el marido; sabe que es imposible oponer resistencia sin la ayuda de un arma; rememora la falta de ayuda en episodios anteriores.
>
> En consecuencia, debiera discutirse quién constituye el grupo de referencia para determinar la necesidad racional del medio empleado, si el hombre medio, la mujer media o la mujer media maltratada.
>
> Afirmar que ello se determina "objetivamente", o de acuerdo a la "recta razón", puede representar que el criterio utilizado para determinar la racionalidad sea el del hombre medio (Ibidem, pp. 69 y 70).

Es importante enfatizar que la determinación de la racionalidad del medio empleado con base en el contexto de violencia ejercida en el ámbito familiar no significa beneficiar a las víctimas de violencia familiar, sino que esto es más bien un parámetro para visibilizar la violencia y cómo ésta influye en la perpetración del delito de homicidio. Es más bien un parámetro para integrar la perspectiva de género en el ámbito penal para encontrar una solución verdaderamente justa conforme a los hechos y el contexto bajo los cuales éstos se dieron.

Bajo una aplicación patriarcal de la justicia penal, se puede llegar a negar el ánimo de defensa de la mujer víctima de violencia y sustituirse por un ánimo de venganza. No obstante, el elemento de necesidad de la defensa no requiere de móviles adicionales. En efecto, es suficiente que la persona que se defiende conozca la situación, sin que se requiera más elementos subjetivos relacionados con la finalidad de la defensa. "De acuerdo con esta posición, es suficiente para admitir la legítima defensa el que se den objetivamente los requisitos de esta eximente y que la mujer tenga conocimiento de ellos" (Ibidem, p. 71).

Finalmente, cabe señalar que la causa de justificación de la legítima defensa, exige que quien la alega no debió haber provocado la agresión. Entonces, si quien ejerce la legítima defensa genera la agresión y luego pretende defenderse, se deriva corresponsabilidad entre las partes, por ello no es posible configurar la legítima defensa.

El siguiente es un ejemplo de un caso en el que se aplicó la legítima defensa. Los datos del asunto son los siguientes: Argentina, Tribunal Oral en lo Criminal

núm., 3 de la ciudad de Mar del Plata, "Bulacio Gladys Lery s/ Homicidio calificado", 28 de febrero de 2012.

Hechos

El 18 de agosto de 2004, Gladys Bulacio caminaba con su hija hacia su domicilio cuando fueron interceptadas por Amílcar Polinicio, su esposo, quien violentamente les cruzó la camioneta en la que iba, las insultó, amenazó, golpeó y pateó, obligándolas a entrar a la casa. Una vez dentro, Amílcar les dio una serie ininterrumpida de golpes que les causaron múltiples lesiones. Las amenazó con un arma de fuego, que usualmente portaba. Disparó dos veces con dirección a Gladys y después la obligó a subir a la habitación para tener relaciones sexuales. El esposo se encontraba acostado en la cama mientras Gladys se quitaba la ropa y, aprovechando el descuido de su esposo, tomó el arma y le disparó dos veces en la cabeza.

Argumentación y sentido de la sentencia

La fiscalía argumentó que no se configuró la legítima defensa ya que existió un cese de violencia (cuando el esposo estaba acostado en la cama) y según la fiscalía, era exigible que Gladys se retirara de su hogar. Contrariamente, el tribunal tuvo por probada la agresión y la intención del esposo de forzar a Gladys a tener relaciones sexuales.

En cuanto a la inminencia de la agresión, el tribunal reconoció que, *en algunos casos de mujeres golpeadas, no es fácil definir cuándo sucede el fin de la agresión, por lo que se ha sugerido que el pasado de abuso sea utilizado para redefinir en forma adecuada el concepto de inminencia*. Los jueces concluyeron que Gladys recibió dos disparos de arma de fuego, sufrió una feroz golpiza y estaba por ser violada. En este contexto, es razonable argumentar que no se estaba ante un caso de violencia "futura" y tampoco ante una situación de agresión "pasada", sino ante un estado de permanente agresión.

En cuanto a la necesidad de defensa, el tribunal argumentó que para que haya legítima defensa, la defensa puede comenzar en el último momento en el que

todavía tenga perspectivas de éxito y seguirá siendo necesaria hasta que el peligro haya sido neutralizado. Adicionalmente se tiene que evaluar si no había otra manera menos drástica de responder a la agresión. Para esto, el tribunal señaló que la defensa es necesaria si la respuesta del agredido era la menos dañosa de cuantas estaban a su disposición y que la necesidad es racional si es la adecuada para impedir o repeler la agresión.

La superioridad física de quien ataca es un factor a tener en cuenta para analizar la necesidad racional de la defensa. A fin de evaluar si el uso de un arma por parte de una mujer golpeada constituye legítima defensa, se debe reflexionar sobre las desventajas típicas de las mujeres con relación al tamaño y a la fuerza y la falta de entrenamiento en su protección física, a diferencia del que reciben los hombres. En el caso concreto, el tribunal consideró que Almícar estaba ebrio, que ya había usado el revólver, y que él pesaba más de 100 kg mientras que Gladys cerca de 50. Por lo anterior, determinó que el actuar de Gladys constituyó una defensa necesaria y racional.

El tribunal también se refirió al síndrome de la mujer maltratada y reconoció que los antecedentes de violencia resultan esenciales para comprender el grado de peligro al cual está expuesta la mujer y también para evaluar su reacción frente a la amenaza. El testimonio de un experto en violencia puede resultar de gran ayuda e incluso concluyente para evaluar la razonabilidad de la creencia de la mujer de que el peligro era inminente.

Finalmente, el tribunal consideró que la postura de la fiscalía carencia de "una visión de conjunto" respecto a los hechos del caso. Señaló que es necesario incluir todos los detalles del mismo para tener un razonamiento contextual. El tribunal decidió absolver a Gladys.

2. El estado de necesidad

El artículo 15, fracción V del Código Penal Federal señala que el delito se excluye cuando "se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente,

lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo".

El estado de necesidad es otra causa de justificación del delito que pudiera ser aplicable a mujeres que perpetran el homicidio de su agresor. Esta figura presupone una situación de necesidad que se manifiesta en una situación de conflicto entre dos bienes jurídicos entre los que se requiere sacrificar uno de ellos para salvar al otro. Entonces existe un peligro entre los bienes el cual solamente puede superarse mediante la lesión de uno de estos bienes jurídicos. Los bienes en juego pueden ser propios o ajenos y la necesidad tiene que ser valorada objetivamente. Igualmente, el bien jurídico que se trata de salvar debe enfrentar un peligro inminente de ser destruido; dicho peligro debe ser real y objetivo. Asimismo, la situación de necesidad también se refleja en que el sacrificio de uno de los bienes tiene que ser la única opción para salvar al otro bien jurídico.

La situación de necesidad debe ser absoluta e inminente. Será absoluta cuando no exista una vía legítima a la cual se pueda acudir. Si existiera una vía legítima entonces no se configura la necesidad de lesionar el bien para evitar el mal. El segundo supuesto que denota que la situación de necesidad es absoluta o inminente se da cuando no exista una opción menos lesiva. En el caso de las mujeres violentadas suele alegarse que ellas tenían otras opciones menos lesivas, por ejemplo, la huida, pero los medios deben ser eficaces para conjurar el delito y se exigibles. Por ejemplo "puede no ser eficaz para conjurar el peligro irse a casa de la madre si el marido sabe dónde vive, puede no ser eficaz recurrir a la policía si ya se ha recurrido con anterioridad" (Ibidem, p. 86). Por otro lado, no pueden ser medios exigibles aquellos que ponen en peligro la integridad, vida o abandono definitivo de la casa o trabajo de la víctima de violencia familiar (Ibidem, p.86 y 87).

Respecto de la inminencia o actualidad del peligro, debe destacarse que éste puede prolongarse en el tiempo, lo cual lo hace diferente de la legítima defensa. Entonces, el estado de necesidad puede abarcar peligros continuados o los peligros que se producen. El peligro continuado es aquel que se puede materializar en cualquier momento, sin que se sepa exactamente cuándo; mientras que el peligro que se

reproduce es aquel que no está siempre latente, pero puede reproducirse en el tiempo. "En ambos supuestos, el fundamento del estado de necesidad estriba en que, a pesar de que el peligro no se va a materializar directamente, el transcurso del tiempo no va a aportar una solución menos gravosa" (Ibidem, p. 88). Es evidente que ambos tipos de peligros son aplicables a las mujeres que enfrentan violencia familiar.

Para que se configure el estado de necesidad es necesario que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar. Así, esta causa de exclusión del delito puede darse en casos de conflicto entre bienes de iguales o desiguales, lo cual obliga a realizar una ponderación entre los bienes jurídicos en juego; "más que una comparación, se trata de establecer una relación de adecuación: el estado de necesidad tendrá efecto justificante si el hecho realizado a su amparo es el medio adecuado para evitar el peligro" (Muñoz y García, p. 355). En el caso de las mujeres violentadas en el ámbito familiar, los bienes jurídicos en juego son su libertad (deambulatoria y/o sexual), su salud, su seguridad, integridad física y su vida, frente a la vida del agresor.

Otro requisito es que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por la persona que pretende hacer valer esta causa de justificación del delito. Nótese que solamente cuando la situación de necesidad haya sido creada intencionalmente, es que esta causal no podrá alegarse.

Finalmente, se requiere que la persona que invoca esta causa de justificación, no tenga el deber jurídico de afrontar el mal, en otras palabras, que por su oficio o cargo no tenga la obligación de sacrificarse. Por ejemplo, el personal de bomberos, policías o militares hasta cierto punto deben soportar deberes inherentes a su profesión como apagar incendios o enfrentar a delincuentes. No obstante, a ellos tampoco se les exige un comportamiento de héroes (Ibidem, p. 357).

El siguiente es un ejemplo de un caso en el que se aplicó el estado de necesidad. Los datos del asunto son los siguientes: Chile, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto, Ministerio Público contra Karina Sepúlveda Cisternas, 21 de junio de 2013.

Hechos

Karina estaba casada con Claudio Reyes, quien la violentaba de manera constante y a sus hijos. Esto se comprobó con el peritaje de la defensa, el cual evidenció, entre otras, una fractura en el cartílago de la oreja, en la mandíbula; múltiples cicatrices producto de lesiones punzocortantes; erosiones; equimosis; hinchazón y lesiones contusas en el cráneo. Ella tenía 64 cicatrices visibles que demostraron el maltrato habitual, además de las lesiones sufridas por su hijo mayor. Además, un examen químico toxicológico evidenció el consumo de drogas del agresor. De su peligrosidad daban cuenta los antecedentes penales; la posesión de un arma y la agresividad en su entorno. Finalmente, el 17 de octubre de 2011, Karina le disparó a su esposo en la cabeza mientras dormía, provocándole la muerte.

Argumentación y sentido de la sentencia

El problema planteado ante el tribunal fue si las múltiples agresiones sufridas por Karina a lo largo de su relación justificaban o no su acción de matar al agresor en un contexto en el cual él estaba dormido y drogado, ya que, a pesar de que las agresiones fueron reiteradas en el tiempo, no fueron realizadas en los momentos inmediatamente anteriores al disparo. La fiscalía argumentó que no había evidencia de que hubiera habido un atentado en contra de la vida de Karina o sus hijos en forma inmediata, actual o previsible. También señaló que no podía configurarse la excluyente de responsabilidad puesto que Karina no denunció las agresiones. Sobre este último punto, el tribunal determinó que esto no impide la configuración de la excluyente de responsabilidad y reconoce que en la mayoría de los casos de violencia intrafamiliar, las víctimas "se adaptan y aceptan la situación de violencia".

Contrariamente, la defensa argumentó que existía un "estado de necesidad excluyente" ya que la brutalidad de las agresiones era tal que una agresión futura podría haber acabado con la vida de Karina.

El tribunal citó a Roxin al entender como "peligro permanente" aquel en el que "una situación que amenaza con un peligro se pueda convertir en cualquier

momento en un daño, sin que se pueda decir exactamente cuñando sucederá tal cosa; también constituye un peligro permanente el tirano familiar que de momento es pacífico, pero que en cualquier instante puede proceder a nuevos malos tratos. Asimismo, un peligro puede ser actual cuando su realización aún se hará esperar algo, pero se ha de actuar ahora para que después no sea demasiado tarde para hacerle frente".

El tribunal también consideró que la única forma de repeler dicho peligro permanente y por tanto inminente, era cuando el agresor se encontraba inactivo, ya que se determinó que el agresor medía 1.80 metros y pesaba 80 kilos. Así, el tribunal consideró que las características físicas notablemente superiores, sumadas a la indefensión psicológica, Karina no hubiera podido salvar su vida ni la de sus hijos si no hubiera actuado como lo hizo. El tribunal consideró que, dada la historia rendida y probada, la muerte de Karina no era sólo una hipótesis, sino que era plausible, posible, actual e inminente. Incluso, el mismo agresor confesó a su hijo que tenía miedo de que alguna vez pudiera "pasársele la mano con su madre y matarla".

Finalmente, el tribunal dictó una sentencia absolutoria por considerar que no era posible reprochar penalmente su conducta, puesto que en su actuar no existía culpabilidad, dado que ella actúo para evitar un mal grave a su persona, causa de exclusión conocida como estado de necesidad exculpante.

Bibliografía

ANGEL, Marina, "The myth of battered woman syndrome", Temple Political and Civil *Rights Law Review*, volumen 24, spring 2015, p. 304. en SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6181/2016, sesionado el 07/03/2018 p. 24.

CHAMPAIGN, Lauren, (2010), "Criminal Law Chapter. Battered woman syndrome", *The Georgetown Journal of Gender and the Law*, volumen 11, 2010, pp. 60 y 61.

CORREA Flórez, María Camila, (2017), *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa*, Bogotá, Editorial Ibáñez-Uniandes, p. 269.

CORREA Flórez, María Camila, *Legítima defensa, violencia doméstica y mujeres que matan*, p. 3 (en archivo de la autora).

COOK, Rebecca y Cusack, Simone, (2010) *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives, Philadelphia: University of Pennsylvannia Press*. Citada en el ADR 1206/2018, párrafo 70..

Instituto Canario de la Mujer, (2009), *Guía para la atención a mujeres víctimas de violencia de género*, España, Instituto Canario de la Mujer, visible en https://www.iberopuebla.mx/ovsg/sites/default/files/informacion-adicional/descargas/guia_atencion_victimas_violencia.pdf, p. 33..

KINPORTS, Kit, "The myth of battered woman syndrome", *Temple Political and Civil Rights Law Review,* vol. 24, spring 2015, p. 316. en SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6181/2016, sesionado el 07/03/2018.

MUÑOZ Conde, (2015), Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal parte general*, 2a. ed., México, Tirant lo Blanch, p. 350..

NÚÑEZ, Lucía, (2018), *El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva*, México, UNAM, p. 16..

LARRAURI, Elena, *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, op. cit., p. 67.

LARRAURI, Elena y VARONA, Daniel, (1995), *Violencia doméstica y legítima defensa*, Barcelona, EUB, pp. 24 y 25.

OLAMENDI, Patricia, (2016), *Feminicidio en México*, México, INMUJERES, disponible en http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/Feminicidio-en-Mexico-2017.pdf, en SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6181/2016, sesionado el 07/03/2018.

RIOSECO Ortega, Luz, *Culminación de la violencia doméstica: mujeres que asesinan a sus parejas, defensas penales posibles,* disponible en http://observatoriojyg.org/index.php/313-doctrina/4-victimas/2-derecho-infractoras/814-culminacion-de-la-violencia-domestica-mujeres-que-asesinan-a-sus-parejas-defensas-penales-posibles. en SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6181/2016, sesionado el 07/03/2018.

SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación) (2013), *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Hacer realidad el derecho a la igualdad*, 2a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Secretaria de Gobernación, el INMUJERES y ONU MUJERES, (2016), *Informe La violencia feminicida en México, aproximaciones* y tendencias 1985-2014. Disponible en http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/101258.pdf, en SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6181/2016, sesionado el 07/03/2018,p. 24 y 25.

TERRANCE, Cheryl A., et al, (2012), "Expert testimony in cases involving battered women who kill: going beyond the battered woman syndrome", North Dakota Law Review, volumen 88, p. 936..

Legislación Nacional

- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Código Penal Federal.
- Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Legislación Internacional

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará)". Publicada en la Primera Sección del Diario Oficial de la Federa ción, el martes 19 de enero de 1999, 1994.

Tesis jurisprudenciales

"ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO." Tesis de jurisprudencia 1a./J. 22/2016, Décima Época, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 29, tomo II, abril 2016, p. 836.

"EXCUSAS ABSOLUTORIAS Y EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. SUS DIFERENCIAS." Jurisprudencia (constitucional) (P./J. 11/2002), Pleno, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XV, febrero de 2002, p. 592.

"EXCLUYENTE DEL DELITO Y EXCUSA ABSOLUTORIA. SUS DIFERENCIAS" (P. V/2010) Pleno, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXI, febrero de 2010, p. 18.

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Pleno

Amparo directo en revisión 1492/2007, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 17 de septiembre de 2009.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 30 de enero de 2002.

Primera Sala

Amparo Directo en Revisión 6181/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 07 de marzo de 2018.

Amparo Directo en Revisión, 5999/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 21 de junio de 2017.

Amparo Directo en Revisión 1206/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 23 de enero de 2019.

Amparo Directo en Revisión 6181/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 07 de marzo de 2018.

Resoluciones emitidas en el Sistema Universal de Derechos Humanos

Recomendaciones Generales

Comité CEDAW, "La Violencia contra la Mujer", Recomendación General 19, 11º periodo de sesiones (1992). Disponible en: «https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CE-DAW_GEC_3731_S.pdf».

Comité CEDAW, "Recomendación general 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19", Recomendación General 35, 26 de julio de 2017. Disponible en: «http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsldCrOlUTvLRFDjh6%2fx1pWAeqJn4T68N1uqnZjLbtFuaxmiWrx1jUjN2YPr87ua2opczpm8HRQTpbV8yB4xPAMNMdlvkcJoAEe33GIZ%2fzBVX».

Resoluciones dictadas por otros tribunales

Argentina. *Bulacio Gladys Lery s/ Homicidio calificado*, Tribunal Oral en lo Criminal núm., 3 de la ciudad de Mar del Plata, 28 de febrero de 2012.

Chile, *Ministerio Público contra Karina Sepúlveda Cisternas*, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto, 21 de junio de 2013.

Capítulo III

Herramientas para la incorporación de la perspectiva de género en los delitos sexuales

Dalia Berenice Fuentes Pérez*
Diana Mora López**

* Maestra en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Abogada consultora especialista en derechos humanos y perspectiva de género. Consultora externa para organizaciones de la sociedad civil y organismos de protección de los derechos humanos en materia de acceso a la justicia y perspectiva de género. Fundadora de dHesarolla A.C.

** Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Consultora Independiente en materia de derechos de las mujeres y derechos de niñas, niños y adolescentes. Fundadora de dHesarolla A.C.

Herramientas para la incorporación de la perspectiva de género en los delitos sexuales. I. Introducción al fenómeno; II. La violencia sexual. Reflexiones generales sobre el fenómeno; III. La regulación de la violencia sexual en el derecho penal y sus principales problemáticas; IV. Elementos para el análisis de los delitos sexuales desde la perspectiva de género; V. Un caso de violencia sexual para ejemplificar; VI. Conclusiones.

I. Introducción

México, un país de grandes desigualdades, vive desde hace algunas décadas una problemática de violencia contra las mujeres que no ha sido debidamente atendida, ni erradicada. Una de las herramientas más importantes para lograr mitigar este problema es la garantía de procesos de justicia que culminen en sanciones para los perpetradores y reparaciones integrales para las víctimas.

México ha sido declarado responsable por violaciones a derechos humanos relacionado a casos de violencia sexual cometida en contra de mujeres en 3 ocasiones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH 2009; Corte IDH, 2010a.; Corte IDH, 2010b; Corte IDH, 2018).[1] El último de ellos apenas en 2018

[1] En tres casos la violencia sexual fue cometida por parte de autoridades estatales —ejército y policía—, y en la primera de ellas, cometido presumiblemente por particulares, terminó en el feminicidio de las víctimas. En dos de estos casos hay víctimas menores de edad, en otros dos, mujeres indígenas. La precariedad económica es otro factor involucrado en tres de los casos. El último caso "Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México" caracterizó la violencia sexual cometida por autoridades contra las mujeres como tortura. En todos los casos existen falencias en la procuración de justicia, y se declaran violaciones a sus garantías judiciales y el acceso a la justicia. Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y

Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. A pesar de que, a raíz del primer caso, González y Otras "Campo Algodonero" vs. México, las medidas de reparación llevaron al Estado Mexicano a iniciar una serie de modificaciones en la impartición de justicia para incorporar la perspectiva de género, tanto en la investigación de los delitos como en la etapa judicial, hasta la fecha los datos demuestran que el camino que falta por recorrer aún es largo como se puede observar en el primer apartado de este documento. Es necesario que las autoridades judiciales cuenten con herramientas que permitan operar los estándares y principios que la perspectiva de género aporta, para que el marco jurídico que hoy protege a las personas en contra de la violencia sexual garantice de manera efectiva este derecho.

En la dimensión penal también es indispensable reconocer algunos problemas normativos que tiene de frente el derecho, en relación con los delitos de violencia sexual. Algunos de estos son inherentes a la propia naturaleza del proceso penal, otros a la manera en la que se describen los distintos tipos penales, algunos más se relacionan con la conceptualización de la violencia sexual y las consecuencias individuales y colectivas que ésta ocasiona.

El presente fascículo busca ser una herramienta operativa funcional para las y los operadores de justicia al momento de tener que juzgar delitos de violencia sexual. Para ello, se identifican los problemas más recurrentes a los que se pueden enfrentar en estos casos, y se proporcionan algunas herramientas para operar la perspectiva de género a lo largo del proceso judicial. En primer lugar, se realizan reflexiones generales sobre el fenómeno de la violencia sexual en México en relación con la dimensión del problema en general, y en torno al acceso a la justicia de estos casos. Asimismo, se problematiza la violencia sexual identificándola como una violencia basada en el género, los vínculos de la sexualidad con lo sexual, el género y la violencia. En segundo lugar, se mencionan los problemas generales de la regulación vigente en los Códigos Penales a nivel nacional por distintos delitos

otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018.

de violencia sexual, se analiza el problema de la masculinización de los delitos sexuales, la fragmentación de la vivencia y las relaciones de poder como son concebidas en los tipos penales. En tercer lugar, se abordan los elementos que permiten analizar los delitos desde una perspectiva de género, desde las medidas de protección que deben ser contempladas en estos casos —desde una perspectiva individual y colectiva—, el estándar de valoración de la prueba, el análisis y valoración del contexto, el consentimiento y la determinación del daño, así como las medidas de reparación, entendidas de manera amplia e integral, contemplando las distintas dimensiones afectadas por esta violencia. Este apartado brinda herramientas puntuales a ser utilizadas por las y los juzgadores en cada caso. Por último, el cuarto apartado propone un caso de violencia sexual que se estudia a la luz de los elementos revisados en los apartados anteriores para identificar las problemáticas y herramientas específicas que la perspectiva de género proporciona para abonar a la garantía del acceso a la justicia de las víctimas de delitos de violencia sexual.

II. La violencia sexual. Reflexiones generales sobre el fenómeno

1. Dimensionar el problema de la violencia sexual

En datos duros, de acuerdo con la ONU, en 2018 el 32.8% de adolescentes entre 15 y 17 años había sufrido violencia sexual en su comunidad. 19.2 millones de mujeres fueron sometidas en algún momento de su vida a algún tipo de intimidación, hostigamiento, acoso o abuso sexual. En esa fecha se registraban 711, 226 mujeres víctimas de delitos sexuales en México (ONU, 2019). Los delitos que implican violencia sexual que se denuncian de forma individual, en realidad son parte de una problemática estructural y sistémica con impactos diferenciados por razón del género tanto de las personas que los cometen (hombres en su mayoría), como de quienes los resienten (mujeres, niñas y adolescentes en su mayoría):

- La Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH 2016)[2] indica que en México 4.4 millones de mujeres de 15 años de edad y más sufrieron abuso sexual en su infancia. El 9.4 % de esos ataques son considerados por los Códigos Penales como abuso sexual "con violencia" y consisten en conductas como: le tocaron sus partes íntimas o la obligaron a tocar las partes íntimas de otra persona sin su consentimiento (6.4%); intentaron forzarla a tener relaciones sexuales (3.9%); la obligaron a mostrar sus partes íntimas y/o a mirar las partes íntimas de otra persona (3%); la obligaron a tener relaciones sexuales bajo amenazas o usando la fuerza (2.5%); la obligaron a realizar actos sexuales a cambio de dinero o regalos (0.8%); la obligaron a mirar escenas o actos sexuales o pornográficos (fotos, revistas, videos, películas pornográficas) (0.8%).

- Aunque la ENDIREH no precisa el ámbito espacial de estos actos de violencia sí es posible derivar que la mayoría ocurre con motivo de relaciones familiares, puesto que se identifica como principales agresores al tío/a (20.1%); primo/a (15.7%); hermano/a (8.5%); padrastro / madrastra (6.3%); padre (5.8%); abuelo/a (3.7%); otro familiar (6.4%) y la madre (.5%). Lo anterior da como resultado que en un 67% de los casos un/a familiar fue quien llevó a cabo actos de violencia física/sexual contra la mujeres, frente a un 33% de atacantes no familiares (vecinos o conocidos; desconocidos u otros) (INEGI, 2016). Estos datos de contexto son relevantes para una persona juzgadora porque la existencia de relaciones de afecto como las que privan en un ambiente laboral, son también un factor que inhibe la denuncia, o bien, que minimiza y/o normaliza la conducta.

[2] La ENDIREH sistematiza y analiza datos respecto a la dinámica de las relaciones de pareja en los hogares, y la experiencia de las mujeres en espacios como la escuela, el trabajo y la comunidad en donde enfrentan distintos tipos de violencia. El INEGI indica que, por sus características e innovaciones, esta encuesta se considera un parámetro a nivel internacional, además de que en su elaboración participación instituciones públicas y académicas, así como organismos internacionales y de la sociedad civil expertos en violencia contra las mujeres. su población objetivo en cuanto a las experiencias de violencia son mujeres de 15 años y más. Tiene una cobertura nacional, nacional urbano, nacional rural y estatal.

La violencia sexual tiene un alto impacto de género; es decir, tanto su comisión como su recepción está vinculada con la construcción social de los cuerpos y de sus funciones o roles en la sociedad. Los cuerpos a los que genital y socialmente se les identifica como hombres (masculinos) son los que ejercen de manera preponderante violencia sexual respecto de los cuerpos genital y socialmente identificados como mujeres (femeninos).

Ese impacto se advierte en los datos estadísticos nacionales e internacionales. La Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE 2020, que recopila datos del 2019)[3] demuestra que hay una prevalencia de mayor victimización de los hombres respecto a delitos como robo, fraude, lesiones o amenazas verbales; con variaciones de diferencia que oscilan entre el 17% y el 40% respecto de la victimización de las mujeres. En el caso de los delitos sexuales (como hostigamiento, manoseo, exhibicionismo, intento de violación y violación sexual) esta diferencia se dispara exponencialmente: las mujeres son 90.8% más victimizadas en comparación con los hombres (9.1%) lo cual indica que si bien, no son víctimas exclusivas, sí resulta innegable que son víctimas preponderantes de estos delitos (INEGI, 2020).

El género es un factor de impacto en las causas y consecuencias de la violencia sexual en México: tres cuartas partes de las víctimas de este delito se identifican como mujeres, esto quiere decir que existe una feminización de la violencia sexual (CEAV, 2016, p. 271), sin embargo, la perspectiva de género no puede desentenderse de otros rasgos de identidad que se intersectan para colocar en distintos grados de vulnerabilidad a las víctimas, entre ellas la pobreza, etnia, edad, discapacidad, estatus migratorio, desplazamiento. En ese sentido, la perspectiva de género debe utilizarse como una herramienta que integra diversos factores de análisis de estos conflictos y que permite articular respuestas efectivas para la identificación del riesgo, tipo y grado de violencia, personas responsables y medidas de reparación idóneas y adecuadas para la víctima.

[3] La ENVIPE recopiló datos de la población de 18 años y más. Se aplicó durante el periodo de enero-diciembre de 2019 para victimización, así como desde marzo a diciembre de 2020 para percepción sobre la seguridad pública y desempeño de las autoridades. Se aplica en hogares a nivel nacional, nacional urbano, nacional rural, entidad federativa y áreas Metropolitanas de interés.

2. El acceso a la justicia para víctimas de violencia sexual

El derecho a una vida libre de violencia y, en su caso, el acceso a la justicia cuando éste ha sido violentado se encuentran ampliamente reconocidos por distintos instrumentos a nivel nacional e internacional. Como parte de su fundamentación se encuentran las disposiciones de la CEDAW y la Convención Belém Do Pará (artículos 2, inciso c); y 4, inciso g), 7 incisos, b), f), g) respectivamente), así como el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969) que generaron obligaciones para el Estado mexicano en materia de prevención y atención de la violencia sexual contra las mujeres, al momento de su firma y ratificación.

Además, con la reforma constitucional de derechos humanos de 2011 los derechos contenidos en esos y otros instrumentos internacionales se incorporaron a la Constitución como parte del bloque de constitucionalidad (SCJN, 2013a). Las disposiciones señaladas en lectura conjunta con los artículos 1, 4 y 17 de la CPEUM reconocen y protegen el derecho de acceso a la justicia en casos de violencia sexual. Algunos aspectos específicos como la razón de género, que se identifican en este tipo de violencia, están regulados en leyes especializadas como la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y sus análogas estatales.

Este marco jurídico habilita distintas vías de atención para que quienes han vivido violencia sexual pueden activar uno o varios procedimientos de justicia (investigación, sanción y reparación). Dependiendo de la caracterización del acto que violentó sexualmente a la persona, se puede acudir a la justicia penal, la administrativa y/o la laboral. Estas vías son independientes una de las otras; es decir, se pueden activar todas de manera simultánea y el procedimiento de una no puede, ni debe supeditarse al resultado de otra. El hecho de que algunas conductas estén reguladas en distintos ordenamientos legales y se puedan juzgar por varias vías procedimentales atiende a la complejidad que encierra la violencia sexual y a la necesidad del derecho de proteger diversos aspectos de la persona que se ven afectados frente a la misma conducta.

Ahora bien, el acceso a la justicia con perspectiva de género para quienes son víctimas de violencia sexual continúa siendo una deuda pendiente de las autoridades mexicanas. Si bien es cierto, durante las últimas dos décadas se ha detonado un desarrollo importante en la legislación, los estándares y la jurisprudencia en la materia, los datos oficiales siguen mostrando una brecha que no logra cerrarse entre la gama de delitos de índole sexual que se comete contra niñas, adolescentes, mujeres, y los casos que llegan a sentencia o aquellos en donde las víctimas reciben reparaciones.

En los últimos años campañas como #MeToo o #MiPrimerAcoso en las redes sociales permitieron dimensionar el tamaño de la problemática a la que nos enfrentamos, que había permanecido como cifra negra. Numerosas de esas conductas eran probablemente constitutivas de delitos de violencia sexual, delitos por los que las personas nunca se acercaron a las puertas de la justicia y, por tanto, no fueron registrados.

Las causas que inhiben la denuncia son múltiples: decisión de la misma víctima; que la conducta no esté considerada en ninguno de los delitos de los códigos penales o que su regulación sea confusa o poco precisa; que la denuncia sea desincentivada por las mismas autoridades (¿está usted segura que quiere denunciar? Porque de una vez le digo que no le pueden hacer nada); o por los obstáculos propios de un sistema de investigación penal que no incorpora la perspectiva de género. De este modo, los datos sobre acceso a la justicia en materia de delitos sexuales muestran otra cara de la problemática y refuerzan la necesidad de incrementar la efectividad de los procesos:

- De acuerdo con información de la ENVIPE (INEGI, 2020), a nivel nacional solo se denuncian 11% de los delitos, de ese total solo el 69.1% dio pie a la apertura de una carpeta de investigación. Únicamente en el 3.7% de esas carpetas se puso a disposición judicial a la persona que cometió el delito. Asimismo, la encuesta señala que de 2012 a 2019 la cifra negra ha aumentado.

  Por su parte, un estudio realizado por México Evalúa en 2020, que analiza datos oficiales, indica que el 99.7% de los casos de violencia

> sexual que sufrieron mujeres mayores de 18 años no fueron denunciados, tomando en cuenta que 4 de cada 10 mujeres mayores de edad sufrieron un tipo de violencia sexual durante el segundo semestre de 2019 —6 millones de mujeres— De lo que observa esta investigación, la cifra negra en delitos de hostigamiento, acoso y abuso sexual alcanza el 99.8%. A nivel nacional hay entidades que van del 99.3%, las más bajas, al 100% de cifra negra. De las carpetas que se inician por delitos contra la seguridad y la libertad sexual, en 2019 la cifra fue de 20,687. Esta cifra ha ido en incremento en los últimos 5 años. (México Social, 2020).
>
> Por último, de acuerdo con la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, en su informe sobre atención a violencia sexual en México (CEAV, 2016), en promedio, menos de 6 mil expedientes de delitos sexuales se consignan. Los expedientes que se presentan con más frecuencia frente a las instancias de justicia y, por tanto, se sancionan con más frecuencia son violaciones 38% y abusos sexuales 32.5%. En el caso contrario, los delitos menos juzgados son la pornografía, pornografía infantil, prostitución infantil, incestos y hostigamiento sexual. Aunado a ello, resalta que hasta los resultados de la ENVIPE 2020, el nivel de confianza de la sociedad en el poder judicial es del 56.1%[4]

Como ya se señaló, las causas que inhiben la denuncia son múltiples (INEGI, 2016),[5] por esta razón, de un tratamiento adecuado a los pocos casos que llegan a judicializarse depende no solo la garantía del acceso a la justicia de la víctima, sino la disminución en el índice de impunidad de estos delitos y el incremento de la confianza en la respuesta de las autoridades.

[4] Se resalta que aumentó 1.8 puntos porcentuales la confianza en poder judicial de 2019 a 2020. La cifra de 2019 fue de 55.1% (INEGI, 2020).

[5] La ENDIREH (2016) señala que: el 78.6% de las mujeres violentadas por su pareja actual o última pareja no solicitó apoyo y no presentó una denuncia. Entre las razones por las que decidieron no denunciar se encuentran: consideraron que se trató de algo sin importancia que no les afectó (28.8%); tuvieron miedo a las consecuencias (19.8%); sintieron vergüenza (17.3%); no sabían cómo o dónde denunciar (14.8%); por sus hijos/as (11.4%); no querían que su familia se enterara (10.3%); no confían en las autoridades (6.5%); no sabían que existían leyes para sancionar la violencia (5.6%) (INEGI, 2016).

3. Dimensionar la violencia sexual como violencia basada en género

Tal como se refirió en el apartado introductorio, la violencia sexual es reconocida por los Estados como una violación de derechos humanos y un problema estructural y sistémico de escala mundial que, por sus componentes de género, afecta de manera desproporcionada a las mujeres, niñas y adolescentes (ONU, 2006). Se considera estructural porque las conductas que configuran este tipo de violencia surgen y se reproducen dentro de las prácticas y las estructuras sociales (familia, escuela, comunidad, etc.); es sistémica porque aquellas prácticas y estructuras atienden a valores y creencias —sobre las personas y su sexualidad— impuestas desde el orden social de género y el orden patriarcal (ambos considerados formas de los sistemas sociales).

a. La sexualidad y lo sexual

La violencia sexual es la categorización amplia de la que emergen distintas expresiones que dan pie a la regulación de delitos específicos: violación, abuso, acoso sexual, etc., el punto coincidente en todos ellos es la afectación a la sexualidad de la persona —el bien jurídico tutelado—. Aunque la regulación sobre los delitos de violencia sexual es abundante y se ha diversificado aún más en las últimas décadas, no obra en aquélla o en la jurisprudencia, un concepto unívoco sobre violencia sexual que no redunde en cuestiones como: "es una afectación a la sexualidad de la persona", dejando un vacío en cuanto a cómo debe entenderse o definirse lo sexual.

En la práctica, la ausencia de una definición legal sobre la sexualidad y lo sexual en un sistema jurídico como el de México, que se caracteriza por su literalidad y excesivo formalismo, origina diversas problemáticas para la aplicación de la normatividad de los delitos sexuales y el acceso a la justicia como:

- La inclusión en los tipos penales de listados de frases, ideas o casuismo excesivo de conductas con las que se pretende aludir a "actos sexuales",

utilizando términos subjetivos sin referente legal como: tener intenciones o fines sexuales, de lujuria, fines lascivos o malintencionados, conductas morbosas, comportamientos inmorales de carácter sexual, pedir favores sexuales, realizar conductas sexuales indeseables, obtener aprovechamientos sexuales, hacer actos de naturaleza sexual, por mencionar algunos.

- La interpretación de lo sexual y la sexualidad —por lo tanto, del daño a éstas—, queda al arbitrio de la autoridad que atiende el caso (policía de investigación, ministerios públicos, personas juzgadoras) y, la mayor parte de las veces se subordina a consideraciones morales y/o misóginas establecidas por el sistema patriarcal que permea en todo el derecho.

- Se reduce lo sexual y la sexualidad a la "genitalidad" de las personas o a los órganos del cuerpo "socialmente sexualizados" (como los senos o los glúteos de las mujeres), con todas las limitantes que ello tiene. Se determina así, la afectación de lo sexual en función de la parte del cuerpo que tocaron a la víctima, o sobre la que expresó algo la persona agresora (senos, pene, vagina, etc.).

- No hay certeza sobre lo que podría ser sexual y aquello que no, con lo cual, a conductas que no tienen tal connotación sí se les reconoce ese carácter y otras que sí lo tienen quedan fuera de la valoración de lo sexual, dando paso a una brecha de arbitrariedad e impunidad (esto es más común en delitos que no implican tocamientos del cuerpo de la víctima, como el hostigamiento sexual).

La comprensión del significado sobre la sexualidad, aun cuando no esté prevista en las normativas penales, es fundamental para que una persona juzgadora determine el impacto del daño y las consecuencias que tienen los delitos sexuales; y para que dicte medidas que incidan de manera sustantiva en las conductas transgresoras. Por lo anterior, se retoma en este fascículo la siguiente definición de "sexualidad" propuesta por la Organización Mundial de la Salud (OMS):

> La sexualidad es un aspecto central del ser humano, presente a lo largo de su vida. **Abarca al sexo, las identidades y los papeles de género, el erotismo, el placer, la intimidad, la reproducción y la orientación sexual**. Se vivencia y se expresa a través de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, conductas, prácticas, papeles y relaciones interpersonales. La sexualidad puede incluir todas estas dimensiones, no obstante, no todas ellas se vivencian o se expresan siempre. **La vida sexual está influida por la interacción de factores biológicos, psicológicos, sociales, económicos, políticos, culturales, éticos, legales, históricos, religiosos y espirituales**. (OMS, 2018) (Énfasis agregado)

Si se toman en cuenta los elementos señalados en esta definición, la sexualidad y lo sexual a que se refieren las leyes no se limita a la experiencia de la dimensión corporal (biológica) de la persona; consiste más bien en el **resultado de la conjunción de varios elementos, algunos físicos, otros psicológicos y unos más socioculturales**. La definición permite también comprender que la sexualidad es un componente o característica humana de múltiples dimensiones. No todas se manifiestan del mismo modo y las conductas que las afectan o dañan también se resienten de diversa manera, dependiendo de las propias características y contexto de las víctimas, así como de las condiciones en que se dan los hechos.

Algunas conductas de violencia sexual incidirán en mayor medida en la dimensión físico-corporal de la persona, otras en el componente psicológico (ataque a la intimidad en donde no se tocó ninguna parte de la persona y pese a ello, se resiente un daño) y unas más en la dimensión sociocultural de su vida.

Una violación sexual, por ejemplo, puede implicar el daño en todas las dimensiones e incluso potencializar sus efectos dañinos cuando, como sucedió a Valentina Rosendo, se le utiliza como forma de tortura (Corte IDH, 2010b); en tanto que, cuestiones como un hostigamiento pueden resentirse en mayor medida en las dimensiones psicológica y sociocultural.

La definición de la OMS es coincidente con el contenido del derecho a la libertad y seguridad sexual —como bienes jurídicamente tutelados— que ha sido definido por la SCJN en los siguientes términos:

> … la libertad sexual significa la capacidad y posibilidad de decidir autónomamente, sin coerción ni violencia y con consentimiento pleno, sobre las personas —quienes también deben estar de acuerdo —, situaciones, circunstancias y tiempos, en las cuales se quiere tener comportamientos, intercambios o vínculos erótico-sexuales, incluida la cópula. Por otra parte, la seguridad sexual es la necesaria protección y debida garantía de que esta libertad y autonomía efectivamente se expresen, dado el riesgo que ciertas circunstancias, propias de la persona o del contexto específico en que se encuentra, entrañan para la producción espontánea de consentimiento. … (SCJN, 2019b).

La libertad sexual es una dimensión de la libertad personal de manera que, otra forma de definirla es como *la facultad de toda persona de ejercer su potencial sexual… en las circunstancias libremente elegidos* por la o el agente, considerando el derecho de rechazar involucrarse en cualquier contexto sexual no deseado (Diez, 2000, p. 71). La libertad sexual, como una concreción de la libertad personal goza de una protección diferenciada:

- Protección negativa: evitar que una persona se vea involucrada en una actividad o contexto sexual no deseado.
- Protección positiva: No inhibir el ejercicio de la actividad sexual consentida.

Cualquier afectación a la libertad sexual, que es el bien jurídico protegido por el derecho penal, resulta en una afectación a la autonomía personal y, por ende, a la facultad de autorregularse en el ámbito de la sexualidad entendida desde todas sus dimensiones. La violencia sexual como una restricción a la libertad sexual debe valorarse también en todos los ámbitos afectados, y esto se logra a partir del análisis del contexto objetivo y subjetivo, de los hechos de un caso concreto (SCJN, Protocolo, 2020).

Los Códigos Penales en el país han reformado gradualmente los títulos o capítulos en donde se encuentran los delitos sexuales, para modificar algunas fórmulas moralistas, estereotipadas y tutelares desde donde se leían los bienes jurídicos que pretendían proteger, como el pudor o el honor. Aunque no se ha logrado llegar a niveles óptimos de reforma, un paso relevante es que la mayoría de esos delitos, ya se observan incorporados a títulos de “delitos contra la libertad sexual”.

b. La sexualidad y el género

La valoración del componente de género de la sexualidad es útil para comprender por qué un delito de violencia sexual es siempre, forzosamente, una expresión de violencia de género. Esto se debe a que las personas desarrollan y ejercen su sexualidad no en la neutralidad, sino con base en roles y prácticas de identidad sexo-genérica que se interiorizan desde la infancia mediante procesos graduales de internalización permeados en las estructuras sociales (Lagarde, 2005).

Al tiempo que a la persona, con base en la diferencia sexual-genital con la que nace, se le interioriza por medio de repeticiones y prácticas sociales de su familia, escuela, comunidad, Estado, etc., la apropiación y desarrollo de una identidad de "niña" o de "niño", también se le transmiten las creencias del grupo social sobre lo que cada una de esas identidades —y su evolución temporal conforme a la edad— implica en términos de sexualidad; por ejemplo, en una sociedad:

Tabla 1. Cargas de género asociadas con la sexualidad

Ser mujer impone cargas sexuales como…	Ser hombre impone cargas sexuales como…
Darte a desear (idea inconsciente de concebirte como objeto)	Desear al objeto sexual (se considera incluso algo innato y parte de la masculinidad)
Sentir deseo porque un cuerpo de hombre-masculino te posea sexualmente (práctica que además las sociedades asumen como algo "natural", aunque esto carezca de fundamento científico)	Sentir deseo de poseer sexualmente a un cuerpo de mujer-femenino (con la convicción de que esa mujer está esperando ansiosa ser poseída, de que "así es la naturaleza").
Ser sexy y sensual, sexualmente receptora	Ser viril y fuerte, sexualmente dominante
Ejercer la sexualidad de forma reservada, no pública; lo contrario se interpreta como una "invitación" al acceso sexual libre hacia ese cuerpo	Tener expresiones de sexualidad explícitas (piropos, comentarios sobre los cuerpos de las mujeres que son objetos de deseo)

Ejercer la sexualidad con pocas personas y no de forma simultánea, porque cuando ello sucede hay sanciones sociales e incluso jurídicas	Ejercer la sexualidad libremente, sin consecuencia social en cuanto a la simultaneidad de las relaciones pues esto en todo caso corrobora su "naturaleza como un ser sexual"

Elaboración propia para el fascículo.

En conclusión, la forma en que se construyen las identidades sexuales, de género y de orientación sexual de los cuerpos, determina los comportamientos sexuales y sus distintas manifestaciones en cada etapa de la vida. Por este motivo, al analizar un delito de violencia sexual es fundamental indagar en los procesos sociales de género (y sus intersecciones con otras características de identidad como la edad, la cultura, etc.) que determinan el ejercicio de la sexualidad tanto de quien violenta (para identificar las causas que originan la conducta y en las que debe incidir la sanción), como de la persona víctima (para dimensionar los alcances del daño y las consecuencias originadas por la conducta).

Académicas y activistas como Judith Butler (2002a; 2002b) demuestran que es en las prácticas sociales —en las creencias, expectativas y estereotipos de género sexuales y sobre roles sexuales (SCJN, Procolo, 2020) que surgen y se reproducen en éstas—, donde se encuentran las causas de la violencia de género —en este caso sexual— que se ejerce contra las mujeres. Destacan dentro de esas prácticas:

- La creencia o conceptualización de que los cuerpos de las mujeres o los cuerpos feminizados deben cumplir el rol de "objeto sexual" siempre disponible, una "cosa" que vive y se experimenta en términos sexuales para el placer y satisfacción de otros cuerpos (el de los hombres, conforme lo sostiene el paradigma patriarcal) y no para el placer propio. Estereotipo normativo conforme lo explica el Protocolo-JPEG (2020). Una consecuencia negativa de esto, prohibida ya por el mismo Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 346, es que en la investigación y procesamiento judicial de los delitos sexuales se pretenda indagar en el pasado sexual de la víctima (comportamiento ajeno

al acto que se juzga) o en su sensación de placer (reacción biológica) para descartar la comisión del delito.[6]

El estereotipo sobre la sexualidad (cosificación) actúa en el imaginario colectivo para negar *a priori* que se trató de un acto de violencia sexual, porque se cree que son cuerpos que deben cumplir con el rol sexual del objeto (dar placer, satisfacer deseos sexuales de otras personas); por eso se buscan justificaciones para demostrar que "en realidad" la víctima quiso el acto, cuando lo que tendría que valorarse y cuestionarse en primer lugar es la conducta de la persona señalada como agresor/a (causas, motivaciones, si antes de actuar se cercioró de haber contado o no con el consentimiento indubitable de la víctima, etc.).

- La creencia de que los cuerpos de las mujeres o feminizados no deben manifestar de forma explícita su sexualidad, pues toda expresión de este tipo se interpretaría como una "invitación" tácita —por lo tanto consentida— al acceso sexual. Estereotipo descriptivo de acuerdo con lo que se expone en el Protocolo-JPEG (2020).

  Esta creencia también se sustenta en los valores impuestos por el orden de género y el sistema patriarcal que, en su conjunto, indican que unos cuerpos —los de los hombres— sí pueden y deben ejercer su sexualidad de forma pública, expuesta, pues se trata también de una manifestación de supremacía de poder; en tanto que los demás cuerpos

[6] La Tesis Aislada LIBERTAD SEXUAL. TRATÁNDOSE DE ADULTOS, ES UN DERECHO PERSONALÍSIMO E INCONDICIONAL QUE NO SE LIMITA, SOMETE O REDUCE POR EL COMPORTAMIENTO PRECEDENTE DE LA VÍCTIMA NI POR LA EXISTENCIA PREVIA O ACTUAL DE RELACIONES O VÍNCULOS DE CUALQUIER CLASE CON EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO también refiere que "la libertad de decidir cómo, cuándo y con quién mantener o no una relación o interacción de tipo erótico sexual, es un derecho personalísimo, incondicional e inherente al libre desarrollo de cada persona (hombre o mujer) y, por ende, no se limita, somete o reduce porque la persona hubiese tenido cualquier comportamiento previo de manera libre o voluntaria relacionado con su vida sexual personal, ni por la existencia previa o actual de relaciones o vínculos de cualquier clase con el sujeto activo del delito, pues de éstos no puede surgir ninguna clase de sometimiento o deber de tolerancia respecto de la afectación a ese derecho de absoluta libertad sexual. SCJN (2017d) TCC; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; II.2o.P.47 P (10a.); TA; Publicación: viernes 28 de abril de 2017.

—mujeres, personas de la comunidad LGBTTTI, personas con discapacidad, etc.— no tienen el mismo derecho, deben mostrar una sexualidad, más bien, reservada. Hay distintas consecuencias cuando no se cumple con el mandato del estereotipo: responsabilizar a la víctima por la violencia recibida (por su forma de vestir o actuar); negar que lo vivido haya sido un acto de violencia, porque se interpreta que, "de algún modo", la persona sí estaba dando su consentimiento, sin indagar más en los hechos y su contexto.

Sobre esto, la ENADIS 2017 nos brinda información de contexto objetivo pues evaluó, dentro de su levantamiento de datos, la adopción irracional de ciertos comportamientos negativos hacia un grupo o sus integrantes, con base en generalizaciones equivocadas y rígidas respecto de ellas/os (estereotipos / prejuicios). Son creencias que se sostienen sin tener datos válidos que puedan sustentarlos, entre ellas se encuentra la siguiente: el 12% de las mujeres y el 18% de los hombres encuestados sostuvieron que "Algunas mujeres que son violadas es porque provocan a los hombres" (INEGI, 2017b). Una creencia de este tipo tiene graves consecuencias para el acceso a la justicia pues de forma inconsciente se culpa a la víctima por la violencia recibida, e incluso se le pone una carga para que demuestre que no quería recibir el acto de violencia sexual (como el haber intentado defenderse o resistir).

c. La sexualidad y la violencia

Lo que se ha explicado hasta ahora en el fascículo era necesario para comprender que en el análisis y valoración de un delito de violencia sexual debe considerarse que la vivencia sobre lo sexual excede a lo biológico y es distinta en cada persona porque atiende a creencias, prácticas y estereotipos de sexo, género y orientación sexual (así como su intersección con otras categorías identitarias y de contexto). Corresponde ahora hablar sobre aquellos actos que pueden afectar o transgredir la sexualidad de una persona: la violencia.

La revisión de las definiciones legales sobre la violencia, y de los tipos penales que involucran violencia sexual permiten definirla en un sentido amplio como:

Un **comportamiento** (acción u omisión) en el que se aplica una fuerza (tangible y/o intangible: física, verbal, psicológica, económica, cultural, política, etc.) contra una persona, con el **objetivo de controlarla, dominarla o someterla**, en este caso, **sexualmente**; causándole daños y consecuencias de diverso tipo y alcance (el daño directo se resiente en la libertad y seguridad sexual).

La Corte IDH expone una definición expansiva de la "violencia sexual" conforme a la cual es posible identificar varios elementos, —la mayoría retomados por la línea interpretativa de la SCJN (CIDH, 2011b, párr. 44)— útiles para hacer operativa la definición de la violencia sexual:

- Son acciones de naturaleza sexual en su dimensión corporal, psicológica y sociocultural. Esto es coincidente con el concepto de sexualidad de la OMS que se cita previamente, así como con el reconocimiento por parte de la SCJN, de que ciertas conductas —como la violación sexual— generan severos daños físicos, emocionales y sociales, aunque no se tenga evidencia de lesiones o enfermedades derivadas de aquéllos (SCJN, 2015d).

- Se ejecutan contra una persona sin su consentimiento. La ausencia de consentimiento, o la existencia de un consentimiento viciado será tratado de manera detallada en el apartado 4, por la relevancia que tiene para el análisis de los delitos sexuales.

- La fuerza por parte de la persona perpetradora supone ausencia de consentimiento; sin embargo, la misma no constituye un elemento esencial para demostrar que la violencia sexual tuvo lugar debido a que en muchos casos hay condiciones que coaccionan o alteran la voluntad de la persona para consentir el acto.

- Comprende la invasión física del cuerpo, pero también otros actos que no incluyen la penetración o incluso contacto físico alguno. No necesariamente ocasiona lesiones físicas. La "fuerza" a la que aluden los delitos sexuales no debe ser reducida a su expresión física o psicoló-

gica, hay numerosas prácticas corporales que exceden a estas dos categorías y que se traducen en comportamientos con los que se controla o domina sexualmente a la persona (las miradas, el tono de voz, los ademanes, los gestos, los condicionamientos, las amenazas, etc.). Tal sería el caso de una persona que accede a tener relaciones sexuales con otra porque ha sido "avisada" de que, de no aceptar, perderá su trabajo, harán algo en su contra (SCJN, 2018a.) o en contra de su hija o hijo; o el requerimiento que se le hace a una mujer en un trabajo para mostrarse sexy y femenina en su imagen y trato antes los clientes, por considerar que eso ayudaría a cerrar un negocio.

- Cuando se lleva a cabo bajo determinadas circunstancias puede configurar tortura, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra. La SCJN se adhiere al criterio que reconoce que hay casos en los que, por los fines con los que se lleva a cabo la violencia sexual, se configuran tanto ésta como otro tipo de conductas, tal es el caso de la tortura (Corte IDH, 2018; SCJN, 2015)[7]

A partir de estas definiciones y elementos de violencia sexual, lo que se advierten en los distintos delitos sexuales son diferencias —no siempre claras— en cuanto a la dinámica de la conducta típica y antijurídica (causas, fines, daños), y respecto al tipo y gravedad de daño que cada conducta ocasiona en la libertad y seguridad sexual de la víctima.

III. La regulación de la violencia sexual en el derecho penal y sus principales problemáticas

Actualmente, los códigos penales de país reconocen distintas conductas de violencia sexual tales como: abuso sexual, violación, violación equiparada, estupro, lenocinio, pederastia, corrupción de menores, pornografía infantil, ciberacoso sexual, violencia digital, delitos contra la intimidad sexual (divulgación no consen-

[7] La tortura se configura cuando la violencia sexual: es intencional; causa severos sufrimientos físicos o mentales; y se comete con determinado fin o propósito.

tida de imágenes o videos íntimos sexuales, *sexting*), incesto, turismo sexual, privación de la libertad con fines sexuales, embarazo no deseado a través de medios clínicos, el acoso o el hostigamiento sexual.[8] También se han diferenciado normativamente los distintos ámbitos en donde se ejerce la violencia sexual como: el hogar, el trabajo o el espacio público.[9]

La heterogeneidad y diversidad legal constituye un reto para identificar los problemas que puede presentar cada una de las conductas penadas y rebasa los propósitos de este documento; sin embargo, se hará referencia a cuatro de los problemas más comunes que se presentan y que deben ser considerados en la administración de justicia en casos que involucran delitos sexuales.

1. Disparidad en la regulación de las mismas conductas entre entidades federativas

En los últimos años ha existido un esfuerzo por homologar algunas descripciones típicas en los Códigos Penales que, por su contenido, parecían incluso proteger bienes jurídicos distintos. También se han hecho algunas modificaciones en tipos penales que, por el periodo en que fueron creados, responden a modelos de ejercicio de la sexualidad que en la actualidad se reconocen como estereotipados. No obstante, todavía existen importantes diferencias en los tipos penales de los delitos sexuales, tanto por la forma en que describen las conductas, como en las penas, las agravantes, y hasta el nombre que se asigna a cada delito.

La disparidad normativa es conflictiva en términos de acceso a la justicia porque establece diferencias en el tratamiento que se da a un delito sexual, fundadas en

[8] La tortura se configura cuando la violencia sexual: es intencional; causa severos sufrimientos físicos o mentales; y se comete con determinado fin o propósito.

No todos se tipifican de la misma manera; sin embargo, se colocaron en la lista aquellos que aparecen en la mayoría de los códigos, algunas veces con variaciones en el nombre de delito.

[9] Específicamente, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia puso sobre la mesa una propuesta de tipología y dimensiones de la violencia contra las mujeres, basada en estándares internacionales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Convención CEDAW por sus siglas en inglés) (ONU, 1979) o la Convención Belém do Pará (OEA, 1994), que brinda una base jurídica para el tratamiento de estos casos.

las reglas de jurisdicción del lugar en donde ocurrieron los hechos y no en función del tipo de conducta y afectación que se generó. Esta problemática resulta insalvable porque la persona juzgadora está constreñida a esas reglas de competencia y jurisdicción; sin embargo, es importante tenerla en cuenta por los espacios de incidencia que tiene el poder judicial en la actuación de otros poderes —como el legislativo—.

2. Masculinización de los tipos penales (Piqué & Pzellinsky, 2015)

Los delitos sexuales contienen enunciados prescriptivos que fueron escritos —mayoritariamente— desde una perspectiva patriarcal (masculina y universal). Ésta, por un lado, invisibiliza los impactos de género en las conductas reguladas —a partir de una regulación de género neutral (MacKinnon, 2014, p. 110)—;[10] por otro lado, crea y refuerza situaciones de opresión a partir de la valoración de ciertas características de mujeres a las que protege (como la "mujer decentes"), y otras a las que, en su lugar, deja desprotegidas (como la "mujer fácil"). Desde el derecho en general, y el derecho penal en específico, en términos de las leyes para erradicar la discriminación sexual ser una mujer significa ser como un hombre o como una dama (como los hombres esperan que sea la mujer).[11] Estas dos fórmulas, lejos de modificar la situación de desventaja que coloca a las mujeres y los cuerpos feminizados como blanco de la violencia sexual, mira los daños de ésta sin cambiar la situación y difícilmente logra compensarlos y repararlos de manera efectiva (MacKinnon, 2014).

Algunos ejemplos de este tipo de efectos masculinizantes en donde, la carga moral de las normas penales, en el afán de protección paternalista hacia las mujeres refuerza la condición de subordinación son los siguientes:

[10] Catherine MacKinnon se refiere a esta ruta de "igualdad sexual" desde el derecho como el estándar de a "regla de igualdad". *Se lo considera como género neutro, abstracto, natural, esencialmente procedimental y objetivo.* Resalta que ella éste representa la masculinidad, el estándar masculino para los hombres y lo aplica a las mujeres.

[11] En palabras de MacKinnon, *"… ésta es la segunda vía disponible en el derecho bajo la doctrina de la discriminación sexual, en donde se ve a las mujeres como los hombres ven a las mujeres: como seres que necesitan protección especial, ayuda o indulgencia."* (2014, p. 111).

Tabla 2. Ejemplos de normas penales masculinizantes

La mayoría de los códigos penales del país incluyen los delitos de índole sexual en capítulos de "delitos contra la libertad psicosexual", muchos agregan la palabra "seguridad", pero todavía se pueden encontrar descripciones de títulos como "el normal desarrollo psicosexual" como es el caso de Oaxaca y Aguascalientes. Este título indica que existen parámetros de "normalidad y anormalidad" con los cuales se determina la existencia de los delitos. En la práctica, esto se traduce en la negativa de acceso a la justicia que se ha dado a muchas mujeres que ejercen la prostitución, por considerar que la forma en que ejercen la sexualidad no es "normal" y que, en todo caso, ellas se buscan y merecen las agresiones sexuales recibidas. Del mismo modo, tratándose de delitos particulares, todavía existen algunos como "atentado al pudor" en el artículo 115 del Código Penal para el Estado de Aguascalientes; o el "abuso deshonesto" regulado en el artículo 165 del Código Penal del Estado de Querétaro de Arteaga. Ambos se refieren a comportamientos que afectan la sexualidad, pero su regulación parte de premisas morales y no del reconocimiento de la sexualidad como un derecho humano. En la práctica estos tipos penales se enfrentan a que el pudor y lo deshonesto se determina con base en los parámetros morales de quien investiga y/o juzga el acto.

Elaboración propia para el fascículo.

La reflexión sobre la masculinización de los tipos penales es fundamental para quien imparte justicia, porque la mayoría de las descripciones típicas de los delitos de violencia sexual —supuestamente objetivas—, no logran reflejar la vivencia desde el punto de vista de la mujer y fragmentan su experiencia: por un lado, se anula la visión integral sobre la sexualidad y, por otro, se subsume ésta dentro de la violencia —siempre definida desde lo masculino— (MacKinnon, 2014, p. 127).[12] Esto desdibuja los daños de numerosas conductas de violencia sexual que no implican o no tienen la huella de la violencia física.

[12] MacKinnon refiere que la violencia contra las mujeres cuando se trata de hechos como la violación, el acoso o el abuso, se utiliza a manera de reunificar algo que el sistema ha intentado fragmentar.

Tabla 3. Ejemplos de normas penales que reducen la violencia sexual a una sola de sus dimensiones

En los delitos de violencia sexual se encuentran descripciones "objetivas" que invisibilizan y fraccionan la compleja vivencia de afectación a la sexualidad de la víctima, con descripciones que reducen la violencia a hechos específicos de carácter corporal, escindidos de las afectaciones psico-emocionales y sociales que tienen los mismos:

- Violación: al que tenga cópula con…
- Violación o violación equiparada: al que introduzca los dedos o un objeto de cualquier naturaleza en la región anal o vaginal…
- Abuso sexual, atentado contra el pudor, abuso deshonesto, etc.: Al que ejecute en su persona o haga ejecutar un acto sexual…
- A quien propicie para sí o para otra persona, inicie, induzca, procure, obligue o facilite a persona menor de dieciocho años de edad o que no tenga capacidad para comprender el significado del hecho, a realizar actos de exhibicionismo corporales o sexuales…

La escisión se muestra más evidente cuando se advierte que en la regulación de numerosos delitos sexuales, los Códigos Penales consideran la "violencia física y psicológica/moral" como agravantes, como si la misma conducta de ataque a la sexualidad no representara por sí misma violencia en alguna de sus distintas modalidades.

Elaboración propia para el fascículo.

En muchos casos la conducta específica que el Código tipifica no es lo que detona el daño; por ejemplo, en la violación, la violación equiparada o el estupro, la penetración no necesariamente representa para todos los casos, la causa del daño, sino que éste fue causado por el contexto que rodeó la penetración, por la

El problema, señala, es que se tiende a perder la dimensión del sexo y éste solo queda cooptado por la violencia.

comunicación verbal o simbólica que ocurrió durante, antes o después de la penetración. Así, la penetración no es lo único intrusivo en la sexualidad, aunque para la norma masculinizada sea el elemento esencial del delito y lo único en lo que se centra la determinación del daño.

3. Fragmentación de las afectaciones a la sexualidad

Desde esa visión masculinizada, se han fragmentado las afectaciones a la sexualidad de la persona en distintos delitos entre los que no hay distinciones nítidas, principalmente cuando no se trata de algo físico (como la penetración o cópula) o material (la existencia de una relación formal de poder o cuestiones como la edad). A esto se suma la complejidad procesal del propio derecho penal para demostrar cada delito, esto puede explicar también la alta tasa de incidencia de los delitos sexuales frente a su bajo nivel de judicialización y lo insuficiencia del tipo de resoluciones que se dictan para reparar integralmente ese bien.

Téngase en cuenta, por ejemplo, todos los delitos de orden sexual que confluyen en hechos de explotación sexual: trata de personas, abuso sexual, violación, acoso sexual, pornografía, estupro, corrupción de menores, por mencionar algunos. La mayoría de las veces, esos delitos se reducen al que se considera de "mayor impacto" como el de violación, eliminando así la posibilidad de atención de numerosas afectaciones.

4. Las relaciones de poder concebidas en los tipos penales

El análisis de las relaciones de poder que operan entre las personas involucradas en un delito sexual, está considerada en la tipificación también como una agravante —como el acoso sexual que se configura cuando hay una relación de poder que implica supra y subordinación entre persona víctima y victimaria que también se nombra *hostigamiento sexual*—; cuando en realidad se trata de un elemento de revisión necesaria, conforme a la obligación de juzgar con perspectiva de género

(SCJN, 2016a) —ya han quedado claras las razones por las que todo delito sexual requiere de este enfoque—.

Todo delito sexual se da en un contexto de asimetría de poder por razones de género, esto se debe a que, como se explicó desde un inicio, los mandatos sexuales, de género y orientación sexual (y su intersección con otras características identitarias y de contexto) determinan las prácticas, valores y creencias conforme a las que las personas ejercen su sexualidad desde construcciones identitarias binarias y patriarcales (hombre-masculino-dominante y mujer-femenina-receptora) que sitúan a las personas en posiciones de desigualdad o desventaja. La consecuencia de esto es que a unas personas se les permite el ejercicio pleno de la sexualidad (se les reconoce su poder), en tanto que a otras se les restringe y se les somete en esos términos (se les niega su poder) como sucede con las mujeres, niñas, personas con discapacidad, etc.

Desde luego hay excepciones a esta práctica generalizada; sin embargo, las estadísticas muestran que aún prevalecen estos modelos de superioridad-inferioridad en el ejercicio de la libertad sexual (INEGI, 2020) que no son sino el reflejo de distintas asimetrías de poder en razón del género, el sexo, la orientación sexual, la edad y demás.

La perspectiva de género permite que las personas juzgadoras atiendan las consecuencias de la masculinización de las normas, los obstáculos que supone una regulación penal "neutral" al género y que se reconozca que la experiencia vivida por quien alega haber sido violentada/o sexualmente excede y/o no se reduce a una cuestión física.

Estos problemas normativos obligan encuadrar experiencias de violencia sexual vividas desde otros géneros, en conductas que fueron pensadas desde la visión masculina. Por tanto, aquellas conductas que por su complejidad e intangibilidad no pueden ser encuadradas en los tipos penales, son dejadas fuera del cuadro de la justicia por el derecho penal, eso significa que *la violencia sexual es desmaterializada* (Piqué & Pzellinsky, 2015, p. 225) y que de todo el daño ocasionado por la violencia sexual, solo una pequeña porción tendrá sanción y reparación.

En este orden de ideas, los retos que supone la regulación penal para una persona juzgadora son al menos tres:

- Ajustar la vivencia personal al tipo penal —con todas sus deficiencias prescriptivas— desde una comprensión integral y multidimensional de la sexualidad, para juzgar a la persona que cometió el o los actos. Esto quiere decir que en la valoración de los hechos y las pruebas deben considerarse los componentes psicológicos y socioculturales que ocasiona la violencia sexual, y no solo los físicos.

- Redimensionar la determinación de los daños a los que se refieren los Códigos Penales, para que los mismos correspondan con esa noción integral y con el derecho a la libertad y seguridad sexual —como bienes jurídicos tutelados— para, de ese modo, estar en posibilidad de dictar medidas de reparación efectivas.

- Partir de la premisa de que las categorías identitarias (como el género) y el contexto (como el ingreso económico) determinan las reglas de distribución de poder (jerarquización social) entre las personas y que no hay relación humana —violenta o no violenta— neutral en términos de poder, menos aún, una que implica al ejercicio de la sexualidad. El poder se sigue expresando a través de los roles de género, y en ese sentido el género es, en sí mismo, una estructura de poder (MacKinnon, 2014, p. 132).

IV. Elementos para el análisis de los delitos sexuales desde la perspectiva de género

Desde un enfoque de derechos humanos, todos los delitos sexuales son comportamientos de violencia que tienen una dimensión física, otra psicológica y una más sociocultural; por lo mismo, siempre generan daños multidimensionales que deben ser valorados y atendidos por las autoridades.

Ahora bien, dado que la sexualidad atiende forzosamente a patrones y mandatos de sexo, género y orientación sexual (así como a sus intersecciones con la edad, cultura y otras características identitarias o de contexto de las personas), el análisis de cualquier delito de violencia sexual requiere de herramientas metodológicas que permitan identificar las expectativas, patrones y estereotipos asociados con esas categorías y su relación con las conductas de las personas involucradas en un delito de ese tipo. También es preciso que, con base en lo anterior, se explique tanto la dinámica de la relación de poder en términos del ejercicio de la sexualidad, como los daños y consecuencias ocasionados a la víctima.

En este orden de ideas, la SCJN ha fijado vía jurisprudencial, la obligación *ex officio* a cargo de todo órgano jurisdiccional de implementar "… un método en toda controversia judicial, **aun cuando las partes no lo soliciten**, a fin de **verificar si existe una situación de violencia** o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria" (SCJN, 2016b); ese método es la perspectiva de género. Para lograr lo anterior propone considerar seis elementos en el análisis de un caso:

- **Identificar asimetrías de poder.** La distribución y ejercicio de poder atiende a numerosas razones y fines. Ya quedó argumentado por qué en todo conflicto cuyo bien jurídico a tutelar es la libertad y seguridad sexual, el género funge como un factor que determina la distribución de poder; y por qué, cuando se atienden a creencias y valores del orden social de género y el sistema patriarcal, esa distribución resulta asimétrica en perjuicio de ciertas personas (mujeres, niñas, cuerpos feminizados, etc.). Por lo tanto, el objetivo consiste en determinar, con base en los hechos y las pruebas, si respecto al ejercicio de la sexualidad existió o no una relación de poder asimétrica.

- **Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando estereotipos y prejuicios de género**, de manera que se puedan visualizar las desventajas producidas por razones de sexo o género. Las razones de género de un caso deben estar sustentadas por una argumentación judicial que demuestre cómo es que, a partir de los hechos y las pruebas,

es posible establecer nexos casuales claros entre los supuestos fácticos-normativos y las creencias, prácticas y/o estereotipos de género que se atribuyen a alguna de las partes.

  - La revisión de este elemento debe hacerse tanto en el caso concreto, como en el derecho aplicable y en el propio sistema de creencias de quien juzga; máxime si se tienen presentes los problemas normativos de los tipos penales que se explicaron previamente.

- **Ordenar las pruebas necesarias para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, cuando aquéllas no sean suficientes.** En muchos casos el género, en interacción con otras categorías, funge como un factor que normaliza o naturaliza la violencia. Ahora bien, lo que se debe aclarar en el ámbito penal es si la situación de violencia cumple o no con los elementos de uno o varios delitos, incluso delitos que no sean de tipo sexual (como las lesiones) pues tendrían que aplicarse las reglas del concurso.

- Al confirmarse la desventaja por razones de género se debe **cuestionar la neutralidad del derecho aplicable y evaluar el impacto diferenciado de dicha solución** conforme al contexto de desigualdad por condiciones de género. La revisión de este elemento en los delitos sexuales permite identificar regulaciones estereotipadas que conciben la sexualidad no como un derecho (libertad y seguridad) sino como un bien que se valora con base en cuestiones moralizantes.

- **Aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas.** Los estándares derivan de múltiples fuentes nacionales e internacionales (normas, jurisprudencia, opiniones consultivas; así como observaciones, recomendaciones e informes generales y temáticos de organismos protectores de derechos humanos, por mencionar algunos). Son útiles para fundamentar la resolución y también para explicar los nexos causales

entre los hechos y las razones de género, pues se trata de criterios que derivan de investigaciones sobre las problemáticas que afectan el ejercicio de los derechos humanos.

  - Numerosos estándares de protección contienen datos para documentar el contexto objetivo y subjetivo de una problemática estructural y sistemática, como la violencia sexual en contra de las mujeres.

- **Evitar el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios.** Esto es necesario para no incurrir en nuevas prácticas de discriminación y/o violencia pues, recordemos, el lenguaje expresa también ideas y creencias. En el caso de los delitos sexuales, este elemento de nueva cuenta remite a la persona juzgadora a analizar el contenido de los tipos penales de los delitos sexuales e identificar si la protección que brindan parte de estereotipos o prejuicios de género.

Cada uno de estos elementos revela algún aspecto que demuestra si en una situación fáctica se advierten situaciones de violencia (control, dominación o sometimiento). En el ámbito penal la identificación de esas situaciones es más estricta y tiene que corresponder con los elementos típicos y antijurídicos de algún delito para que la conducta pueda ser sancionada. En los delitos de los que trata este fascículo la obligación es absoluta pues, como se señaló, toda manifestación de violencia sexual —por lo tanto, todo delito sexual— es forzosamente un comportamiento de violencia por razón del género (SCJN, 2018b).

A continuación se abordan de manera detallada cinco aspectos concurrentes en los delitos sexuales, cuya atención es fundamental en un proceso penal para cumplir con los elementos de la obligación de juzgar con perspectiva de género: medidas de protección; estándar de valoración de la prueba en los delitos sexuales y prueba anticipada como forma de protección a la víctima; contexto; identificación de relaciones asimétricas de poder (estereotipos, prácticas y creencias de género); consentimiento; determinación del daño; y medidas de reparación.

1. La víctima en el centro del proceso: medidas de protección

Una de las grandes virtudes del nuevo sistema acusatorio penal es reconocer a las víctimas un lugar preponderante en la investigación y la etapa de juicio de sus propios casos. En ese marco todas las medidas que, sin desatender los derechos de la persona probablemente responsable, se tomen en el proceso para proteger los derechos de la víctima, su integridad y la reparación toman relevancia.

Históricamente, la violencia sexual ha tenido distintas funciones sociales y políticas. Se ha utilizado como táctica de guerra,[13] se ha considerado un crimen de lesa humanidad; también se ha reconocido desde sedes internacionales que la violencia sexual, en ciertas condiciones, puede constituir tortura cuando es utilizada como un arma de represión, dominio e imposición poder por autoridades estatales en determinados contextos (Corte IDH, 2018). La violencia sexual también se expresa en espacios comunitarios y familiares junto con otros tipos de violencia que realizan tanto personas extrañas como personas cercanas, por pares y personas vinculadas mediante una jerarquía formal. Pero, sobre todo, la violencia sexual en muchas ocasiones funciona como antesala del feminicidio (Código Penal Federal).[14]

En este panorama, cobran especial relevancia las medidas de protección que las autoridades toman en los casos de violencia sexual; tanto por el riesgo que corre la libertad, seguridad sexual, integridad y salud de la víctima como, porque en el contexto de violencia de género que se vive en el país actualmente, ese riesgo que aparece en los delitos sexuales se extiende hacia la posibilidad de también ser privadas de la vida. La falta de protección a las víctimas, por parte de las autoridades, es una de las razones por las que suelen no denunciar estos casos (INEGI,

[13] En el ámbito internacional se pueden encontrar diversas disposiciones sobre la prohibición de conductas de violencia sexual en el marco de las relaciones internacionales, sobre todo en conflicto o guerra en Instrumentos como la IV Convención de La Haya, el Convenio de Ginebra y sus Protocolos Adicionales I y II, el Estatuto del Tribunal militar Penal Internacional de Núremberg, Estatutos del Tribunal penal Internacional de la antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, entre otras.

[14] La violencia sexual es una de las circunstancias que requiere el delito de feminicidio para ser considerado como tal. Artículo 325 del Código Penal Federal.

2016), sobre todo cuando existe una amenaza de los agresores de por medio (MacKinnon, 2014, p. 122).[15]

La protección es una obligación del Estado mexicano para asegurar que las personas no sufran violaciones por parte de particulares o de las autoridades; frente a situaciones de riesgo, la obligación de protección se aterriza en el deber específico de prevenir (Ortega et al., 2012).

Distintos ordenamientos jurídicos, así como el desarrollo jurisprudencial de la SCJN y los estándares internacionales de protección de los derechos humanos (CIDH, 2011a),[16] reconocen el derecho a la protección de la víctima cuando exista un riesgo para su vida o integridad personal (física o psíquica) o cuando se trate de delitos y así lo solicite o se requieran (deber de decretar medidas de oficio). Este deber atiende a principios reforzados de debida diligencia tratándose de personas o grupos históricamente desaventajados (mujeres, niñas, niños, etc.) y se materializa en las medidas de protección, providencias precautorias y las medidas cautelares[17] o similares (SCJN, 2018c):[18]

- Se deben emitir en cualquier momento del proceso (incluso desde el primer contacto con la víctima) y de manera inmediata, una vez que se advierta la existencia de riesgo para su vida y/o integridad personal (aun cuando la persona víctima no las haya solicitado). Respecto

[15] MacKinnon señala que existe un patrón en donde la amenaza se da muchas veces durante la violación.
[16] La CIDH en su Informe *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica* establece que los Estados deben considerar como principios: que existe un vínculo entre el deber de debida diligencia y la obligación de garantizar acceso a recursos judiciales adecuados y efectivos para las víctimas cuando son objeto de violencia; y que existen grupos de mujeres que están expuestas a un riesgo particular de sufrir actos de violencia, los Estados deben adoptar medidas para prevenir éstas. Además, señala que "*El deber de actuar con debida diligencia en la prevención, investigación, sanción y reparación de los actos es aplicable también en actos cometidos por particulares; existe un vínculo entre la discriminación, la violencia contra la mujer y la debida diligencia, por tanto, es deber de los Estados enfrentar y responder a la violencia contra la mujer, lo que implica tomar medidas para prevenir la discriminación que perpetúa este problema.* (CIDH, 2011a, párr. 43).
[17] Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 109, fracciones XVI, XVIII y XIX.
[18] El término "similar" establece la posibilidad de que las autoridades fijen otro tipo de medidas que, en el mismo marco en que son dictadas las órdenes de protección, sirvan para prevenir y erradicar la violencia y tengan por finalidad garantizar la salud e integridad de las víctimas (SCJN, 2018c).

al "riesgo", éste se considera vigente incluso si hay indicios leves (sospecha de riesgo) de que puedan estar comprometidos los bienes y derechos en cuestión y no es necesario que se verifique o actualice un daño (SCJN, 2018c, 1998b) pues, entre sus propósitos, se encuentra evitar que éste se dé, o que los daños y consecuencias ya ocasionadas se incrementen o sean irreversibles (Ortega et al., 2012, p. 43).

- Se dictan con base en la existencia de hechos "probablemente" constitutivos de infracciones o delitos de violencia, por lo mismo, no establecen presunción alguna respecto de la responsabilidad de la persona a quien se imputan esas conductas dañinas. El trato diferenciado en razón del sexo que establece la LGAMVLV[19] para la emisión de estas medidas es constitucional, pues tiene como objetivo erradicar la violencia contra las mujeres en atención a la protección de un derecho reconocido por los artículos 1 y 4, párrafo primero de la CPEUM, y los artículos 2, 6 y 7 de la Convención Belém do Pará (SCJN, 2018c).[20]

- Pueden emitirse para proteger la vida y/o integridad de la víctima, como de cualquier persona que, con motivo de su participación en el proceso o su relación con la víctima, se encuentre en el mismo riesgo (personas dependientes o vinculadas con la víctima, testigos, personas de instituciones públicas o privadas, u organizaciones de la sociedad civil que hayan intervenido de algún modo en la denuncia o el seguimiento al proceso).

- En los delitos sexuales es prioritario considerar que la violencia contra la mujer por razones de género y como se ha señalado en este fascículo, es un problema real, estructural y sistémico; afecta distintas esferas de la persona víctima que la resiente e incluso impacta en otras personas vinculadas con ésta. Por esa razón, los indicios respecto a una situación de necesidad y urgencia, justifican una intervención en el ejercicio de

[19] Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia se establecen como órdenes de protección, y las clasifica en de emergencia, preventivas y de naturaleza civil. Artículos 27 a 29.
[20] Sentencia recaída en el amparo directo en revisión 24/2018, 18 de abril de 2018.

otros derechos (como la propiedad), pese a que para su determinación no se exija la acreditación de la situación de vulnerabilidad de la víctima (SCJN, 2018c).

- Su naturaleza es precautoria y cautelar, más no definitiva; y su objetivo atiende a un interés general: evitar más actos de violencia, no así, menoscabar o suprimir definitivamente de un bien o un derecho a la persona que se ve afectada por ésta. La afectación se justifica y no puede evitarse debido a que tampoco existen medidas alternativas legales menos lesivas que permitan cumplir con las obligaciones de debida diligencia del Estado y garantizar la protección de las víctimas. Por este motivo su procedencia también es casuística (SCJN, 2013c, 2015b, 2018c).

- Al tratarse de medidas de naturaleza cautelar y precautoria, no constituyen actos privativos (porque no otorgan propiedad alguna a la víctima) sino actos de molestia; por tal motivo, para su imposición no es aplicable la garantía de audiencia (SCJN, 2013b, 2019b).

- No transgreden el principio de legalidad pues si bien, pueden interferir con derechos y bienes de otras personas, "… la protección de que deben gozar es mayor a los posibles daños y perjuicios …" (SCJN, 2018c, p. 19)[21] que ocasionan en la esfera jurídica de otra persona. En tal sentido, es preciso comprender que las medidas de protección no están dirigidas a la protección de bienes (de ahí que no se fijen garantías para su establecimiento), ni siquiera al temor de que la persona responsable de la violencia pudiera escapar de la justicia; sino a la protección de la (s) persona (s) que resiente o puede resentir los daños de la violencia.

  Las distintas legislaciones que se refieren a este tema prevén como medidas de protección:

[21] Sentencia del juicio de amparo indirecto del Juzgado Cuarto de Distrito en Materia Civil en el Estado de Jalisco citada en la resolución del amparo en revisión 24/2018. VIOLENCIA FAMILIAR. EL DICTADO DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN NO VULNERA LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, AUDIENCIA O PROPIEDAD DEL PRESUNTO AGRESOR. SCJN; Tesis Aislada; 10a. Época;*Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*;1a. CXII/2016 (10a.).

Tabla 4. Tipos de medidas de protección, precautorias o cautelares

Ordenamiento	Medidas de protección, precautorias o cautelares
Código Nacional de Procedimientos Penales (artículo 137). Medidas de protección	• Prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima u ofendido. • La prohibición de realizar conductas de intimidación o molestia a la víctima u ofendido o a personas relacionados con ellos. • Limitación para asistir o acercarse al domicilio de la víctima u ofendido o al lugar donde se encuentre. • Separación inmediata del domicilio. • La entrega inmediata de objetos de uso personal y documentos de identidad de la víctima que tuviera en su posesión el probable responsable. • Vigilancia en el domicilio de la víctima u ofendido. • Protección policial de la víctima u ofendido. • Auxilio inmediato por integrantes de instituciones policiales, al domicilio en donde se localice o se encuentre la víctima u ofendido en el momento de solicitarlo. • Traslado de la víctima u ofendido a refugios o albergues temporales, así como de sus descendientes. • El reingreso de la víctima u ofendido a su domicilio, una vez que se salvaguarde su seguridad.
Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (artículos 27 a 34) **Órdenes de protección (emergencia y preventivas)**	**Emergencia** • Prohibición de intimidar o molestar a la víctima en su entorno social, así como a cualquier integrante de su familia. • Prohibición al probable responsable de acercarse al domicilio, lugar de trabajo, de estudios, del domicilio de las y los ascendientes y descendientes o cualquier otro que frecuente la víctima. • Desocupación por el agresor, del domicilio conyugal o donde habite la víctima, independientemente de la acreditación de propiedad o posesión del inmueble, aún en los casos de arrendamiento del mismo.

	• Reingreso de la víctima al domicilio, una vez que se salvaguarde de su seguridad. **Preventivas** • Auxilio policiaco de reacción inmediata a favor de la víctima, con autorización expresa de ingreso al domicilio donde se localice o se encuentre la víctima en el momento de solicitar el auxilio. • Retención y guarda de armas de fuego propiedad del agresor o de alguna institución privada de seguridad, independientemente si las mismas se encuentran registradas conforme a la normatividad de la materia. (Es aplicable lo anterior a las armas punzocortantes y punzocontundentes que independientemente de su uso, hayan sido empleadas para amenazar o lesionar a la víctima). • Inventario de los bienes muebles e inmuebles de propiedad común, incluyendo los implementos de trabajo de la víctima. • Acceso al domicilio en común, de autoridades policíacas o de personas que auxilien a la víctima a tomar sus pertenencias personales y las de sus hijas e hijos. • Brindar servicios reeducativos integrales especializados y gratuitos, con perspectiva de género al agresor en instituciones públicas debidamente acreditadas. • Uso y goce de bienes muebles que se encuentren en el inmueble que sirva de domicilio de la víctima.
Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes **(artículo 122, fracción VI)** **Medidas Urgentes de Protección Especial**	• El ingreso de una niña, niño o adolescente a un Centro de Asistencia Social. • La asistencia médica inmediata por parte de alguna institución del Sistema Nacional de Salud.

Elaboración propia para el fascículo.

En los delitos sexuales son especialmente relevantes las medidas de prevención contenidas en la LGAMVLV como: la retención y guarda de armas de fuego y punzocortantes o punzocontundentes; y brindar servicios reeducativos integrales especializados y gratuitos, con perspectiva de género al agresor. Aunque la primera no suele considerarse para los casos de violencia sexual, las autoridades jurisdiccionales deben valorar su pertinencia a partir de un análisis contextual integral que considere el riesgo constante en que se encuentran las mujeres y/o los cuerpos feminizados, por razones de género. En cuanto a la segunda medida, su aplicación tiene efectos dobles: por un lado, la prevención en la reproducción de conductas violentas; y por otro, contribuye a la modificación de los esquemas culturales que perpetúan la violencia sexual de género.

- Deben ser dictadas por autoridad competente —Ministerio Público—,[22] pero también pueden ser solicitadas por la misma víctima haciendo uso de los recursos legales reconocidos.[23] Todas las normas otorgan a las autoridades jurisdiccionales la obligación de valorar estas medidas para su cancelación, modificación o ratificación, en periodos que van de las 24 horas a los 5 días.[24] Estas medidas tienen una duración de 30 y hasta 60 días; en cualquier caso son medidas accesorias y sumarias que atienden a plazos, y aun cuando estos no fueran fijos, su vigencia está supeditada únicamente a que cause ejecutoria la resolución definitiva o al auto que finaliza el procedimiento (SCJN, 2018c).

[22] Debe recordarse que en materia de niñas, niños y adolescentes la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 122, las Procuradurías de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes tienen la facultad de solicitar al Ministerio Público o, en su caso, dictar por sí mismas las medidas *urgentes de protección especial*, además de las establecidas en el Código Nacional de Procedimientos Penales, las establecidas en la fracción VI, de acuerdo con el procedimiento de la misma fracción. Estas medidas deben ser canceladas, ratificadas o modificadas por la autoridad jurisdiccional.

[23] Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 137 y Ley General Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, artículo 31.

[24] En el caso del Código Nacional de Procedimientos Penales son las primeras tres fracciones, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia no distingue las medidas que deben ser valoradas por la autoridad jurisdiccional, y en el caso de Niñas, Niños y Adolescentes, todas las medidas deben ser puestas a revisión de la autoridad jurisdiccional.

Ante la falta de decreto de medidas de protección por parte del Ministerio Público, las víctimas pueden acudir a autoridades jurisdiccionales en dos vías: audiencia ante la o el juez de control; y el juicio de amparo.[25]

La autoridad jurisdiccional debe tomar en cuenta los siguientes puntos para la revisión de las medidas:

Tabla 5. Criterios para la revisión de medidas de protección

- El contexto en el que se desarrolla la violencia y las redes de apoyo con las que puede contar la víctima. Aun cuando las medidas se dicten para el mismo delito, las condiciones de cada caso requieren de medidas que atiendan las necesidades de protección de manera individualizada.

- Posibilidades de repetición del acto. Este factor está asociado con el tipo de vínculo que hay entre la víctima y la persona imputada (donde median relaciones de poder de diverso tipo, incluidas las relaciones motivadas por afecto).

- Uso de medios electrónicos para la comisión del delito. En sus dos vertientes: i. cuando existe una reproducción de la violencia sexual a partir de medios —pues hace identificable a la víctima y la coloca en un mayor nivel de riesgo—; y ii. Cuando la forma de allegarse a la víctima fue a través de éstos. Es el caso de *grooming* en donde la víctima se puede encontrar en constante riesgo sobre todo cuando no se tiene clara la identidad del sujeto.

[25] De acuerdo con la Tesis Aislada XV.4º.7 P (10a.) que deriva de la Queja 153/2018 resuelta en el Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, es innecesario agotar el recurso de acudir ante el juez de control regulado en el artículo 258 del Código en la materia para la promoción de amparo indirecto. MEDIDAS DE PROTECCIÓN A FAVOR DE VÍCTIMAS U OFENDIDOS DEL DELITO PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 137 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. CONTRA LA NEGATIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO DE OTORGARLAS EN LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN, ES INNECESARIO AGOTAR EL RECURSO REGULADO EN EL ARTÍCULO 258 DEL CÓDIGO MENCIONADO, PREVIO A LA PROMOCIÓN DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO [INAPLICABILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 27/2018 (10a.)] (SCJN, 2019c).

- La posibilidad de existencia de una red de delincuencia organizada. En los casos donde la trata de personas, la pornografía infantil o la pederastia por parte de una red de delincuencia organizada son una hipótesis de las líneas de investigación. Estas hipótesis deben considerarse con especial preponderancia cuando se trata de niñas y adolescentes.

- Las afectaciones a la salud e integridad de la víctima que requieren una atención inmediata médica o psicológica. En el caso Guzmán Albarracín vs. Ecuador de la Corte IDH, la ausencia de medidas de protección a la niña víctima de agresiones sexuales generó un grave sufrimiento psicológico que la llevaron al suicidio (Corte IDH, 2020).[26]

- El grado de protección institucional que se requiere para la víctima y sus familiares, en función de las posibilidades de que el agresor intente consumar otra agresión de índole sexual o de cualquier otro tipo. En este orden de ideas, se consideran la intervención policial, la canalización a las víctimas y sus familiares a un refugio o Centro de Atención Social, o la imposición de medidas cautelares[27] para garantizar su seguridad.

- Las condiciones de identidad de la víctima, considerando posibles factores de vulnerabilidad concurrentes (CDH, 2015).[28]

[26] "Por lo anterior, Paola vio lesionados sus derechos a la vida, a la integridad personal, a la vida privada y a la educación. El Estado incumplió su deber de respetar los derechos señalados, mediante el ejercicio de violencia sexual contra Paola, y también su deber de garantizarlos. Ecuador incumplió su obligación de proveer medidas de protección a Paola en su condición de niña, como también de abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación. Tampoco actuó con la diligencia debida para prevenir esa violencia ni adoptó las medidas necesarias a tal efecto. El incumplimiento del Estado de sus obligaciones de respeto y garantía implicó la inobservancia de su deber de cumplir las mismas sin discriminación." (Corte IDH, 2020, párr. 167)

[27] A diferencia de las medidas de protección, las medidas cautelares siempre deben ser impuestas por el Juez de Control, de acuerdo con el artículo 157 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

[28] El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 36, párr. 23, ha señalado que el deber de proteger la vida implica la adopción de medidas especiales de protección respecto a las personas

- Los distintos espacios en donde la víctima puede encontrarse en riesgo atendiendo a las condiciones específicas de agresión del caso.

Elaboración propia para el fascículo.

2. Estándar de valoración de la prueba en los delitos sexuales y prueba anticipada como forma de protección a víctimas menores de edad

a. Estándar de valoración de la prueba

Atendiendo al principio de taxatividad y de estricta aplicación del derecho penal, las y los juzgadores se ven restringidos en su capacidad de interpretar el tipo penal más allá de lo que su redacción expresa de forma literal. Lo anterior debe tomarse en cuenta al momento de recaracterizar o redimensionar los alcances de las figuras típicas de los delitos sexuales. Su aplicación debe considerar tanto el derecho a libertad y seguridad sexuales como los derechos a una vida libre de violencia y de acceso a la justicia.

La SCJN no solo reconoce expresamente el deber de juzgar con perspectiva de género los delitos que involucran violencia sexual, sino que determina para estos casos dos consideraciones adicionales referidas a la prueba (SCJN, 2018b):

- Realizar acciones diversas, como reconocer un estándar de valoración probatoria de especial naturaleza con respecto a la declaración de las víctimas del delito.

- Emplear de manera adecuada la cláusula de libre valoración probatoria en la que se sustenta el sistema penal acusatorio, entre otras afines.

en situación de vulnerabilidad que corran un riesgo particular por patrones de violencia preexistentes. En esta situación se encuentran las víctimas de violencia de género, así como las niñas y niños.

En el caso de los delitos sexuales, estos mandatos específicos conducen a las siguientes previsiones procesales sobre la prueba:

- Datos de prueba para la vinculación a proceso. A pesar de que la finalidad (fin lascivo, por ejemplo) sea un elemento que debe ser probado en algunos de los delitos de violencia sexual, es importante tomar en cuenta que estos elementos no deben ser considerados como esenciales al momento de la vinculación a proceso, puesto que por sus mismas características es complejo acreditarlos en ese momento procesal. Su exigencia puede resultar un obstáculo al acceso a la justicia (SCJN, 2019a.).[29] Por lo anterior, si al momento de la audiencia inicial no se cuenta con datos de prueba para este elemento finalista, esto no debe dar lugar de forma necesaria a la no vinculación a proceso. La admisibilidad y valoración de esta deberá ser en las etapas posteriores.

- Relevancia de la prueba.[30] En numerosos delitos sexuales algunos elementos de la tipificación incluyen finalidades o efectos psicológicos que experimenta el sujeto activo (*un deseo o propensión sexual, intenciones lascivas, fines morbosos, placer, satisfacción, etc.)* al violentar a la víctima. La finalidad o los efectos que tienen la conducta delictuosa sobre el sujeto activo son irrelevantes para reconocer la afectación en la sexualidad de la o el sujeto pasivo; por lo tanto, la persona juzgadora debe tomar en cuenta que indagar en tales finalidades o efectos es difícil de comprobar (salvo por la interpretación de los hechos o la confesión del inculpado). No es posible ignorar tales elementos —que nos remiten a las problemáticas normativas—; por lo tanto, se debe considerar la admisión de todas aquellas pruebas que se puedan vincular,

[29] El Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito en el amparo en revisión 22/2019 estableció que el estándar probatorio para el dictado de un auto a vinculación a proceso se redujo de manera importante porque no se requiere un cúmulo probatorio amplio, solo hacer referencia a datos probatorios que establezca que se ha cometido el hecho en grado de suposición.

[30] El concepto de relevancia se toma de Michele Taruffo en su obra *La prueba*, en donde establece que ésta *es un estándar lógico de acuerdo con el cual los únicos medios de prueba que deben ser admitidos y tomados en consideración por el juzgador son aquellos que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio, de modo que pueda sustentarse en ellos una conclusión acerca de la verdad de tales hechos.* (Taruffo, 2008, p. 38)

sí bajo un marco lógico, pero de manera circunstancial y tomando como base una definición integral de la sexualidad.

- Carácter de la prueba. Teniendo en cuenta que la libertad sexual es el bien protegido, existe un elemento que persiste en algunos de los tipos penales que debe mirarse con reserva a la hora de juzgar y debe ser interpretado conforme a las obligaciones en materia de derechos humanos constitucionales y convencionales. Se trata de la adjetivación de la conducta o las finalidades que se imponen como requisito para su acreditación.

  Numerosos delitos sexuales incorporan la lascivia, la actitud morbosa o el carácter erótico como finalidad o caracterización de la conducta típica antijurídica. Estos resultan problemáticos en sí mismos, reflejan la masculinización de la que ya se ha hablado y se refieren a la experiencia sexual de quien comete el acto más no de quien la resiente.

  En los delitos sexuales que prevén este tipo de elementos, la persona juzgadora debe privilegiar la prueba circunstancial o indiciaria[31] para demostrar el elemento teleológico del tipo penal, tomando como base la dificultad de demostrar un estado psicológico. La valoración de las pruebas sobre este elemento debe tener un estándar flexible, pues lo contrario impondría una carga probatoria improbable de cumplir, cuyo resultado sería la vulneración del acceso a la justicia de las víctimas y de su reparación del daño.[32]

[31] La Corte Constitucional Colombiana ha señalado que *el indicio es un hecho material que permite mostrar otro o que sirve para formular una conjetura; es un punto de partida para construir una prueba, pero aisladamente no sustituye a la prueba misma. Su característica relacional impide que sea tratado como hecho puro bajo la lógica formal-silogística. El indicio es siempre incompleto y, por lo tanto, debe permanecer como elemento de interpretación y ponderación de otras circunstancias, no como una verdad o como un axioma independiente*. Sentencia No. T-097/94.

[32] En el delito de trata de personas esta misma regla de estándar flexible es considerado para la valoración de las pruebas provenientes de plataformas digitales aportadas por el Ministerio Público para acreditar el delito. Véase PJF. TRATA DE PERSONAS. LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS PROVENIENTES DE PLATAFORMAS DIGITALES APORTADAS POR EL MINISTERIO PÚBLICO PARA ACREDITAR EL DELITO, DEBE HACERSE BAJO UN ESTÁNDAR FLEXIBLE. TCC; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; XXVII.3o.97 P (10a.).

- Valoración conjunta. La valoración conjunta resulta indispensable para salvaguardar los principios de presunción de inocencia, el derecho de contradicción y la imparcialidad judicial (Rodríguez, 2011, p. 24). En ese sentido, dependiendo del tipo penal, en la valoración se debe otorgar mayor peso a las pruebas que acrediten los elementos objetivos (la introducción de algún objeto en los genitales del sujeto pasivo, la exhibición, los tocamientos, la captura de imagen o video, la transmisión de imágenes, etc.) y en cuanto al elemento subjetivo, tomar en cuenta la preponderancia del testimonio de la víctima como elemento fundamental (SCJN, 2017c) y el análisis del contexto en que se realizó la conducta. Con estas pruebas se deben considerar otras de tipo circunstancial, indicial y presuncional siempre que permitan inferir conclusiones consistentes sobre los hechos (SCJN, 2017d).

  En cuanto a la valoración del testimonio de la víctima, la SCJN determina las siguientes reglas (SCJN, 2017d):

Tabla 6. Criterios para la valoración del testimonio de la víctima de violencia sexual

• En todos los delitos que involucran violencia sexual los testimonios de las víctimas deben ser valorados con una perspectiva de género, evitando insinuaciones y alusiones estereotipadas que lleven a una inadecuada valoración de los hechos.
• Considerar que los delitos sexuales, en general, se realizan en ausencia de otras personas más allá de la víctima y la persona agresora, por lo que requieren medios de prueba distintos de otras conductas. No se puede esperar que existan pruebas gráficas o documentales y por ello la declaración de la víctima es una prueba fundamental.
• Al analizar la declaración de la víctima se debe considerar que las agresiones sexuales no suelen denunciarse por el estigma que implican; y considerar la naturaleza traumática de este tipo de violencia.

Esto explica que, en cada relato de hechos hace la víctima pueden haber algunas inconsistencias o variaciones.

- Deben tomarse en cuente algunos elementos —de contexto— subjetivos de la víctima: edad, condición social, pertenencia a un grupo vulnerable o históricamente discriminado, entre otros

- El análisis de la declaración debe ser en conjunto con otros elementos de convicción (dictámenes médicos psiquiátricos, testimonios, examinaciones médicas, pruebas circunstanciales, indicios y presunciones), sin olvidar que aquélla es una prueba fundamental.

Elaboración propia para el fascículo.

A partir de las reglas señaladas, el elemento teleológico en los hechos juzgados debe ser analizado e interpretado a la luz del acervo probatorio, reforzando la prueba de la declaración de la víctima y las pruebas circunstanciales con otros tipo de pruebas que permitan a la autoridad jurisdiccional llegar al estándar de requerido por el artículo 359 del Código Nacional de Procedimientos Penales —más allá de toda duda razonable—, y no esperando que la finalidad se acredite de manera individual y directa.

b. Prueba anticipada como medida de protección en casos de violencia sexual a menores de edad

El artículo 304 del Código Nacional de Procedimientos Penales regula la figura de la "prueba anticipada" cuya finalidad es evitar la pérdida o alteración del medio probatorio. El Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes establece que, en casos de víctimas o testigos que pertenezcan a este grupo de edad, la persona juzgadora puede llevar a cabo la toma de declaración infantil a través de prueba anticipada.

La prueba anticipada es consistente con los estándares de protección de los derechos humanos. Tratándose de delitos sexuales su aplicación es relevante y necesaria

porque: evita la angustia que produce en un niño o niña volver a declarar; reduce las posibilidades de revictimización (considerando las características de desarrollo de esta población); favorece que la víctima continúe con un proceso de atención médica y psicológica de cara a los daños que generan estas violencias en sus vidas; y garantiza la inmediatez y conservación de la declaración de la víctima para usos posteriores dentro del proceso (SCJN, 2014, pp. 86-87).

La prueba anticipada debe respetar en todo momento las medidas para la toma de declaración infantil; así como los requisitos de ley en torno a las declaraciones como la inmediación, contradicción, testimonio especial y los derechos de debido proceso (ODDI, 2008; ODDI & Et. al., 2005).[33]

3. Contexto

Todo acto de violencia —incluida la sexual— se lleva a cabo dentro de un **contexto** en el cual está presente la **asimetría de poder** entre dos o más personas. En el contexto de los hechos es donde la o el juzgador pueden identificar las creencias y conductas estructurales y sistémicas sobre la sexualidad para revelar su carga de género, determinar su relación con los hechos constitutivos del delito y derivar consecuencias jurídicas (sanción y reparación). La Primera Sala de la SCJN (SCJN, 2017b) y el Protocolo-JPEG (2020) se refieren a la obligación de analizar el contexto en dos dimensiones, para cumplir con la obligación de juzgar con perspectiva de género:

- **Contexto objetivo:** "… se refiere al escenario generalizado que enfrentan ciertos grupos sociales." (SCJN, Protocolo, 2020, p. 146). El Protocolo-JPEG propone revisar tres aspectos particulares:
  - Considerar el lugar y el momento o momentos en los que sucedieron los hechos del caso.

[33] Para más información sobre las afectaciones que sufren niñas, niños y adolescentes en casos de delitos véase *El niño víctima del delito. Fundamentos y orientaciones para una reforma procesal penal.* ODI. CIDE. INACIPE. 2005. México; ODI *La denuncia como elemento terapéutico para el niño víctima del delito.* 2008. México.

- Recopilar datos y estadísticas vinculadas con los planteamientos del caso y el tipo de violencia de que se trate.
- Identificar si la controversia tiene relación con otro tipo de problemáticas sociales adicionales a las vinculadas con género (análisis interseccional).

- **Contexto subjetivo.** Se refiere a la revisión de las condiciones y características del ámbito particular de una relación interpersonal, o de la situación concreta en que se encuentran las personas involucradas en una controversia (SCJN, Protocolo, 2020). La revisión del contexto subjetivo, con base en los hechos y las pruebas, es la que permite a una persona juzgadora identificar tres cuestiones sustantivas a las que se refiere la obligación de juzgar con perspectiva de género:

  - Condiciones de vulnerabilidad: condición de desprotección de la persona que le impide reaccionar ante cualquier peligro.
  - Situaciones de riesgo que ponen en peligro la vida y/o la integridad de las personas. La obligación correlativa es la emisión de medidas de protección o similares.
  - Situaciones de discriminación y/o violencia en el caso concreto. En el ámbito penal esa violencia debe estar tipificada como delito, de lo contrario no hay forma de investigarla, sancionarla y reparar los daños ocasionados.

En el apartado introductorio se indicaron diversos datos de contexto objetivo de la violencia sexual en México; no son casos aislados sino casos que reflejan un problema estructural y sistémico que, por razones de género, afecta de manera desproporcional a niñas, adolescentes y mujeres. La violencia sexual sucede con mayor recurrencia al interior de las familias, factor que inhibe la posibilidad de denuncia e incrementa el impacto de los daños que ocasiona (INEGI, 2016, 2017a., 2020). Todos estos datos deben estar sustentados en fuentes de información; su uso por parte de las personas juzgadoras es necesario para demostrar y argumentar por qué, cualquier delito sexual es, además de un problema individual, un problema de violencia de género que amerita la implementación de obligaciones de debida diligencia.

En cuanto al contexto subjetivo, el Protocolo-JPEG (2020) propone revisar varios elementos en el caso concreto; éstos se pueden agrupar en cuatro rubros, en función de la utilidad que tienen para el análisis jurídico de los delitos de violencia sexual desde un enfoque de género. Su revisión dentro de un proceso debe ser consecutiva (en el orden de prelación que se indica con el numeral), ya que la información que se arroja en cada uno de ellos adquiere mayor grado de especificidad:

Tabla 7. Elementos de análisis del contexto subjetivo

1º RECABAR DATOS GENERALES DE LAS PERSONAS INVOLUCRADAS • *Identificar las condiciones de identidad de las partes involucradas en el caso.* • *Considerar otros factores particulares.* Son elementos que, sin ser parte de la identidad de la persona, influyen en su forma de vida a nivel particular.
2º IDENTIFICAR Y ANALIZAR LA RELACIÓN DE PODER ENTRE LAS PARTES • *Identificar si las partes se conocían previamente y en su caso qué tipo de relación tenían.* • *Determinar si la relación existente tiene un carácter asimétrico (supra-subordinación) o dependencia (emocional, económica, etcétera).* • *Identificar quién toma las decisiones en esa relación, cómo se toman y cuáles son los mecanismos de participación en la toma de decisiones sobre cuestiones que afectan a las partes involucradas.* • *Analizar si el género de las partes influyó en los hechos del caso concreto de manera que coloca a una de ellas en una situación de ventaja o desventaja frente a la otra.* • *Valorar si el género de una de las partes sirvió como justificación para el ejercicio de mayor poder, y si esto impacta en el caso concreto.* • *Evaluar si los hechos se relacionan con roles y estereotipos de género, y/o el actuar de las partes se vincula con cargas sociales impuestas.* Estos serán desarrollados en la siguiente sección del fascículo relativa a la asimetría de poder.

3º IDENTIFICAR ACTOS DE DISCRIMINACIÓN Y/O VIOLENCIA

- *Reconocer si de los hechos relatados y/o de las pruebas se advierte alguna conducta que puede constituir violencia y, posteriormente, determinar qué forma de violencia es y en qué ámbito o espacio sucede.*
- *Identificar indicios de discriminación y violencia por motivos de género en el caso de estudio.*

Ambas cosas solo es posible hacerlas una vez que se analizan las relaciones y el ejercicio de poder.

4º IDENTIFICAR LA DIMENSIÓN DEL PROBLEMA

- *Contrastar la información del contexto objetivo con los hechos del caso para reconocer si se está ante una situación de violencia sistemática o de desigualdad estructural que afecta a un grupo determinado de personas a nivel local, nacional o incluso mundial.*

Elaboración propia con base en datos del Protocolo-JPEG (2020: pp. 151-164)

El análisis contextual en los delitos sexuales es indispensable para comprender la dinámica de los hechos y la afectación a la sexualidad de la víctima en un sentido integral (desde sus elementos físicos, psicológicos y socioculturales) por las siguientes razones:

- En la revisión de circunstancias de tiempo, modo y lugar (análisis tradicional de los hechos) la persona juzgadora encuentra algunos elementos para identificar si se llevó a cabo o no el delito; sin embargo, solo en la revisión del contexto puede hallar útil para dimensionar los daños y consecuencias de la conducta lesiva en sus reales dimensiones. Esto implica, entre otras cosas, determinar y argumentar no solo si la conducta típica tuvo lugar, sino cómo es que los patrones y comportamientos socioculturales vinculados con cargas de género (y otras como la orientación sexual, la edad, la discapacidad,

etc.) fungieron como causas o justificaciones de la violencia sexual ejercida.

- La revisión de los elementos de contexto es obligatoria en los casos de violencia sexual debido a que, sin éstos, la autoridad jurisdiccional llegaría únicamente a la conclusión respecto a si se cometió o no un delito, pero no podría determinar el impacto de género del mismo (lo que también es una obligación a su cargo). Como consecuencia de eso, tampoco estaría en posibilidad de dictar una sanción proporcional con los daños causados ni reparaciones integrales y efectivas.

- El análisis contextual de los hechos permite superar barreras de acceso a la justicia que surgen del carácter individualista que tiene la materia penal. Ese carácter se debe a que el hecho de considerar solo en su esfera individual a quienes están involucrados/as en un delito, oscurece la dimensión colectiva que afecta a un género (como el de las mujeres en tanto víctimas recurrentes de la violencia sexual). En otras palabras, considerar dentro de un proceso penal a la víctima como un individuo neutral aislado, —sin tomar en cuenta, por ejemplo su identidad de mujer— invisibiliza la desigualdad de género que permite que la violencia sexual contra ellas se reproduzca a gran escala (MacKinnon, 2014, pp. 113-114) y que además se ignoren los daños colectivos (sociales) de estos delitos.

a. Identificación de relaciones asimétricas de poder

Dentro de los elementos del contexto subjetivo, aquellos que corresponden al segundo grupo —relación de poder entre las partes— son de particular atención para el análisis de los delitos sexuales; esto se debe a que la persona juzgadora debe entender las dinámicas sociales en las que se gestó la violencia y esas, son dinámicas de poder. Para su análisis el Protocolo sugiere revisar las relaciones interpersonales y la relación de poder entre las partes. A continuación, se explican con mayor detenimiento ambos elementos:

Tabla 8. Elementos de contexto
subjetivo para analizar la relación de poder

La persona juzgadora debe verificar:
• *Si la relación existente tiene un carácter asimétrico (supra-subordinación) o dependencia (emocional, económica, etcétera). (p. 155)* • *Quién toma las decisiones en esa relación, cómo se toman y cuáles son los mecanismos de participación en la toma de decisiones sobre cuestiones que afectan a las partes involucradas. (p. 157)* • *Si el género de las partes influyó en los hechos del caso concreto de manera que coloca a una de ellas en una situación de ventaja o desventaja frente a la otra. (p. 160)* • *Si el género de una de las partes sirvió como justificación para el ejercicio de mayor poder, y si esto impacta en el caso concreto. (p. 160)* • *Evaluar si los hechos se relacionan con roles y estereotipos de género, y/o el actuar de las partes se vincula con cargas sociales impuestas. (p. 161)*
Elaboración propia con base en datos del Protocolo-JPEG (2020: pp. 155-161)

b. Revisión de la relación interpersonal

La revisión de la relación o vínculo entre dos o más personas involucradas en un delito sexual es útil para identificar las condiciones en que se dio la afectación a la sexualidad de la persona;[34] máxime si se considera que más del 60% de estos delitos se comete por alguien conocido/a por la víctima.

Los vínculos pueden ser formales, a través de un mandato o disposición normativa (vínculo de parentesco, contrato, nombramiento oficial, etc.); informales o de facto (SCJN, 2017a)[35] (ser parte de un grupo de amigos/as, personas del vecindario,

[34] Por ejemplo, este tipo de información resulta altamente importante cuando se trata de niñas o adolescentes que son violentadas sexualmente por familiares y se mantienen en silencio durante años; o alguna persona en condición de subordinación formal en el trabajo con riesgo de perder el trabajo en caso de denunciar.

[35] Poder informal o de facto, aquel que se ejerce de manera real, con base en la posición que otorga una persona o grupo de personas a otra más y que se sustenta en prácticas culturales o creencias sociales.

una comunidad religiosa o educativa, etc.) y también simbólicos (Bourdieu, 2000)[36] (derivan de la particular posición que se asigna a una persona en un grupo, por los significados y representaciones culturales o de contexto social que tiene: ser el sacerdote de la comunidad, el médico que "sabe",etc.). Lo relevante es que cualquier vínculo interpersonal implica el establecimiento de "afectos" y éstos, en muchos casos, son aprovechados por la persona agresora para cometer el delito (SCJN, 2016c).

El afecto, en un sentido amplio, es la capacidad humana de vincularse con otra/o ser humano (Ahmed, 2004; Hooks, 2001). Tiene múltiples manifestaciones psicoemocionales, unas constructivas y otras destructivas (amor, cariño, empatía, entendimiento, confianza, dependencia, codependencia, por mencionar algunas). La revisión de los lazos de afecto es necesaria porque éste incide en la dinámica de la interacción humana y el ejercicio de poder, además de que explica la confianza y/o dependencia que pueden tener dos o más personas.

En el caso de las mujeres los amparos directos en revisión 1206/2018 y 6181/2016 visibilizan la relevancia del análisis del factor afectivo: indican que una de las expresiones más crudas de violencia de género es cuando se priva de la vida a las mujeres (ya hemos señalado que la violencia sexual es, en muchos casos, un antecedente del feminicidio) y que esos actos suelen provenir, en su mayoría, de personas a las que ellas aprecian, quieren y en quienes confían (pareja, novios, etc.). También explican que viven con miedo constante de su agresor, sentimiento que se funda en las manipulaciones, amenazas y violencias que han vivido.

Las preguntas pertinentes que puede hacer una persona juzgadora en un caso de violencia sexual son:

- ¿Qué vínculos unen a estas personas?
- ¿Qué afectos implican esos vínculos?

[36] Poder simbólico, el que ejerce una persona sobre otras y que deriva de la posición que la cultura o el contexto social le atribuyen.

- ¿En qué posiciones les colocan esos vínculos respecto del ejercicio de la sexualidad? (supraordinación, coordinación, subordinación)
- ¿Qué consecuencias tienen los afectos en términos del ejercicio de la sexualidad? Todas las personas tienen capacidades afectivas para vincularse con otras personas; sin embargo, la socialización interfiere para que esa afectividad se desarrolle de determinada manera con base en mandatos de género y el ejercicio de la sexualidad no es la excepción. Sobre esto, Marcela Lagarde señala que a las mujeres se les enseña el "amor como mandato de vida" (a su esposo, sus hijos/as, su padre, su madre, etc.), se les socializa como seres amorosos y la sociedad les castiga en múltiples formas cuando su comportamiento en las relaciones familiares no es acorde con ese mandato (Lagarde, 2001); en los delitos sexuales los afectos pueden ser manipulados o aprovechados para obtener el consentimiento de la víctima, cubriendo así con el velo del "consentimiento aparente" algo que en realidad fue un sometimiento.

El análisis sobre los afectos es necesario (con medios probatorios como las periciales en psicología o en trabajo social) y útil a una juzgadora/or, para comprender por qué numerosas situaciones de violencia sexual pasan desapercibidas porque los afectos socializados en las prácticas de género, impiden a las víctimas reconocer el daño a su vida o las llevan a justificarlo y normalizarlo.

c. Revisión de la distribución de poder

El poder, explica Foucault, es un "modo de acción" de una persona respecto de otra, que se apoya en estructuras permanentes (Foucault, 1988). Todas las personas tienen poder porque todas tienen posibilidad de "acción" (hacer, decir, mover, caminar, hablar, pensar, decidir, etc.); sin embargo, el entramado social va marcando distinta distribución y grados en el ejercicio del poder humano mediante sus estructuras (el sistema jurídico, político, económico, las estructuras familiares, educativas, etc.)

En los delitos sexuales, la identificación de asimetría de poder necesariamente conduce al análisis respecto a cómo operó ésta en la comisión del delito. Algunas preguntas que se sugieren hacer para analizar la relación de poder son:

- ¿Cómo se distribuyó el poder entre las partes en torno al ejercicio de la sexualidad?, es decir, ¿quiénes sí y quiénes no los pudieron ejercer?

- ¿Cuáles fueron las razones o motivos de esa distribución en el ejercicio del poder?, de las permisiones y prohibiciones; es decir, ¿por qué el poder se ejerció de esa forma?, ¿a qué se debió que así fuera?

- ¿Hay alguna relación entre las creencias, prácticas o expectativas de identidad de género de las partes (y/o de sexo, edad, discapacidad, etc.) que expliquen esa distribución y ejercicio de poder en cuanto a la sexualidad?

  Algunas de éstas son identificables porque están en las manifestaciones expresas (verbales o escritas) de las personas involucradas en un delito; éstas se leen en los relatos de hechos, en el desahogo de pruebas testimoniales o en pruebas periciales, de ahí la importancia de capturar las palabras tal cual son pronunciadas, sin mediar ningún tipo de ajuste por parte de la autoridad.

  Las creencias o expectativas de género sobre el ejercicio de la sexualidad también pueden estar latentes en los comportamientos (sin expresar palabra alguna) y las apreciaciones que hacen las autoridades sobre los hechos, en las deducciones a las que llegan en la valoración de la prueba; o en la solución que dan al conflicto. De igual forma, pueden estar contenidas en las leyes o en las interpretaciones de éstas, aunque con un lenguaje técnico.

  Afirmaciones sobre la vestimenta de la víctima, la cantidad de parejas sexuales que tiene o ha tenido, la crítica a si esas fueron relaciones simultáneas, la valoración sobre si se dedicaba al trabajo sexual, las creencias en cuanto a su comportamiento "fácil" con los hombres, o las apreciaciones respecto a si era una persona promiscua, son ejemplos de esas creencias.[37]

[37] El artículo 346 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que en los casos de delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y normal desarrollo psicosexual, el Juez de control debe

- ¿Cómo se relaciona ese ejercicio de poder con la conducta lesiva (la comisión del delito)? ¿es parte de lo que motivó el delito? ¿se utilizó como una justificación para cometerlo?

  En los delitos sexuales se conjugan poderes formales, informales y/o simbólicos asociados con las construcciones sociales de género que inciden en la sexualidad de las personas. Por ejemplo: en el caso de los hombres el mandato social determina una "autorización permanente" y no reprochable respecto a la satisfacción de su deseo sexual (hombre "sujeto sexual por naturaleza") lo que implica que, ante una situación de negociación sexual, las acciones se orienten hacia suposiciones o interpretaciones de aceptación por parte de la mujer. En el caso de las mujeres los mandatos sociales de género determinan una "deseabilidad y disponibilidad permanentes" (mujer "objeto sexual por naturaleza") en la que se les impone la carga de demostrar por todos los medios en los delitos sexuales que "no querían", "que resistieron", "que se defendieron".

  Un resultado de estas construcciones sociales de género sobre la sexualidad son las prácticas culturales en las que el hombre se pregunta ¿por qué no querría tener sexo conmigo?, lo intento y si no quiere simplemente que me rechace; en lugar de preguntar ¿por qué sí querría tener sexo conmigo? Y antes de proceder con cualquier conducta, tener la certeza de la respuesta del sí contundente y consciente por parte de la mujer. Del mismo modo, estas prácticas de género propician que se exija a la persona que resiente la conducta sexual que demuestre fehacientemente su ausencia de consentimiento, en lugar de exigir a la persona que realiza la conducta de violencia que demuestre que antes de proceder con los actos sexuales había obtenido un consentimiento pleno y libre, para así poder desacreditar que el acto constituyó violencia.

excluir la prueba que pretenda rendirse en el debate, sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima.

- ¿Qué otros poderes están involucrados en los hechos del caso?

  Ya se han explicado las razones por las que los mandatos de género en un sistema patriarcal (apartado II, subapartado B del presente fascículo) asignan una desigual distribución de poder respecto de la sexualidad, lo que lleva a que unas personas sí puedan ejercerla libremente (los hombres) y otras no (mujeres, niñas, niños, etc.). Esta es la práctica asimétrica que domina en cuanto a la sexualidad; sin embargo, en cada caso de análisis de un delito sexual, la persona juzgadora debe determinar si opera tal práctica y, además, cómo se relaciona éstas con otras condiciones de contexto (de ejercicio de poder).

  Por ejemplo: el delito de trata sin duda implica relaciones de poder asimétricas en torno a la sexualidad como las que se advierten en el hecho de que, por razones de género (de los roles y significados que se les asigna a sus cuerpos) se explota sexualmente en mayor proporción a niñas, adolescentes y mujeres. A esa condición de asimetría de poder en razón del género, se pueden sumar otras más también debido al género, como el que las adolescentes hubieran sido "enganchadas" por su pareja (aprovechando el vínculo afectivo). Por último, están las asimetrías de poder que no se relacionan con el género pero que también inciden en la comisión de estos delitos; por ejemplo, la organización delictiva que explota a estas víctimas y que las mantiene bajo amenazas de hacerle daño a sus familias.

También es importante señalar que en los tipos penales de los delitos sexuales se enfatiza el componente conductual y su efecto (daño), y no se hace mención a las causas o supuestas justificaciones que podrían explicar su dinámica, como la identidad de género de las personas involucradas; esa obligación deriva de forma directa del artículo 1 de la CPEUM y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en particular, del derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad y el derecho a una vida libre de violencia.

La "razón de género" en un delito de violencia sexual tiene que demostrarse y argumentarse con base en los hechos y las pruebas y, como lo indica el Protocolo-JPEG (2020), no sería suficiente fundamentar esa razón en que una de las partes del conflicto es mujer. Lo que se tiene que acreditar es que en la relación asimétrica de poder se identificó que el delito tuvo su origen y/o justificación en creencias, prácticas o expectativas sobre cómo debe ser o actuar sexualmente una persona a partir de su diferencia sexual (hombre-mujer). Las partes pueden ignorar que actúan con base en patrones y estereotipos de género sobre la sexualidad, por eso es tarea de la o el juzgador develar esas situaciones.

4. Valoración del consentimiento en los delitos sexuales[38]

En la década de los 70, con base en las críticas establecidas desde los distintos movimientos feministas, surgieron teorías jurídicas que comenzaron a cuestionar las formas en que los sistemas jurídicos atendían la violencia sexual (especialmente en delitos como la violación sexual). Las críticas se enfocaron en las siguientes cuestiones: las normas jurídicas generales desconocen que la violencia sexual tiene elementos contextuales vinculados con el género, la raza, la orientación sexual y la discapacidad; en delitos como la violación se ha sobrevalorado la fuerza (física) como elemento para la configuración del delito; la práctica judicial ha establecido una especie de "estándar del violador razonable", con base en el que se favorecía la percepción del hombre acusado y se concluía que si éste no estaba consciente de la falta de consentimiento, no se había configurado el delito (esto nos remite a problemas normativos como el de las finalidades y los efectos psicológicos en el sujeto activo que prevén numerosos delitos sexuales aun en la actualidad); y los obstáculos que enfrentaban las víctimas para acceder a la justicia (procesos agotadores, burocráticos, y revictimizantes, que solían reafirmar estereotipos tanto sobre la violencia sexual,[39] como sobre categorías sospechosas de discriminación.[40]

[38] Agradecemos la colaboración de Jimena Ochoa en la investigación del tema referido al consentimiento de las víctimas que se desarrolla en esa sección.
[39] Como la creencia de que una violación cometida por un conocido era poco probable.
[40] Los datos indicaban que un hombre negro acusado de violar a una mujer blanca tendría más probabilidades de ser sancionado por violación, que un hombre blanco.

El traslado de esas críticas a los instrumentos jurídicos llevó —y sigue en proceso— ha llevado años de activismo, cabildeo y estrategias de incidencia por parte de las organizaciones feministas.

El caso de Canadá es destacable porque se logró consolidar un tipo penal integral (en 1992 se eforz la Bill C-49), con una mención nueva explícita y desarrollada sobre el concepto de consentimiento.[41] La reforma consideró diversos aspectos, entre los más importantes se encuentran: la exigencia de incluir tanto una definición clara de consentimiento[42] como de supuestos que no lo configuran, es decir, lo que era el consentimiento y lo que no lo era (no se podía considerar que había consentimiento cuando se tenían relaciones sexuales con una mujer inconsciente o que había expresado dudas); que la definición de consentimiento requiriera el acuerdo inequívoco y voluntario entre las personas involucradas; que el consentimiento otorgado en una ocasión o para un acto no podría razonablemente ser concebido como un consentimiento perpetuo; que quedara estipulado que el consentimiento debe ser claro, expreso, y entusiasta, que no dejara lugar a dudas;[43] y que el consentimiento no podría ser presumido con base en que la víctima hubiese consumido alcohol o drogas previo a la actividad sexual.

[41] Esta dinámica se aceleró a partir del caso R. v. Seaboyer que fue estudiado por la Corte Suprema de Canadá en 1991, en el que se cuestionó la constitucionalidad de las secciones 276 y 277 del Código Criminal, conocidas como *rape shield.* La primera sección se refería a la prohibición de la persona acusada de presentar información concerniente a la actividad sexual de la víctima con otras personas como evidencia, salvo en tres supuestos: i) que la prueba refutara evidencia previamente admitida sobre la conducta sexual de la víctima; ii) que la prueba acreditara la identidad de la persona agresora; o iii) que la prueba versara sobre relaciones sexuales acaecidas durante la misma "ocasión" que los hechos de la litis y que, por lo tanto, permitieran al agresor alegar que creyó que se le había otorgado consentimiento. La sección 277, por su parte, prohibía la admisión de evidencia ligada con la reputación sexual de la víctima como método para cuestionar o reforzar su credibilidad. la doctrina considera que éste fue un momento crucial en la construcción de consensos y capital político rumbo a la modificación del Código Criminal. Véase Sheehy, Elizabeth. Legalising Justice for All Women: Canadian Women´s Struggle for Democratic Rape Law Reforms. *Australian Feminist Law Journal*, Vol. 6, Issue 1 (1996), p. 90.

[42] En razón de esto, cualquier forma de comunicación que denotara la falta o revocación del consentimiento tendría que ser interpretado como ausencia de consentimiento: desde conductas tradicionalmente asociadas con el rechazo (como gritar o golpear al agresor) hasta otras expresiones que hasta ese momento se analizaban casuísticamente por los tribunales y, generalmente, no se aceptaban como pruebas de la falta del consentimiento (como el silencio).

[43] Esta cláusula surgió a partir del cabildeo de organizaciones de mujeres con discapacidad, dado que esta población en particular puede tener más dificultades para llevar a cabo las conductas que anteriormente se consideraban como válidas para asegurar el no consentimiento, por ejemplo, una confrontación física o la verbalización de un "no".

En la actualidad, existen dos tipos de legislaciones sobre violencia sexual: las que están basadas en el consentimiento —similares al modelo canadiense— y aquellas basadas en la fuerza. El caso mexicano corresponde con este último modelo; sin embargo, los esfuerzos jurisprudenciales han permitido acotar la interpretación de los delitos de violencia sexual con base en los elementos del consentimiento. Al respecto la SCJN (2019b) incorpora una definición integral de este elemento en relación con los actos sexuales:

> … **consentir es decidir lo que se quiere o se acepta a partir de opciones, circunstancias y valoraciones, cuando se tiene conocimiento de las consecuencias o, por lo menos, puede presumirse razonablemente que se tienen las habilidades cognitivas necesarias para entenderlas, dado aquello que se decide y el momento en que se decide**. (Énfasis agregado)

El criterio sobre consentimiento pleno se reitera en la propia definición de la libertad y seguridad sexual citado en el primer apartado de este fascículo:

> … la libertad sexual significa la capacidad y posibilidad de decidir autónomamente, sin coerción ni violencia y con consentimiento pleno, … Por otra parte, la seguridad sexual es la necesaria protección y debida garantía de que esta libertad y autonomía efectivamente se expresen, … Dado que el consentimiento pleno y válido de quienes participan en una cierta actividad sexual es un elemento fundamental para el respeto, protección y garantía de la libertad y seguridad sexuales, el Estado debe asumir la obligación —incluso recurriendo a su poder coactivo— de proteger que éste sea la regla en el actuar sexual. (SCJN, 2019b).

El máximo tribunal de nuestro país también revierte la visión respecto de la fuerza física y masculinizante imperante en los delitos sexuales de los códigos penales, mediante la incorporación de los estándares de protección de víctimas de violencia sexual en tres cuestiones específicas:

- Al reconocer la violación sexual entre cónyuges (SCJN, 2006), lo que rompe con estereotipos de género sobre la sexualidad entre personas que hacen vida en común.

- Al establecer en delitos como la violación sexual que, exigir a la víctima el haberse resistido más allá de su expresión de negarse a tener relaciones sexuales, es exigir actos que harían inútil su manifestación expresa de consentimiento y que además pondrían en riesgo su seguridad e integridad. Reconoce así que existen múltiples formas de intimidación que pueden coartar el consentimiento de una persona para obligarla a tener relaciones sexuales (SCJN, 2015c).

- Al establecer parámetros para valorar el consentimiento de una persona que, por sus características identitarias, condiciones de vida y/o situación de contexto en que se encuentra, no tiene posibilidad de decidir libremente sobre lo que se quiere o se acepta respecto al ejercicio de su sexualidad:

> … las **personas menores de cierta edad** pueden "querer" o "aceptar" la conducta sexual, pero no consentirla. Así, las **personas con discapacidad**, permanente o temporal, **considerando el carácter, grado y contexto de su discapacidad** resienten, pero no consienten, la actividad sexual para la cual no han expresado su voluntad. Algo muy similar ocurre con las **personas inconscientes o cuasi inconscientes**. Así, las **personas que se encuentran presionadas, intimidadas o coaccionadas por un entorno o relaciones de franca dominación** pueden padecer o tolerar la agresión sexual, pero no la consienten. (SCJN, 2019b) (Énfasis agregado)

Estos criterios son acordes con las obligaciones en materia de acceso a la justicia desde una perspectiva de género y atienden también a las recomendaciones del Comité CEDAW, como la Recomendación General No. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, donde se integra el concepto de consentimiento (2017, punto 29, inciso e.) y se señala el deber de "garantizar que las agresiones sexuales, en particular la violación, estén tipificadas como un delito que afecta al derecho a la seguridad personal y a la integridad física, sexual y psicológica y que la definición de los delitos sexuales, en particular la violación conyugal y por parte de un conocido o la violación en una cita, se base en la falta de libre consentimiento y tenga en cuenta circunstancias coercitivas.". Por otra parte, en el caso

Vertido v. The Philippines (2008), el Comité CEDAW reforzó la necesidad de identificar y deconstruir mitos sobre la violación, por ejemplo, que la víctima debe confrontar físicamente a su agresor para que se demuestre la falta de consentimiento.

5. Determinación del daño

El análisis del daño es una de las principales preocupaciones del acceso a la justica con perspectiva de género en los delitos de índole sexual, por el impacto que tiene en las medidas de reparación. El daño es una experiencia individual y personalísima por ese motivo, como lo señala el Protocolo-JPEG (2020), difiere de una persona a otra. Es también uno de los elementos esenciales del proceso judicial, punto de confluencia entre la perspectiva de género y el nuevo sistema de justicia penal: la primera exige mirar la experiencia desde las causas y los impactos que el género ocasiona (específicamente en quien resiente el delito); y segundo, porque otorga un papel relevante a la víctima en el proceso, no solo reconociéndole derechos de participación, sino que redimensiona los efectos de la sanción desde la justicia para la víctima (la reparación es uno de estos efectos).

La violencia sexual tiene repercusiones múltiples en las vidas de las mujeres. Lo que ha sido transgredido no solo es una parte del cuerpo o un momento de sus vidas, tampoco es un elemento singular que se rompió y se puede arreglar, la violencia sexual transgrede la sexualidad de las mujeres en toda su complejidad. A diferencia de la experiencia sexual de la persona agresora (mayoritariamente hombres) que se agota en el momento en que se consuma el acto delictivo, para las mujeres la transgresión puede tener repercusiones de amplio alcance en dos ejes: temporal y multidimensional.

- Alcance temporal: los daños ocasionados por la violencia sexual pueden permanecer en el tiempo durante largos periodos, incluso para toda la vida. Por otro lado, no siempre aparecen de manera inmediata, existen afectaciones psicoemocionales o sociales que surgen con el paso el tiempo. Estos casos son más comunes en casos de niñas o adolescentes violentadas.

- Alcance multidimensional: considerando que la sexualidad se expresa en los ámbitos físico, psicológico y sociocultural, todos ellos pueden verse afectados de manera simultánea y en distinto grado. Esto quiere decir que un solo evento de violencia sexual puede generar afectaciones individuales en la víctima, pero también en sus relaciones interpersonales, así como en sus actividades sociales y profesionales.

Un obstáculo para la determinación del daño son los estereotipos de género sobre la sexualidad que juegan, principalmente, en contra de las mujeres. Por ejemplo: la agresión sexual que objetiviza a la mujer y la considera como un "material dañado" provoca que las afectaciones se dimensionen solo desde un aspecto material, cosificante (lo que conduce a reparaciones donde prevalece la indemnización). De igual forma, que se considere que el "cuerpo" que ya fue transgredido sexualmente (usado), ya no puede ser dañado en ese sentido (MacKinnon, 2014, p. 163).

La determinación del daño se tiene que hacer desde una noción integral de la sexualidad, en ese sentido, tanto el análisis del contexto, como la valoración del testimonio de la víctima (SCJN, 2017c) y la información que se obtiene de las pruebas periciales médicas y psicológicas son esenciales para precisar el alcance de las afectaciones, así como las consecuencias de los delitos sexuales.

Las tipificaciones penales, como ya se analizó, no reflejan la complejidad de la experiencia de las víctimas de violencia sexual menos aún reconocen los daños tal como los sufren las víctimas. He ahí que la labor de la autoridad jurisdiccional cobra relevancia para revertir los efectos dañinos que la violencia sexual ocasiona en los derechos a una vida libre de violencia, a la libertad sexual y al acceso a la justicia.

El reconocimiento del daño que tiene la víctima incide en los posibles efectos reparatorios de una resolución, pero también repercute en la legitimidad social, política y jurídica de la persona que recibió la violencia. Por este motivo, ignorar o negar el daño tiene un efecto revictimizante, al tiempo que reafirma los estereotipos sexuales impuestos a las víctimas (en su mayoría mujeres) y socava su credibilidad (MacKinnon, 2014, p. 154).

6. Medidas de reparación del daño en los delitos sexuales

El análisis del daño tiene su aterrizaje concreto en la obligación de reparación respecto a la cual, las autoridades judiciales deben tomar en cuenta las necesidades específicas de la víctima (CIDH, 2011a, p. 31). Retomar el control de su vida, de su libertad sexual, recuperar su dignidad, su personalidad y su autoestima afectadas por el delito deben de estar en el centro del interés de las reparaciones.

La obligación de reparación se establece en el artículo 1º de la CPEUM, y el derecho de las víctimas en el proceso penal a acceder a la reparación se encuentra en la fracción XXIV, del artículo 109 de Código Nacional de Procedimientos Penales.

La teoría de las reparaciones que se ha retomado a nivel nacional de aquella desarrollada mayormente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece que la reparación del daño ocasionado consiste en la plena restitución, es decir el restablecimiento de la situación anterior y reparación de la consecución que la infracción produjo, así como el pago de indemnización como compensación de daños patrimoniales, extrapatrimoniales y daño moral (Corte IDH, 1989, párr. 25-26). El derecho a la reparación integral, plena, diferenciada, transformadora y efectiva se encuentra en el artículo 7, fracciones II y VII; 12, fracción II; 26 de la Ley General de Víctimas. Conforme a la línea interpretativa de la SCJN:

- La reparación del daño también es un derecho fundamental que puede regir las relaciones entre particulares (SCJN, 2018d);
- Debe ser justa e integral siendo éstos principios que se aplican a la figura de la reparación independientemente del Código o legislación en que esté regulada (SCJN, 2015a); y,
- Su determinación / individualización debe ser proporcional a los daños y consecuencias ocasionadas por los hechos ilícitos, como en este caso, la violencia familiar.

- En la magnitud de los hechos ilícitos no debe revisarse únicamente la gravedad del daño, sino las múltiples consecuencias o el impacto que pudo tener sobre otros derechos o intereses relevantes." (SCJN, 2018d, párr. 25).

La reparación el daño en procesos judiciales supeditados a tipos penales masculinizados implica mirar aquellos aspectos de la sexualidad que fueron afectados y que no se observan desde las normas; esto se logra al resignificar la experiencia vivida por la víctima, sobre todo lo que en los hechos resultaron intrusivos para ella. En estos términos, la reparación tiene un efecto simbólico importante en relación con las mujeres —no solo en la víctima—, en la medida en que los tribunales otorgan legitimidad a la misma. La posibilidad de reparación altera los términos de las relaciones de poder que dan cabida a las violencias sexuales. La reparación con perspectiva de género a la luz de todo lo que se ha revisado en el presente fascículo debe abordar una doble perspectiva: de Estado, es la oportunidad para brindar seguridad y justicia a la víctima para que ésta recupere la credibilidad en el sistema y la sociedad; y de la víctima, pues refleja los esfuerzos para remediar el daño sufrido (MacKinnon, 2014).

Tabla 9. Reparación del daño integral en los delitos sexuales

Elementos para la identificación del daño	Elementos para la determinación de la reparación
El daño producido no sólo está asociado con el acto de agresión concreto. Existen múltiples factores que deben ser considerados con base en el análisis del contexto.	Se deben atender las afectaciones de la sexualidad en sus múltiples dimensiones (física, psicológica y/o sociocultural).
Las condiciones de identidad de las personas víctimas deben ser tomadas en cuenta, pues el daño se experimenta a partir de todas estas condiciones; su análisis debe ser interseccional, considerando la identidad de género y otras características identitarias y de contexto.	La subjetividad, que existirá siempre en estos casos para las medidas de reparación, debe ser valorada por las autoridades; por ello, es fundamental la participación activa de la víctima, esto permite conocer sus condiciones de desventaja, así como sus necesidades e intereses en términos de lo que desea y puede ser reparado en el proceso penal.

La credibilidad de la víctima y el daño están vinculados. El tratamiento que se le da al testimonio de la víctima y la eliminación de los estereotipos de género al momento de juzgar, tienen un impacto en el reconocimiento de los daños producidos.	Parte de la reparación se refiere a dar credibilidad a la víctima frente a la sociedad, por los efectos restauradores que ello tiene (CIDH, 2011a., p. 79).
Existen factores que inciden en el nivel y tipo de daño ocasionado como: la relación con el agresor; la duración de la agresión; el tratamiento que se le da al evento dañino en los círculos de interacción social (familia, escuela, comunidad, espacio laboral, etc.) al momento en que se revela la agresión; los aspectos culturales e idiosincráticos desde donde se experimenta y ejerce la sexualidad, además de los daños físicos en los que se enfocan la mayor parte de los tipos penales.	Las reparaciones deben considerar aspectos socioculturales relacionados con los valores, conductas, experiencias y conocimientos que identifican a la víctima y a su grupo cultural; y que se relacionan con el ejercicio de la sexualidad.
Los daños individuales son multidimensionales y de distinto alcance temporal, por su permanencia en el tiempo y por su manifestación en distintos momentos. La SCJN señala que los daños patrimoniales tienen dos tipos de proyecciones que inciden en sus consecuencias: presentes y futuras. El daño es presente o actual cuando se encuentra ya producido al momento de dictarse sentencia, por lo mismo, comprende todas las pérdidas efectivamente sufridas. El daño es futuro cuando no se ha producido al momento de dictarse la resolución, pero aparece como la prolongación o agravación de un daño actual, o como un nuevo menoscabo futuro, derivado de una situación del hecho actual (SCJN, 2018d).	Los daños que se generan a partir de los delitos de violencia sexual pueden aparecer de manera inmediata, a mediano o a largo plazo, y la permanencia en el tiempo es variable. Esto depende de la experiencia de cada víctima. Sobre el daño patrimonial la SCJN expresa que, para que éste pueda dar lugar a una reparación, "la probabilidad de que el beneficio ocurriera debe ser real y seria, y no una mera ilusión o conjetura de la mente del damnificado" (SCJN, 2018d).

La persona víctima de un delito sexual resiente un daño individual y también colectivo —en su dimensión social y cultural—. Esto se debe a los estigmas y estereotipos asociados con la sexualidad y la manera en que la víctima se relaciona con su entorno y con otras personas, esta afectación debe ser considerada a la hora de determinar el daño. La dimensión colectiva del daño que ocasiona la violencia sexual afecta de manera desproporcionada a un género, reafirmando estereotipos que mantiene a las mujeres en una condición de subordinación y desventaja.	Los delitos prevén únicamente una reparación del daño de tipo individual; sin embargo, es preciso considerar que la Corte IDH, en el caso González y Otras (Campo algodonero) vs. México señaló que, en casos de violencia sexual las reparaciones deben tener una vocación transformadora, deben estar encaminadas a reformar el contexto de discriminación que reproduce el problema de la violencia sexual (Corte IDH, 2009, párr. 450). De este modo, la determinación de medidas de reparación que incidan en la conducta lesiva particular contribuye a la transformación del contexto —particular— de la víctima que generó la violencia y también combaten el contexto macro de discriminación y violencia contra las mujeres.

Elaboración propia para el fascículo.

La reparación integral comprende medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y medidas de no repetición, todas ellas pueden ser consideradas en los procedimientos penales. Si bien, el Código Nacional de Procedimientos Penales se refiere normalmente a las reparaciones en términos económicos, la Ley General de Víctimas da cabida a la fundamentación de las demás posibilidades de reparación y su aplicación es obligatoria para las autoridades judiciales.

V. Un caso de violencia sexual para ejemplificar

Conviene traer a cuenta el Amparo 159/2017[44] en relación con un caso que se juzgaba por el delito de pederastia cometida por un joven en contra de una ado-

[44] Este caso fue resuelto por el Juzgado Tercero de Distrito en el Estado de Veracruz. Fue un caso altamente polémico y sujeto a la discusión pública. A pesar de que el caso es de conocimiento público, se omitirán los nombres de las personas involucradas.

lescente. En los hechos se relata que un grupo de cuatro jóvenes después de una fiesta suben a la fuerza a una adolescente a una camioneta, en el camino a la casa de uno de los jóvenes, con el auto a gran velocidad, la adolescente sufrió tocamientos en los senos, bajando su *brassiere*, por dos de ellos entre los que se encontraba la adolescente sentada —entre ellos el inculpado—, y la introducción de los dedos en la vagina por el otro. Posteriormente el conductor cambió de lugar a la adolescente para impedir que sus amigos la siguieran *molestando*. Se dirigieron a una casa y en el baño, otro de los amigos violó a la adolescente. Hasta acá los hechos relevantes para el análisis de este apartado.

El juez otorgó el amparo considerando que *los razonamientos sostenidos, no son congruentes con el alcance demostrativo de los medios de convicción que se tomaron en cuenta*.[45] A partir del análisis de los elementos "abuso sexual" e "indefensión" que a su consideración cobran especial relevancia. Para los efectos que aquí interesan, el juzgador considera que el abuso sexual no queda demostrado, pues éste requiere la *acción dolosa con sentido lascivo* por lo que *un roce o frotamiento incidental no serían considerados como actos sexuales, de no presentarse el elemento intencional de satisfacer un deseo sexual a costas del pasivo.* El juez considera como elemento esencial para el análisis del caso —y en general de los casos de abuso sexual— que el agente —agresor— no tenga la excitación o el impulso de satisfacer una avidez sexual, ni el propósito de ejecutar la cópula. Así, la simple comprobación del acto *libidinoso* no acredita el abuso sexual, sino que se requiere demostrar el *ánimo de deleite carnal y obtener satisfacción sexual o apetito inmoderado de sensaciones placenteras.*

De acuerdo con esta sentencia, la noticia de *un hecho de tipo sexual (por la parte del cuerpo) en donde existió el tocamiento, pero no se aprecia esa intención de satisfacer placeres sexuales o erotismo propio del activo, o de un apetito sexual inmoderado, pues es un hecho que se dio instantáneo, en un solo momento, sin expresar palabra alguna y sin que se tuviera ese deseo de deleite sexual en detrimento a la víctima.* Más adelante señala que no se advierte ninguna manifestación, intención de la conducta,

[45] Sentencia Juicio de Amparo 159/2017-IV. Juzgado Tercero de Distrito en el Estado de Veracruz. Poder Judicial de la Federación de fecha 22 de marzo de 2017.

insinuación, mirada o acercamiento que diera la seguridad de que se cometió el abuso sexual con intención de erotismo o satisfacción de apetito o deleite sexual.

Por último, el juez acredita el estado de indefensión de la adolescente puesto que tuvo la posibilidad de cambiarse de lugar, *evitando así el contacto físico con el quejoso.*

La sentencia citada es una muestra del conjunto problemáticas que hasta ahora se han revisado en este apartado:

- Tipo penal masculinizado[46] y complejo que requiere la acreditación de diversas circunstancias que concurren para su acreditación.

- Fragmentación de una vivencia compleja que inicia con forzar a la adolescente a subir a un auto con 4 jóvenes, los manoseos, la introducción de dedos en la vagina, y culmina con la violación de la adolescente por otro de los jóvenes. En este caso, cada hecho es analizado de manera independiente.[47]

- Descontextualización de la violencia y específicamente la agresión sexual que el juez interpreta como un momento específico, el tocamiento, sin considerar el conjunto de circunstancias que confluyeron y que estaban directamente relacionadas con la sexualidad de la adolescente. La interpretación del juzgador en este caso refuerza la masculinización del tipo penal, pulveriza la experiencia sexual de la adolescente al diseccionar los tocamientos en sus pechos de las demás acciones que estaban tomando lugar en el momento.

[46] Código Penal del Estado de Veracruz Artículo 182.- ...A quien, sin llegar a la cópula o a la introducción vaginal, anal u oral, abuse sexualmente de un menor, agraviando su integridad física o moral, en actos públicos o privados, aprovechándose de la ignorancia, indefensión o extrema necesidad económica o alimentaria, o de su estatus de autoridad respecto de la víctima, se le impondrán de cinco a diez años de prisión y multa de hasta doscientos cincuenta días de salario.

[47] Por la manera en la que está concebido el derecho penal cada persona es juzgada de manera particular y por los hechos que se le atribuyen en cualquiera de sus formas de comisión, es decir no se juzga en conjunto, y cada hecho es valorado por sí mismo. Si distintos hechos conforman distintos delitos, cada uno se revisa, se prueba y se juzga de manera independiente.

- Objetiviza a la víctima e invisibiliza la experiencia de la adolescente cuando su mirada se fija en la experiencia sexual del hombre. La importancia está puesta en la experiencia sexual del agresor y su placer, no en la afectación de la adolescente.

- Exige una prueba directa de la finalidad lasciva como una manifestación, intención de la conducta, insinuación, mirada o acercamiento, de tal manera que el tocamiento es observado de manera aislada como un *hecho instintivo*[48] que nada tiene que ver con las circunstancias.

- Análisis del estado de indefensión de manera aislada, sin considerar las condiciones de violencia en la que estaba envuelta, el contexto en el que los hechos tuvieron lugar, y las relaciones de poder por género y edad que tomaban lugar en dichas circunstancias.

El derecho en sus normas no nombra las experiencias ni las afectaciones en la sexualidad de quienes no son hombres. La labor jurisdiccional al incorporar la perspectiva de género debe permitir la visibilización de esas experiencias de tal manera que la sentencia las refleje, en las sanciones, en las medidas de protección que haya que dictar, y finalmente, en las medidas de reparación consideradas.

En ese sentido, el acceso a la justicia en materia de estos delitos debe garantizar el abordaje de la violencia sexual apartándose de los enfoques jurídicos tradicionales que van desde la moralidad —lo que es sexualmente correcto— a la obscenidad (MaCkinnon, *op. cit.*, pág. 132; Diez, *op. cit.*, págs. 6 y 7) que han replicado la subordinación de las mujeres o de otros géneros.

A manera de resumen del presente fascículo, los siguientes son los elementos que en el caso revisado debieron haber sido considerados para incorporar la perspectiva de género en la labor jurisdiccional:

[48] Este argumento biológico que se refiere a los instintos asociados a los sexos, en donde las acciones son inevitables por ser instintivas y por tanto carentes de reflexión, han sido históricamente utilizadas en la impartición de justicia para justificar la violencia contra las mujeres. No se niegan los hechos, los que se pone a discusión es si el origen biológico instintivo que lleva a cometer el acto es relevante para la nocividad del acto.

- Identificar la masculinización del tipo penal. Hacer consciencia de ello es la base del enfoque requerido para identificar desigualdades de género que se reproducen en estos delitos.

- Reconocer que la violencia y las relaciones de poder ya están presentes en cualquier conducta de violencia sexual en contra de las mujeres. En ese sentido, las jerarquías formales o informales que se gesten por las relaciones particulares de la víctima y el inculpado deben ser un agregado en el análisis del tipo. Lo mismo en el caso de actos como amenazas o golpes.

- El bien jurídico protegido es la libertad sexual de la víctima. En ese sentido, el origen del análisis debe ser la sexualidad de quien sufrió la conducta desde un enfoque de libertad, no así la experiencia del inculpado.

- Los fines como lascivia, erotismo o lujuria que son elementos que deben ser probados en algunos tipos penales de delitos sexuales, debe ser considerados de manera prioritaria como prueba circunstancial que deberá valorarse en conjunto, sin que por sí misma pueda tener un peso que afecte el estándar de prueba requerido en materia penal.

VI. Conclusiones

Se ha señalado por qué la violencia sexual es una manifestación de violencia de género que, por este mismo componente, se ejerce de forma desproporcional —más no exclusiva— en contra mujeres, adolescentes y niñas, o de cuerpos feminizados. La realidad fáctica ha obligado a los Estados a reconocer el impacto de género de esta problemática y a asumir obligaciones específicas para proteger la libertad y seguridad sexual de las personas y grupos que son afectados por la violencia sexual, sin que ello suponga desproteger a otras personas que no pertenecen a esos grupos, como los hombres, y que también pueden ser víctimas de violencia sexual.

En ese sentido, las obligaciones constitucionales adquiridas por el Estado mexicano en la firma y ratificación de instrumentos internacionales para la protección y reconocimiento de los derechos de las mujeres, como la Convención Belém do Pará, constriñen a México a incluir en la legislación interna las normas penales, civiles y administrativas, así como de otra naturaleza, necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género contra las mujeres. Ello deriva en deberes específicos de crear nuevas normas que, como ya se indicó, sí se ha hecho en este país; así como revisar y modificar aquellas que ya existen. Esto es, repensar y resignificar algunas normas que se construyeron desde ideas estereotipadas de los géneros y cuya aplicación acrítica o no cuestionada solo perpetuaría u ocasionaría más violencia —sexual, económica, etc—.

Juzgar con perspectiva de género en casos de violencia sexual en México supone reconocer que la violencia sexual dejó de ser un tema privado y doméstico; es también reconocer que el Estado —las autoridades jurisdiccionales— tienen un interés de garantizar el acceso a la justicia a las víctimas, en sintonía con las obligaciones en materia de protección de derechos humanos. Juzgar los delitos de violencia sexual con perspectiva de género es la afirmación misma de que un país que está inmerso en prácticas machistas y patriarcales no se seguirá tolerando la reproducción de la violencia sexual como herramienta para el sometimiento y la opresión para ningún género. El papel del poder judicial es elemento clave para avanzar en la erradicación del problema. Si bien sus funciones se agotan de manera foral en la sanción a las personas responsables de cada conducta, el mensaje simbólico resulta altamente poderoso para revertir este contexto que se vive en el país.

Por último, es indispensable reconocer que existe un daño colectivo en la perpetuación de la violencia sexual contra una mujer, porque cada caso confirma la afectación desigual que mantiene a los hombres como los agresores y a las mujeres como las víctimas, es decir que no se tratan de casos aislados, sino un problema social y colectivo, por lo que garantizar el acceso a la justicia con perspectiva de género se convierte en un acto de justicia social.

Bibliografía

AHMED, S., (2004), *La política cultural de las emociones*. CIEG-UNAM.

ARELLANO, R, *La violencia sexual no cede*. Blog. Disponible en: «https://www.mexicosocial.org/la-violencia-sexual-no-cede/», [Consultado el 3 de junio de 2020]

ARROYO, R, (2011), Acceso a la justicia para mujeres… el laberinto androcéntrico del derecho, en Revista IIDH, Vol 53.

BOURDIEU, P. (2000). *Sobre el poder simbólico.* En Intelectuales, política y poder, UBA/Eudeba, 2000.

BUTLER, J, (2002) Cuerpos que importan: Sobre los límites materiales y discursivo del "sexo". Paidós.

_____, (2002), *Deshacer el género*. Paidós.

CIDH, (2011), *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica* (OEA/ser.I./V/II. Doc. 63). Organización de los Estados Americanos.

_____, (2011), Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: La educación y la salud (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 65). Organización de los Estados Americanos.

Corte IDH, (2018b). Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No. 4. Género.

DIEZ, J. L, (2000), *El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual* 2a. *Época.* Revista de derecho penal y criminología, núm. 6.

FOUCAULT, M, (1988), *El sujeto y el poder*. Revista Mexicana de Sociología, 50(3), p. 3-20.

HOOKS, B, (2001), *All about love*, 1a ed., New Vision. Harper Collins Publishers Inc, 2001.

INEGI. (2016). *Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH 2016)*. México, Instituto Nacional de Geografía y Estadística.

INEGI. (2017a.). *Encuesta Nacional de los Hogares (ENH 2017)*. México, Instituto Nacional de Estadística y Geografía. https://www.inegi.org.mx/programas/enh/2017/

_____, (2017b). *Encuesta Nacional sobre Discriminación (ENADIS 2017)*. México, Instituto Nacional de Estadística y Geografía-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. Disponible en: «https://www.inegi.org.mx/programas/enadis/2017/»

_____, (2020). *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública. ENVIPE 2020. Principales resultados*. México, Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

JACKSON, Emily, (1992), *Catharine MacKinnon and Feminist Jurisprudence: A Critical Appraisal*, Journal of Law and Society oil. 19, no. 2.

LAGARDE, M, (2001), *Claves feministas para la emancipación del amor*. Puntos de encuentro.

_____, (2005), *Los cautiverios de las mujeres: Madresposas, monjas, putas, presas y locas*, 4a. ed.

MACKINNON, C, (2014), *Feminismo inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho*, ed. Siglo XXI.

México Evalúa. *Marzo: el mes con más delitos sexuales registrados desde 2015*. Disponible en: «https://www.mexicoevalua.org/marzo-el-mes-con-mas-delitos-sexuales-registrados-desde-2015/». [Consultado el: 15 de abril de 2020]

México Social. *La violencia sexual no cede*. Disponible en; «https://www.mexicosocial.org/la-violencia-sexual-no-cede/» [Consultado el: 30 de junio de 2020]

MINDA, GARY, (1989), *The Jurisprudential Movements of the 1980s*, Ohio State Law Journal.

ODDI, & ET. AL., (2005), *El niño víctima del delito. Fundamentos y orientaciones para una reforma procesal penal*. ODI-CIDE-INACIPE.

ODDI, (2008), *La denuncia como elemento terapéutico para el niño víctima del delito*.

OMS, (2018), *La salud sexual y su relación con la salud reproductiva: Un enfoque operativo*. Organización Mundial de la Salud.

ONU México, (2019). *ONU México hace un llamado a eliminar todas las formas de violencia sexual contra las mujeres y niñas*. Disponible en: «https://www.onu.org.mx/onu-mexico-hace-un-llamado-a-eliminar-todas-las-formas-de-violencia-sexual-contra-las-mujeres-y-las-ninas/»

ONU, (2006), *Poner fin a la violencia contra la mujer. De las palabras a los hechos*. Estudio del Secretario General Naciones Unidas.

ORTEGA, R., ROBLES, J., & Et. al,. (2012), *Deberes específicos de prevención, investigación y sanción. ReformaDH. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*. ACNUDH México-SCJN-CDHDF.

PIQUÉ, M. L., & PZELLINSKY, R., (2015), *Obstáculos en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género.* Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 14 (Nº 2).

RODRÍGUEZ, C, (2011), *El estándar de la prueba indiciaria en los casos de violencia sexual ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En Memorando de Derecho. Universidad Libre Seccional Pereira.

SAAVEDRA, YURIA, (2012), *Teoría de las reparaciones a la luz de los derechos humanos*. En Reforma DH. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. ACNUDH México; SCJN; CDHDF, México.

SEGOB-CEAV, (2016), *Diagnóstico cuantitativo sobre la atención de la violencia sexual en México. Informe Final. Comité de Violencia Sexual.* Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas.

SHAFFER, Martha, (2012), *The Impact of the Charter on the Law of Sexual Assault: Plus Ça Change, Plus C´est La Même Chose*. The Supreme Court Law Review: Osgoode´s Annual Constitutional Cases Conference, Vol. 57.

SHEEHY, Elizabeth., (1996), *Legalising Justice for All Women: Canadian Women´s Struggle for Democratic Rape Law Reforms*. Australian Feminist Law Journal, Vol. 6, Issue 1.

SCJN, (Suprema Corte de Justicia de la Nación) (2020), Protocolo para juzgar con perspectiva de género, México, 2020. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf

TARUFFO, M., *La prueba*. Marcial Pons, 2008.

Legislación nacional

- Código Penal Federal.
- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.
- Ley General de Víctimas.
- Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

- Código Penal para el Estado de Aguascalientes.
- Código Penal para el Estado de Baja California.
- Código Penal para el Estado de Baja California Sur.
- Código Penal para el Estado de Campeche.
- Código Penal para la Ciudad de México.
- Código Penal para el Estado de Chiapas.
- Código Penal para el Estado de Chihuahua.
- Código Penal de Coahuila de Zaragoza.
- Código Penal para el Estado de Colima.
- Código Penal del Estado Libre y Soberano de Durango.
- Código Penal del Estado de Guanajuato.
- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Guerrero.
- Código Penal para el Estado de Hidalgo.
- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.
- Código Penal del estado de México.
- Código Penal para el estado de Michoacán de Ocampo.
- Código Penal para el Estado de Morelos.
- Código Penal para el Estado de Nayarit.
- Código Penal para el Estado de Nuevo León.
- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca.
- Código Penal del Estado Libre y Soberano de Puebla.
- Código Penal para el Estado de Querétaro.
- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo.
- Código Penal del Estado de San Luis Potosí.
- Código Penal para el Estado de Sinaloa.
- Código Penal del Estado de Sonora.
- Código Penal para el Estado de Tabasco.
- Código Penal para el Estado de Tamaulipas.
- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala.
- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave.
- Código Penal del Estado de Yucatán.
- Código Penal para el estado de Zacatecas.

Legislación internacional

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Publicada en el Diario Oficial de la Federación, el martes 12 de mayo de 1981.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Publicada en el Diario Oficial de la Federación, el jueves 7 de mayo de 1981.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará). Publicada en la Primera Sección del Diario Oficial de la Federa ción, el martes 19 de enero de 1999.

Tesis jurisprudenciales

"VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES. CUANDO UNO DE ELLOS OBTIENE LA CÓPULA POR MEDIOS VIOLENTOS, SEAN FÍSICOS O MORALES, SE INTEGRA EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 265 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN; Y COBRA OBSERVANCIA OBLIGATORIA EN ÉSTE LA TESIS JURISPRUDENCIAL MODIFICADA POR LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN" 1a./J. 10/94. Tesis aislada; TCC; 9a. Época; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; IV.1o.P.30 P. (2006).

"VIOLACIÓN. REQUERIR QUE LA VÍCTIMA OPONGA CIERTA RESISTENCIA, MÁS ALLÁ DE SU EXPRESIÓN A NEGARSE A TENER RELACIONES SEXUALES, ES EXIGIR ACTOS QUE, ADEMÁS DE PONER EN RIESGO SU SEGURIDAD E INTEGRIDAD PERSONAL, HARÍAN INÚTIL SU MANIFESTACIÓN EXPRESA DE CONSENTIMIENTO, A TRAVÉS DE LAS PALABRAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA)." Jurisprudencia; TCC; 10a. Época;*Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; XVII.1o.P.A. J/8 (10a.). (2015c).

"ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO." Jurisprudencia; 10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta S.J.F.*; Libro 29, Abril de 2016; Tomo II; Pág. 836. 1a./J. 22/2016 (10a.). (2016a).

"ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO." Jurisprudencia; 10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta S.J.F.*; Libro 29, Abril de 2016; Tomo II; Pág. 836. 1a./J. 22/2016 (10a.). (2016b).

Tesis Aisladas

"ACCESO A LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA EN EL DISTRITO FEDERAL. LOS ARTÍCULOS 62 Y 66, FRACCIONES I A III DE LA LEY RELATIVA, QUE PREVÉN RESPESCTIVAMENTE, MEDIDAS Y ÓRDENES DE PROTECCIÓN DE EMERGENCIA, NO VIOLAN EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO TÉRCERO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL." Tesis Aislada; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a. LXXXVII/2014 (10a.). (1998a).

"MEDIDAS CAUTELARES. PARA SU ADOPCIÓN, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL, NO RIGE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA PREVIA A FAVOR DEL AFECTADO EN ARAS DE PRESERVAR EL DERECHO DE QUIEN LAS SOLICITA Y EN CUMPLIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA P./J. 21/98. SCJN"; Tesis aislada; TCC; 10a. Época;*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*;III.2o.C.8 C (10a.). (2013b).

"VIOLACIÓN SEXUAL. CASO EN QUE SE SUBSUME EN UN ACTO DE TORTURA." Tesis aislada; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; P. XXIV/2015 (10a.). (2015d).

"DELITOS SEXUALES. EL HECHO DE QUE ENTRE EL ACTIVO Y LA PASIVO HUBIERA EXISTIDO UNA RELACIÓN PREVIA Y TUVIERAN TIEMPO

DE CONOCERSE, NO ES FACTOR QUE IMPOSIBILITE LA EXISTENCIA DE ACTOS DE VIOLENCIA FÍSICA O MORAL HACIA LA VÍCTIMA, DERIVADOS DE UN VÍNCULO DE SOMETIMIENTO PRECEDENTE DE ÉSTA CON SU AGRESOR." Tesis aislada; TCC; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; II.2o.P.36 P (10a.). (2016c).

"LIBERTAD SEXUAL. TRATÁNDOSE DE ADULTOS, ES UN DERECHO PERSONALÍSIMO E INCONDICIONAL QUE NO SE LIMITA, SOMETE O REDUCE POR EL COMPORTAMIENTO PRECEDENTE DE LA VÍCTIMA NI POR LA EXISTENCIA PREVIA O ACTUAL DE RELACIONES O VÍNCULOS DE CUALQUIER CLASE CON EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO" Tesis Aislada; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; II.2o.P.47 P (10a.); TA; Publicación: viernes 28 de abril de 2017. (2017d).

"VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LA MUJER. REGLAS PARA LA VALORACIÓN DE SU TESTIMONIO COMO VÍCTIMA DEL DELITO." Tesis aislada; SCJN; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a. CLXXXIV/2017 (10a.). (2017d).

"DELITO DE VIOLACIÓN. LA AMENAZA DEL ACTIVO DE PUBLICAR MATERIAL GRÁFICO EXPLÍCITO DE LA OFENDIDA, PUEDE VÁLIDAMENTE CONSIDERARSE CONFIGURATIVA DEL ELEMENTO DE VIOLENCIA MORAL Y EFICAZ PARA LA IMPOSICIÓN DE LA CÓPULA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)." Tesis aislada; TCC; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; XVI.1o.P.22 P (10a.). (2018a).

"JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. SUS IMPLICACIONES EN CASOS QUE INVOLUCREN VIOLENCIA SEXUAL." TCC; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; XVI.1o.P.24 P (10a.). (2018b).

"AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. PARA SU DICTADO NO SE REQUIERE QUE LOS DATOS DE PRUEBA QUE EXISTEN EN LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN SE PERFECCIONEN PARA QUE ADQUIERAN EL

CARÁCTER DE INDICIOS RAZONABLES Y SEAN SUSCEPTIBLES DE ADQUIRIR VALOR DEMOSTRATIVO." Tesis aislada; TCC; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; I.7o.P.130 P (10a.). (2019a).

"INCAPACIDAD DE RESISTENCIA O AUSENCIA DE COMPRENSIÓN. SON DESCARTADAS COMO MUESTRA DE CONSENTIMIENTO EN EL DELITO DE VIOLACIÓN EQUIPARADA (ARTÍCULO 175 DEL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL, APLICABLE PARA LA CIUDAD DE MÉXICO)." Tesis Aislada; SCJN; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a. XCVI/2019 (10a.). (2019b).

"LIBERTAD Y SEGURIDAD SEXUAL. SU CONTENIDO Y ALCANCE COMO BIENES JURÍDICAMENTE TUTELADOS EN LOS DELITOS COMETIDOS CONTRA ÉSTOS." Tesis aislada; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a. XCIV/2019 (10a.). (2019b).

"MEDIDAS DE PROTECCIÓN A FAVOR DE VÍCTIMAS U OFENDIDOS DEL DELITO PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 137 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. CONTRA LA NEGATIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO DE OTORGARLAS EN LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN, ES INNECESARIO AGOTAR EL RECURSO REGULADO EN EL ARTÍCULO 258 DEL CÓDIGO MENCIONADO, PREVIO A LA PROMOCIÓN DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO [INAPLICABILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA" 1a./J. 27/2018 (10a.)]. Tesis aislada; TCC; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; XV.4o.7 P (10a.). (2019c).

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Pleno

Contradicción de Tesis 293/2011. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia de 3 de septiembre de 2013, México. (2013a).

Primera Sala

Amparo directo en revisión 495/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 6 de marzo de 2013. (2013c).

SCJN, Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes. (2014).

Amparo directo en revisión 4646/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,14 de octubre de 2015. (2015a).

Amparo directo en revisión 6141/2014, 26 de agosto de 2015. (2015b).

Amparo directo en revisión 29/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 28 de junio de 2017. (2017b).

Amparo directo en revisión 3186/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1 de marzo de 2017. (2017c).

Amparo directo en revisión 24/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 18 de abril de 2018. (2018c).

Amparo directo en revisión 5490/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 7 de marzo de 2018. (2018d).

Segunda Sala

Amparo en Revisión 73/2017. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Octubre de 2017, Tomo IV, página 2617. (2017a).

Sentencias internacionales

Corte IDH, (2010a) *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010",

Serie C No. 215. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf.

_____, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009", Serie C No. 205. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.

_____, *Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*. "Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020", Serie C No. 405. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf.

_____, *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018", Serie C No. 371. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf.

_____, (2010b) *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010", Serie C No. 216. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf.

_____, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Indemnización Compensatoria* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7.

Resoluciones emitidas por el Sistema Universal de Derechos Humanos

Comunicaciones

Comité CEDAW. (2008). *Caso Vertido v. The Philippines*. Resolución CEDAW/C/46/D/18/2008.

Recomendaciones generales

ONU-CDH, *Observación General No. 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida*, 2015.

Comité CEDAW, "Recomendación general 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19", Recomendación General 35, 26 de julio de 2017. Disponible en: http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?281enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsldCrOlUTvLRFDjh6%2fx1pWAeqJn4T68N1uqnZjLbtFuaxmiWrx1jUjN2YPr87ua2opczpm8HRQTpbV8yB4xPAMNMdlvkcJoAEe33GIZ%2fzBVX

Comité CEDAW, "Recomendación general 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia", Recomendación General 33, 3 de agosto de 2015. Disponible en: http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsldCrOlUTvLRFDjh6%2fx1pWCd9kc8NuhsZOT1QuzhrDy18wzCAUXNqyQ6jsIdNYETAeDvV6dejOczay7a%2b26T1wjjFHfgXT%2f1zCbvd%2bngmCTC

Resoluciones dictadas por otros tribunales

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-097/94.

Capítulo IV

La trata de personas

Mónica Elizabeth Salazar Salazar*

* Maestra en Derecho por la Universidad de Melbourne, Australia. Fundadora y Directora Ejecutiva en Dignificando el Trabajo A.C.

La trata de personas. I. Introducción; II. Antecedentes a la definición de Trata de Personas; III. Debates para considerar dentro de la definición de la trata de personas y la relación que guardan con la perspectiva de género; IV. La vulnerabilidad de la perspectiva de género en la trata de personas; V. Marco jurídico de la Trata de Personas en México; VI. Conclusiones.

I. Introducción

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo primero prohíbe la esclavitud en el país. "*Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.*" Desde este supuesto se debería desprender la introducción al tema de Trata de Personas en México. Sin embargo, la discusión se ha enfocado en establecer; ¿Qué es la Trata de Personas?; ¿Cómo debemos analizarla, estudiarla, identificarla y, sobre todo, juzgarla con perspectiva de género? La esclavitud, los trabajos forzosos y, la trata de personas se han ido adaptando a las distintas transformaciones sociales, económicas, culturales y, políticas, alrededor del mundo. Los esfuerzos por suprimirlos han recorrido vías paralelas, por lo menos desde finales del Siglo XIX y hasta la actualidad.

A lo largo de este documento se buscará explicar qué es la trata de personas; cómo se definió a nivel internacional; los elementos contenidos en diversos instrumentos internacionales que fueron considerados en el marco jurídico nacional; y, cómo se ha propuesto integrar la perspectiva de género al enjuiciamiento de situaciones de esta índole.

II. Antecedentes a la definición de trata de personas

1. Explotación y Trabajo Forzoso

La prosperidad del capitalismo europeo (S. XVI-S. XVIII), inspirado puramente en la idea del libre mercado, trajo aparejada la expansión del tráfico de esclavos a través del océano Atlántico. (Harari, 2016). El primer documento relevante en torno a la esclavitud data de 1815 y se denominó la *Declaración Relativa a la Abolición Universal de la Trata de Esclavos* (Contemporáneas, 2002). Sin embargo, es a principios del S. XIX cuando da inicio el movimiento abolicionista de la esclavitud, como resultado de la situación que padecían las personas, especialmente de origen africano, quienes eran perseguidas, raptadas, vendidas y trasladadas para ser obligadas a trabajar en condiciones infrahumanas en las administraciones coloniales europeas de América (Ezeta, 2019).

No obstante, esta situación fue hasta 1926, posterior a la Primera Guerra Mundial, que la Sociedad de Naciones aprobó la *Convención sobre la Esclavitud* (Convención sobre la Esclavitud), donde por primera vez se definieron los conceptos de esclavitud y trata de esclavos y se instó a las Naciones firmantes a prevenir y reprimir la trata de esclavos y, progresivamente la supresión completa de la esclavitud.

En dicho instrumento, en el artículo primero se define **esclavitud** como *"el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercen los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos"* y la **trata de esclavos** como "*todo acto de captura, cesión o adquisición de un individuo para venderlo o cambiarlo; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderlo o cambiarlo y en general todo acto de comercio o transporte de esclavos*" (Convención sobre la Esclavitud, 1926). Es en esta Convención que a su vez se hace mención del término de trabajo forzoso u obligatorio como una práctica pública y privada reconocida y aceptada. Por lo que incita a que cada Nación evite que dicha práctica lleve consigo condiciones análogas a la esclavitud y únicamente sea permitida para beneficio público.

Lo anterior sirvió como precedente para que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) conformará un Comité de Expertos para analizar las situaciones

relativas al trabajo indígena en los sistemas de trabajo forzoso u obligatorio en las Colonias de la región. Derivando en 1930 con la adopción del Convenio sobre Trabajo Forzoso el cual define el trabajo forzoso u obligatorio como: "todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para la cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente" (Organización Internacional del Trabajo, 1930). Estableció la supresión tanto pública como privada de dicha práctica y, enumeró como excepciones el servicio militar, trabajo penitenciario, obligaciones cívicas, trabajos en situaciones de emergencia y pequeños trabajos comunales. Sin embargo, con la admisión de la Convención sobre la Esclavitud y el Convenio sobre Trabajo Forzoso las Naciones segmentaron ambas problemáticas, concediendo la estrecha relación que guardan.

2. Trata de blancas vs. otras modalidades

A principios del S. XIX, se gestaron los primeros esfuerzos internacionales para la Represión de la Trata de Blancas; termino adaptado al referirse principalmente a mujeres europeas que eran captadas, coaccionadas y trasladadas a otros países con la finalidad de obligarles a la prostitución, o al concubinato, entre los que se identifican el Acuerdo Internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas de 18 de mayo de 1904; el Convenio Internacional para la represión de la trata de blancas, del 4 de mayo de 1910; el Convenio Internacional para la represión de la trata de mujeres y niños, de 30 de septiembre de 1921 y, el Convenio Internacional para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, de 11 de octubre de 1933. Con la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se estableció que nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas. (DUDH, 1948)

Sin embargo, a diferencia de los instrumentos sobre esclavitud y trabajos forzosos, los discursos sobre la trata de blancas se centraban en la eliminación de la prostitución al considerarla una práctica "*incompatible con la dignidad y el valor de la persona humana*" tal como quedó asentado en el *Convenio para la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena* (CRTPEPA, 1951) resultando en la persecución de la prostitución, con independencia de si ésta era

voluntaria, plasmando las base jurídica internacional contra la Trata de Personas, hecho que dificultó la observancia de otras modalidades. Incluso, a pesar de que en 1956 se aprobó la Convención Suplementaria de la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, (Convención Suplementaria, 1956) afirmando que nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre y que la esclavitud y la trata de esclavos quedarían prohibidas en todas sus formas.

Entre los aportes que la Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud (…) fue el incluir el término "condición servil," que define como prácticas análogas a la esclavitud entre las que incluyó: a) la servidumbre por deudas; b) la servidumbre de la gleba, c) el matrimonio servil y, d) el trabajo infantil. A su vez, retoma la definición de trata de esclavos (Convención sobre la esclavitud, 1926), desarrollando en el artículo 3º, los aspectos relacionados con el traslado y/o transporte transnacional, así como la tentativa y la complicidad para cometerlos en el artículo 6º. A pesar de buscar por medio de la integración de diversos elementos y términos su prohibición y abolición, lo referente al trabajo forzoso seguía siendo limitado, sobre todo al observarse los abusos a los derechos humanos cometidos en la Segunda Guerra Mundial.

En respuesta, los países miembros de la OIT adoptaron el *Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso* (Convenio núm. 105, 1957)el cual se establece la inmediata eliminación de los trabajos forzosos en varias circunstancias concretas: "a) como medio para alcanzar objetivos políticos o como castigo por manifestarse o expresarse en oposición del orden político; b) como medio de desarrollo económico; c) como medida de disciplina en el trabajo; d) como castigo por haber participado en huelgas, y; e) como medida de discriminación" (Ezeta, 2019).

En la década de los años 90, se esbozó una definición de Trata de Personas, presentado de conformidad con la Resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos, en la que se incluyó la explotación económica, así como, otros propósitos para la captación, coacción, engaño, traslado internacional, de hombres, mujeres, personas menores de edad, que no necesariamente estuvieran relacionados con la prostitución (CDH, 1997).

3. Delincuencia Organizada Transnacional

> Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas (Annan, 2004)

La delincuencia organizada transnacional abarca prácticamente todos los actos delictivos transnacionales graves perpetrados por un grupo de 3 o más personas actuando con fines de lucro orden material. Para adentrarnos al tema de la Trata de Personas es importante comprender que en el Siglo XX el contexto sociopolítico y económico evidenciaba la desigualdad entre los Estados, así como el esfuerzo de varios países por incrementar su seguridad profundamente afectada en diversas regiones. Buscando fomentar la cooperación internacional para integrar una reacción mundial a un problema de la misma magnitud es que se aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNODC, 2004)

En el marco de la Convención, diversas actividades se clasifican como delincuencia organizada transnacional, entre ellas tráfico de drogas, el tráfico ilícito de migrantes, la trata de personas, el blanqueo de capitales, el tráfico de armas de fuego, etc., por lo cual se complementó de 3 Protocolos:

- Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (aprobado en noviembre del año 2000, entró en vigor en enero de 2004)

- Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (aprobado en noviembre del año 2000 entró en vigor en diciembre de 2003).

- Protocolo contra la Fabricación y Tráfico Ilícito de Armas de Fuego (Aprobado en mayo de 2001 y entró en vigor en julio de 2005).

Se determinó que la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC por sus siglas en inglés), creada en 1997, cuyo objetivo es fomentar el combate contra el crimen organizado transnacional, fuera la instancia encargada de desarrollar iniciativas para que en coordinación con los Estados desarrollarán acciones tendientes a prevenir y combatir los delitos establecidos en la Convención y sus Protocolos. Esta serie de documentos buscaron plasmar diversas acciones de colaboración internacional que permitirían combatir la delincuencia organizada y, contrarrestar la diversidad de actividades que planteaban una amenaza para la paz, la seguridad humana, el desarrollo económico, político y social en el mundo.

4. Trata de Personas

Siendo así que el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Protocolo contra la Trata, logró establecer a nivel internacional la primera definición consensuada de Trata de Personas (UNODC, 2004):

> a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzosos, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;
>
> b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;

c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;

d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años

La definición contenida en el Protocolo contra la Trata, permitió identificar tres elementos básicos:

- **Acciones**: captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas;
- **Medios**: recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra;
- **Finalidades**: La explotación, la cual incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzosos, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

III. Debates para considerar dentro de la definición de la trata de personas y la relación que guardan con la perspectiva de género

Siendo los "medios" y las "finalidades" los elementos de mayor debate y desencuentro tanto a nivel nacional como internacional. Algunas razones para explicar lo anterior son la falta de consenso en cuanto a lo que se entiende por explotación y, con respecto a la nulidad del consentimiento cuando exista presencia de alguno de los medios enunciados en el Protocolo contra la Trata de Personas. Por tal motivo resulta esencial comprender qué a que se refiere el instrumento internacional con relación a estas dos concepciones.

1. Explotación

El término no se encuentra definido en los instrumentos internacionales, varias disciplinas han buscado dar un significado congruente y, suficientemente claro que abarque desde la "identificación de transacciones de explotación dentro de intercambios consensuales que, para algunos teóricos, oculta la presencia de una relación de poder, pero para otros garantiza su ausencia" (UNODC, 2015) , hasta las formas mínimas contenidas en la propia definición del Protocolo.

Resulta importante mencionar, que en el marco de los trabajos preparatorios (UNODC, 2008) para la elaboración del Protocolo contra la Trata, la discusión con relación a este elemento no resultó sencilla. Se logró consenso a través de enlistar ciertas modalidades de explotación, como mínimo, algunas de las cuales han sido descritas en otros instrumentos internacionales, y otras que no, como son la explotación de la prostitución ajena, y otras formas de explotación sexual.

De acuerdo con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) "se obliga a los Estados Parte a erradicar todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de mujeres" **(C**EDAW**, 1979)**. Sin embargo, a falta de definición de "explotación de la prostitución" el Comité de la CEDAW ha buscado se "sancione a quienes se beneficien de la explotación de la prostitución de otra persona" (UNODC, 2015) en este sentido, que se conservó la "explotación de la prostitución ajena", buscando que se distinguiera entre la persona que se beneficiara de su propia prostitución, de aquellos beneficiados por la ajena.

La explotación sexual, es otro de los conceptos que tampoco se encuentra definido en instrumentos internacionales y, que desde una visión de los derechos humanos y en concordancia con lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño (Convención sobre los derechos del niño, 1989), únicamente se debería aplicar a situaciones en las que niñas, niños y en general personas menores de 18 años se vean involucradas como: a) la inducción a un niño para que participe en cualquier actividad sexual ilegal; (b) el uso de niños para su explotación en la

prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; (c) el uso de niños para su explotación en espectáculos y material pornográfico.

Con relación al trabajo forzoso, que en sí no tiene relación con malas condiciones de trabajo, ni con incumplimiento a normas laborales, sí ha implicado una confusión respecto a su identificación al considerar que los elementos básicos para su integración, es decir, la coerción e involuntariedad, pueden encuadrarse dentro de los medios contemplados en la definición de Trata contenida en el Protocolo, o *bien,* con comprenderse como una situación de explotación laboral.

Sin embargo, desde la comunidad internacional existe un debate al respecto a pesar de que la definición de trabajo forzoso del Convenio de la OIT fue reafirmada, sin enmiendas, en 2014 con la adopción de un *Protocolo del Convenio sobre el Trabajo Forzoso,* mismo que aún no es ratificado por el Estado Mexicano.

La esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud hacen referencia a los instrumentos internacionales que las definen, *Convención sobre la Esclavitud* de la Liga de Naciones de 1926 y, la *Convención Suplementaria de sobre la abolición de la esclavitud* de 1956, respectivamente. En este sentido, hubo muy poca discusión respecto al término esclavitud y, revisando los *trabajos preparatorios* al Protocolo "no queda claro el motivo de la inclusión del término prácticas análogas la esclavitud" (UNODC, 2015) sin embargo, está buscó que se estipulará la prohibición de ciertas prácticas como las formas serviles de matrimonio, la servidumbre por deudas, la venta de niñas y niños para su explotación, así como la servidumbre, conceptos definidos en la Convención.

Por último, es importante mencionar que, de todas las modalidades de explotación descritas en este apartado, "solo la extracción de órganos no constituye de hecho un delito en sí mismo en el derecho nacional." En otras palabras, el resto de las finalidades de explotación contenidas en el Protocolo contra la Trata son "incorrectas independientemente de si se producen o no en el contexto de la trata, la extracción de órganos puede ser legal o ilegal dependiendo del propósito y las circunstancias de esa eliminación". (UNODC, 2015)

2. Consentimiento

El Consentimiento, de acuerdo con lo establecido en el inciso (b) del artículo 3º del Protocolo contra la Trata, otorgado por la víctima a cualquier forma de explotación, previamente explicadas, no se tendrá en cuenta si éste fue obtenido a través de amenazas, coerción, fraude, engaño, entre otros. La excepción a este apartado se presenta cuando las víctimas son personas menores de edad, pues como tal el consentimiento para su explotación es inoperante; sin embargo, el mismo protocolo establece que en situaciones que involucren a niñas y niños será necesario identificar y, comprobar los otros dos elementos, es decir la acción(es) y la finalidad.

Dicha situación se complica cuando hablamos de personas adultas, debido a que "el acuerdo para trabajar en una situación que podría considerarse de explotación no constituirá trata si ese acuerdo se obtuvo y sigue vigente sin que exista la presencia de alguno de los medios enunciados en la definición" *(UNODC, 2014)*

La explotación *per se*, conlleva otro tipo de violaciones a derechos humanos, sin embargo, para que se considere Trata de Personas en adultos, debe haber recurrido a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra (ídem, 2014). Es aquí en donde radica la mayor discusión al respecto, es decir, para algunas personas estudiosas del tema, los medios enlistados en la definición restringen el espectro, mientras que, para otras, esta limitación es lo que permite que se comprenda la severidad del delito.

Esta discusión no es menor cuando lo observamos desde la posición de los derechos de las víctimas en contraposición con los derechos de las personas imputadas. Sin embargo, la aproximación al respecto es la que arroja la mayor de las problemáticas, debido a que las investigaciones comúnmente se construyen desde la intención y decisiones tomadas por las víctimas y no así desde la intención y decisiones tomadas por la persona imputada. Es justo ahí la posición en la que el consentimiento juega un papel relevante, puesto que no debería ser excluyente

del delito, toda vez que la decisión tomada por la víctima no fue sustentada en un consentimiento pleno, mientras que la decisión de la persona imputada sí.

Ahora bien, en situaciones en las que resulta evidente el medio para sustentar la falta de consentimiento, por ejemplo, cuando estamos en presencia del rapto, coacción o fraude, no representa mayo controversia. Es en los casos más sutiles cuando el consentimiento "otorgado" por la víctima habiéndose recurrido para su obtención a alguno de los medios no tan evidentes, como, por ejemplo, el engaño o el abuso de una situación de vulnerabilidad, es que se convierte en todo un reto.

Por otro lado, podemos estar en presencia de un escenario completamente distinto, por ejemplo, cuando en una situación en la que no media algún tipo de abuso, engaño, amenaza o coacción, sino un acuerdo entre ambas partes adultas, con consentimiento libre e informado, se perciben circunstancias desfavorables para alguna de las partes, es decir relaciones de poder en una esfera laboral, en la cual es muy común, sin la presencia de dichos medios como elemento esencial, podríamos fácilmente caer en el error de presuponer la existencia de trata de personas en contextos en los que como tal no la hay. Esto ha resultado por la falta de acuerdos respecto a "si basta con demostrar únicamente que se ha recurrido a algún medio o si también es necesario demostrar que los medios empleados han invalidado realmente el consentimiento" (ídem, 2014).

3. Vulnerabilidad vs. Abuso de una situación de vulnerabilidad

Es necesario identificar que uno de los medios más recurridos en situaciones de trata es el abuso de una situación de vulnerabilidad. "En el contexto de la trata, el término "vulnerabilidad" suele emplearse para hacer referencia a los factores intrínsecos, ambientales o contextuales que aumentan la susceptibilidad de una persona o grupo a convertirse en víctima de la trata". (UNODC, 2013)

> Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud

> ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de la vulnerabilidad, entre otras, la siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de la libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico (Reglas de Brasilia, 2008).

Tanto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, como en el Protocolo contra la Trata de Personas, existen disposiciones relativas a la obligación de los Estados a hacer frente a las condiciones sociales y económicas adversas que fomentan las situaciones de vulnerabilidad y que a su vez previenen la Trata de Personas. Cabe resaltar que existe una confusión entre la vulnerabilidad como riesgo para la Trata y el abuso de una situación de vulnerabilidad como medio para la comisión del delito. Es decir, en ocasiones el "hecho de que una persona sea vulnerable a la trata se toma como indicio, o incluso como prueba concluyente, de que se ha satisfecho el elemento relativo a los medios exigido en la definición". (UNODC, 2013)

En la Ley Modelo contra la Trata de Persona desarrollada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito se ofrecen dos "definiciones" del concepto de abuso de la vulnerabilidad a fin de que los Estados parte las consideren al elaborar su propia legislación:

> a) Toda situación en que la persona del caso crea que no tiene alternativa real o aceptable a la sumisión" y, b) el "aprovechamiento indebido de la situación de vulnerabilidad en que se encuentra una persona como resultado de su estatus migratorio, embarazo o cualquier enfermedad física, mental, discapacidad de la persona, incluidas las adicciones al uso de cualquier sustancia; la capacidad reducida para formar juicios por tratarse de una persona menor de edad o por motivos de enfermedad, invalidez; la promesa o entrega de sumas de dinero u otros beneficios a quienes tienen autoridad sobre una persona; o bien, encontrarse en una situación precaria desde el punto de vista de la supervivencia social (UNODC, 2010).

Como puede observarse, al integrar el *abuso de una situación de vulnerabilidad* dentro de los medios para la comisión del delito establecidos en la definición

contenida en el Protocolo contra la Trata, se buscó que se considerará como un elemento por medio del cuál, un tercero pudiera abusar de otra persona al hacer uso de una o varias condiciones de vulnerabilidad (previamente identificadas), ya sea para captarle, trasladarle, transportarle, entregarle o recibirle con la finalidad de forzarle a la prostitución, explotarle sexualmente, para trabajo o servicio forzoso, servidumbre, esclavitud, alguna práctica análoga, o bien, para extraerle un órgano.

IV. La vulnerabilidad de la perspectiva de género en la trata de personas

> La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza (Corte IDH, 2003)..

Comenzar a hablar de perspectiva de género en el marco de la Trata de Personas, comúnmente nos lleva a retomar el tema de la vulnerabilidad desde la discriminación y la desigualdad. Como sociedad hemos logrado avanzar en por lo menos reconocer que:

- Cuando hablamos de sexo y género, nos referimos a temas distintos;
- Los estereotipos de género son construidos por la sociedad y determinados para cada sexo;
- La perspectiva de género es esencial para estudiar, analizar y, desarticular los roles de género que promueven la discriminación y desigualdad;
- Los roles de género afectan en mayor proporción a las mujeres, fomentando la violencia que se comente en su contra y,
- Es muy común escuchar o leer que los roles y estereotipos de género colocan a la mujer en una condición de vulnerabilidad.

De tal forma, que desde el comité de la CEDAW se ha establecido que *sexo* se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer y, *género* se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológica. (CEDAW,2010)

La protección especial que brinda el derecho internacional de los derechos humanos a las personas que son discriminadas por razón de género, no se limita exclusivamente a la protección de los derechos de la mujer, sino se extiende a la protección a los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (Rivero, Género en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, pág. 81, 2015) las niñas, niños y adolescentes, las personas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, personas migrantes, refugiadas, discapacidad, entre otras; la complejidad de impartir justicia con perspectiva de género surge cuando varias de las características se sobreponen.

Se ha discutido ampliamente la condición de vulnerabilidad de las mujeres, tanto adultas como niñas y adolescentes ante la Trata de Personas; de acuerdo con información publicada por UNODC, en la mayoría de los países se ha puesto un mayor énfasis en la detección y enjuiciamiento de casos de trata con fines sexuales (79%) frente a aquellos relacionados con trabajos forzosos (18%), y en menor medida otras modalidades contempladas en el Protocolo (UNODC, 2018) Es de reconocerse que los factores que configuran la vulnerabilidad a la trata de personas tienden a afectar de manera diferente y desproporcionada a sectores de población que ya sufren una falta de poder y reconocimiento dentro de la sociedad (UNODC, 2013), y este fenómeno en el marco del delito que nos ocupa ha permeado profundamente.

Resulta importante señalar que la creencia es que la prevalencia de las víctimas en los casos de trata con fines sexuales son mujeres, dejando en menor medida la investigación de esta modalidad de casos relacionados con niños, varones adolescentes y adultos. Según datos de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, a diferencia de la tendencia internacional, en la que se ha observado un decremento de 12% de la proporción de mujeres y niñas victimas en el mundo,

del 84% en 2004 al 72% en 2016, en México se ha mantenido superior al 80% en el periodo de 2012 a 2017, con excepción del año 2015 en el que se registró una disminución al 71% (CNDH, 2019). Sin embargo, de acuerdo con el Índice Global de la Esclavitud, que mide datos estadísticos de situaciones vinculadas a la esclavitud con un enfoque principalmente laboral, se estima que en México que existen alrededor de 341,000 personas viviendo esta situación (Foundation, 2018).

Sin embargo, desde hace más de una década, en el marco del Plan de Acción de las Naciones Unidas contra la Trata de Personas se determinó

> hacer frente a los factores sociales, económicos, culturales, políticos y de otra índole que hacen a las personas vulnerables a la trata, como la pobreza, el desempleo, la desigualdad, las emergencias humanitarias, que incluyen los conflictos armados y los desastres naturales, la violencia sexual, la discriminación por motivos de género, la exclusión y marginación sociales, así como una cultura de tolerancia respecto de la violencia contra las mujeres, los jóvenes y los niños (Plan de Acción, 2010).

En el informe de la UNODC se establece que, de las víctimas mundialmente identificadas en 2016, la principal finalidad de trata de personas de mujeres fue la sexual con el 83% de los casos, mientras que para los varones fue el trabajo forzoso con el 82% de los casos (UNODC, 2018).

Otro de los datos sorprendentes que arroja el informe de UNODC, es que en el 30% de los países que reportaron información con relación al sexo de las personas imputadas, resultó qué en su mayoría han sido mujeres. (Ídem,2018). Esto puede reflejar varios supuestos, por ejemplo, que:

- Las personas imputadas resultan ser mujeres debido a que la mayoría de las acciones para combatir la trata de personas se han enfocado a la prostitución ajena y la explotación sexual.

- Se haya imputado y sentenciado a mujeres víctimas- victimarias, es decir, que compartieron ambas características y por algún motivo no se les identificó adecuadamente.

- Falta de pericia en las investigaciones, o bien, que han sido víctimas de la falta de perspectiva de género al momento de enfrentar la justicia.

En un gran número de casos, el abuso de una situación de vulnerabilidad como medio para la comisión del delito, se ha "probado" bajo el argumento de que al ser las víctimas mujeres, se ha abusado de su vulnerabilidad; Sin embargo, esto se contrapone, por lo menos con el 30% de los países que han otorgado información argumentando que también la mayoría de las personas cometiendo el delito son mujeres. Entonces, ¿Una mujer puede abusar de la situación de vulnerabilidad de otra?, es aquí en dónde la perspectiva de género nos debe permitir analizar.

Determinar la vulnerabilidad en la trata de personas exige, frecuentemente, que se analice cada situación en específico, pues ésta no tiene un carácter fijo, predeterminado o conocido. Son muchos factores los que configuran el contexto en que se produce la trata y la capacidad que tiene la persona para responder a ella (UNODC, 2013). Por ejemplo, cuando hablamos de mujeres menores de edad (niñas, y adolescentes); mujeres migrantes, mujeres indígenas, etc. En algunas circunstancias puede resultar más sencillo juzgar con perspectiva de género, sin embargo, no siempre ocurre así.

Pensemos en un supuesto:

Por medio de una llamada anónima se da aviso a las autoridades de que se encuentran varias mujeres, presuntamente forzadas, en un centro nocturno, coloquialmente llamado "*table dance*" en cualquier estado del país.

Se prepara un operativo de rescate de estás mujeres presumiblemente victimas de Trata. Al momento de intervenir se percata la autoridad de que en el interior se encuentran: 8 mujeres adultas de nacionalidad mexicana y 6 mujeres adultas de diversas nacionalidades; todas argumentan trabajar ahí voluntariamente como bailarinas.

A su vez, se identifican 4 mujeres adultas más de nacionalidad mexicana, 2 son meseras en el lugar y, las otras 2 son las encargadas de arreglar y facilitar todo lo necesario a las 14 chicas bailarinas.

¿Qué grupo de estás 18 mujeres es más vulnerable en un escenario de Trata de Personas?

Podríamos argumentar que las 6 mujeres adultas extranjeras, pues no se encuentran en su lugar de origen, habría que revisar su estatus migratorio, etc., posteriormente las 8 mexicanas, por la actividad que desempeñan, el contexto, etc. ¿Qué pasa con las otras 2 mujeres? En qué momento se llega a contemplar la posibilidad de que las otras 4 mujeres se encuentren en una situación forzosa. Comúnmente estás no se encuentran en las filas de las posibles víctimas. Estás, son imputadas por la actividad que desarrollan sin que la perspectiva de género se haya utilizado al analizar su situación.

V. El marco jurídico de la trata de personas en México

Con la entrada en vigor del Protocolo contra la Trata, en el ámbito internacional se tuvieron avances considerables en cuanto al combate del delito. Desde el 2003 varios países adoptaron en sus legislaciones lo establecido en la Convención y sus protocolos, entre ellos México, que buscó conservar los elementos contenidos en dicho instrumento.

1. Antecedentes legislativos

El Estado mexicano se obligó desde el año 2003 a adoptar las medidas legislativas necesarias para tipificar como delito las conductas establecidas en la definición del artículo 3º del Protocolo contra la Trata de Personas y, fue en el año 2007 que se materializaron los primeros avances para su tipificación. Por lo que el 13 de abril de 2007 que se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) la reforma al Código Penal Federal que incluyera el primer tipo penal en el país. Sin embargo, con esta reforma no se logró cumplir con los compromisos derivados de la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos; destacando la protección y atención a las víctimas, la adecuada persecución del delito, la prevención de las causas raíz que fomentaban la comisión del delito, y en particular la participación del Estado mexicano

y, su cooperación en la investigación y persecución de la delincuencia organizada transnacional.

La reforma al Código Penal Federal buscó subsanar una discusión que por más de tres años se tenía en el poder legislativo, relativa a la adecuada regulación del delito, pero que ameritaba reformar diversos ordenamientos jurídicos como la propia Ley contra la Delincuencia Organizada. Fue así como, el 27 de noviembre de 2007 se publico en el DOF la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, incluyéndose a la trata de personas en los supuestos del artículo 20 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada e incorporándola como delito grave en el catálogo de delitos por lo que no se concedía la libertad preparatoria.

De acuerdo con el Diagnóstico Nacional sobre la Situación de Trata de Personas en México, para el 15 de junio de 2012, con excepción del estado de Campeche, todas las entidades federativas contaban con un tipo penal de trata de personas en el que se incluían, por lo menos, varios de los criterios establecidos por el Protocolo contra la Trata de Personas. (Diagnóstico Nacional, 2014)

Sin embargo, no existía una adecuada comprensión del delito, ni de la relevancia de este en el marco de la Delincuencia Organizada Transnacional; la mayoría de las entidades federativas tenía su propia comprensión del delito y así fue plasmada en las legislaciones estatales dificultando la cooperación, investigación y adecuada sanción del delito. Esto motivo a que el 14 de julio de 2011, se publicará en la reforma a la fracción XXI del artículo 73 de la CPEUM, facultando al Congreso de la Unión para legislar en la materia.

Derivado de lo anterior, se presentó la iniciativa de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, misma que fue aprobada en ambas cámaras y publicada en el DOF el 14 de junio del 2012, abrogando la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas de 2007 y modificando en su totalidad la visión, entendimiento, abordaje, persecución, e investigación del tema en México.

En comparación con la definición internacional contenida en el Protocolo contra la Trata de Personas, la entrada en vigor de esta legislación permitió que los delitos relacionados con algún elemento de la definición internacional pudiesen ser perseguidos como trata de personas; equiparó la explotación en las diversas finalidades a la trata, no como uno de los tres elementos necesarios para identificar el delito transnacional, sino como delito en sí y, modificó el elemento esencial de los medios establecidos en la definición, trasladándolos como agravantes del delito.

> Esta legislación buscó sancionar, básicamente todos los delitos relacionados con alguna forma de explotación retomada en el Protocolo, más otras que los diferentes actores involucrados consideraron necesario se perseguirán como trata de personas; es importante destacar que, aunque esto seguramente se traducirá en un aumento considerable de sentencias condenatorias, no necesariamente se estará procesando a tratantes, de conformidad al Protocolo de Palermo, sino a explotadores (Ídem, Pág. 35).

El Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP) ha optado por utilizar la categoría "delitos en materia de trata de personas" para integrar las conductas que se establecen en la Ley General de la materia. Esto ha dificultado identificar información necesaria para la adecuada prevención y desarticulación de las causas que llevan a estos delitos, se complicado el medir los avances de la persecución e impartición de justicia, así como la obtención de cifras desagregadas en las modalidades de explotación.

Sin embargo, la tipificación del delito en el marco jurídico es parte de otro análisis; en lo que refiere a la perspectiva de género, la Ley General establece en el artículo 3º fracción II que se entenderá como:

> la visión científica, analítica y política sobre las mujeres y los hombres y las relaciones entre ellos en la sociedad, que permite enfocar y comprender las desigualdades socialmente construidas a fin de establecer políticas y acciones de Estado transversales para disminuir hasta abatir las brechas de desigualdad entre los sexos y garantizar el acceso a la justicia y el ejercicio pleno de sus derechos.

Ahora bien, si lo revisamos desde lo que la Ley General establece que se debe comprender en el artículo 4º fracción XVII, comenzamos a detectar que los elementos de abuso de una situación de vulnerabilidad y el propio consentimiento se fuero desdibujando.

> Situación de vulnerabilidad: condición particular de la víctima derivada de uno o más de las siguientes circunstancias que puedan derivar en que el sujeto pasivo realice la actividad, servicio o labor que se le pida o exija por el sujeto activo del delito:
>
> a) Su origen, edad, sexo, condición socioeconómica precaria;
> b) Nivel educativo, falta de oportunidades, embarazo, violencia o discriminación sufridas previas a la trata y delitos relacionados;
> c) Situación migratoria, trastorno físico o mental o discapacidad;
> d) Pertenecer o ser originario de un pueblo o comunidad indígena;
> e) Ser una persona mayor de sesenta años;
> f) Cualquier tipo de adicción;
> g) Una capacidad reducida para forma juicios por ser una persona menor de edad, o
> h) Cualquier otra característica que sea aprovechada por el sujeto activo del delito.

Esto aunado al artículo 40 de la propia Ley, respecto a que cualquier consentimiento otorgado por la víctima sin importar su edad y para cualquier modalidad de Trata, de acuerdo con los supuestos establecidos en dicha norma, no serán excluyentes de responsabilidad penal. Por lo tanto, es urgente observar los delitos en materia de trata con perspectiva de género, y de ser posible aplicar un enfoque de interseccionalidad, el cual establece, que diversas categorías sociales son construidas y se encuentran interrelacionadas.

VI. Conclusión

Finalmente, el 25 de septiembre de 2015 los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas adoptaron la Agenda de Desarrollo Sostenible, también conocida como la Agenda 2030. Estableciendo una serie de objetivos con miras

a lograr la prosperidad y el desarrollo sostenible en el mundo. Entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), se encuentra el "trabajo decente y crecimiento económico" bajo la meta 8.7, por medio del cual se busca que los Estados "adopten medidas inmediatas y eficaces para erradicar el trabajo forzoso, poner fin a las formas contemporáneas de esclavitud y la trata de personas" y, se aseguren de prohibir y eliminar las peores formas de trabajo infantil. (ONU, 2015)

Así como a eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación (meta 5.2); eliminar todas las prácticas dañinas como el matrimonio infantil, precoz y forzado, y la mutilación genital femenina (meta 5.3); y eliminar el maltrato, la explotación y la trata infantil (meta 16.2) (Ídem). Conscientes de que la trata de personas, los trabajos forzosos y la esclavitud sigue siendo objeto de debate en muchos países, sobre todo en términos legislativos y de aplicación de la ley, se buscan impulsar un esfuerzo para su efectiva erradicación. Para lo cual identificar estos delitos por medio de la perspectiva de género se vuelve esencial, mientras la discriminación y desigualdad prevalezcan.

Bibliografía

ANNAN, K. A. (2004), *Prefacio, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos*, Viena: Naciones Unidas.

CEDAW, (2010) , Proyecto de Recomendación general Nº 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminaciónde todas las formas de discriminación contra la mujer. CEDAW/C/GC/28. Disponible en https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8338.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2012/8338. [Consultado el 30 de 11 de 2020].

CNDH, (2019), *Diagnóstico sobre la Trata de Personas en México,* CDMX, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Quinta Visitaduría General, Programa contra la Trata de Personas.

Contemporáneas, L. A, Disponible en: ohchr.org/documents/publications/slaverysp.pdf- [Consultado el 20 de noviembre de 2020].

CDH, (2000),*Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. La violencia contra la mujer*. Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3402.pdf- [Consultado el 20 de noviembre de 2020],

EZETA, S., (2019) *Trabajo Forozos y Trata de Personas: Una guía Introductoria,* 1a. ed., CDMX, Dignificando el Trabajo AC.

FOUNDATION, W. F,. *Global Slavery Index*, 2018.Disponible en: https://www.globalslaveryindex.org/2018/data/country-data/mexico/. [Consultado el 30 de noviembre de 2020].

HARARI, Y. N, (2019), *Sapiens, De animales a dioses. Breve historia de la Humanidad*, 8aed., México, Penguin Random House.

OIT. (s/a) *Ratificación del Convencio 29-Convenio sobre trabajo forzoso*. Disponible: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312174. [Consultado en 20 de noviembre de 2020]

ONU. (s/a) *Objetivo 8.Objetivos de Desarrollo Sostenible*.Disponible en: https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/economic-growth/- [Consultado el 18 de diciembre de 2020].

RIVERO, M. D, (2015), *Género en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos,* 1a. ed., Nuevo León, Monterrey, México,Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Nuevo León.

_____, (2015),*La protección de los grupos en situación de vulnerabilidad en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos*, C. E. León, Ed, Nuevo León, Monterrey, México Universidad Autónoma de Nuevo León.

UNODC, (2014), *Diagnóstico nacional sobre la situación de Trata de Personas en México*, CDMX.

_____, (2013), *Documento Temático. Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros "medios" en el contexto de la definición de trata de personas*. Dispoible en: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2016/Abuse_of_a_position_of_vulnerability_Spanish.pdf. [Cosultado el 02 de diciembre de 2020].

_____, (2015)*Documento Temático. El concepto de "explotación" en el protocolo contra la trata de personas*. Disponible en; https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/CrimenOrganizado/Explotacion_v2.pdf. [Consultado el 05 de diciembre de 2020].

_____, (2014)*Documento Temático. El papel del "consentimiento" en el protocolo contra la trata de personas*. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/humantrafficking/2016/UNODC_2014_Issue_Paper_Consent_ES.pdf. [Consultado el 26 de noviembre de 2020].

_____, (2018),*Global Report on Trafficking in Persons,* 2018. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf. [Consultado el 16 de noviembre de 2020].

_____, (2008),*Travaux Préparatoires. de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos,* 2008. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf. [Consultado el 16 de noviembre de 2020].

Legislación internacional

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Publicada en el Diario Oficial de la Federación, el martes 12 de mayo de 1981, 1979.

Sociedad de Naciones, 1926. Convención sobre la Esclavitud. Ginebra.

Convención sobre los Derechos del Niño, Publicada en el Diario Oficial de la Federación, el viernes 25 de enero de 1991.

Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, Publicada en el Diario Oficial de la Federación, 10 de febrero de 1959.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio sobre la Abolición del Trabajo Forzoso, 1957 (núm. 105). Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de febrero de 1959.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. 25 de julio de 1951. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de febrero de 1955.

ONU, Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948. Publicada el en Diario Oficial de la Federación en el 22 de noviembre de 1969.

Asamblea General de Naciones Unidas, Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidad para Combatir la Trata de Personas. 2010.

OHCHR, Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convencion de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de abril de 2003

XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, 4 marzo de 2008.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, publicada en el Diario Oficial de la Federación, 11 de abril de 2003.

Oficina de la Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, (UNODC), Ley modelo contra la trata de personas. 2010.

Resoluciones emitidas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Opiniones Consultivas

Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf

Capítulo V

Los delitos de violencia familiar

Dalia Berenice Fuentes Pérez*

* Maestra en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Abogada consultora especialista en derechos humanos y perspectiva de género. Consultora externa para organizaciones de la sociedad civil y organismos de protección de los derechos humanos en materia de acceso a la justicia y perspectiva de género. Fundadora de dHesarrolla AC.

Los delitos de violencia familiar. I. Introducción al fenómeno; II. Los derechos humanos en casos del ámbito penal que involucren situaciones de violencia familiar; III. El proceso; IV. Medidas de protección; V. Conclusiones.

I. Introducción al fenómeno

El cumplimiento de la obligación de impartir justicia desde un enfoque de derechos humanos y con perspectiva género en casos que involucran violencia familiar, se enmarca en los deberes del Estado de garantizar el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad a todas las personas (SCJN, 1a./J. 22/2016).

Con base en lo anterior en este fascículo se explican, en un primer apartado, cuestiones básicas para entender el desarrollo evolutivo del tratamiento jurídico de la violencia familiar en materia penal, que deriva de la protección a los derechos de las mujeres, niñas, niños y adolescentes; las razones que motiva la atención multimateria de esta problemática desde distintos ámbitos, así como las prácticas judiciales que suelen presentarse por tal regulación; por último se hace referencia a la obligación que asiste a las autoridades penales antes quienes se denuncian hechos probablemente constitutivos de un delito de violencia familiar.

En el segundo apartado se brinda una breve explicación sobre los derechos humanos directamente vinculados con la obligación de prevenir, atender y sancionar la violencia familiar, a saber: el derecho de acceso a la justicia; el derecho a la igualdad y a no ser discriminada/o; así como el derecho a una vida libre de violencia

en el entorno familiar que se relaciona, por un principio de interdependencia, con otros derechos como el de acceso a una vida libre de violencia de las mujeres y el de niñas, niños y adolescentes a no ser maltratadas/os.

En el tercer apartado se desarrollan las cuestiones relativas al proceso y cómo, dentro de éste, se debe comprender la posición de las personas dentro de los núcleos familiares no en la neutralidad, sino a partir de su identidad sexo-genérica y su edad (por lo menos). Esto debido a que las familias son grupos sociales que se conforman con base en valores y parámetros del sistema patriarcal y el orden social de género. Se desagregan de forma específica, aquellos elementos mencionados en la jurisprudencia que obliga a las y los operadores jurídicos a juzgar desde una perspectiva de género, que les permite identificar situaciones de discriminación y/o violencia en un conflicto familiar como son: el contexto; la existencia de una relación asimétrica de poder entre las partes; y el despliegue de conductas de control, dominación o sometimiento entre integrantes de la familia, que causan les daños y consecuencias de diverso tipo.

En el cuarto apartado se desagregan las características más relevantes de las órdenes de protección, en función de los puntos que resultan que sobre éstas han resultado más debatidos en casos de violencia familiar.

Por último, en los distintos apartados del fascículo se hacen menciones en cuanto a la regulación de la violencia familiar en los códigos penales estatales.

1. La atención al problema de la violencia familiar desde la justicia

Durante siglos, la violencia familiar no fue entendida ni denominada como tal, sino como conflictos o desavenencias entre personas particulares y, por lo mismo, de naturaleza privada en los que no debía intervenir el Estado. Tanto las intervenciones de la sociedad civil y los organismos internacionales, en conjunto con el trabajo académico multidisciplinar, lograron modificar gradualmente ese enfoque. Esto propició cambios jurídicos-procedimentales en las legislaciones internas de los Estados desde finales del siglo XX (Maqueda, 2006), vía presión de la comunidad internacional y la firma de tratados en materia de derechos humanos.

Los estudios de género y las epistemologías metodologías feministas, de manera enfática, cuestionaron el enfoque patriarcal desde el que se estudiaba a las familias, que hasta entonces se habían analizado como estructuras sociales homogéneas, solidarias y basadas en el consenso. Los nuevos puntos de vista hicieron evidente la necesidad de entender estos grupos como instituciones patriarcales y jerárquicas basadas en "… relaciones de poder que suponen una distribución desigual de los derechos, recursos y autoridad que afecta sobre todo a las mujeres." (Arias, 2014, p. 179).

El reconocimiento de las familias como grupos heterogéneos y desiguales con diferencias generacionales (por edad) e intereses de género diversos, abrió la brecha para visibilizar que muchas de sus dinámicas no eran simples conflictos, sino comportamientos discriminatorios y/o violentos que atentaban contra los derechos humanos de sus integrantes. Del mismo modo, las investigaciones y estadísticas que ya mostraban que la violencia familiar afectaba de manera desproporcional a determinados/as integrantes del grupo familiar (mujeres, así como niñas, niños y adolescentes), sirvieron como fundamento para obligar a los Estados a reconocer que se estaba ante un problema social generalizado, sistémico y estructural y la urgencia de considerarle normativamente como una cuestión de interés público (Maqueda, 2006).

Estos son los antecedentes que impulsaron la introducción de las regulaciones sobre violencia familiar / intrafamiliar en materias civil-familiar y penal aún vigentes; éstas tienen por objeto la protección del derecho a una vida libre de violencia en el entorno familiar (SCJN, Tesis CXCII/2015).

Actualmente en México, las Entidades federativas han incorporado en sus legislaciones penales previsiones expresas que definen y prohíben la violencia familiar.[1] En todas se determinan sanciones de pena privativa de la libertad y/o multa; adicionalmente, en algunas se determinan sanciones adicionales como la perdida de

[1] Jalisco la tiene prevista como una agravante de la violencia, no como un tipo penal autónomo. Las 32 entidades restantes, sí prevén tipos penales de violencia familiar autónomos.

derechos familiares (incluso hereditarios); tratamientos psicológicos y/o psiquiátricos tanto para la persona víctima como para la persona agresora (para ésta también se prevén medidas de re-educación). También se establecen algunas medidas que, si bien, parecen similares a las órdenes de protección (por el tipo de efecto que tienen) su denominación es distinta y no solo se aplican cuando la violencia se comete por razón de género; entre estas medidas se encuentra la prohibición de acercarse o la orden de alejarse de algún lugar, así como la caución y/u orden de no ofender. No existe homogeneidad en cuanto a la procedencia de la denuncia, el algunas Entidades el factor para que este delito proceda de oficio es el tipo de persona que recibe la violencia.

El citado marco regulador nació impulsado y vinculado con la protección jurídica internacional de los derechos de las mujeres y los derechos de niñas, niños y adolescentes, pues las investigaciones y estadísticas demostraban y lo siguen haciendo, que son estas personas y grupos quienes con mayor frecuencia son violentadas en los grupos familiares; sin que con esto pretenda negarse que otras/os de sus integrantes pudieran ser víctimas de tales conductas (Pérez, 2010).

La propia evolución del marco normativo también revela la necesidad de incorporar la perspectiva de género y la perspectiva de infancia en el análisis de casos de violencia familiar/intrafamiliar, como herramientas metodológicas que permiten a una o un juzgador analizar el conflicto a partir de aspectos que revelan en qué casos el género y/o la edad son factores que se convierten en justificaciones o motivaciones para violentar a la persona.

Tales disposiciones se vieron fortalecidas con la reforma constitucional en materia de derechos humanos en México, que elevó la jerarquía normativa y amplió la protección de aquéllos, estableciendo las bases del desarrollo jurisprudencial que instaura expresamente la obligación de juzgar con perspectiva de género como elemento para garantizar el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

En este orden de ideas, la SCJN determina la obligación *ex officio,* a cargo de todo órgano jurisdiccional de implementar "… un método en toda controversia judicial,

aun cuando las partes no lo soliciten, a fin de **verificar si existe una situación de violencia** o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria" (SCJN, 1a./J. 22/2016, p. 836).

La obligación de identificar esa problemática que se da en distintos ámbitos —incluido el familiar— quedó vinculada con el ejercicio de derechos humanos de rango constitucional, en este caso el derecho a vivir en entornos familiares libres de violencia; su cumplimiento, por parte de las y los juzgadores, supone el uso de herramientas como el parámetro de control de regularidad constitucional, aplicar la perspectiva de género y un enfoque interseccional (Amparo directo en revisión 4398/2013).

La perspectiva de género es útil porque visibiliza

> la asignación social diferenciada de roles y tareas en virtud del sexo, género u orientación sexual; revela las diferencias en oportunidades y derechos que siguen a esta asignación; evidencia las relaciones de poder originadas en estas diferencias; se hace cargo de la vinculación que existe entre las cuestiones de género, la raza, la religión, la edad, las creencias políticas, entre otras; pregunta por los impactos diferenciados de las leyes y políticas públicas basadas en estas asignaciones, diferencias y relaciones de poder, y determina en qué casos un trato diferenciado es arbitrario y en qué casos necesario. (amparo directo en revisión 4398/2013, p. 64).

Del mismo modo, como se verá en este fascículo, la obligación en cuestión implica un adecuado análisis del elemento de género como factor que explica la dinámica de los hechos de un conflicto penal; sin que en algún momento se reduzca su uso únicamente a casos donde estén involucradas mujeres, o se haga una generalización sobre su aplicación para todo conflicto donde ellas participan.

Un importante porcentaje de conflictos familiares tienen componentes de género debido a las características de la estructura de este grupo social. En tal sentido, lo que pretende presentar este fascículo son algunos elementos para aplicar la perspectiva de género en casos de violencia familiar, cuando ese rasgo identitario (el género) sea uno de los elementos que explica aquel delito.

2. Uso de distintas vías procesales para prevenir y atender la violencia familiar

La obligación de atender a las causas y consecuencias de la violencia familiar, como ya se expresó, está vinculada en su origen con el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y el derecho de niñas, niños y adolescentes a la protección contra los malos tratos. Su regulación multimateria en la legislación mexicana civil-familiar y penal (federal y estatal) atiende a las siguientes obligaciones convencionales:

- La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante Convención Belém do Pará) establece la obligación de los Estados de incluir en su legislación interna las "… *normas penales, civiles, administrativas o de otra índole, que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer…"* (artículo 7.a) (OEA, 1994). Adicionalmente, respecto a los recursos estatales que se deben adoptar para combatir la discriminación contra las mujeres en los sistemas de justicia, el Comité contra la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW por sus siglas en inglés) enfatiza en su Recomendación General 33 sobre acceso a la justicia que "… los recursos relativos a los daños civiles y las sanciones penales no son mutuamente excluyentes…" (CEDAW, 2015, párr. 18 inciso b).

- La Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989), por su parte, prevé la obligación de los Estados de proteger a las niñas, niños y adolescentes contra toda forma de malos tratos, sean éstos ocasionados por su padre, madre o cualquier otra persona que esté como responsable de su cuidado; así como el deber de establecer las medidas preventivas y de tratamiento necesarias (artículo 19).

Las obligaciones son precisas, los Estados tienen que sancionar la violencia en distintos ámbitos porque, como sucede con otros ilícitos, una sola conducta puede generar diversas responsabilidades jurídicas. Esta regulación no supone, en

forma alguna, canales procesales dependientes intermaterias, ni subordinación de una materia a la otra.

Ahora bien, la inadecuada comprensión de esta regulación multimateria conduce a prácticas judiciales problemáticas para el tratamiento de la violencia familiar, en abierta contravención a las obligaciones estatales en materia de acceso a la justicia y protección de los derechos humanos, especialmente de grupos en situaciones de vulnerabilidad:

- Problemática 1. El condicionamiento de las actuaciones procesales de una materia a las actuaciones de otra materia. Esto se actualiza, por ejemplo, cuando una o un juzgador civil-familiar omite o se niega a identificar y tratar jurídicamente la violencia familiar por no haber habido resolución por parte del juzgador penal, o porque la misma fue absolutoria.

- Problemática 2. La negativa de las autoridades judiciales a conocer y atender la violencia familiar que se advierte en un caso de materia familiar, bajo el argumento de que se trata de conductas que corresponden exclusivamente al ámbito penal o que no fue algo que "controvirtieran" las partes.

Sobre éstas resulta fundamental acudir a las razones de la división del derecho en materias, así como a la propia evolución de la protección jurídica de los derechos humanos:

Conforme a lo que indica la doctrina jurídica, el derecho civil regula los principales hechos y actos de la vida humana, así como la situación jurídica que tiene la persona con sus semejantes o en su relación con las cosas. Queda comprendida en esta materia lo relativo a la regulación de todos aquellos aspectos relacionados con la familia y sus problemáticas, como la violencia y discriminación que son hechos ilícitos (García M., 2002). La materia familiar, además, supone un planteamiento particular, pues se considera que la protección de los bienes que protege son de interés y orden público y relaciones de derecho privado entre

particulares. Se trata de una materia que si bien, no fija sanciones en un sentido punitivo, sí establece responsabilidades jurídicas, de ahí la facultad que tienen las autoridades civiles para de determinar el resarcimiento de daños causados por conductas de violencia.

La materia penal por su parte, regula aquellas conductas gravosas que afectan los derechos de las personas, razón por las que se les asigna la calidad de "delitos" ídem). Por tratarse de un derecho punitivo sigue los principios de "estricta aplicación", los estándares de prueba que se aplican son más altos que los requeridos en otras materias, además de que se considera un recurso de *ultima ratio*.

La protección que se da al derecho a vivir en entornos familiares libres de violencia, en materia civil-familiar y penal, se debe integrar de manera armónica —con los propios alcances que fija cada materia— con aquella que brinda la legislación especializada de protección a personas y grupos en situación de vulnerabilidad (cuando el caso demuestre que cuestiones identitarias como el género, la edad, la discapacidad, etc. son un factor que influyó en le comisión del hecho ilícito (civil / familiar o penal). Por principio, todas las Entidades federativas prevén leyes especializadas en: a) combate a la violencia de género contra las mujeres (todas prevén la violencia familiar como una de sus modalidades o ámbitos); b) igualdad entre hombres y mujeres; y c) combate a la discriminación. Otras leyes especializadas a nivel estatal que deben ser aplicadas conforme el caso las requiera, son las protegen los derechos de niñas, niños y adolescentes; derechos de las personas con discapacidad; derechos de personas o comunidades indígenas, por mencionar algunas.

Sin perder de vista la distinción entre materias debemos recordar que la obligación estatal de prevenir y atender la violencia familiar / intrafamiliar es correlativa del derecho a la protección de la familia (artículo 4 CPEUM; artículo 17 Convención Americana sobre Derechos Humanos) y al derecho a vivir en un entorno familiar libre de violencia (SCJN, Tesis Aislada, CXCII/2015), en relación con los derechos a la igualdad y no discriminación, a una vida libre violencia de género, a la protección contra malos tratos y al pleno desarrollo integral, entre otros.

Todos estos derechos humanos están protegidos por la Constitución federal, así como por los tratados internacionales en materia de derechos humanos firmados por México, de los que derivan obligaciones generales para su promoción, protección, respeto y garantía. Por lo anterior, la obligación específica frente al tratamiento jurídico de la violencia familiar / intrafamiliar es exigible para las y los juzgadores de ambas materias, aunque en cada una de ellas el objetivo del análisis, el tratamiento y las consecuencias jurídicas sean distintas e independientes entre sí:

- En el ámbito civil-familiar la obligación de identificar situaciones de violencia familiar —por razón de género, edad, condición económica, etc.—, determinando sus causas, modalidades, daños y consecuencias (amparo directo en revisión 4646/2014) implica que las y los juzgadores revisen si los hechos revelan relaciones asimétricas de poder, e identifiquen dentro de éstas cualquier indicio de conductas de violencia familiar desde una perspectiva de género y un enfoque interseccional, aun cuando las partes no hubieran controvertido ese aspecto de la litis. Cuando la violencia ha sido detectada, también es parte de la obligación *ex officio* de acceso a la justicia, tomarlas en cuenta para resolver el fondo del caso.

- En el ámbito penal la identificación de la violencia familiar / intrafamiliar tiene una sola lectura: determinar si los comportamientos desplegados por la persona señalada como responsable, se adecuan a la descripción típica y antijurídica que sanciona la ley penal. Es una materia de estricto derecho con estándares de prueba más altos que los aplicables en otras materias, por lo tanto, si no se logran acreditar los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal tampoco es posible derivar consecuencias jurídicas en ese ámbito, lo que no es obstáculo para que en otros ámbitos sí pueda haberla.

En cualquier caso, la existencia de violencia familiar da lugar a afectaciones a derechos humanos cuya protección y garantía es obligatoria para el Estado mexicano y sus autoridades por mandato constitucional y convencional (derecho a la

igualdad, a una vida libre de violencia en el entorno familiar, a una vida libre de violencia de género, a no recibir maltratos en la infancia, etc.). Se trata de una violación a derechos humanos que genera daños y consecuencias que deben ser atendidas por la o el juzgador. En ambos casos se deben tomar medidas para detener y atender los daños y consecuencias de la violencia; sin embargo, en materia civil-familiar la responsabilidad civil se caracteriza por procurar la reparación del daño (patrimonial o extrapatrimonial) (SCJN, 2018c), en tanto que, en materia penal, la responsabilidad se orienta a reparar el daño y al establecimiento de una sanción (privativa o no privativa de la libertad y multa).

Es posible que algunos medios probatorios de la violencia familiar como hecho ilícito en materia civil-familiar coincidan en cuanto a su utilidad para demostrar la violencia familiar en su dimensión de delito del ámbito penal, lo que no debe conducir a una confusión entre los actos de acreditación fáctica (similares en algunos aspectos) y los actos para la determinación de responsabilidad jurídica que corresponde hacer a cada autoridad conforme a su ámbito de actuación.

Un caso que permite ilustrar lo que debe hacerse para evitar esa concatenación procesal infundada entre el ámbito civil-familiar y el penal se advierte en la sentencia SC-0789-2011 resuelta por el Poder Judicial de Campeche. El caso versa sobre una pareja que se había divorciado por mutuo acuerdo y en donde el hombre solicitó la custodia y pérdida de la patria potestad respecto de sus hijos, debido al maltrato físico y psicológico que ejercía su madre hacia ellos. Entre las pruebas que aportó el padre se encontraba el expediente ante la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia en el Estado; la Investigación Social del Departamento del Trabajo Social; la Averiguación Previa ante la Procuraduría General de Justicia en el Estado donde denunció los malos tratos y agresiones, así como, la resolución en la que se decretó auto de segura y formal prisión en el Centro de Readaptación Social del Estado, en contra de la mujer como probable responsable del delito de violencia intrafamiliar.

En términos generales el juzgado consideró que "… las pruebas aportadas por el actor resultaron insuficientes para acreditar que la demandada señora XXXXXXXXXX estuviere incapacitada o imposibilitada para ejercitar su derecho y obligación sobre

la guarda y custodia de sus hijos, porque las probanzas analizadas en conjunto, eran meros indicios de los hechos que el actor argumentó en su demanda…". No obstante esta conclusión, tampoco decretó medidas que le permitieran dilucidar si, efectivamente, había actos de violencia intrafamiliar; y sí, por el contrario, indicó que el auto de formal prisión también resultaba insuficiente "… porque de autos no consta la sentencia ejecutoriada en el que se hubiera condenado a la referida XXXXXXXXXX por delito alguno." La Sala Colegiada del Tribunal Superior de Justicia del Estado hace un análisis que incorpora la perspectiva de infancia (no así la de género que también sería pertinente) y, sin establecer ningún tipo de vinculación entre las actuaciones del ámbito civil y penal, recuerda la obligación oficiosa de las autoridades judiciales para allegarse de pruebas que clarifiquen la existencia de conductas que ponen en peligro la integridad de las personas menores de edad por parte de su progenitor/a, sobre las que reconoce que hay ciertos indicios. No prejuzga sobre los hechos y ordena la reposición del procedimiento para que se lleven a cabo tales diligencias (TSJEY, Sentencia 789/2011).

3. Atender la violencia familiar de manera integral

La violencia familiar es reconocida y conceptualizada por la SCJN como un hecho ilícito (en sentido amplio) debido a que contraviene tanto disposiciones de orden público (constitucionales y convencionales, y la legislación secundaria que deriva de éstas), como las buenas costumbres (Tesis aislada, CCXX/2018). Es además un hecho ilícito que transgrede múltiples derechos humanos (como el derecho a un vida libre de violencia familiar, a una vida libre de violencia de género, a una vida sin maltratos, etc.). Esto, conforme lo indica la jurisprudencia de la Corte IDH, fija las pautas para la atención de los casos que la involucran, con base en acciones y medidas de debida diligencia que se activan también cuando la violación proviene de personas particulares (Corte IDH, 2009);(SCJN, Tesis asilada, CLX/2015).

Actuar con debida diligencia supone llevar a cabo una investigación efectiva (con actuaciones adecuadas y oportunas para esclarecer los hechos); contar con un marco normativo realmente protector contra violaciones a derechos humanos

—del cual se han tenido importantes avances en México a nivel federal y estatal—; y establecer prácticas y políticas de procuración e impartición de justicia que aseguren una actuación eficaz ante las denuncias.

Además, como ha señalado la SCJN, incumplir los deberes de debida diligencia tiene alcances adicionales cuando en los conflictos están involucradas personas o grupos en situación de vulnerabilidad o desaventajados históricamente —como es el caso de las mujeres—, ya que invisibilizar esa condición particular puede condicionar su acceso a la justicia (SCJN Tesis aislada. CLX/2015). Para identificar tal condición es que se debe aplicar la perspectiva de género y otras herramientas metodológicas de análisis para un enfoque interseccional.

La violencia familiar es una problemática cuya atención desde la justicia penal persigue dos objetivos:

a) Esclarecer los hechos típicos antijurídicos
b) Identificar a la persona responsable de la conducta que se reputa como delito o que toma parte del mismo con algún grado de participación

Ambos objetivos se relacionan con las obligaciones constitucionales y convencionales de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a derechos humanos. En materia penal esas obligaciones se deben cumplir garantizando tanto los derechos de la persona inculpada (presunción de inocencia, garantía de audiencia, debido proceso), como de la persona víctima (derechos de las víctimas, derecho a la verdad y la justicia, derecho a la reparación integral), a quien se le ha reconocido un papel activo en el proceso penal.

De igual forma, los deberes de debida diligencia no solo se orientan a la visibilización de situaciones o condiciones de desigualdad en que se encuentran las personas o grupos desaventajados cuando son víctimas de los delitos, sino cuando son señaladas como responsables (imputadas, inculpadas, indiciadas, etc.). Esto en razón de que, por un principio de igualdad procesal, no podría atribuirse el mismo tipo y grado de responsabilidad penal a quien enfrenta tales condiciones de desigualdad que a quienes no las tienen.

En materia penal esas obligaciones se deben cumplir con acciones o medidas que, al investigar y resolver conductas delictivas, sin descuidar las garantías del debido proceso:

- Protejan a la víctima (medidas de protección o cautelares que prevengan o detengan la violencia ejercida);
- Eviten su revictimización durante el proceso (incorporen adecuaciones o ajustes razonables materiales y/o procesales para el rendimiento de sus confesionales y/o testimoniales, o de cualquier otro tipo de medio probatorio);
- Procuren al mínimo las diligencias que les obliguen a reiterar una y otra vez los hechos;
- Resguarden adecuadamente el testimonio de la víctima;
- Eviten las confrontaciones entre la víctima y la persona agresora;
- Eviten sesgos en la valoración de los hechos y las pruebas, motivados por prácticas, creencias y estereotipos (de género, edad, orientación sexual, etc.) de las autoridades y que pueden estar presentes también en las leyes;
- Previo a cualquier análisis de fondo de un conflicto, identifiquen las condiciones de desigualdad de las partes cuyo origen también se encuentre en aquellas prácticas, creencias o estereotipos, así como en su contexto;
- Visibilicen las relaciones asimétricas de poder que derivan en situaciones de vulnerabilidad, discriminación y/o violencia (incluida la discriminación y violencia institucional que se hubiera dado con motivo de la atención o trato a la persona justiciable o imputada, o falta de dicha atención);
- Revisen las situaciones de violencia a partir de un análisis contextual del conflicto que va más allá del hecho inmediato que motivó la litis y que permite identificar si la conducta fue esporádica, o si existieron episodios previos de la misma y cuál fue la dinámica de éstos;
- Determinen si el conflicto es un caso aislado o se inserta en una problemática social estructural; y,

- Finalmente, que determinen medidas proporcionales a los daños y consecuencias ocasionadas, e idóneas para remediarlos de la manera más completa e integral posible.

Cada uno de los elementos señalados se revisan con especificidad en los fascículos relativos al proceso familiar; en el presente documento se desarrollan de manera concreta aquellos que sirven para identificar los componentes de una conducta de violencia familiar (que se configura como delito) y su posible relación con las características identitarias sexo-genéricas de la persona y otras que interseccionan con éstas. Lo anterior tanto cuando aquellas características en la víctima motivan o pretende justificar la violencia; como cuando las mismas sirven para explicar la situación de una persona que habiendo recibido violencia familiar, reacciona contra la persona que le agrede y, posteriormente, es imputada por la comisión de un delito de violencia familiar.

Como lo estipula la *obligación ex officio de juzgar con perspectiva de género*, al analizar los hechos la o el juzgador debe identificar y atender toda situación de violencia de la cual existan incluso leves indicios, y valorar la posible relación entre ésta y las características identitarias y/o el contexto de las y los integrantes de la familia (como la identidad de género) (SCJN, 2016).

II. Los derechos humanos en casos del ámbito familiar que involucren situaciones de violencia familiar

La violencia dentro de las familias, por un principio de interdependencia, afecta el ejercicio de múltiples derechos humanos; sin embargo, desde la perspectiva de género tres de ellos son el eje articulador para comprender el daño a otros más.

- *El derecho de acceso a la justicia.* Se fundamenta en los artículos 14, 17 y 20, apartados B y C de la CPEUM, así como 8 y 25 de la CADH (SCJN, 1a./J. 103/2017); comprende tanto el acceso a la tutela jurisdiccional como los mecanismos de tutela no jurisdiccional (actos materialmente jurisdiccionales). Se define como el derecho público subjetivo

de toda persona para acceder a tribunales independientes e imparciales para que, en los plazos y términos que fijan las leyes, pueda plantear una pretensión o defenderse de ésta, se decida al respecto y ejecute la decisión. Prevé tres etapas a las que corresponden tres derechos (SCJN, 1a./J. 103/2017):

- Etapa previa al juicio que involucra el derecho de acceso a la jurisdicción, la persona hace una solicitud (petición) a las autoridades y así motiva que emitan un pronunciamiento
- Etapa judicial que implica el derecho al debido proceso y se cierra hasta que se emite la última actuación del procedimiento; y,
- Etapa posterior al juicio que se refiere a la eficacia de la decisión o resolución emitida.

- *El derecho a la igualdad y no discriminación.* La igualdad es un elemento característico del enfoque de derechos humanos porque constituye también una condición previa para la realización de éstos. Hay igualdad entre dos o más personas cuando se garantiza que, —aun cuando todas sean diferentes en razón de sus identidades, contextos y condiciones de vida, tengan las mismas oportunidades o posibilidades de gozar plenamente de los derechos humanos de los que son titulares. Su fundamento se encuentra en el artículo 1 de la CPEUM y en disposiciones de tratados internacionales firmados por México, entre ellos: el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; así como los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, este derecho se reconoce también en tratados especializados en la atención de grupos en situación de vulnerabilidad como la Convención CEDAW, la Convención de Belém do Pará y la Convención sobre los Derechos del Niño.

  La SCJN se refiere a la obligación que tienen las autoridades de garantizar la igualdad en sus dos dimensiones (SCJN, 1a./J. 126/2017): la igualdad formal o de derecho (igualdad ante y en la ley), que protege

a las personas contra tratos o distinciones arbitrarias (en la aplicación o en el contenido de una norma), por ejemplo, en razón del género, el sexo o la discapacidad. La igualdad sustantiva, que se refiere a que el reconocimiento formal de los derechos es insuficiente si no se acompaña con la creación e implementación de otras medidas (administrativas, legislativas, judiciales, etc.) que incidan en las prácticas sociales (estereotipos, creencias, costumbres, etc.) y las condiciones de contexto (materiales, económicas, culturales, políticas, educativas, etc.) que obstaculizan la realización material de aquéllos.

La igualdad supone tratar o dar lo mismo en algunos casos, pero en otros exige precisamente lo contrario: dar tratos diferenciados justificados, e implementar medidas de reforma, adelanto, compensación o transformación que incidan en los factores que crean desigualdad entre las personas y que derivan en situaciones de discriminación, o incluso de violencia (SCJN, 1a./J. 125/2017).

Por último, la SCJN determina que las autoridades judiciales deben incorporar la perspectiva de género en los procesos indagatorios y de adjudicación en distintas materias (civil, familiar y penal), para evitar que la desventaja histórica y discriminación por razones sexo-genéricas afecten las pretensiones de justicia, especialmente de las mujeres y las personas de la diversidad sexual.[2]

- *El derecho a una vida libre de violencia en el entorno familiar.* La SCJN señala que este derecho deriva de la protección de otros derechos de la persona como el derecho a la vida, la salud, la igualdad, la dignidad, y el deber de establecer las condiciones necesarias para el desarrollo personal (SCJN, Tesis aisladas, CCXX/2018, CXCII/2015). El alcance

[2] Amparo directo en revisión 1206/2018, que a su vez refiere a los siguientes antecedentes: amparo en revisión 554/2013; amparo directo en revisión 4811/2015; amparo directo en revisión 912/2014; amparo directo en revisión 2655/2013; amparo directo 12/2012; amparo directo en revisión 6181/2013; amparo directo en revisión 4906/2017; amparo directo en revisión 5490/2016; amparo directo en revisión 601/2017.

> del derecho a una vida libre de violencia en el entorno familiar debe ser interpretado de forma integral a partir de un análisis que permita constatar si las particularidades identitarias y contextuales de las personas que se enfrentan en un conflicto son la causa y/o consecuencia de tal violencia. De confirmarse lo anterior, el derecho en cuestión adquiere un mayor grado de especificidad tanto en lo que concierne a las actuaciones de las autoridades, como a la fundamentación normativa; por ejemplo:
>
> Si el caso implica violencia familiar cometida en razón del género de la persona y se trata de una mujer, las obligaciones correlativas de las autoridades estarán vinculadas con el derecho humano de la mujer a una vida libre de violencia y discriminación que se fundamenta en los artículos 1 y 4 de la CPEUM; 2, y 7 de la Convención de Belém do Pará; así como 1 y 16 de la Convención CEDAW; y la ley estatal en materia de combate a la violencia contra la mujer. Si además esa mujer es una persona menor de edad, tendrían que preverse en este marco jurídico general disposiciones relativas a la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 19), y la ley general y/o estatal de protección a niñas, niños y adolescentes; si tiene discapacidad deberá acudirse al instrumento internacional y la legislación secundaria especializada respectiva y así sucesivamente.

La SCJN ha reiterado en sus criterios interpretativos que el derecho a la igualdad y los derechos de la mujer a una vida libre de violencia son interdependientes porque la igualdad es el "… presupuesto básico para el goce y ejercicio de otros derechos y porque los derechos humanos de género giran en torno a los principios de igualdad y no discriminación por condiciones de sexo o género." (SCJN, amparo directo en revisión 1206/2018 p. 25, amparo directo en revisión 2655/2013). Garantizar tal igualdad es una de las obligaciones básicas en términos de acceso a la justicia y, por lo mismo, es la primera condición que debe ser revisada y atendida tanto en la lectura y tratamiento que se da al conflicto que pretende resolverse, como en los actos procesales y la actuación de la autoridad que se despliega para tales fines.

III. El proceso

1. Familia y su relación con la identidad sexo-genérica, de orientación sexual y la edad

La familia es el primer núcleo de interacción social de las personas; si bien, la pretensión última es que este grupo contribuya a que cada una/o de sus integrantes desarrolle plenamente su proyecto de vida, no debemos olvidar que se trata de un grupo humano, heterogéneo y jerarquizado, en el cual se establecen y atribuyen roles, modelos y características, por lo menos, en razón del género, el sexo, la orientación sexual y la edad de sus integrantes. Sobre ellas recordemos algunas definiciones del Protocolo-JPEG (SCJN, Protocolo, 2020):

- Sexo: característica de la persona que se construye a partir de criterios físicos y fisiológicos (cromosómicos, genitales, gonadales y hormonales) y culturales (establecen los atributos y cualidades que una sociedad considera que son propias de las mujeres y de los hombres).

- Género: se refiere a la interpretación cultural de las diferencias biológicas de los cuerpos (el sexo). Con base en éstas cada sociedad construye y asigna mandatos de género que indican cómo deben ser, parecer, comportarse e interactuar los cuerpos sexuados como hombres-masculinos y mujeres-femeninas.

- Orientación sexual: "capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas" (Principios de Yogyakarta, 2007, p. 8).

Gran parte de los mandatos sociales atribuidos en las familias conforme a la edad, sexo, género y orientación sexual de las personas encuentran su fundamento en

el *sistema patriarcal*[3] *y el orden social de género*[4] (SCJN, Protocolo, 2020). Éste fomenta una distribución desigual de poder y dota de autoridad y superioridad a la figura del sujeto universal (hombre-masculino).

Ninguna familia en su configuración queda exceptuada de estos patrones y caracterizaciones pues se trata de categorías utilizadas para dar estructura y orden al grupo, así como para determinar el ejercicio de poder entre sus integrantes. Esto es sencillo de identificar al darnos cuenta que no llegamos a los grupos familiares —por nacimiento, adopción o acogida— en términos de "neutralidad identitaria", sino con un sinfín de predeterminaciones de edad, sexo-genéricas e incluso de orientación sexual impuestas / asignadas por el grupo (Butler, 1990), hacia la o el nuevo integrante de la familia. Las expectativas van cambiando con la edad; sin embargo, es común que se mantenga la visión binaria del orden social de género y el sistema patriarcal.

Además, las caracterizaciones de edad, género, sexo y orientación sexual que suponen relaciones jerárquicas de poder quedan autoimplicadas en la propia relación de parentesco familiar, invisibilizando aún más las prácticas estereotipadas y las expectativas construidas socialmente respecto a cómo se considera que debemos ser y actuar (Corte IDH, 2012). Interpretamos a las personas dentro de las familias en su categoría de parentesco con la autoimplicación de género/edad respectiva, de este modo, a una persona en la familia no solo se le identifica como:

- Un hombre, sino como el padre-hombre (expectativa de sexo), masculino y proveedor (expectativas de género); o el hijo (hombre); o el hermano (hombre), etc.

[3] "El sistema patriarcal es un orden social basado en la división sexual y en un conjunto de acciones y relaciones estructuradas de acuerdo con el poder (Millet, 1970, pp. 67-69 y Varela, 2019, p. 105). En este sistema el grupo de las mujeres se encuentra subordinado al de los hombres, en tanto son percibidas como desiguales e incluso inferiores.". (Protocolo para Juzgar con Perspectiva de género, 2020: p. 28)
[4] "A ese proceso cultural que da como resultado una forma de organización desigual entre los sexos se le conoce como sistema de género, sistema sexo/género u orden social de género." (Protocolo para Juzgar con Perspectiva de género, 2020: p. 22-23)

Si se llama "hijo" la familia asume que tiene pene. Si es menor de edad, se le identifica como "niño" y se espera de él un carácter más agresivo, no es extraño que en las familias se naturalice que sus juegos resulten más violentos, o que quiera resolver los problemas con golpes, del mismo modo en que se puede justificar su desobediencia. Se le regalan o compran ropa y juguetes sexuados como pantalones, luchadores, balones, soldados, etc.

En la adolescencia las expectativas de la familia pueden orientarse hacia dejarle trabajos "pesados" (los que se cree que no deben o no pueden hacer las mujeres, por ser mujeres, seres "naturalmente" más débiles), enseñarle a cambiar tanques de gas, llantas de automóvil. Se espera que le gusten las mujeres (expectativa de orientación sexual) y que empiece a despertar su deseo sexual por ellas (hipersexualización). Los juegos violentos se convierten en actitudes violentas (verbales, físicas, psicológicas, etc.) normalizadas como parte de su personalidad de "hombre en potencia". Si falta el padre, que él se ostente como el "hombre de la casa" (Segato, 2010). El hijo también es heredero de los mandatos masculinos del grupo.

- Una mujer, sino como la madre-mujer (expectativa de sexo), femenina y cuidadora (expectativa de género); la hija (mujer), hermana (mujer), tía (mujer), etc.

  Si la hija tiene vagina se le denomina "niña" y se espera que sea cariñosa, tierna y obediente. Las expectativas también son que le gusten las muñecas y los trastes de juguete, se le compra o regala ropa sexuada en colores y formas como los vestidos rosas, se interiorizan las historias de princesas y la obediencia que deben tener para ser "niñas buenas, niñas bonitas", etc.

  Conforme crece se tienen expectativas sobre su cuerpo, ella debe ser sexy, deseable, le tienen que gustar los chicos (expectativa de orientación sexual), que aprenda a lavar, planchar, cocinar, arreglar una casa,

> que tenga deseos de ser madre en algún momento de su vida, que sepa que "alguien la debe de proteger" del peligro (padre, hermano, novio, etc.). También se le fomentan ideas respecto de la relación de pareja, ellas son "seres de amor" que deben entregarse a su familia, comenzando por la obediencia a su padre y madres y la incondicionalidad a su pareja (Lagarde, 2001).

Ante la solidificación social de las categorías familiares sexo-genéricas binarias, en gran parte de las familias se considera imposible o reprochable que alguien a quien se ha llamado padre, hijo, hermano, etc. se muestre afeminado, dulce, le gusten los vestidos o afirme que le gustan los hombres, menos aun podría pedir llamarse "hija". Tampoco es admisible que quien se nombra como madre, hija, hermana o tía le guste tener una pareja mujer, sea agresiva o violenta, se niegue a casarse; es decir, que quieran ir en contra de los mandatos género-familiares del *statu quo*. No al menos sin que se obligue a la persona a dar explicaciones sobre sus supuesas "desviaciones" (con todo el riesgo de ser discriminada/o o violentada/o), lo que no se exige de alguien en la familia que se apega a los mandatos sexo-genéricos considerados "normales" o "naturales", concordantes en términos de lo que impone el sistema patriarcal y el orden social de género binario (hombre-masculino y mujer-femenina ambos con un deseo sexual heterosexual).

La falta de neutralidad descriptiva y de trato es evidente en las familias cuando, en lugar de referirnos a una persona que gestó a dos personas más (descripción neutral sin género), la práctica nos lleva a referirnos a "una madre que tiene dos hijas y que conforman un núcleo familiar". Además, las expectativas y estereotipos de género y edad reflejan modelos "aceptables o valiosos" y "despreciables" de lo que una sociedad espera de una persona a quien se llama "madre" o "padre" y de otras que son "hijas/os", etc.:

- Modelos de la buena madre (cuidadora, cariñosa, entrega a su familia, que limpie, lave, cocine, etc.); la mala madre (que antepone sus intereses personales a los de su familia, que después de un divorcio prefiere salir con una nueva pareja que cuidar a sus hijas/os, que anda de "ofrecida" con otros hombres sin pensar en el ejemplo que da a sus

hijas/os); el cuerpo de una madre (que parezca y sea biológicamente de nacimiento una mujer, lo cual se determina socialmente con base en sus genitales tenga vagina).

- Modelos de la buena hija (obediente, que no es "respondona" ni "contestona", que aprende a cuidar una casa); la mala hija (desobediente, que no quiere aprender a cocinar, lavar o planchar, que no le importa "ensuciar" la reputación de su familia con su comportamiento sexual, que no quiere asumir el cuidado de su padre o madre adulto mayor, etc.); el cuerpo de una hija (un cuerpo de nuevo con vagina que use ropa de "niña" y luego de "mujer adolescente", que no la confundan con una "marimacha", etc.).

Este proceso social complejo se reproduce con todas las representaciones familiares: padre, hijo, tía, tío, abuela, abuelo, prima, primo, madrina, padrino, etc.; lo cual explica también cómo es que en las familias, la jerarquización y la distribución del poder, se vinculan estrechamente con las cargas por edad, sexo, género, orientación sexual y relación de parentesco.

Con base en lo anterior y lo que indican las estadísticas, se llega a la conclusión de que las conductas delictivas de violencia familiar suelen estar vinculadas con prácticas, creencias o expectativas asociadas con esas categorías, lo que obliga a realizar un análisis de tipo interseccional de los casos, comenzando por la aplicación de la perspectiva de género.

Incluso, cuando se tiene la duda respecto a que la violencia familiar haya sido o no una expresión de violencia de género y si el caso requiere la perspectiva de género u otra análoga, lo pertinente es hacer uso de la herramienta analítica. Ésta permite confirmar o descartar si las categorías identitarias fueron una causa o justificación que explica la dinámica de las conductas desplegadas.

La violencia familiar es un hecho ilícito porque contraviene disposiciones de orden público (constitucionales y convencionales) y a las buenas costumbres (SCJN, 2018). La SCJN ha señalado también que es una de las manifestaciones "… más

brutales de las relaciones de desigualdad entre los géneros…" (SCJN, 2019a, p. 29) y que la consecuencia de no considerar esa situación deriva en convalidar la discriminación por razones de género e incumplir con la obligación de actuar con debida diligencia ante la violencia contra las mujeres (SCJN, 2013b).

En materia penal, como se expresó desde un inicio, la identificación de la violencia familiar requiere de la acreditación de los elementos subjetivos y objetivos que determinar los tipos penales; y de una adecuada categorización penal de las conductas (concurso).

2. La obligación *ex officio* de identificar situaciones de violencia

La SCJN determina la obligación *ex officio,* a cargo de todo órgano jurisdiccional de implementar "… un método en toda controversia judicial, **aun cuando las partes no lo soliciten**, a fin de **verificar si existe una situación de violencia** o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria" (SCJN, 2016).

Identificar si hay violencia y si las razones que la motivan es una cuestión previa al análisis de fondo de cualquier conflicto. En el ámbito penal, las autoridades de procuración e impartición de justicia deben determinar si las conductas son expresiones de violencia familiar y si su ejecución supone además un concurso de delitos (real o ideal), por los efectos que esto tiene para la determinación de la responsabilidad penal (culpabilidad) (Tesis, II.4o.P.3 P (10a.), 2016).

Más del 60% de la violencia sexual se da al interior de las familias; por ejemplo, la violación sexual, por las condiciones en que se dé podría implicar la realización de por lo menos tres conductas delictivas: violación sexual, lesiones y violencia familiar. Recordemos también que la calificación sobre las conductas cometidas corresponde a las autoridades, no así a las personas que denuncian, por lo tanto, aun cuando éstas acudieran argumentando únicamente la violación sexual, la obligación para el órgano investigador y para las autoridades judiciales es asegurarse de que en el caso se consideren todos los delitos que implica un solo hecho ilícito.

Otra cuestión relevante para la atención de casos de violencia familiar consiste en no incurrir en prácticas culpabilizantes sin fundamento. El Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 222, establece la obligación que tiene toda persona —incluidas las autoridades— a quien le consten hechos probablemente constitutivos de un delito, de denunciarlo ante el Ministerio Público o ante un agente de la Policía (en casos de urgencia); sin embargo, exceptúa de la obligación de denunciar a quienes en el momento de la comisión del delito tengan el "… carácter de tutor, curador, pupilo, cónyuge, concubina o concubinario, conviviente del imputado, los parientes por consanguinidad o por afinidad en la línea recta ascendente o descendente hasta el cuarto grado y en la colateral por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive." Por lo anterior, deben evitarse situaciones de revictimización en las que se cuestione o se pretenda fincar responsabilidad jurídica a las y los integrantes de la familia por no haber actuado, resistido o reaccionado frente a la violencia recibida o atestiguada (lo que además inhibe la denuncia).[5]

Para la verificación de la existencia de situaciones de violencia, la SCJN propone considerar seis elementos:

i) **Identificar asimetrías de poder.** La distribución y ejercicio de poder atiende a numerosas razones y fines; el objetivo entonces consiste en mostrar si las situaciones de poder que se advierten en un caso

[5] "Artículo 222. Deber de denunciar

Toda persona a quien le conste que se ha cometido un hecho probablemente constitutivo de un delito está obligada a denunciarlo ante el Ministerio Público y en caso de urgencia ante cualquier agente de la Policía.

Quien en ejercicio de funciones públicas tenga conocimiento de la probable existencia de un hecho que la ley señale como delito, está obligado a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Público, proporcionándole todos los datos que tuviere, poniendo a su disposición a los imputados, si hubieren sido detenidos en flagrancia. Quien tenga el deber jurídico de denunciar y no lo haga, será acreedor a las sanciones correspondientes.

…

No estarán obligados a denunciar quienes al momento de la comisión del delito detenten el carácter de tutor, curador, pupilo, cónyuge, concubina o concubinario, conviviente del imputado, los parientes por consanguinidad o por afinidad en la línea recta ascendente o descendente hasta el cuarto grado y en la colateral por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive." Código Nacional de Procedimientos Penales.

concreto: indican desequilibrio y si éste tiene relación con la identidad de género de cualquiera de las partes. Este elemento se puede identificar en el análisis del contexto subjetivo de un conflicto.

ii) **Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando estereotipos y prejuicios de género**, de manera que se puedan visualizar las desventajas producidas por razones de sexo o género. Las razones de género de un caso deben estar sustentadas por una argumentación judicial que demuestre cómo es que, a partir de los hechos y las pruebas, es posible establecer nexos casuales claros entre los supuestos fáctico-normativos y las creencias, prácticas y/o estereotipos de género que se atribuyen a alguna de las partes.

iii) **Ordenar las pruebas necesarias para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, cuando aquéllas no sean suficientes.** En muchos casos el género, en interacción con otras categorías, funge como un factor que normaliza o naturaliza la violencia, lo que provoca que la misma se "enuncie" en los hechos (incluso no como violencia), pero no se denuncie. A partir de esto es que resulta prioritario recabar pruebas que permitan confirmar si, en efecto, existe tal situación y si la misma está vinculada con cargas que derivan de la identidad de género de las partes.

iv) Al confirmarse la desventaja por razones de género se debe **cuestionar la neutralidad del derecho aplicable y evaluar el impacto diferenciado de la solución** conforme al contexto de desigualdad por condiciones de género.

v) **Aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas.** Los estándares derivan de múltiples fuentes nacionales e internacionales (normas, jurisprudencia, opiniones consultivas; así como observaciones, recomendaciones e informes generales y temáticos de organismos protectores de derechos humanos, por mencionar algunos). Son útiles para

fundamentar la resolución y también para explicar los nexos causales entre los hechos y las razones de género, pues se trata de criterios que derivan de investigaciones sobre las problemáticas que afectan el ejercicio de los derechos humanos (como la violencia familiar).

vi) **Evitar el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios.** Esto es necesario para no incurrir en nuevas prácticas de discriminación y/o violencia pues, recordemos, el lenguaje expresa también ideas y creencias.

Cada uno de estos elementos revela algún aspecto que permite demostrar y atender conductas de control o dominación que, por su forma o fines asociados con la identidad y/o el contexto, colocan en desventaja a las personas y les causan daños (violencia). Son, además, elementos que deben revisarse tanto en las conductas de personas particulares, como en las que despliegan las autoridades (incluidas las que intentan resolver el caso, para no incurrir en más violencia); y en el contenido de las normas jurídicas.

Ahora bien, la Primera Sala de la SCJN establece algunas modificaciones al método propuesto para juzgar con perspectiva de género, que deben ser aplicadas en juicios penales donde las mujeres víctimas de violencia enfrentan cargos penales por haber agredido a sus agresores. La primera cuestión se refiere a considerar el contexto de la mujer que enfrenta violencia familiar, a partir de esto se debe (Amparo directo en revisión 1206/2018):

- *Identificar si existen situaciones de poder que den cuenta del desequilibrio y de la situación de desventaja por razón de género y analizar el contexto de violencia que vivía la inculpada, a fin de garantizarle el acceso efectivo e igualitario a la justicia.*

- *Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género;*

- *En caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones.*

- *De detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable; evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género y los efectos de la violencia.*

Se trata de medidas que pueden impactar en los elementos de acreditación del delito y que permiten explicar y dimensionar adecuadamente la responsabilidad jurídica que se les podría imputar. La persona juzgadora puede llegar a valoraciones sobre la posible existencia de una causa de justificación o una causa absolutoria y la individualización de la pena. La SCJN explica que la condición de desventaja histórica (valoración sociológica) de las mujeres asociada con el orden patriarcal de género, no niega la agencia ética (valoración ontológica) de las mujeres en su decisión para, conscientemente, infringir la ley; sin embargo, esa desventaja —que no puede considerarse ni descartarse *a priori*— sí explica que, en muchos casos, sea vean inducidas o coaccionadas para cometer un delito, o estar en situaciones que impiden que tengan condominio de la conducta que se les imputa. La perspectiva de género en estos casos es pertinente para verificar cómo incide el orden social de género (y la subordinación, discriminación y violencia que crea) (ídem):

- En la calidad y suficiencia de la prueba de cargo;
- En la razonabilidad de las inferencias a las que conduce la evidencia directa o indirecta;
- En la conducción escéptica del proceso penal; y
- En la asignación de responsabilidad penal de la quejosa más allá de duda razonable.

Lo que se explica en las siguientes secciones, con base en los criterios y metodología establecidas en la jurisprudencia de la SCJN para juzgar con perspectiva de

género (desarrollada de manera general en el Protocolo-JPEG), son elementos para identificar y documentar si la violencia familiar está motivada o pretender justificarse en razones de género, en su intersección con otras posibles categorías identitarias.

3. La distinción y relación entre discriminación y violencia

En apartados previos quedó definida la obligación oficiosa de las autoridades de identificar y atender la violencia por razón del género (Amparo directo en revisión, 2655/2013), y que además les asisten deberes específicos cuando la misma se ejerce contra personas y/o grupos históricamente desaventajados (mujeres, niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores, etc.). Si tal es el deber, lo conducente es que una autoridad tenga certeza en cuanto al tipo de conductas que se le piden detectar, en este caso: conductas de violencia asociadas con la identidad de género de las personas.

Parece obvio, sin embargo, la pregunta respecto a qué es la violencia de género resulta fundamental, principalmente cuando en algunos casos puede asimilarse con la discriminación y en otros no. Aquí se colocan algunas distinciones básicas y puntos de encuentro entre una conducta discriminatoria y un acto de violencia en el espacio familiar, a partir de sus definiciones normativas:

- La discriminación, en términos del artículo 4 de la Ley Federal para Eliminar y Prevenir la Discriminación, se define como

> toda **distinción, exclusión, restricción o preferencia que**, por acción u omisión, con intención o sin ella, **no sea objetiva, racional ni proporcional** y **tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular** el reconocimiento, **goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades**, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el **género**, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua,

las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el **estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares**, el idioma, los antecedentes penales **o cualquier otro motivo**

- La violencia, con base en la revisión de conceptos sobre violencia familiar en la legislación penal estatal, se define como el comportamiento (fuerza física, psicológica, etc.) que una persona despliega sobre otra con el objetivo, fin o propósito de **someterla**, **dominarla o controlarla**, causándole uno o varios daños y consecuencias de diversa índole para su vida.

  Las definiciones normativas de violencia familiar en los Códigos Penales Estatales, se refieren al componente conductual de la violencia de varias formas:

  - Como un acto que tiene por objetivo dominar, someter, controlar o agredir (Baja California, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Durango, Morelos, Oaxaca, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Zacatecas);
  - Como una fuerza física o moral/psicológica que se aplica a una persona causándole daño (Aguascalientes,[6] Colima, Estado de México, Guanajuato, Nayarit, Querétaro);
  - Como un maltrato, sin que se defina qué debe entenderse por éste (Baja California Sur, Guerrero, Tamaulipas);
  - Como una agresión de distinto tipo (Michoacán, Puebla);
  - Como una acción u omisión que causa daño (Nuevo León, Sinaloa); o bien,
  - No establecen definición del elemento conductual, solo se refieren a la violencia familiar como un acto de "violencia" (Coahuila, Hidalgo, Veracruz).

[6] En el caso de Aguascalientes destaca en su definición, que el efecto de la violencia se determine como una "afectación" al autoestima de la persona, a pesar de que en los tipos de violencia familiar alude a la física que no solo causa aquél efecto (artículo 132).

> La cuestión con estas definiciones es que solo en Nayarit y Sonora se menciona el factor de género como algo relevante en la violencia familiar, la consecuencia es que se aumentan las penas. Tlaxcala y Puebla hacen algo similar pero en casos de violencia familiar contra la mujer; ahora bien, téngase en cuenta que no todo acto de violencia contra ellas es una violencia por razón del género. En las demás entidades, la definición del tipo penal establece una conducta base de violencia familiar, lo que con más razón obliga a las autoridades a aplicar la jurisprudencia sobre juzgar con perspectiva de género, como fundamento normativo para determinar si el comportamiento se dio por una razón de género.
>
> La violencia de género en específico, es una violencia instrumental que subordina a determinados grupos y personas (social, económica, jurídicamente, etc.), y que acude a una supuesta "división sexual natural" de los cuerpos y a la superioridad de las cualidades del grupo que se identifica con el sujeto universal (hombre, masculino, adulto, sin discapacidad, propietario, racional, etc.) para mantener y justificar situaciones de desigualdad y opresión opresión (SCJN, Protocolo, 2020).

Tanto la discriminación como la violencia tienen su origen en contextos de desigualdad (de distinto tipo) y causan daños (afectaciones a la esfera jurídica de las personas); sin embargo, esta última tiene un factor desestructurante que no tiene la primera: el "poder de dominio" (SCJN, Protocolo,) que se utiliza para controlar y someter la vida de otra persona. La violencia, por tanto, no implica únicamente una distinción injustificada que impide el ejercicio de un derecho, sino actos con los cuales se anula, se niega o se manipula la autonomía de la voluntad de la persona para poder lograr su control, sometimiento o dominación.

En conclusión: **todo acto de violencia es un acto de discriminación**, debido a que la distinción injustificada resulta necesaria para el fin último que es controlar a la persona; **pero, no todo acto de discriminación deriva en violencia,** puede haber actos de distinción que no tengan como propósito dominar a la persona.

Esta distinción-relación sirve para comprender por qué instrumentos como la Convención CEDAW se refirieron en primer término al derecho de la mujer a no ser discriminada; y por qué la Convención de Belém do Pará prevé, dentro del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, el derecho a no ser discriminada (artículo 6.a). En este sentido, la SCJN ha señalado que aun cuando "ser mujer" no implica una situación de vulnerabilidad como condición física o mental, es innegable que forman parte de un grupo en desventaja a consecuencia de la discriminación estructural histórica,[7] y que una de las formas en que tal discriminación se manifiesta es en la violencia que se ejerce contra ellas (Amparo directo en revisión, 24/2018).

En cuanto a situaciones que únicamente constituyen discriminación más no violencia, el Protocolo para juzgar con perspectiva de género refiere algunos ejemplos: la restricción normativa para que un padre goce del servicio de guardería, sin tener que acreditar que sea viudo o divorciado con la guarda y custodia adjudicada (Amparo directo en revisión 59/2016); o la prohibición para registrar primero el apellido materno y no el paterno (Amparo directo en revisión 653/2018). La distinción discriminatoria debe ser analizada desde una perspectiva de género, pero los elementos a revisar y los mecanismos utilizados para atender los daños difiere de aquéllos utilizados en un análisis de violencia.

4. Componentes para identificar una situación de violencia familiar por razón de género

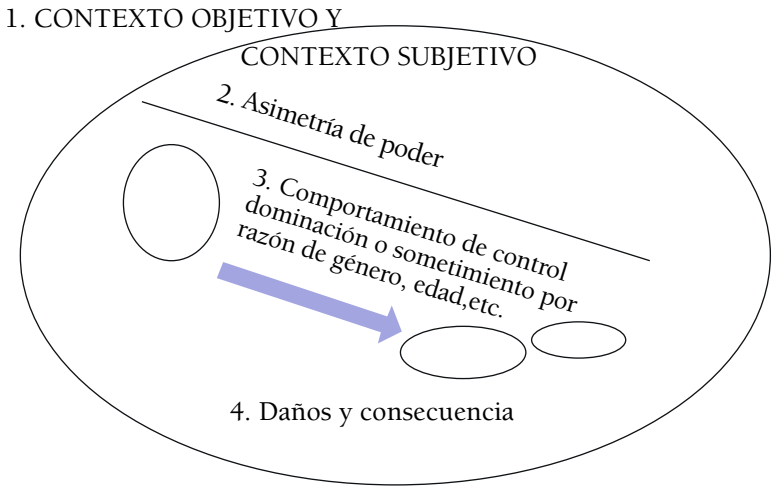
En la sección previa se indicó la definición genérica de discriminación y/o violencia, así como su distinción y coincidencia fáctico-normativa, corresponde ahora determinar qué elementos deben ser revisados en los hechos y las pruebas para detectar una situación de violencia familiar y determinar si la misma tiene

[7] El Tribunal Pleno en la acción de inconstitucionalidad 8/2014 señaló que la discriminación estructural existe desde el momento en que "… el conjunto de prácticas culturales, reproducidas por las instituciones y avaladas por el orden social, provoca que ciertas personas enfrenten distintos escenarios sociales, políticos, económicos y éticos de opresión y exclusión, y diferentes oportunidades de desarrollo y de consecución de sus planes de vida…" Sentencia recaída en el amparo directo en revisión 24/2018, 18 de abril de 2018, p. 38.

relación con la identidad de género de la persona (y sus intersecciones) y estar en posibilidad de fijar las consecuencias jurídicas.

Los actos de violencia tienen al menos 4 componentes básicos que se advierten en la revisión normativa y el desarrollo jurisprudencial de casos que atienden esta problemática y que solo pueden ser detectados, en una probable conducta delictiva, si se revisan los seis elementos señalados por la SCJN para *juzgar con perspectiva de género* (Jurisprudencia, 1a./J. 22/2016 (10a.), 2016). Los componentes en cuestión son los siguientes:

Ilustración 1. Elementos para la identificación de un comportamiento violento



Elaboración propia para el fascículo.

a. Contexto

El análisis contextual forma parte de todo estudio que pretenda incorporar el enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género debido a que, como lo explica el Protocolo-JPEG (2020), es esto lo que permite que una persona juzgadora conozca elementos de tipo social, económico, cultural, político, histórico,

jurídico y demás que, a su vez, le brinden explicaciones respecto a la connotación de un conflicto, las causas que lo ocasionan, así como la configuración de estructuras de poder que inciden en él.

La expectativa es que, con base en un análisis contextual de los hechos, la autoridad también esté en posibilidad de interpretar los hechos y redimensionar el verdadero alcance e impacto de numerosas conductas de violencia, lo que pasa desapercibido en un análisis jurídico tradicional (revisión de circunstancias de modo, tiempo y lugar). Del mismo modo, este análisis permite que: las medidas y responsabilidades jurídicas que determine la persona juzgadora atiendan de manera más completa a los daños y consecuencias ocasionadas en el ejercicio de los derechos; se evite la revictimización; y, no menos importante, se identifique si se está ante un caso aislado o, bien, ante una conducta invididual que en realidad forma parte de una problemática generalizada y/o estructural a nivel local, nacional o internacional (como lo es la violencia de género contra las mujeres).

Para hacer un análisis contextual, el Protocolo-JPEG (2020) acude a la distinción que hace la Primera Sala de la SCJN, entre contexto objetivo y subjetivo (Amparo directo en revisión 29/2017). La revisión del contexto en estos dos niveles es requisito *sine qua non* para identificar situaciones de violencia familiar por razón del género (y su intersección con otras categorías). Los datos de contexto deben ser adecuadamente documentados en fuentes confiables (informes oficiales y no oficiales, estadísticas, estudios académicos, doctrina, sentencias, pruebas, etc.) y no es suficiente nombrarlos o enlistarlos en una resolución, se tiene que establecer un nexo argumentativo lógico entre éstos y la relevancia que tiene para resolver el caso.

- **Contexto objetivo:** "… se refiere al escenario generalizado que enfrentan ciertos grupos sociales." (SCJN, Protocolo,, 2020, p. 146). Sobre este el Protocolo-JPEG propone revisar tres aspectos particulares:

  - Considerar el lugar y el momento o momentos en los que sucedieron los hechos del caso.

- Recopilar datos y estadísticas vinculadas con los planteamientos del caso y el tipo de violencia de que se trate.
- Identificar si la controversia tiene relación con otro tipo de problemáticas sociales adicionales a las vinculadas con género (análisis interseccional).

En el análisis fáctico de una situación de violencia familiar, estas tres cuestiones sirven para documentar un "escenario generalizado" tanto de las condiciones o características de vida que enfrentan determinados grupos sociales —como en este caso las familias—, esos datos son de tipo socio-demográfico, económico, político, territorial, etc.; como de las problemáticas que les aquejan (la violencia, sus modalidades más comunes, sus causas, etc.).

¿Qué datos brinda el contexto objetivo sobre las características socio-demográficas de las familias y para que son útiles a una persona juzgadora?

Tabla 2. Encuesta Nacional de los Hogares (ENH 2017)

El 81.6% de **hogares** en México son **familiares** (al menos una persona integrante del hogar tiene parentesco con la o el jefe de familia), el resto son **no familiares** (unipersonal o corresidentes). En el 28.5% de los hogares familiares, la jefatura está a cargo de una mujer.	Estos hogares atienden a tres modalidades: • **Nuclear** (49.4%) conformada por la o el jefe de familia y su cónyuge; jefa/e e hijas/os; jefa/e, cónyuge e hijas/os. • **Ampliado** (30.7%), conformado por un hogar nuclear y al menos otro/a pariente; o por una jefa/e y al menos otra/o pariente. • **Compuesto** (1.5%), conformado por un hogar nuclear o ampliado y al menos un integrante sin parentesco (INEGI, 2017a).

Conforme a la modalidad de parentalidad:[8] • 18% son monoparentales y de éstos el 53% están a cargo de una mujer, frente al 4.1% a cargo de un hombre. • 53.8% son biparentales y su jefatura recae en el hombre en un 68.5% y en una mujer en el 17%.	El 9.4% de los hogares viven en condiciones de hacinamiento.[9] De acuerdo con la distribución porcentual de personas de 3 a 30 años que no asisten a la escuela, el 21.0% de las mujeres no lo hicieron porque se casaron o unieron, o bien, se embarazaron o tuvieron una hija/o; frente al 6.3% de los hombres que argumentó la misma razón (INEGI, 2017a).
Nota del INEGI: Los totales pueden no sumar cien por ciento debido al redondeo (INEGI, 2017a).	
Elaboración propia.	

Los datos socio-demográficos aportan información general en cuanto a la integración de las familias, su distribución geográfica en un lugar determinado, una posible asociación entre esto y el ingreso económico, etc.; a una o un juzgador le permiten comprender las características generales de los núcleos familiares.

Ahora bien, ¿cuál sería su utilidad?, en los datos que se muestran en la tabla se advierten algunos datos que dan cuenta de situaciones de igualdad-desigualdad entre las y los integrantes de una familia, como el que se refiere a quiénes dejan de asistir a la escuela con motivo de un embarazo, lo que podría incidir en situaciones fácticas donde la "mujer se dedica preponderantemente al hogar" no como una decisión propia y asumida de forma consciente, sino como una situación que

[8] Hogar parental se clasifican en: a) Monoparental, conformado por el jefe(a) e hijos(as) y no cuenta con cónyuge, en el que puede haber o no otros integrantes en el hogar. b) Biparental, conformado por el jefe(a), cónyuge e hijos/as, y puede o no haber otros integrantes. c) Otros tipos que incluyen hogares familiares sin hijos/as y hogares no familiares.

[9] Se obtiene cuando la razón entre las personas residentes de la vivienda y el número de cuartos de la misma es igual o mayor a 2.5.

ella "asimila" con base en los mandatos género-familiares: "la mujer se debe a su familia", "la mujer tiene un instinto maternal que la lleva a renunciar a todo por su familia", etc., unido a la falta de otras oportunidades de desarrollo que tal vez le permitirían tomar decisiones distintas.

Otros datos de utilidad son los relativos a la modalidad de las familias, éstos son particularmente relevantes para proteger el ejercicio de derechos de sus integrantes ante situaciones de discriminación y/o violencia, por ejemplo: en México hay un importante porcentaje de familias ampliadas (30.7% del total de las familias) en donde con el grupo nuclear, conviven otras personas parientes y éstas asumen roles, tal sería el caso de una "tía" que nunca se casó, y que vive con la familia de su hermana/o, les prepara la comida, arregla la casa, lava y plancha para sus integrantes sin remuneración alguna. ¿Cuáles son los tipos de violencias que podrían enfrentar mujeres en su situación? Los datos ayudan a contextualizar el entorno general de la problemática que puede entenderse como violencia contra la mujer en razón del género (por el tipo de actividades que está desarrollando).

El tipo de conflicto que se resuelve es un indicativo respecto a la modalidad de datos socio-demográficos que resultan útiles para analizar los derechos en disputa. Por ejemplo: si el caso involucra niñas, niños y adolescentes y la o el juzgador identifica que son "niñas/os trabajadores" pueden ser útiles los datos de la Organización Internacional del Trabajo o del INEGI en materia de trabajo infantil, o los informes del Comité sobre los Derechos del Niño de la ONU.

Como se muestra en estos ejemplos, los datos de contexto socio-demográficos, geográficos, económicos, etc. son ilustrativos en cuanto a la composición de los grupos familiares en un tiempo y espacio determinados; así como respecto a cuestiones "situacionales" generales más complejas y profundas que inciden, posteriormente, en las problemáticas individuales que enfrentan sus integrantes.

¿Qué datos brinda el contexto objetivo sobre la violencia familiar como problemática concreta y para qué son útiles a una persona juzgadora?

Los conflictos de derechos que involucran **violencia familiar** no son casos aislados, por el contrario, son parte de una **problemática social generalizada, multidimensional, sistémica y estructural** (ADR 1206/2018; ADR 6181/2016). Si bien es cierto, la violencia familiar puede ejercerse en contra de cualquiera de sus integrantes, por razones de género y otras que se intersectan con esta categoría, afecta en mayor proporción a las mujeres, las personas menores de edad, las personas adultas mayores y quienes muestran una orientación sexual no hegemónica o no binaria. A continuación, se desarrollan cada uno de estos aspectos, con base en datos de contexto objetivo:

Problema generalizado	
Argumento	Dato de contexto
La **violencia familiar** es un **problema generalizado** en México desde el momento en que estas conductas están presentes en todo tipo de núcleos familiares a nivel nacional: familias con bajos o altos ingresos económicos; con o sin estudios profesionales; familias integradas por figuras públicas y otras formadas con personas que no lo son; familias que habitan en zonas rurales y/o urbanas; homo-	El carácter generalizado de la violencia familiar se puede documentar en una resolución, por ejemplo, con los datos de la Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana (ENSU III)[10] del INEGI: durante el primer semestre de 2020, en el 9% de los hogares se registró violencia en el entorno familiar (los datos de la encuesta se desagregan también por entidad federativa).[11]

[10] La ENSU III determina mediciones sobre percepción y experiencis de la población mayor de 18 años de edad de zonas urbanas de México (se aplica en 70 ciudades distribuidas en todo el país). Es un complemento de la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE), ambas encuestas son realizadas por el INEGI.

[11] La encuesta en el año 2019 no prevé datos desagregados como los que se presentan para el año 2020 respecto de la violencia en el entorno familiar; sin embargo, sí identifica como un dato global que durante el primer y segundo trimestre del 2019, el 7.3% y 9.1% de la población respectivamente, señaló haber sido violentada por familiares (INEGI, 2019).

parentales y heteroparentales; de distintas religiones; con o sin hijos/as, por mencionar algunos ejemplos); familias con personas con y sin discapacidad; familias indígenas y mestizas; familias con personas de otras nacionalidades. Desde luego, el contexto subjetivo que rodea a sus integrantes incide en las consecuencias que la violencia ocasiona, así como en las posibilidades y recursos con que cuentan para afrontarla.	El Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, por su parte, señaló que de enero a marzo de 2020 se recibieron 170 214 llamadas al 911 por incidentes de violencia familiar, registrándose un aumento de aproximadamente 20 000 llamadas respecto de los años 2018 y 2019 en el mismo periodo (Gómez y Sánchez, 2020). Esto indica no solo la existencia de un problema de grandes proporciones a nivel nacional, sino cambios en la problemática derivada de las condiciones materiales y de convivencia que impuso el aislamiento a las familias durante la pandemia.

Un punto relevante a considerar es que aun cuando se trata de un problema generalizado, no en todos lo lugares se registra la misma recurrencia (incidencia cuando hablamos de delitos), por este motivo no sería posible afirmar de manera categórica que la violencia familiar sea también un problema sistemático. Esta última característica del contexto objetivo debe determinarse con base en datos estadísticos y registros oficiales relativos a la recurrencia de las conductas de violencia familiar en cada lugar (por ejemplo, por entidad federativa).

Problema sistémico (estructural)	
Argumento	Dato de contexto
La violencia familiar también es **sistémica (estructural)**; es decir, las conductas que la configuran surgen y se reproducen a partir de prácticas de las estructuras e	Para documentar el **carácter sistémico de la violencia familiar** se puede acudir a las investigaciones académicas, institucionales, o de organismos de protección de derechos humanos, así como a datos estadísticos:

instituciones sociales (familia, escuela, comunidad, etc.). Por esta misma razón los comportamientos de violencia suelen estar normalizados e invisibilizados.	La Encuesta Nacional sobre Discriminación (ENADIS 2017)[12] determinó que el **3.1% de la población de 18 años de edad y más, justifica mucho o algo que un hombre le pegue a una mujer** (INEGI, 2017b). Además, **el 18% de los hombres y 12% de las mujeres participantes consideraron que "Las mujeres deben ayudar en los quehaceres del hogar más que los hombres".** El 7.1% de la población de 18 años de edad y más justifica mucho o algo que se le pegue a una niña/o cuando desobedece (INEGI, 2017b).
Una práctica es un "hacer", una forma de ser-actuar (Muñiz, 2015): que las mujeres en los hogares sean las que de forma recurrente lavan los trastes al interior de los hogares es una práctica; que ellas piensen en qué hacer de comer, qué comprar para preparar esa comida, en dónde comprarlo para conseguir el mejor precio y que no de desigualdad sin duda (lo serían también si solo lo hicieran	La Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH, 2016)[13] identifica diversas opiniones sobre los roles masculinos y femeninos en cuanto a obligaciones como las responsabilidades parentales y de cuidado (hijas/os, personas mayores, personas enfermas): El **47.6% de las mujeres opinó que "las mujeres que trabajan descuidan a sus hijas e hijos" y el 37.3% considera que "las mujeres deben ser las responsables del cuidado de las hijas(os) y de las personas enfermas y ancianas"** (no se dan los datos respecto a la percepción de los hombres).

[12] Encuesta especial que llevó a cabo el INEGI y CONAPRED en colaboración con la CNDH, la UNAM y el Conacyt. Su objetivo fue reconocer la prevalencia de la discriminación y sus manifestaciones (con base en experiencias), así como la afectación de éstas hacia determinados grupos poblacionales: índígenas, personas con discapacidad, niñas y niños, personas mayores, adolescentes, jóvenes y mujeres. La encuesta fue levantada el 21 de agosto al 13 de octubre de 2017).

[13] La ENDIREH sistematiza y analiza datos respecto a la dinámica de las relaciones de pareja en los hogares, y la experiencia de las mujeres en espacios como la escuela, el trabajo y la comunidad en donde enfrentan distintos tipos de violencia. El INEGI indica que, por sus características e innovaciones, esta encuesta se considera un parámetro a nivel internacional, además de que en su elaboración participación instituciones públicas y académicas, así como organismos internacionales y de la sociedad civil expertos en violencia contra las mujeres. su población objetivo en cuanto a las experiencias de violencia son mujeres de 15 años y más. Tiene una cobertura nacional, nacional urbano, nacional rural y estatal.

los hombres); que un hombre crea que está justificado gritar, amenazar o golpear a su esposa cuando no cumplió con esas tareas es una práctica (violenta). La cuestión con las prácticas es que su reiteración las cubre de cotidianeidad que ya no se cuestiona, que incluso se vuelve norma (Butler, 2001), aunque sea algo injusto y violatorio de los derechos de las personas.	**A ello se suma el que el 69.6% de las mujeres considera que ellas "deben ser igual de responsables que los hombres en traer dinero a la casa"** (INEGI, 2016). En otras palabras, la percepción intragénero sobre los roles femeninos promueve y normaliza situaciones de desigualdad y asimetría de poder en cuanto a distintas responsabilidades que corresponderían a ambas/os cónyuges, e invisibiliza cuestiones como la doble jornada que llevan a cabo las madres trabajadoras dentro y fuera del hogar. La misma encuesta indica que, de las expresiones de violencia en el ámbito familiar (10.3%), la mayor prevalencia la ocupa la **violencia emocional (8.1%)**; seguida por la económica o patrimonial (3.1%); la física (2.8%) y la sexual (1.1%) (INEGI, 2016).

Los datos señalados son útiles para documentar contextos normalizados de desigualdad familiar; ahora bien, ¿por qué muchas de esas creencias que se dan en contextos de desigualdad derivan en situaciones de discriminación y/o violencia? recordemos que las familias son grupos sociales conformados con base en jerarquías y valores del *sistema patriarcal*[14] *y el orden social de género*[15] (SCJN, Protocolo, 2020). Éstos, en su conjunto, favorecen una distribución y ejercicio desigual de poder, así como la superioridad del hombre y la subordinación a esta figura por parte de las demás personas integrantes de una familia: mujeres, niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad, etc. Siendo este el escenario, no resulta difícil suponer

[14] "El sistema patriarcal es un orden social basado en la división sexual y en un conjunto de acciones y relaciones estructuradas de acuerdo con el poder (Millet, 1970, pp. 67-69 y Varela, 2019, p. 105). En este sistema el grupo de las mujeres se encuentra subordinado al de los hombres, en tanto son percibidas como desiguales e incluso inferiores.". (Protocolo para Juzgar con Perspectiva de género, 2020: p. 28)

[15] "A ese proceso cultural que da como resultado una forma de organización desigual entre los sexos se le conoce como sistema de género, sistema sexo/género u orden social de género." (Protocolo para Juzgar con Perspectiva de género, 2020: p. 22-23)

que en las familias se conciba como "normal" el control de unas personas sobre otras, incluso cuando éste causa daños (como usar la violencia física en la educación de un niño/a).

La ENADIS (INEGI, 2017b) hace visibles otras prácticas sociales que pueden derivar en situaciones de discriminación y/o violencia interseccional al interior de las familias:

- **Por cuestiones de orientación sexual:** el 40% de mujeres y 46% de hombres de 18 años y más encuestados, no estaría de acuerdo con que su hija o hijo se casara con una persona del mismo sexo. El 64.4% de la población participante considera que en "poco o nada se justifica que dos personas del mismo sexo vivan juntas como pareja" lo que demuestra un bajo nivel de permisividad social que impacta en la integración y dinámicas familiares.

- **Por prejuicios vinculados con el estado de salud:** el 56% de mujeres y 57% de los hombres tampoco aceptarían que su hija/o se uniera con una persona con SIDA/VIH, este dato se une con otro de la misma encuesta en el que, en promedio, el 35% de las y los participantes se adhirieron a predisposiciones irracionales como aquella que afirma que "Convivir con personas con SIDA o VIH siempre es un riesgo".

- **Por estereotipos culturales:** el 18% de mujeres y 18% de hombres, no aceptaría que su hija/o se uniera con una persona indígena o afrodescendiente. Este dato se relaciona con el prejuicio respecto a que "La pobreza de las personas indígenas se debe a su cultura", afirmación a la que se adhirieron en promedio 34.5% de los hombres y mujeres participantes de la misma encuesta.

- **Por estereotipos sobre la discapacidad:** el 14% de mujeres y 13% de hombres encuestados, no aceptarían que su hija/o se casara con una persona con discapacidad. Postura vinculada con las

creencias sobre esta condición de vida, el 24.5% de los hombres y mujeres encuestados consideran que "Las personas con discapacidad son de poca ayuda en el trabajo".

Esa desigualdad género-patriarcal al interior de las familias es el contexto propicio para que se den situaciones de discriminación y/o violencia, y que las mismas sean normalizadas por sus integrantes. Tal sería una de las razones por las que esas situaciones se "enuncian" en los relatos de hechos (como parte del día a día) pero no se denuncian o se denuncian solo las que "sí parecen violencia" porque se consideran "más graves o evidentes" (golpes, bofetadas, jalones, etc.,). Queda en la opacidad la violencia emocional, así como numerosas manifestaciones de violencia sexual, económica y patrimonial.

Problema multidimensional	
Argumento	Dato de contexto
La violencia familiar es también un **problema multidimensional**, esto se debe a que las familias son grupos sociales heterogéneos altamente jerarquizados. Sus integrantes poseen distintas características (por género, sexo, orientación sexual, edad, nivel educativo, etc.) y ello incide en sus dinámicas y en	La Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH 2016)[16] señala lo siguiente: • De las mujeres de 15 años de edad y más, el 66.1% ha sufrido al menos un incidente de violencia emocional, económica, física, sexual o discriminación durante su vida en al menos un ámbito (familiar, de pareja, escolar, laboral y/o comunitario) (INEGI, 2016).

[16] La ENDIREH sistematiza y analiza datos respecto a la dinámica de las relaciones de pareja en los hogares, y la experiencia de las mujeres en espacios como la escuela, el trabajo y la comunidad en donde enfrentan distintos tipos de violencia. El INEGI indica que, por sus características e innovaciones, esta encuesta se considera un parámetro a nivel internacional, además de que en su elaboración participación instituciones públicas y académicas, así como organismos internacionales y de la sociedad civil expertos en violencia contra las mujeres. su población objetivo en cuanto a las experiencias de violencia son mujeres de 15 años y más. Tiene una cobertura nacional, nacional urbano, nacional rural y estatal.

las relaciones de poder que se establecen en su interior. Los datos de contexto general que reflejan este componente dan cuenta sobre ¿quién ejerce los actos de dominación / sometimiento? Y ¿quiénes son víctimas de éstos? Los componentes estructural y multidimensional son muestra del impacto por género de la violencia familiar; o su impacto por edad.	• La casa de la mujer es el principal lugar en donde ocurre la violencia familiar (61.1%). En este espacio la violencia emocional sigue siendo una de sus mayores expresiones (59.6%); a continuación la violencia física (16.9%); la violencia patrimonial o económica (17.5%) y la violencia sexual (6%). • En cuanto al ámbito familiar, en los últimos 12 meses (en relación con el periodo en que se aplicó la encuesta), el porcentaje de violencia contra las mujeres fue de 10.3%; y la violencia en pareja (puede ser dentro o fuera de un núcleo familiar) durante el mismo periodo fue de 25.6% (a lo largo de su relación actual o última pareja el porcentaje se incrementa a 43.9%) (INEGI, 2016). • Las mujeres identifican como sus principales agresores a su hermano/a (25.3%); su padre (15.5%) y su madre (14.1%). Del mismo modo, en un promedio que oscila entre el 5 y el 10%, el agresor es identificado como el tío/a; primo/a; cuñado/a; e hijo/a. Por último, en porcentajes en un rango entre el .7 y el 4.2% identificaron como la persona agresora al suegro/a; sobrino/a; abuelo/a; madrastra o padrastro y el yerno. Los principales agresores sexuales son los tíos y los primos (INEGI, 2016). • En cuanto a las mujeres adultas mayores (de 60 años o más), la ENDIREH identificó que el 17.3% de ellas sufre algún tipo de violencia, siendo la más recurrente la emocional. Aunque no se especifica el ámbito, los datos demuestran que algunos de esos comportamientos están asociados a relaciones o espacios familiares: el 2.2% han recibido amenazas con correrlas o sacarlas de su casa; el 4.1% no recibe dinero aun cuando las personas de quienes dependen sí cuenten con recursos para brindarles este apoyo y al 1.2% las lastiman, golpean o les avientan cosas (INEGI, 2016).

	La Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana (ENSU III)[17] determinó que: • En el 24.5% de los casos de violencia familiar registrados en el primer semestre de 2020, las víctimas eran menores de edad (INEGI, 2020).[18] • De las personas mayores de 18 años de edad que indicaron haber sido violentadas en el entorno familiar durante el mismo periodo, equivalentes al 7.8% del total de la muestra: el 9.2 % eran mujeres y 6.1% hombres (INEGI, 2020). • Aunque en el 43.9% las personas violentadas prefirieron no señalar el parentesco que tenían con la persona agresora; en el 22.9% indicaron que la violencia fue ejecutada por el esposo/a o la pareja sentimental. Destaca también, el hecho de que la violencia sexual en el entorno familiar es mayor en contra de las mujeres (.5%) respecto de los hombres (.1%) (INEGI, 2020).

Se reitera que, un dato estadístico o de otro tipo por muy certero y confiable que sea el método con el cual se obtuvo, no será de utilidad si solo se enuncia en una resolución sin establecer algún razonamiento respecto a ¿qué es lo que se quiere mostrar y deducir a partir de ese dato?, y ¿cómo se relaciona con los hechos del caso?. Ese razonamiento es lo que convierte un dato, en información y soporte de la argumentación judicial.

[17] La ENSU determina mediciones sobre percepción y experiencis de la población mayor de 18 años de edad de zonas urbanas de México (se aplica en 70 ciudades distribuidas en todo el país). Es un complemento de la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE), ambas encuestas son realizadas por el INEGI.

[18] Las expresiones de violencia incluían insultos, golpes, jaloneos, bofetadas, patadas, ataques con armas punzocortantes o de otro tipo, así como violencia sexual (manoseos, tocamientos, besos, encimarse sin el consentimiento de la persona, etc.)

Contexto subjetivo. Se refiere a la revisión de las condiciones y características del ámbito particular de una relación interpersonal, o de la situación concreta en que se encuentran las personas involucradas en una controversia (SCJN, Protocolo, 2020). La revisión del contexto subjetivo, con base en los hechos y las pruebas, es la que permite advertir a una persona juzgadora tres cuestiones sustantivas a las que se refiere la obligación de juzgar con perspectiva de género:

- Condiciones de vulnerabilidad: condición de desprotección de la persona que le impide reaccionar ante cualquier peligro.
- Situaciones de riesgo que ponen en peligro la vida y/o la integridad de las personas.
- Situaciones de discriminación y/o violencia en el caso concreto.

El Protocolo-JPEG (2020) propone revisar varios elementos en el caso concreto para dar cuenta del contexto subjetivo de las personas involucradas. Esos elementos se pueden agrupar en cuatro rubros, en función de la utilidad que tienen para un análisis jurídico de violencia familiar.

Su revisión dentro de un proceso debe ser consecutiva (en el orden de prelación que se indica con el numeral), ya que la información que se arroja en cada uno de ellos adquiere mayor grado de especificidad y es justo eso lo que permite un ejercicio de análisis deductivo para llegar a la conclusión respecto a la existencia o inexistencia de situaciones de violencia en casos concretos del ámbito familiar, motivadas por la identidad de género:

Tabla 3. Elementos de análisis del contexto subjetivo

1º RECABAR DATOS GENERALES DE LAS PERSONAS INVOLUCRADAS
• *Identificar las condiciones de identidad de las partes involucradas en el caso.* • *Considerar otros factores particulares.* Son elementos que, sin ser parte de la identidad de la persona, influyen en su forma de vida a nivel particular.

2º IDENTIFICAR Y ANALIZAR LA RELACIÓN DE PODER ENTRE LAS PARTES

- *Identificar si las partes se conocían previamente y en su caso qué tipo de relación tenían.*
- *Determinar si la relación existente tiene un carácter asimétrico (supra-subordinación) o dependencia (emocional, económica, etcétera).*
- *Identificar quién toma las decisiones en esa relación, cómo se toman y cuáles son los mecanismos de participación en la toma de decisiones sobre cuestiones que afectan a las partes involucradas.*
- *Analizar si el género de las partes influyó en los hechos del caso concreto de manera que coloca a una de ellas en una situación de ventaja o desventaja frente a la otra.*
- *Valorar si el género de una de las partes sirvió como justificación para el ejercicio de mayor poder, y si esto impacta en el caso concreto.*
- Evaluar si los hechos se relacionan con roles y estereotipos de género, y/o el actuar de las partes se vincula con cargas *sociales impuestas.*

Estos serán desarrollados en la siguiente sección del fascículo relativa a la asimetría de poder.

3º IDENTIFICAR ACTOS DE DISCRIMINACIÓN Y/O VIOLENCIA

- *Reconocer si de los hechos relatados y/o de las pruebas se advierte alguna conducta que puede constituir violencia y, posteriormente, determinar qué forma de violencia es y en qué ámbito o espacio sucede.*
- *Identificar indicios de discriminación y violencia por motivos de género en el caso de estudio.*

Ambas cosas solo es posible hacerlas una vez que se analizan las relaciones y el ejercicio de poder.

4º IDENTIFICAR LA DIMENSIÓN DEL PROBLEMA

- *Contrastar la información del contexto objetivo con los hechos del caso para reconocer si se está ante una situación de violencia sistemática o de desigualdad estructural que afecta a un grupo determinado de personas a nivel local, nacional o incluso mundial.*

Elaboración propia con base en datos del Protocolo-JPEG (SCJN, Protocolo, pp. 151-164)

Sobre el primer grupo de elementos en un conflicto familiar son relevantes, en un sentido general, conocer al menos datos sobre la edad, el sexo y el género de las personas. Las propias particularidades del conflicto podrían implicar la necesidad de conocer otros datos identitarios como: orientación sexual, condición de discapacidad, identidad cultural, religión, etc. Adicionalmente, es indispensable recabar otros datos no identitarios pero sí de contexto individual, como el nivel socioeconómico y las actividades laborales. El tipo de conflicto podrá conducir a la persona juzgadora a considerar la pertinencia de conocer cuestiones adicionales como: el nivel educativo, el estado de salud, o la condición migratoria de sus integrantes, entre otras.

Los elementos del segundo y tercer grupo se analizan en los siguientes apartados como parte de la revisión de la asimetría de poder y el comportamiento de control característicos de la violencia. En cuanto a las sugerencias del cuarto grupo ya se han hecho distintas menciones en esta misma sección de análisis de contexto.

b. Asimetría de poder

La asimetría de poder es el segundo elemento constitutivo de un acto de violencia; forma parte del contexto subjetivo de un caso pero, por su relevancia para determinar el impacto o consecuencia de género, se desagrega aquí de manera independiente con mayor especificidad.

Partamos de la siguiente premisa: todo conflicto de derechos supone directa o indirectamente una **relación interpersonal** y éstas, a su vez, implican **ejercicio**

de poder (SCJN, Protocolo, 2020); estas son dos cuestiones que deben ser revisadas en los hechos y estar acreditadas con los medios probatorios.

i) Revisión de la relación interpersonal: vínculo de parentesco y afectos

En el caso de las familias se presume la existencia de una relación de parentesco por afinidad o consanguinidad en distintos grados que se acredita, por lo general, con documentos públicos (como las actas de nacimiento) o bien, con pruebas confesionales o testimoniales (de quienes conocen a la familia). Sobre el tipo de parentesco en los 32 Códigos Penales Estatales se reconocen las relaciones por afinidad o consanguinidad de distintos tipos y grados como presupuesto fáctico de la relación personal en la violencia familiar. A partir de esto se establecen algunas variaciones:

- Algunas regulaciones penales ya reconocen las relaciones de hecho (distintas a matrimonio o concubinato), aunque no existe homogeneidad en su definición; algunas prevén aquí relaciones de compadrazgo y madrinazgo; las de noviazgo; o condicionan el reconocimiento de la unión a la procreación de hijas o hijos (Baja California Sur, Chihuahua, Coahuila, Colima (relación familiar), Durango, Estado de México, Hidalgo, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán).

- Del mismo modo, algunas regulaciones penales amplían la protección contra la violencia familiar a las personas que estén sujetas o unidas por relaciones de custodia, protección o cuidado, tutela o curatela (Baja California Sur, Estado de México, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz, Yucatán, Zacatecas). En este punto algunas Entidades limitan la protección a las relaciones de tutela o curatela (Campeche, CDMX, Chiapas, Durango, Querétaro, Sonora, Tamaulipas, Veracruz).

- En algunas regulaciones se refieren a las relaciones de pareja como algo distinto a una relación de hecho (Aguascalientes, Baja California, Campeche, Chihuahua, Hidalgo, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Yucatán); o bien, reconocen como presupuesto la "vida en común" (Guerrero, Veracruz), que "cohabiten" o se "incorporen a un núcleo familiar" aunque no tengan relación de parentesco entre sí (Guanajuato, Tabasco, Veracruz).

- Finalmente, hay supuestos que adicionan situaciones que se reconocen como una relación de parentes o algo similar: sociedad en convivencia (CDMX, Oaxaca); y relación de familiaridad en la intimidad (Estado de México).

Se presume también que una relación familiar implica el establecimiento de lazos afectivos, elemento fundamental en el análisis sobre un delito de violencia familiar. El afecto, en un sentido amplio, es la capacidad humana de vincularse con otra/o ser humano (Ahmed, 2004; Hooks, 2001). Tiene múltiples manifestaciones psico-emocionales, unas constructivas y otras destructivas (amor, cariño, empatía, entendimiento, confianza, dependencia, co-dependencia, por mencionar algunas). La revisión de los lazos de afecto es necesaria porque éste incide en la dinámica de la interacción humana y el ejercicio de poder, además de que explica la confianza y/o dependencia que pueden tener dos o más personas, y que excede a lo meramente material.

Los afectos tienen un lugar especial en la comprensión de la violencia familiar **porque crean lazos de confianza y dependencia** entre sus integrantes; y son estos lazos los que suelen ser aprovechados por quien ejerce violencia para controlar o someter a la persona. En el caso de las mujeres los amparos directos en revisión 1206/2018 y 6181/2016 visibilizan la relevancia del análisis del factor afectivo: indican que una de las expresiones más crudas de violencia de género es cuando se priva de la vida a las mujeres y que esos actos suelen provenir, en su mayoría, de personas a las que ellas aprecian, quieren y en quienes confían (pareja, novios, etc.). También explican que viven con miedo constante de su agresor, sentimiento que se funda en las manipulaciones, amenazas y violencias que han vivido.

La revisión de la relación afectiva, en muchos casos, es lo único que se puede acreditar en un conflicto, debido a que se trata de relaciones que aún no se materializan en actos que puedan recibir el calificativo jurídico de parentesco (matrimonio, concubinato, relación de hecho, relación filial, etc.) a pesar de que, por su dinámica, comparten características con esas figuras. Códigos Penales como los de Chihuahua, Durango y Tamaulipas pueden proteger contra la violencia familiar a las personas que se encuentran unidas por relaciones de afecto, sin necesidad de acreditar otro tipo de parentesco.

Otra cuestión fundamental develada por los estudios sociológicos sobre las emociones se refiere a que las manifestaciones afectivas no son neutras o meramente instintivas / naturales (García y Sabido, 2014), sino que están vinculadas con prácticas sociales [como las de género]; en otras palabras, las personas "aprenden y enseñan a otros/as reaccionar emotivamente" frente a ciertos estímulos.

Lo anterior se traduce en que, aun cuando todas las personas tienen capacidades afectivas para vincularse con el grupo familiar; la socialización interfiere para que esa afectividad se desarrolle de determinada manera con base en mandatos de género. Sobre esto, Marcela Lagarde señala que a las mujeres se les enseña el "amor como mandato de vida" (a su esposo, sus hijos/as, su padre, su madre, etc.), se les socializa como seres amorosos y la sociedad les castiga en múltiples formas cuando su comportamiento en las relaciones familiares no es acorde con ese mandato (Lagarde, 2001); por el contrario, a los hombres se les socializa dentro del distanciamiento afectivo, aprenden que su "afecto" por la familia se debe traducir en llevar recursos económicos a la casa.

El análisis sobre los afectos es necesaria (con medios probatorios como las periciales en psicología) y útil a una juzgadora/or, para comprender por qué numerosas situaciones de violencia familiar pasan desapercibidas no solo por mandato de género, sino porque éste tiene implicaciones afectivas para la persona que le impiden reconocer o justificar el daño a su vida (daño que, paradójicamente, viene de sus figuras de afecto).

ii) Revisión de la distribución y el ejercicio de poder en la familia

El poder, explica Foucault, es un "modo de acción" de una persona respecto de otra, que se apoya en estructuras permanentes (Foucault, 1988), como la familia. Todas las personas tienen poder porque todas tienen posibilidad de "acción" (hacer, decir, mover, caminar, hablar, pensar, decidir, etc.); sin embargo, el entramado social va marcando distinta distribución y grados en el ejercicio del poder humano. Al interior de las familias se reconocen, asignan y distribuyen múltiples poderes: tomar decisiones, opinar, entrar o salir de los hogares conforme a reglas estipuladas, cuidar, recibir cuidado, proveer, educar, ejercer la sexualidad, etc.; una sola conducta puede implicar diversos poderes.

Como las familias son grupos heterogéneos estructurados con base en jerarquías y categorizaciones del sistema patriarcal y del orden social de género y relaciones de afecto, la distribución del poder en su interior sigue los mismos mandatos. A partir de esto, la premisa de la que debe partirse en los delitos de violencia familiar es la existencia de situaciones asimétricas de poder (desigualdad). Ahora bien, hay asimetrías que derivan en situaciones de discriminación y/o violencia y otras que no lo hacen, para poder determinarlo la persona juzgadora debe analizar la relación de poder (es) entre las partes con base en los hechos y las pruebas, procurando responder a las siguientes interrogantes:

Tabla 4. Interrogantes para el análisis de la relación de poder

Interrogante	Elementos que permite identificar (SCJN, Protocolo 2020)
• ¿Qué poderes están involucrados en las relaciones personales entre las partes? La revisión tiene que ver, desde luego, con lograr identificar aquellos poderes que se relacionan con la litis (un solo derecho puede implicar varios poderes).	• Si la relación existente tiene un carácter asimétrico (supra-subordinación) o dependencia (emocional, económica, etcé*tera)*. (p. 155) • Quién toma las decisiones en esa relación, cómo se toman y cuáles son los mecanismos de participación en la

• ¿Cómo se distribuyen esos poderes?, es decir, ¿quiénes sí y quiénes no los pueden ejercer? • ¿Cuáles son las razones o motivos de esa distribución en el ejercicio del poder?, de las permisiones y prohibiciones; es decir, ¿por qué el poder se ejerce de esa forma?, ¿a qué se debe que así sea? • ¿Hay alguna relación entre las creencias, prácticas o expectativas de identidad de género de las partes (y/o de sexo, edad, discapacidad, etc.) que expliquen esa distribución y ejercicio de poder?.	toma de decisiones sobre cuestiones que afectan a las partes involucradas. (p. 157) • Si el género de las partes influyó en los hechos del caso concreto de manera que coloca a una de ellas en una situación de ventaja o desventaja frente a la otra. (p. 160) • Si el género de una de las partes sirvió como justificación para el ejercicio de mayor poder, y si esto impacta en *el caso concreto*. (p. 160) • Evaluar si los hechos se relacionan con roles y estereotipos de género, y/o el actuar de las partes se vincula con cargas sociales impuestas. (p. 161)

Elaboración propia.

Hasta aquí el objetivo es identificar si hay una relación asimétrica de poder entre las partes y si factores como la identidad de género, inciden en su ejercicio; todavía no se llegan a conclusiones respecto a si tal ejercicio es violento, esto es lo que se revisa en la siguiente sección. Al interior de las familias se reconocen, asignan y distribuyen múltiples poderes: tomar decisiones, opinar, entrar o salir de los hogares conforme a reglas estipuladas, cuidar, recibir cuidado, proveer, educar, ejercer la sexualidad, etc. De hecho, una sola conducta puede implicar diversos poderes.

c. Comportamiento de dominación, control y/o sometimiento

El Protocolo-JPEG (2020), dentro del análisis de contexto subjetivo, señala la obligación de identificar actos de discriminación y/o violencia, ubicar su tipología y ámbito, así como su relación con razones de género; lo que nos lleva a reflexionar en torno a **¿cómo es un comportamiento violento?**, se trata de una

relación de poder pero ¿cómo distinguirle de otros comportamientos que también implican poder?, máxime cuando estamos ante manifestaciones no explícitas o no extremas de violencia, o que han sido normalizadas por las familias (recordemos que, conforme a los datos de contexto de este fascículo, más del 60% de las expresiones de violencia familiar son psico-emocionales).

La ruta de análisis propuesta hasta ahora indica que la revisión de las relaciones de poder permite determinar si las mismas son simétricas (igualitarias) o asimétricas y, sobre estas últimas, identificar qué motiva o intenta justificar tal desequilibrio; por ejemplo: las creencias vinculadas con la identidad de género de las personas, su edad, etc.

El siguiente paso sería cuestionar ¿cuál es el fin o el objetivo del ejercicio del poder en una relación de asimetría?, ¿qué es lo que quiere lograr la persona que ejerce el poder? El ejercicio de poder atiende a muchos fines y razones, cuando la respuesta a esa interrogante es: controlar, dominar o someter la acción o el cuerpo de la otra persona, sumamos un componente que indica que podríamos estar ante "posibles o probables" comportamientos de violencia.

- Una conducta de control, dominación o sometimiento supone necesariamente la aplicación de una "fuerza"; pues ésta es el medio por el cual se logra incidir en la acción o el cuerpo de otra persona. Ahora bien, es importante no hacer una interpretación restrictiva del término "fuerza", ni reducirla a sus expresiones físicas o materiales que son las más conocidas o visibles (fuerza física: apretones, golpes, bofetadas, jalones, empujones, rasguños, pellizcos, lesiones de todo tipo, en general).

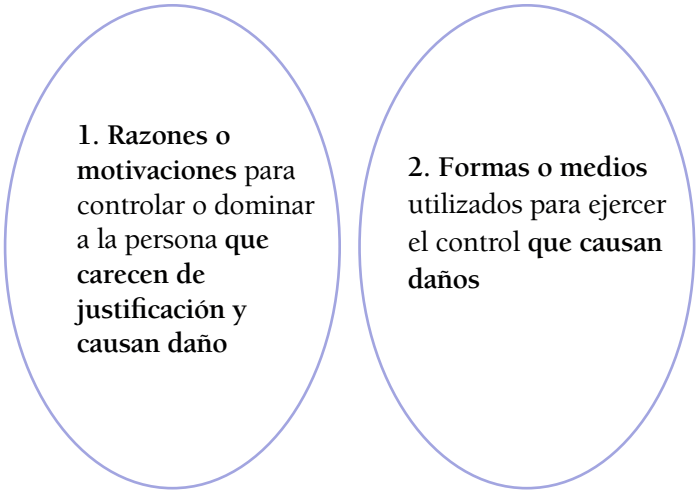
- Una fuerza dirigida a controlar o ejercer presión puede manifestarse incluso con conductas inmateriales / intangibles: las miradas, el tono de voz, los gestos, las palabras amenazantes, los mensajes culpabilizadores, la prácticas corporales como negar un saludo o dejar de hablarle a alguien para aislarle; se trata de control psicológico, social-simbólico que, al igual que las conductas materiales, logran el objetivo de incidir en la conducta o el cuerpo de las personas a la voluntad de quien ejerce la fuerza. La o el juzgador deben considerar todas las manifes-

taciones de esa fuerza que presiona y tiende al control, la dominación o el sometimiento, con especial atención a las expresiones que no son visibles o fácilmente detectables pues, como se ha reiterado, un gran porcentaje de la violencia familiar es psicológica.

Una vez que se identifica que el fin del ejercicio de poder es controlar, someter o dominar a una persona, las preguntas para concluir si se está o no ante una conducta de violencia son: ¿qué razones o motivaciones intentan justificarse ese control? Y ¿qué medios se utilizan para controlar?

Una conducta violenta se caracteriza porque sus razones no están justificadas —aunque la persona que la ejecuta y quien la recibe así lo crean— y generan un daño, aunque los medios para ejercer el control sean idóneos y no dañinos. Otra posibilidad es que las razones estén justificadas, pero las formas o los medios con que se controló a la persona hubieran causado el daño. La tercera posibilidad que propicia que la conducta sea violenta es que ni las razones estén justificadas, ni los medios sean idóneos.

Ilustración 2.
Componentes de una conducta de control violenta



Elaboración propia.

Aquí algunos ejemplos:

Tabla 5. Conductas de control
y criterio para determinar si es violencia

Conducta de control	Criterio para su valoración
Obligar a una niña o niño a comer vegetales es un acto de control sobre su persona, la razón puede estar justificada —proteger su salud— pero, si esto se lleva a cabo con medios que afectan su dignidad o integridad (insultos, amenazas, intimidación, golpes, dejarle sin comer, etc.) convierten la conducta en algo violento.	Al respecto, la SCJN establece que el castigo corporal como método de disciplina es contrario a la dignidad humana y vulnera el derecho a la integridad de las personas menores de edad. Un castigo corporal y/o un trato cruel y degradante es todo aquel que busque menospreciar, humillar, denigrar, amenazar, asustar o ridiculizar al menor de edad. El criterio también señala que: … "la frecuencia", "la gravedad del daño" y "la intención de causar daño", no son requisitos previos de las definiciones de violencia." (Tesis 1a. XLIX/2020, 2020).
Otro acto de control consiste en enseñar a una niña que es "su obligación" aprender y hacer todo lo relacionado con el cuidado del hogar (lavar trastes, preparar comida, planchar, limpiar los pisos, etc.) no porque sean tareas necesarias para la subsistencia personal, sino porque es mujer, porque en un futuro será madre y le tocará hacerlo por su familia. El medio puede ser adecuado: las pláticas, el convencimiento gradual; sin embargo, la razón no está justificada porque se funda en la reproducción de un estereotipo de género que crea desigualdad entre las personas. Este acto de control o sometimiento que ocasiona desigualdad puede también	Sobre este punto, la Convención de Belém do Pará en su artículo 6.b indica que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye "… el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación."

generar daños a la niña a corto y largo plazo, en primer lugar por el propio autoconcepto que ella forja sobre su persona y en segundo lugar por el impacto negativo que ello podría tener para su desarrollo.	

Elaboración propia.

Las respuestas a la primera pregunta —¿qué razones o motivaciones intentan justificarse ese control?— son las que brindan información a la o el juzgador sobre el impacto de género de la violencia familiar.

Cuando las prácticas, creencias y estereotipos asociados con la identidad de género de la persona están siendo utilizadas para motivar o justificar el control, sometimiento o dominación de la persona; o bien, en una explicación más específica, cuando las creencias, patrones y expectativas sociales sobre cómo debe ser y comportarse una persona en función de su sexo, están siendo utilizadas para motivar o justificar su control o sometimiento, estamos ante violencia por razón de género.

Recordemos que, como lo indican los criterios interpretativos señalados en el Protocolo-JPEG (2020), la categoría de género (y por analogía otras categorías de identidad), así como los estereotipos, prácticas y creencias que se asocian con ésta no son algo nocivo por sí mismo, sino por la forma en que se utilizan por las personas involucradas en el conflicto, o por la misma autoridad que conoce del caso (Tesis VII.2o.C.190 C (10a.), 2019). El Protocolo identifica tres usos nocivos:

Tabla 6. Usos nocivos de la categoría de género y estándares que los contrarrestan

Uso nocivo (SCJN, Protocolo, p. 176)	Estándar que contrarresta el uso nocivo
Cuando el estereotipo, práctica o creencia de género se convierte	Amparo Directo en Revisión 3382/2018, 12 de junio de 2019, pp. 28-29.

en la causa que motiva la violencia. Por ejemplo: ordenar a la mujer que nunca contradiga a su esposo, en la creencia —incluso inconsciente— de que eso tienen que hacer las esposas ante su pareja.	Amparo directo en revisión 1412/2017, 15 de noviembre de 2017, p. 10, que incorporó los pronunciamientos en ese sentido por parte de la CorteIDH en los casos: caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, 16 de noviembre de 2009, párr. 401; caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, 19 de noviembre de 2015, párr. 180, y caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, 9 de marzo de 2018, párr. 29. Comité CEDAW, Recomendación General 31. Comité de Derechos del Niño (Comité CRC), Observación General 18, adoptadas de manera conjunta el 14 de noviembre de 2014, párr. 6.
Cuando el estereotipo, práctica o creencia de género se utiliza como una razón para justificar la violencia de género. En este uso quien ejerce violencia tiene la convicción de que la persona víctima "es merecedora de ésta" o "que lo hace por su bien", porque la persona no se apega o no cumple con los roles y atributos de género/edad que le han sido impuestos.	Comité CEDAW, Recomendación General 31 y Comité CRC, Observación General 18, adoptadas de manera conjunta el 14 de noviembre de 2014, párr. 6. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica, 28 de noviembre de 2012, párr. 302; Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala, 19 de mayo de 2014, párrs. 212 y 213; Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, 19 de noviembre de 2015, párr. 180, y Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, 9 de marzo de 2018, párr. 295.
Cuando el estereotipo, práctica o creencia de género afecta el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad. En este uso se reconoce que además de los estereotipos y creencias de género de las partes involucradas en un conflicto, se tienen que	Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica, 28 de noviembre de 2012, párr. 302; Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala, 19 de mayo de 2014, párrs. 212 y 213; Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, 19 de noviembre de 2015, párr. 183, y, Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, 9 de marzo de 2018, párr. 295.

hacer patentes las que están presentes en las autoridades (policías, ministerios públicos, personas juzgadoras, etc.) y en las leyes	Comunicaciones del Comité CEDAW: 20/2008, 25 de julio de 2011, párr. 13.6; 58/2013, 28 de febrero de 2017, párr. 13.6, y 91/2015, 6 de noviembre de 2017, párr. 7.5.

Elaboración propia con base en información del SCJN, Protocolo, 2020, p. 176.

¿En qué parte del conflicto se pueden advertir esas creencias o manifestaciones asociadas con cargas de género? y ¿cómo ver su efecto nocivo (violento)?

- Algunas son identificables porque están en las manifestaciones expresas (verbales o escritas) de las personas involucradas en un conflicto; éstas se leen en los relatos de hechos, en el desahogo de pruebas testimoniales o en pruebas periciales, de ahí la importancia de que en esas pruebas queden capturadas las palabras tal cual son pronunciadas, sin mediar ningún tipo de ajuste por parte de la autoridad.

  Las creencias o expectativas género-familiares también pueden estar latentes en las apreciaciones que hacen las autoridades sobre los hechos, en las deducciones a las que llegan en la valoración de la prueba; o en la solución que dan al conflicto. De igual forma, pueden estar contenidas en las leyes o en las interpretaciones de éstas, aunque con un lenguaje técnico.

  Como ejemplo de expresiones que revelan esas cargas de género se encuentran: “la mujer debe dedicarse al cuidado de sus hijos/as para que no se pierdan”, “detrás de un gran hombre (esposo), hay una gran mujer (esposa)”, “el hombre provee, pero la madre educa”, “que no llore, se tiene que comportar como hombrecito”, “el éxito de los hijos/as depende del cuidado de su madre”, “la culpa es de la madre, porque las familias donde la madre no está se desintegran”, “la educación se mama” (por lo tanto la buena o mala educación son responsabilidad de la madre), “la mujer que pide el divorcio está atentando contra la familia y la familia se debe proteger”, “ella no trabaja, se dedica al hogar”,

"pero cómo ese hombre podría hacerse cargo de su hija, no nacieron para eso", "una mujer con esas orientaciones sexuales no puede ser una buena madre", "pero si es una mujer con síndrome down, cómo podría ser una buena madre"; "la mujer es el eje de la familia", "la madre/esposa debe soportar y perdonar todo de su familia" (amor incondicional), "la madre que se prefiere a sí misma antes que a su familia, es una mala madre" (madre desnaturalizada), "la esposa se debe a su esposo, pues es él quien lleva el sustento al hogar", "la madre/esposa transmite su cariño a través de la comida y el cuidado amoroso a su familia", "la vocación natural de la mujer es ser madre", "las mujeres son tiernas por naturaleza", "es imperdonable que una madre abandone a su hijo/a, eso ni los animales lo hacen", "es una adolescente pero eso no tendría que ser impedimento para que sea una buena madre, es su naturaleza".

- Otras manifestaciones de estas creencias están en los comportamientos de las personas o de las autoridades, incluso puede no mediar expresión alguna, se vuelven visibles porque su efecto sí es tangible; por ejemplo: un hombre que obliga a su esposa a tener relaciones sexuales sin preguntar si ella quiere lo mismo es muestra de un comportamiento sexual estereotipado por género. Imponer a las hijas más responsabilidades asociadas con el cuidado del hogar que a sus hermanos de edad similar es una práctica de género; imponer una indemnización a una mujer con quien un hombre tenía una relación extramarital, por la afectación que ocasionó al matrimonio es un comportamiento fundado en estereotipos género-familiares.

En síntesis, para verificar si un comportamiento puede ser calificado como violento y se asocia con cuestiones de género: primero se tiene que identificar la práctica, creencia o estereotipo latentes en los comportamientos de las partes y las autoridades, así como los que estén en las leyes; después se debe determinar si aquéllas son la causa o se utilizan para justificar un acto de control, sometimiento o dominación de la persona, así como los medios que fueron empleados; y por último, es preciso revisar si el efecto ha sido dañino (afectación de derechos).

Aunque en los tipos penales se enfatiza el componente conductual y su efecto (daño), no hacen mención a las causas o supuestas justificaciones que podrían explicar su dinámica, como la identidad de género de las personas involucradas, su edad, orientación sexual, etc.; esto es algo que debe derivarse de una interpretación integral entre las disposiciones penales y la jurisprudencia de la SCJN que establece la obligación de juzgar con perspectiva de género.

La "razón de género" en un acto de violencia tiene que demostrarse y argumentarse con base en los hechos y las pruebas y, como lo indica el Protocolo-JPEG (2020), no sería suficiente fundamentar esa razón en que una de las partes del conflicto es mujer. Lo que se tiene que acreditar es que en la relación asimétrica de poder se identificó que el comportamiento de control, sometimiento o dominación dañino tuvo su origen o justificación en creencias, prácticas o expectivas sobre cómo debe ser o actuar una persona a partir de su diferencia sexual (hombre-mujer). No todos los actos de violencia contra las mujeres en la familia son expresiones de violencia de género; o bien, las partes pueden ignorar que actúan con base en patrones y estereotipos de género, aunque de hecho lo hagan, por eso es tarea de la o el juzgador determinar el impacto de género del acto de violencia familiar.

Un caso que ejemplifica lo que se ha señalado sobre contexto, asimetría de poder y conducta de control o dominación dañina por razones de género es el siguiente:

Al Poder Judicial de Oaxaca (2012) llegó una mujer para solicitar el divorcio necesario y el pago de una pensión alimenticia, tras haber sido contagiada de una enfermedad de transmisión sexual por parte de su esposo. Él no le comunicó sobre el posible contagio, simplemente se limitó a decirle que tenía que acudir a la clínica para que la revisaran, ahí fue donde le explicaron las razones de la consulta y le confirmaron que era portadora de la enfermedad. Además de ello, la sentencia cita la siguiente frase de la actora: "… el demandado aun sabiendo de su enfermedad, la siguió obligando a sostener relaciones sexuales por lo cual se contagió…"(Sentencia 370-2012, p. 7). A partir de lo que se ha desarrollado en este fascículo, podrían advertirse los siguientes elementos en el caso:

Se solicita el divorcio y el pago de la pensión alimenticia como materia de la litis; sin embargo, en los testimonios se advierten datos que se vinculan con la causa del divorcio y que podrían constituir delitos como el que se refiere a la práctica de obligarle a tener relaciones sexuales (violencia familiar y violación sexual).

Entre ambas personas existe un vínculo de parentesco: matrimonio. Este tipo de vínculo supone la voluntad de las partes para "hacer vida en común" e implica el establecimiento de distintas relaciones de poder respecto de cuestiones como: el cuidado de la familia, la toma de decisiones al interior del grupo, la generación de recursos que servirán para su manutención, así como el ejercicio de la sexualidad (cuando la pareja decide que la vida en común incluya este elemento), por mencionar algunos.

El ejercicio de la sexualidad es un derecho protegido por la CPEUM y los tratados internacionales. La sexualidad es una característica de las personas que abarca, entre sus componentes, el sentido de intimidad, el erotismo y la propia relación sexual. El ejercicio libre y pleno de la sexualidad implica tener la posibilidad de tomar decisiones informadas y consensuadas respecto a cómo, en qué momento y, en su caso, con qué personas decido tener relaciones sexuales.

En este caso, expresiones como que él "…la siguió obligando a sostener relaciones sexuales…" indican que el ejercicio de la sexualidad en el matrimonio se daba con base en una relación asimétrica de poder, por razones de género: la práctica estereotipada radica en las creencias sociales fuertemente arraigadas respecto a que en el matrimonio o unión similar, los actos sexuales son un "deber", lo que explica —mas no justifica— el control o sometimiento que él ejerce sobre el cuerpo (sexualidad) de su esposa.

La asimetría de poder también se advierte desde el momento en que, por razones de género, los mandatos sexuales son diferentes para un hombre que para una mujer: a ella se le enseña y exige estar disponible en todo momento frente al deseo sexual de su pareja, en tanto que al esposo se le fomenta la idea de que ella debe tener tal disponibilidad y de que a él le corresponde un "derecho de satisfacer su deseo sexual" en el momento que quiera y sin considerar la voluntad de su pareja. Esto es algo que puede explicar por qué el esposo la obligaba a tener relaciones

sexuales, así como el motivo por el que ni él, ni ella conciben esa conducta como una violación sexual (que es causa de responsabilidad civil como penal).

Otra cuestión relevante a dilucidar son las circunstancias del contagio: hay una presunción en cuanto a que ella no fue notificada por su esposo respecto a que tenía una enfermedad y que, aun cuando supo de ésta, no le informó y continuaron las relaciones sexuales (además no consensuadas). El contagio de ella es un daño material evidente y se traduce en una afectación a su salud sexual y a su derecho a una vida libre de violencia de género y de violencia familiar.

Además, los datos de contexto objetivo permiten reconocer que este conflicto no es un problema aislado, sino parte de una problemática generalizada y estructural de violencia familiar en México. Éstos indican que las mujeres, en mayor proporción que los hombres, son violentadas sexualmente por sus parejas. A estos se pueden agregar otros más de la ENDIREH (2016): el 78.6% de las mujeres violentadas por su pareja actual o última pareja no solicitó apoyo y no presentó una denuncia. Entre las razones por las que decidieron no denunciar se encuentran: consideraron que se trató de algo sin importancia que no les afectó (28.8%); tuvieron miedo a las consecuencias (19.8%); sintieron vergüenza (17.3%); no sabían cómo o dónde denunciar (14.8%); por sus hijos/as (11.4%); no querían que su familia se enterara (10.3%); no confían en las autoridades (6.5%); no sabían que existían leyes para sancionar la violencia (5.6%) (INEGI, 2016).

Por último en esta sección, al haberse identificado la conducta de violencia familiar se tiene que revisar si la misma supone un riesgo a la vida y/o la integridad de las personas integrantes de la familia. Se activa así, en cualquier momento del proceso, la obligación *ex officio* de dictar medidas para su protección, éstas se desarrollan en el último apartado del presente fascículo.

d. Daño, consecuencias y reparación

i) Daños

El daño es el cuarto elemento que caracteriza una conducta de violencia; se trata del efecto que resiente la persona a quien se controla, somete o domina, y se

manifiesta como una "afectación" (lo que duele). El daño es una experiencia individual y personalísima por ese motivo, como lo señala el Protocolo-JPEG (2020), difiere de una persona a otra. Esta vivencia puede ser percibida mediante una sensación de dolor o incomodidad en la víctima.

A partir de la información que aporta el trabajo con personas víctimas de violencia y las reflexiones de los estudios sobre las emociones (Ahmed, 2004; Hooks, 2001; Sandoval, 2015), hay tres aspectos que deben ser considerados en la impartición de justicia sobre una vivencia de dolor / incomodidad ocasionada por conductas violentas:

- **La dificultad de la persona para reconocer la vivencia de violencia (sensación de dolor o incomodidad)**

  Los estereotipos sociales (de cualquier categoría) y las prácticas culturales fungen como un factor que puede ocasionar confusión en la persona víctima de violencia; es decir, a pesar de que la sensación / emoción dolorosa o incómoda está presente, la persona racionaliza la situación con base en marcos de interpretación mediados por estereotipos, prácticas y creencias sociales (de género, edad, orientación sexual, etc.). Estas creencias propician que la persona dude sobre su propia percepción y cuestione si lo que vivió: "está mal", "no es correcto", e incluso, puede suponer que "tal vez está exagerando".

  Otros factores que inciden en el reconocimiento son las posibilidades personales y materiales de una persona para comprender la vivencia de violencia, por ende, para identificar y expresar la afectación a su vida. En este supuesto se encuentra una persona menor de edad; una persona que, por el tipo y grado de discapacidad que tiene, no puede comprender la conducta que se ejecuta sobre ella; una persona que por condiciones de contexto vea alterada esa comprensión, por ejemplo, la toma de bebidas alcohólicas, medicamentos u otro tipo de sustancias; o bien, una persona que interactúa en un contexto particular donde una práctica violenta se asume como "normal" (como cuando

se golpea a una persona desde la infancia o se le trata con gritos y amenazas).

- **La dificultad para comunicar la vivencia de violencia (dolor / incomodidad) a través de una narrativa coherente.**

  La violencia es un acto "no esperado" por quien la resiente, por lo mismo, su ejecución desencadena procesos bio-psicoemocionales de autodefensa: estrés postraumático, memoria disociativa, síndrome de indefensión adquirida, síndrome de la mujer maltratada, síndrome de Estocolmo, etc. (Elósegui et al., 2002; Olamendi, 2012); que tienen dos consecuencias: una posible adaptación a la situación de violencia como forma de supervivencia; o un bloqueo que propicia que la persona no pueda recordar el evento o lo recuerde de forma imprecisa y, por lo mismo, que su relato parezca confuso, contradictorio o insuficiente.

  Otro aspecto que dificulta la comunicación de la vivencia es el diseño de los mecanismos de expresión del lenguaje que están pensados desde el modelo de sujeto universal (hombre, adulto, sin discapacidad, racional, objetivo, etc.). El lenguaje en la impartición de justicia atiende a este modelo, el enfoque de expresión del lenguaje jurídico es patriarcal, adultocéntrico, capacitista y culturalmente hegemónico, y es en esos formatos en que se exige que una persona víctima de violencia familiar exprese su relato. Esto deriva en diversos obstáculos para que personas como las mujeres, las niñas, niños o adolescentes; personas con discapacidad, así como no hispano-hablantes comuniquen una vivencia de violencia. Se trata de obstáculos que obliga a las y los juzgadores a hacer ajustes razonables al proceso.

La SCJN ha identificado estas problemáticas y señala que la violencia familiar puede generar efectos dañinos a la salud de las víctimas como: depresión, ansiedad, angustia, confusión, comportamiento disociativo, ideas o intentos de suicidio, incomunicación, aislamiento, bajas laborales, consumo de psicofármacos, abuso de alcohol o drogas (SCJN, 2018).

Los daños ocasionados por una conducta de violencia familiar se pueden resentir en distintas esferas de la vida de una persona, esto es lo que ha dado origen a las taxonomías sobre los tipos de violencia. El Protocolo-JPEG (2020) retoma algunos de los más comunes del marco normativo federal y convencional: psicológica o emocional, física, sexual, económica, patrimonial, feminicida y simbólica. Sobre esto las regulaciones penales estatales de violencia familiar se pueden agrupar del siguiente modo:

- Códigos Penales que reconocen como tipos o modalidades de la violencia familiar la física, psicológica, patrimonial o económica y sexual (Campeche, CDMX,[19] Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Durango, Hidalgo, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán, Zacatecas).

- Códigos que regulan la violencia física, psicológica, patrimonial o económica (Baja California, Baja California Sur, Michoacán, Nayarit, Puebla).

- El Código Penal de Zacatecas que se refiere a la violencia física, psicológica o sexual; así como Códigos Penales que refieren únicamente violencia familiar de modalidad física o psicológica (Aguascalientes, Colima, Guanajuato, Guerrero, Querétaro).

- Por último, en regulaciones penales como las de Zacatecas y Chihuahua se hace un reenvió a las Leyes especializadas en violencia contra la mujer (general y/o estatal) para determinar los tipos de violencia. Esto, si bien, permite vincular adecuadamente las disposiciones, también resulta limitado para casos donde la violencia familiar no esté motivada en razones de género.

Una adecuada valoración del daño por violencia familiar analizar de manera integral la conducta, entendiendo que la misma puede ocasionar simultáneamente

[19] Reconoce además la de derechos reproductivos (artículo 200, Código Penal para el Distrito Federal)

distintos tipos de daños (Amparo directo en revisión 5490/2016). Una violación sexual en la familia, por ejemplo, provoca daños físicos y psicológicos además de la afectación al libre ejercicio de la sexualidad; romper un objeto valioso para la persona supone tanto un daño patrimonial, como uno psicológico. No obstante, la forma en que están regulados los daños en los tipos penales de violencia familiar es la que determina aquello que está jurídicamente tutelado.

ii) Consecuencias

Todo daño (afectación) ocasiona consecuencias en la vida de una persona. Daño y consecuencia son cuestiones relacionadas pero distintas entre sí y su revisión es útil para determinar lo que debe y puede ser reparado por una conducta de violencia familiar, así como la forma de hacerlo. Respecto a esto, en el amparo directo en revisión 5826/2015 (Amparo directo en revisión 5826/2015, pp. 28-32), la Primera Sala de la SCJN señaló expresamente que en la magnitud de los hechos ilícitos no debe revisarse únicamente la gravedad del daño, sino las múltiples consecuencias o el impacto que pudo tener sobre otros derechos o intereses relevantes." (citado en el amparo directo en revisión 5490/2016, p. 25)

Las consecuencias se refieren a todos aquellos aspectos que se modifican (voluntaria o involuntariamente) en las dinámicas y forma de vida de una persona (incluida su identidad), a partir de haber resentido las conductas dañinas. Tales cambios o modificaciones dan cuenta del factor desestructurante de la violencia.

- Algunos de esos **cambios** se advierten **en la persona víctima de violencia**, como las decisiones que se ve obligada a tomar en un intento por ya no ser agredida, protegerse o proteger a otras personas que se relacionan con ella/él. Un ejemplo de esto es la violencia familiar psico-emocional que daña el sentido de autoestima / autoconcepto y tiene como consecuencia que la persona implemente cambios en su forma de vestir, de interactuar con otras personas. Otro ejemplo es la práctica de cortarse el cabello a la que recurren las mujeres víctimas de violencia física, sabiendo que éste es utilizado por los agresores para sujetarlas. De este modo, la violencia incide en transformaciones sobre la forma de ser y hacer de la víctima (vestir, actuar, opinar, expresarse, etc.).

- Otros **cambios** se ubican no en la persona sino **en la interacción con quienes le rodean**; éstos son muestra de la afectación que ocasiona la violencia al tejido social. Como ejemplos se pueden señalar situaciones en donde se crean sub-grupos al interior de las familias que apoyan a la víctima y otros que apoyan a la persona agresora.

- Unos más se relacionan con **el contexto de la persona** que resiente la violencia. Tal es el caso del tiempo y dinero invertido para presentar una demanda o denuncia (parte de esto se encuentra previsto en las costas judiciales); un cambio de domicilio, con todo lo que ello implica para otras esferas de la vida como la dinámica laboral, escolar, etc.

No hay una lista pormenorizada de consecuencias; sin embargo, con fines metodológicos se pueden utilizar tres criterios para determinar su impacto:

- **Por su dimensión personal las consecuencias tienen un impacto: individual o colectivo.** La primera puede resultar más evidente en el análisis de un caso concreto; no obstante, y más tratándose de violencia familiar por razón de género, es fundamental que la o el juzgador atienda las consecuencias a nivel colectivo. Un ejemplo de esto ocurre cuando el acto de violencia familiar contra una mujer es presenciado por sus hijas/os; el daño se resiente a nivel individual, sin embargo, la consecuencia de que una persona menor de edad presencie los actos es que aprenda a normalizar la violencia contra la mujer además de que, como lo ha señalado la SCJN, sus hijos/as tienen un riesgo de presentar problemas de salud, bajo rendimiento escolar o trastornos del comportamiento.[20]

[20] Fuentes referenciadas en la sentencia recaída en el amparo directo en revisión 5490/2016, 7 de marzo de 2018, p. 40: Save the Children. (2011) "*En la violencia de género no hay una sola víctima. Atención a los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género*, Sepúlveda Garcia de la Torre. *La Violencia de Género como causa de Maltrato Infantil*. Cuadernos de medicina forense [online]. 2006; Patró Hernández Rosa y Limiñana Gras Rosa María. *Víctimas de violencia familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres maltratadas* Anales de Psicología, vol. 21, núm. 1, junio, 2005, pp. 11-17 Universidad de Murcia Murcia, España; Frías Armenta Martha, Rodríguez Irma y Gaxiola Romero José Concepción. *Efectos conductuales y sociales de la violencia familiar en niños mexicanos* Revista de Psicología de la PUCP. Vol. XXI, 1, 2003; citados en el amparo directo en revisión 5490/2016.

- **Por su dimensión duración en el tiempo: temporales o permanentes.** El caso *Maria da Penha* resuelto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos da cuenta de las consecuencias a largo plazo que puede generar la violencia familiar: María es una mujer que sufrió violencia familiar por razón de género por parte de su esposo, los ataques fueron reiterados y la inacción del Estado brasileño frente a sus denuncias agravó el problema. Finalmente María sufrió una tentativa de homicidio y nuevas agresiones que le ocasionaron paraplejia irreversible y otras dolencias desde el año 1983. Los daños fueron físicos y psicoemocionales; sin embargo, las consecuencias se tradujeron en una condición de discapacidad permanente que incidió en todos los aspectos de la vida de María (CIDH, 2001).

- **Por su aparición o manifestación en el tiempo: actuales o futuras.** La SCJN señala que los daños patrimoniales (por analogía también los extrapatrimoniales/morales) tienen dos tipos de proyecciones que inciden en sus consecuencias: presentes y futuras. El daño es presente o actual cuando se encuentra ya producido al momento de dictarse sentencia, por lo mismo, comprende todas las pérdidas efectivamente sufridas. El daño es futuro cuando no se ha producido al momento de dictarse la resolución, pero aparece como la prolongación o agravación de un daño actual, o como un nuevo menoscabo futuro, derivado de una situación del hecho actual. También expresa que, para que el daño futuro pueda dar lugar a una reparación, "la probabilidad de que el beneficio ocurriera debe ser real y seria, y no una mera ilusión o conjetura de la mente del damnificado" (SCJN, amparo directo en revisión 5490/2016).

Es así como el desarrollo interpretativo de la SCJN en materia de violencia familiar ha sentado las bases interpretativas que establecen la obligación de atender tanto al daño como a las consecuencias.

iii) Reparación del daño

La persona (particular o autoridad) que ocasiona daños a otra (s) tiene la obligación legal de repararlos, conforme a las disposiciones que para tal efecto fijen las

reglas de cada materia. En el fascículo sobre reparación del daño en materia familiar de esta serie se establecen los pormenores del desarrollo jurisprudencial de la SCJN sobre el tema y no es el objetivo reproducir ese análisis. Por lo pronto es suficiente tener presente que, conforme a la línea interpretativa del máximo tribunal:

- La reparación también es un derecho fundamental que puede regir las relaciones entre particulares (amparo directo en revisión 5490/2016);

- Debe ser justa e integral siendo éstos principios que se aplican a la figura de la reparación independientemente del Código o legislación en que esté regulada (amparo directo en revisión 4646/2014); y,

- Su determinación / individualización debe ser proporcional a los daños y consecuencias ocasionadas por los hechos ilícitos, como en este caso, la violencia familiar.

La obligación de reparación se establece en el artículo 1º de la CPEUM, y el derecho de las víctimas en el proceso penal a acceder a la reparación se encuentra en la fracción XXIV, del artículo 109 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Conforme a lo que se ha desarrollado hasta ahora, las medidas de reparación por situaciones de violencia familiar implican tomar medidas para (Amparo Directo en Revisión 5490/2016) intentar que las cosas regresen al estado en que se encontraban antes del hecho y eso supone contener o eliminar las consecuencias ocasionadas, o bien, cuando esto no sea posible, al menos disminuirlas. En el caso de la violencia familiar por razón de género, para regresar a un estado de goce y ejercicio pleno de un derecho es preciso incidir en la causa más remota que le dio origen: creencia, práctica, estereotipo de género que está relacionada y garantizar que la violencia se detenga.

Se ha procurado presentar en este fascículo el análisis del contexto y, dentro de éste, la relación asimétrica de poder que daría cuenta de una situación de violencia familiar por razón de género, con un alto grado de especificidad y detalle.

En la práctica el ejercicio resulta más sencillo a medida que las y los operadores de justicia desarrollan habilidades para hacer un análisis contextual de los hechos del caso; identificar prácticas, creencias y estereotipos de género; y vincular adecuadamente las disposiciones normativas que sustentan la revisión de un caso desde el enfoque de derechos humanos.

IV. Medidas de protección o medidas cautelares

Las órdenes o medidas de protección son actos o medidas de urgente aplicación cuyo objetivo es proteger los bienes y derechos de las personas que integran un grupo familiar, ante cualquier situación que les ponga en riesgo; su naturaleza puede ser preventiva o cautelar (Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, artículo 27). Esa misma Ley faculta a las autoridades a emitir este tipo de medidas u otras similares en los juicios o procesos de materia civil, familiar o penal (artículo 34 quáter). El término "similar" establece la posibilidad de que las autoridades fijen otro tipo de medidas que, en el mismo marco en que son dictadas las órdenes de protección, sirvan para prevenir y erradicar la violencia y tengan por finalidad garantizar la salud e integridad de las víctimas (Amparo directo en revisión 24/2018). También se ha determinado que:

- Las medidas se imponen con base en la existencia de hechos "probablemente" constitutivos de infracciones o delitos de violencia contra las mujeres, por lo mismo, no establecen presunción alguna respecto de la responsabilidad de la persona a quien se imputan esas conductas dañinas. El trato diferenciado en razón del sexo que establece la LGAMVLV tiene como objetivo erradicar la violencia contra las mujeres, en atención a la protección de un derecho reconocido por los artículos artículos 1 y 4, párrafo primero de la CPEUM, y los artículos 2, 6 y 7 de la Convención Belém do Pará (ídem).

- La violencia contra la mujer por razones de género, como ha quedado demostrado en los datos de contexto del presente fascículo es un pro-

blema real y estructural; afecta distintas esferas de la persona víctima que la resiente e incluso impacta en otras personas vinculadas con ésta. Por esta razón, los indicios respecto a una situación de necesidad y urgencia, justifican una intervención en el ejercicio de otros derechos (como la propiedad), pese a que para su determinación no se exija la acreditación de la situación de vulnerabilidad de la víctima.

- Su naturaleza es precautoria y cautelar, más no definitiva; y su objetivo atiende a un interés general: evitar más actos de violencia en contra de las víctimas, no así, menoscabar o suprimir definitivamente de un bien o un derecho a la persona que se ve afectada por ésta. La afectación se justifica y no puede evitarse debido a que tampoco existen medidas alternativas legales menos lesivas que permitan cumplir con las obligaciones de debida diligencia del Estado y garantizar la protección de las víctimas. Por este motivo su procedencia también es casuística (ADR 24/2018; ADR 495/2013; ADR 6141/2014).

- Al tratarse de medidas de naturaleza cautelar y precautoria, no constituyen actos privativos (porque no otorga propiedad alguna a la víctima) sino actos de molestia, por tal motivo, para su imposición no es aplicable la garantía de audiencia; no es necesario citar a la persona contra quien se impone la medida al procedimiento donde ésta se determina.[21] Son medidas accesorias y sumarias que atienden a plazos; su vigencia, en todo caso, está supeditada únicamente a que cause ejecutoria la resolución definitiva o al auto que finaliza el procedimiento (Amparo directo en revisión, 24/2018).

[21] Revisar: MEDIDAS CAUTELARES. PARA SU ADOPCIÓN, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL, NO RIGE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA PREVIA A FAVOR DEL AFECTADO EN ARAS DE PRESERVAR EL DERECHO DE QUIEN LAS SOLICITA Y EN CUMPLIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA P./J. 21/98. SCJN; Tesis aislada; TCC; 10a. Época; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; III.2o.C.8 C (10a.); y MEDIDAS CAUTELARES. NO CONSTITUYEN ACTOS PRIVATIVOS, POR LO QUE PARA SU IMPOSICIÓN NO RIGE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA. SCJN; Jurisprudencia; 9a. Época; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; P./J. 21/98.

No transgreden el principio de legalidad pues si bien, pueden interferir con derechos y bienes de otras personas, "… la protección de que deben gozar es mayor a los posibles daños y perjuicios …"(Tesis Aislada, CXII/2016) que ocasionan en la esfera jurídica de otra persona. En tal sentido, es preciso comprender que las medidas de protección no están dirigidas a la protección de bienes (de ahí que no se fijen garantías para su establecimiento), ni siquiera al temor de que la persona responsable de la violencia pudiera escapar de la justicia; sino a la protección de la (s) persona (s) que resiente o puede resentir los daños de la violencia familiar.

Las medidas se pueden y deben dictar en cualquier momento procesal previo a la resolución, siempre que se existan indicios leves (Tesis aislada, CXI/2016) sobre una situación de riesgo que comprometa los bienes y derechos en cuestión y no es necesario que se verifique o actualice un daño (Amparo directo en revisión 24/2018 y Tesis LXXXVII/2014 (10a.).) pues, entre sus propósitos, se encuentra evitar que éste se dé, o que los daños y consecuencias ya ocasionadas se incrementen.

V. Conclusiones

Las familias son grupos heterogéneos y jerarquizados con base en valores y prácticas del sistema patriarcal y el orden de social de género, que definen la distribución y ejercicio de poder entre sus integrantes. Cuando ese ejercicio tiende hacia la dominación, control o sometimiento de una o varias personas y se sustenta en razones y/o utiliza medios que, por sus características, causan cualquier tipo de daño, se está ante una situación de violencia familiar. Si las razones o medios se fundan o pretende justificarse en mandatos —creencias, expectativas o estereotipos— que describen u ordenan cómo debería ser o comportarse la persona a partir de su diferencia sexual genital (hombre-mujer), la violencia se denomina "de género" o "por razón de género".

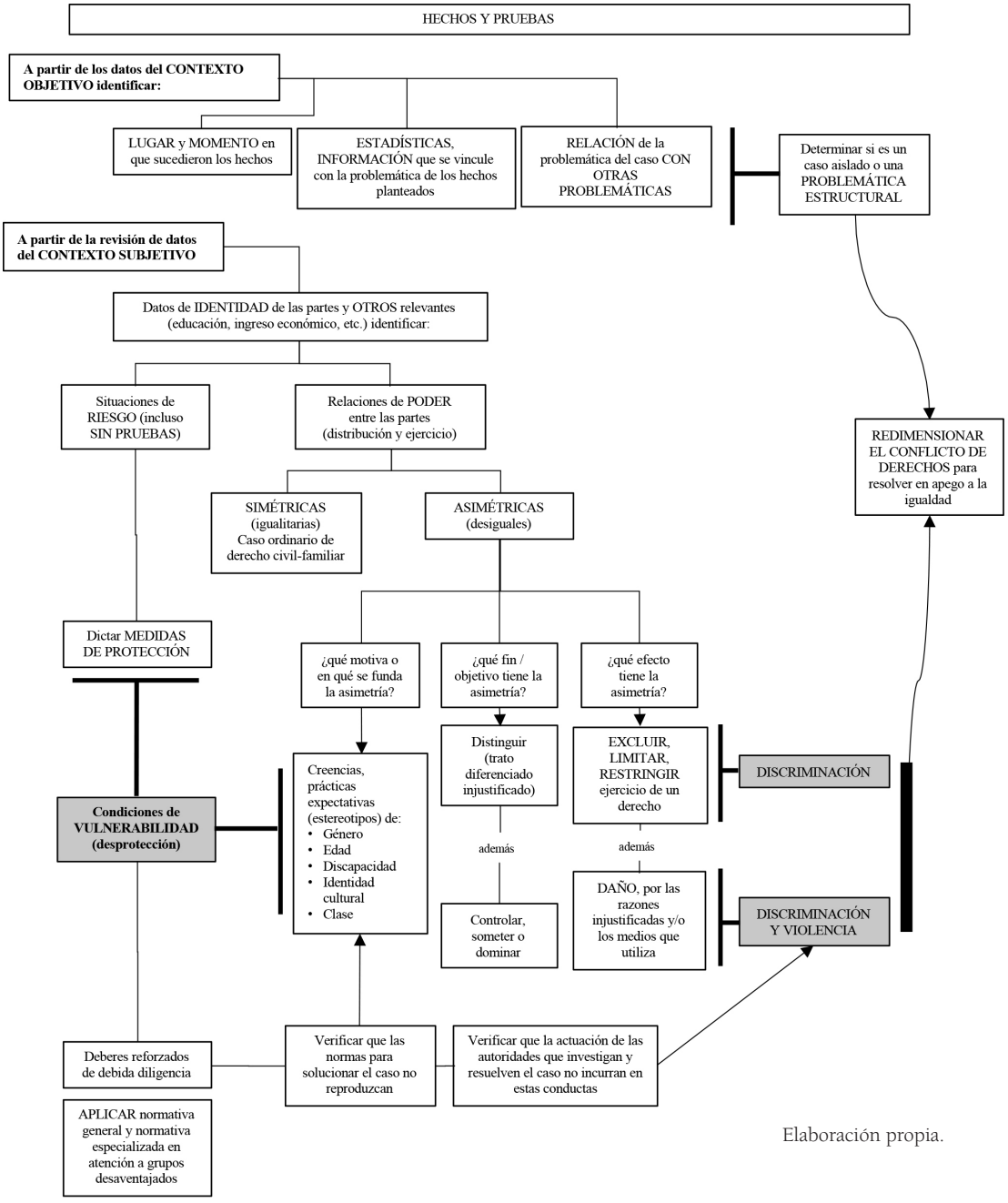
A menudo, la violencia familiar no solo implica valoraciones sexo-genéricas de la persona, sino que se entrelaza con otras características identitarias que también fijan roles dentro de las familias, como la edad o la orientación sexual. Por lo

tanto, los conflictos de violencia familiar a menudo requieren tanto la perspectiva de género como de la aplicación de otras herramientas metodológicas de análisis (perspectiva de infancia, discapacidad, etc.) que permitan a la persona juzgadora revelar cómo inciden las características identitarias en la dinámica de un conflicto de derechos; cuáles son las dimensiones reales de los daños y consecuencias generadas; y, cuál es el alcance de la responsabilidad jurídica que debe asignarse a la persona que ejerció violencia.

En el ámbito penal la violencia debe ser analizada y atendida a partir de sus causas y consecuencias, determinando tanto la responsabilidad que es de naturaleza civil por el hecho ilícito (aunque se sancione en el penal), como el impacto que los hechos violentos tuvieron en el ejercicio de otros derechos en disputa. Identificar la violencia es una obligación ex officio para toda juzgadora o juzgador que dirime un caso en el ámbito familiar, y no dar cumplimiento equivale a infringir el derecho humano de acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

Para identificar la violencia familiar, la SCJN, así como los estándares de protección de los derechos humanos de distinta fuente establecen una serie de elementos a considerar en los casos que son útiles tanto para identificar cuándo se está en una situación así, como para determinar si la misma se vincula con una razón de género o de otro tipo. En este fascículo se han desagregado algunos de esos elementos con mayor especificidad, a partir de descripciones e interrogantes que pueden ser planteadas a un caso. En ese tenor, la detección de la violencia requiere:

Ilustración 3. Elementos para identificar
situaciones de violencia familiar por razones de género



Elaboración propia.

Bibliografía

AHMED, Sara, (2004) *La política cultural de las emociones*. México: CIEG-UNAM.

ARIAS, Patricia, (2014),"La etnografía y la perspectiva de género: nociones y escenarios en debate". En *La etnografía y el trabajo de campo en las ciencias sociales*, editado por Oehmichen, 173-94. México: IIA.

BUTLER, Judith (1990), "Actos performativos y constitución del género: un ensayo sobre fenomenología y teoría feminista". En *Performing Feminisms: Feminist Critical Theory and Theatre*, editado por Sue-Ellen Case, 270-82. Johns Hopkins: University Press.

_____, (2001), *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. México: Paidós.

ELÓSEGUI, M., M.T. GONZÁLEZ, y C. Gaudó, (2002), *El rostro de la violencia: más allá del dolor de las mujeres*. España: Icaria.

FOUCAULT, Michel. "El sujeto y el poder". *Revista Mexicana de Sociología* 50, n.º 3 (septiembre de 1988): 3-20.

GARCÍA, Adriana, y Olga Sabido, (2014), "Introducción". En *Cuerpo y afectividad en la sociedad contemporánea. Algunas rutas del amor y la experiencia sensible en las ciencias sociales*, 1a ed., 11-80. México: CONACYT-UAM Azcapotzalco.

GARCÍA M., Eduardo, (2002), *Introducción al Estudio del Derecho*. 53a. ed. México: Porrúa.

GÓMEZ, Carla, y SÁNCHEZ, María, (2020), "Violencia familiar en tiempos de COVID". *Mirada Legislativa*, junio de 2020.

HOOKS, Bell, (2001), *All about love*. 1a ed. New York: New Vision. Harper Collins Publishers Inc.

INEGI, (2017), "Encuesta Nacional de los Hogares (ENH 2017)". México, Instituto Nacional de Estadística y Geografía,. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/programas/enh/2017/.

_____, (2019), "Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana (ENSU II). Segundo trimestre 2019. Principales resultados." México, Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/programas/ensu/.

_____, (2020), "Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana (ENSU III). Tercer trimestre 2020. Principales resultados." México, Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/programas/ensu/.

_____, (2017), "Encuesta Nacional sobre Discriminación (ENADIS 2017)". México, Instituto Nacional de Estadística y Geografía-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/programas/enadis/2017/.

_____, (2016), "Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH 2016)". México, Instituto Nacional de Geografía y Estadística.

LAGARDE, Marcela, (2001) *Claves feministas para la emancipación del amor*. Managua: Puntos de encuentro.

MAQUEDA, María Luisa, (2006) "La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social". En *Panorama internacional del derecho de familia*, de Rosa María Álvarez de Lara. México: Universidad Nacional Autonóma de México.

MUÑIZ, Elsa, (2015) "Las prácticas corporales. De la instrumentalidad a la complejidad." En *Disciplinas y prácticas corporales. Una mirada a las sociedades contemporáneas*, 29-58. Pensamiento crítico / pensamiento utópico. México: Anthropos-UAM Azcapotzalco.

OLAMENDI, P., (2012), *Modelo de atención a mujeres en situación de violencia, sus hijas e hijos*. Toluca: Consejo Estatal de la Mujer y Bienestar Social.

PÉREZ, María, (2010), "La violencia familiar". En *Derecho de familia y sucesiones*, 103-11. México: Nostra ediciones.

SCJN, (Suprema Corte de Justicia de la Nación) (2020), Protocolo para juzgar con perspectiva de género, México, 2020 Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf.

_____, (2013), *Protocolo para juzgar con perspectiva de género,* México.

SANDOVAL, Chela, (2015), *Metodología de la emancipación*. México: PUEG-UNAM.

SEGATO, Rita, (2010), *Las estructuras elementales de la violencia*. Prometeo.

Legislación nacional

- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Penal para el Estado de Aguascalientes.
- Código Penal para el Estado de Baja California.
- Código Penal para el Estado de Baja California Sur.
- Código Penal para el Estado de Campeche.
- Código Penal para la Ciudad de México.
- Código Penal para el Estado de Chiapas.
- Código Penal para el Estado de Chihuahua.
- Código Penal de Coahuila de Zaragoza.
- Código Penal para el Estado de Colima.
- Código Penal del Estado Libre y Soberano de Durango.
- Código Penal del Estado de Guanajuato.

- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Guerrero.
- Código Penal para el Estado de Hidalgo.
- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.
- Código Penal del estado de México.
- Código Penal para el estado de Michoacán de Ocampo.
- Código Penal para el Estado de Morelos.
- Código Penal para el Estado de Nayari.
- Código Penal para el Estado de Nuevo León.
- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca.
- Código Penal del Estado Libre y Soberano de Puebla.
- Código Penal para el Estado de Querétaro.
- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo.
- Código Penal del Estado de San Luis Potosí.
- Código Penal para el Estado de Sinaloa.
- Código Penal del Estado de Sonora.
- Código Penal para el Estado de Tabasco.
- Código Penal para el Estado de Tamaulipas.
- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala.
- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave.
- Código Penal del Estado de Yucatán.
- Código Penal para el estado de Zacatecas.
- Ley Federal para Eliminar y Prevenir la Discriminación.
- Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Legislación Internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Publicada en el Diario Oficial de la Federación, el jueves 7 de mayo de 1981.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará),Publicada en la Primera Sección del Diario Oficial de la Federa ción, el martes 19 de enero de 1999, 1994.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Publicada en el Diario Oficial de la Federación, el martes 12 de mayo de 1981.

Convención sobre los Derechos del Niño, Publicada en el Diario Oficial de la Federación, el viernes 25 de enero de 1991, 1989.

Principios de Yogyakarta, "Principios sobre la aplicación de legislación internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007.

Tesis jurisprudenciales

"ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. Jurisprudencia; 10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta S.J.F.*; Libro 29, Abril de 2016; Tomo II; Pág. 836. 1a./J. 22/2016 (10a.), 2016.

"ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO". Jurisprudencia; 10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta S.J.F.*; Libro 29, Abril de 2016; Tomo II; Pág. 836. 1a./J. 22/2016 (10a.), 2016.

"DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA. ETAPAS Y DERECHOS QUE LE CORRESPONDEN." Jurisprudencia. 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a./J. 103/2017 (10a.)., 2017.

"DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. DIFERENCIAS ENTRE SUS MODALIDADES CONCEPTUALES." Tesis 1a./J. 126/2017. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I. Diciembre de 2017. Pág. 119, 2017.

"DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. RECONOCIMIENTO DE SU DIMENSIÓN SUSTANTIVA O DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO

JURÍDICO MEXICANO". Jurisprudencia; 10a. Época; *Semanario Judicial de la Federación*; 1a./J. 125/2017 (10a.), 2017.

"GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES." Jurisprudencia; 9a. Época; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; 1a./J. 42/2007, 2007.

"MEDIDAS CAUTELARES. NO CONSTITUYEN ACTOS PRIVATIVOS, POR LO QUE PARA SU IMPOSICIÓN NO RIGE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA". Jurisprudencia; 9a. Época; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; P./J. 21/98, 1998.

Tesis Aisladas

"ACCESO A LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA EN EL DISTRITO FEDERAL. LOS ARTÍCULOS 62 Y 66, FRACCIONES I A III DE LA LEY RELATIVA, QUE PREVÉN RESPESCTIVAMENTE, MEDIDAS Y ÓRDENES DE PROTECCIÓN DE EMERGENCIA, NO VIOLAN EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO TÉRCERO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL". Tesis Aislada; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a. LXXXVII/2014 (10a.), 1998.

"INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. FORMA EN LA QUE EL JUEZ DEBE FIJAR EL GRADO DE CULPABILIDAD DEL SENTENCIADO, TRATÁNDOSE DEL CONCURSO REAL DE DELITOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO)". Tesis Aislada; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; II.4o.P.3 P (10a.).

"DERECHO A VIVIR EN UN ENTORNO FAMILIAR LIBRE DE VIOLENCIA. CONSTITUYE UN DERECHO FUNDAMENTAL". Tesis Aislada. 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a. CXCII/2015 (10a.), 2015.

"DERECHO A VIVIR EN UN ENTORNO FAMILIAR LIBRE DE VIOLENCIA. LOS ACTOS QUE CONFIGUREN VIOLENCIA INTRAFAMILIAR CONSTITUYEN UN HECHO ILÍCITO". Tesis aislada. 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a. CCXX/2018 (10a.), 2018.

"ESTEREOTIPOS SOBRE ROLES SEXUALES. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES TIENEN LA OBLIGACIÓN DE ANALIZAR LOS JUICIOS EN MATERIA FAMILIAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO, DADO QUE CONSTITUYE EL MEDIO PARA VERIFICAR SI LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL AÚN EXISTENTE, OCASIONADA POR AQUÉLLOS, PERMEÓ EN EL CASO CONCRETO". Tesis Aislada. TCC;10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; VII.2o.C.190 C (10a.), 2019.

"JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. EL JUZGADOR DEBE IDENTIFICAR SI EL JUSTICIABLE SE ENCUENTRA EN UN ESTADO DE VULNERABILIDAD QUE HAYA GENERADO UNA DESVENTAJA REAL O DESEQUILIBRIO PATENTE EN SU PERJUICIO FRENTE A LAS DEMÁS PARTES EN CONFLICTO". SCJN; Tesis aislada; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; XXI.2o.P.A.1 CS (10a.), 2017.

"MEDIDAS CAUTELARES. PARA SU ADOPCIÓN, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL, NO RIGE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA PREVIA A FAVOR DEL AFECTADO EN ARAS DE PRESERVAR EL DERECHO DE QUIEN LAS SOLICITA Y EN CUMPLIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA" P./J. 21/98. SCJN; Tesis aislada; TCC; 10a. Época; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; III.2o.C.8 C (10a.), 2013.

"REPARACIÓN DE LOS DAÑOS POR VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. DEBE SER JUSTA Y ACORDE A LA ENTIDAD DE LA AFECTACIÓN". SCJN; Tesis aislada; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 61, Diciembre de 2018; Tomo I; Pág. 398. 1a. CCXXV/2018 (10a.), 2018.

"VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. DEBEN REPARARSE ECONÓMICAMENTE TANTO LOS DAÑOS PATRIMONIALES COMO LOS MORALES QUE GENERÓ". SCJN; Tesis aislada; 10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta S.J.F.*; Libro 61, 07 de diciembre de 2018; Tomo I; Pág. 474. 1a. CCCXL/2018 (10a.), 2018.

"VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. ELEMENTOS QUE DEBEN PROBARSE PARA ACREDITAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL". Tesis aislada; 10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta S.J.F.*; Libro 61, 07 de diciembre de 2018; Tomo I; Pág. 475. Civil; 1a. CCXXII/2018 (10a.), 2018.

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Pleno

Amparo directo en revisión 59/2016, Pleno de la Suprema Corte de Justicia, sesionado el 29 de julio de 2016.

Amparo directo en revisión 495/2013, Pleno de la Suprema Corte de Justicia, sesionado el 6 de marzo de 2013.

Contradicción de Tesis 204/2016, Pleno de la Suprema Corte de Justicia, sesionado el 9 de febrero de 2017.

Primera sala

Amparo directo en revisión 29/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, sesionado el 28 de junio de 2017.

Amparo directo en revisión 653/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, sesionado el 17 de octubre de 2018.

Amparo directo en revisión 1206/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, sesionado el 23 de enero de 2019.

Amparo directo en revisión 2655/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, sesionado el 6 de noviembre de 2013.

Amparo directo en revisión 4398/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, sesionado el 2 de abril de 2014.

Amparo directo en revisión 4646/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, sesionado el 14 de octubre de 2015.

Amparo directo en revisión 5490/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, sesionado el 7 de marzo de 2018.

Amparo directo en revisión 5826/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, sesionado el 8 de junio de 2016.

Amparo directo en revisión 6141/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, sesionado el 26 de agosto de 2015.

Amparo directo en revisión 6181/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, sesionado el 27 de marzo de 2018.

Amparo directo en revisión 24/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado 18 de abril de 2018.

Otros órganos jurisdiccionales

Poder Judicial de Oaxaca. “Sentencia 370-2012, Juicio Ordinario Civil, del 21 de septiembre de 2012”, s. f.

TSJEY. “Sentencia 789/2011, del 5 de marzo de 2012. Sala Colegiada Civil y Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán”, 2012.

Resoluciones emitidas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Informes de fondo

CIDH. "Caso 12.051 María da Penha Maia Fernandes vs Brasil. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 54/01", 16 de abril de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. Caso Kawas Fernández vs Honduras, "Fondo, reparaciones y costas" (CorteIDH, 2009b), Sentencia de 3 de abril de 2009, Serie C No. 196. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_196_esp.pdf

_____, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Resoluciones emitidas en el Sistema Universal de Derechos Humanos

Recomendaciones Generales

Comité CEDAW, "Recomendación general 33 sobre el acceso de las mu-jeres a la justicia", Recomendación General 33, 3 de agosto de 2015. Disponible en: «http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsldCrOlUTvLRFDjh6%2fx1pWCd9kc8NuhsZOT1QuzhrDy18wzCAUXNqyQ6jsIdNYETAeDvV6dejOczay7a%2b26T1wjjFHfgXT%2f1zCbvd%2bngmCTC».

Capítulo VI

El aborto

Rebeca Ramos Duarte*
Jenny Murrieta Ramírez**

* Abogada por la Escuela Libre de Derecho y Maestra en Derechos Humanos por la Universidad Iberoamericana, Directora Ejecutiva del Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C. (GIRE).
** Lic. en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Analista de Dirección del Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C. (GIRE).

El aborto. I. Introducción; II. Regulación del aborto en México; III. Jurisprudencia y precedentes; IV. Juzgar con perspectiva de género. Consideraciones en torno a casos en que la mujer embarazada es investigada por el delito de aborto; V. Conclusiones.

I. Introducción

En México el tipo penal del aborto está regulado de manera distinta por el Código Penal Federal y por cada uno de los códigos penales de las 32 entidades, de esta manera, cada entidad federativa establece bajo qué circunstancias se puede abortar sin ameritar una sanción penal, lo cual se traduce en la práctica en una discriminación, pues implica que las mujeres y las personas gestantes[1] tendrán mayor o menor derecho a acceder a un aborto bajo un marco legal, dependiendo de la entidad en la que residan (GIRE, 2018, p. 50).

Por otra parte, el estigma que persiste en torno al aborto basado en la creencia de que la maternidad es una función obligatoria de las mujeres, continúa permeando la cultura, así como las instituciones del Estado y sus leyes (GIRE, 2018, p. 11).

A consecuencia de lo anterior, no sólo las mujeres que abortan continúan siendo criminalizadas, quienes acuden a solicitar la interrupción legal del embarazo se enfrentan a negativas u obstáculos por parte de las autoridades y el personal de

[1] Aunque la legislación mexicana habla solamente de mujeres, el aborto es o puede ser experimentado por todas las personas con capacidad gestante, quienes tienen derecho a que se respete su autonomía reproductiva. La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha manifestado al respecto en el Amparo en revisión 1388/2015 y en las Acciones de Inconstitucionalidad 148/2017, 106/2018 y su acumulada 107/2018.

salud con el fin de disuadirlas de su decisión y obligándolas a convertirse en madres en contra de su voluntad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reiterado en diversas sentencias[2] que la obligación de las autoridades jurisdiccionales de aplicar la perspectiva de género en sus resoluciones es indispensable para garantizar el acceso efectivo e igualitario a la justicia, por ello al analizar cada caso particular deben considerarse las situaciones de discriminación, desigualdad, violencia y/o vulnerabilidad que viven las personas que se enfrentan a un proceso judicial (en el caso del aborto, las personas gestantes).

El presente capítulo está dividido en tres apartados: en primer lugar se analiza la regulación del aborto en la legislación mexicana tanto en el ámbito constitucional, como penal y en materia de salud, así como el contexto de la despenalización del mismo en la Ciudad de México (2007) como en Oaxaca (2019) y los debates que surgieron en torno a ello (la constitucionalidad de dicha despenalización y la compatibilidad del acceso al aborto con la protección al derecho a la vida prenatal), y por último, respecto de la reciente despenalización en los estados de Hidalgo y Veracruz (2021). Posteriormente se analizan algunos precedentes tanto a nivel internacional como nacional en materia de derechos reproductivos y aborto, y finalmente el último apartado está enfocado en la necesidad de juzgar con perspectiva de género en casos de aborto.

La criminalización del aborto afecta a todas las mujeres y personas con capacidad de gestar que cursan un embarazo no deseado independientemente del motivo, pero aquellas que son procesadas por este delito, o erróneamente por otros como el homicidio en razón del parentesco o infanticidio son las más afectadas, pues no sólo se vulneran sus derechos reproductivos, también pierden su libertad. Este capítulo busca resaltar la importancia de juzgar con perspectiva de género en estos casos para evitar que los prejuicios y estereotipos basados en roles de género continúen afectando el actuar de las autoridades encargadas de estos procesos penales.

[2] Algunos ejemplos son las sentencias de Amparo en Revisión 59/2016, 1754/2015 y 4883/2017.

II. Regulación del aborto en México

Como se mencionó en la introducción de este capítulo, el hecho de que el tipo penal del aborto esté regulado de manera distinta por todos y cada uno de los Códigos penales que existen en México, implica en la práctica una situación de discriminación en la que las mujeres tendrán mayor o menor derecho de acceder al aborto legal y seguro dependiendo de la entidad federativa en la que residan.

Actualmente, la Ciudad de México, Oaxaca, Hidalgo y Veracruz son las únicas entidades que hasta el momento contemplan la posibilidad de que la mujer pueda acceder a la interrupción legal del embarazo cuando decida voluntariamente no continuar con su embarazo, dentro de las primeras 12 semanas de gestación; mientras que en el resto del país la excepción de la responsabilidad penal por el delito de aborto la determina cada código penal mediante causales y de igual manera la penalidad será distinta dependiendo la entidad.

1. Marco constitucional

La base del reconocimiento a los derechos reproductivos de todas las personas se encuentra fundamentada en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos, cuyo párrafo segundo menciona lo siguiente:

> Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. [Énfasis añadido]

Por otra parte, a nivel local, actualmente las Constituciones de **22 entidades**[3] contienen disposiciones que "protegen la vida desde el momento de la concepción":

- **AGUASCALIENTES:** (REFORMADO [N. DE E. ADICIONADO], P.O. 29 DE MARZO DE 2021) Artículo 2o.- (…) Para los efectos de

[3] Sistema de Consulta de Ordenamientos (SCJN). Constitución Política de las siguientes entidades: Aguascalientes, Baja California, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Veracruz y Yucatán.

esta Constitución y de las leyes que de ella emanen, persona es todo ser humano desde su concepción hasta su muerte natural. El Estado le garantizará el pleno goce y ejercicio de todos sus derechos.

- **BAJA CALIFORNIA:** (REFORMADO, P.O. 10 DE ABRIL DE 2015) Artículo 7.- (…) de igual manera esta norma fundamental tutela el derecho a la vida, desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural o no inducida.

- **COAHUILA:** (REFORMADO, P.O. 13 DE ENERO DE 1989) Artículo 173: (…) Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a su salud física y mental. Las Leyes deberán ampararlos desde su concepción y determinarán los apoyos para su protección a cargo de las instituciones públicas.

- **COLIMA:** (REFORMADO, P.O. 27 DE DICIEMBRE DE 2017) Artículo 2o. Toda persona tiene derecho: I. A la vida. El Estado protegerá y garantizará este derecho desde el momento de la concepción.

- **CHIAPAS:** (REFORMADO, P.O. 29 DE DICIEMBRE DE 2016) Artículo 4o.: (…) El Estado reconoce, protege y tutela, el derecho a la vida que todo ser humano tiene desde el momento de la concepción, entra bajo la protección de la Ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural, salvo las excepciones que establezca la legislación penal.

- **CHIHUAHUA:** (REFORMADO, P.O. 1 DE OCTUBRE DE 1994) Artículo 5o.- Todo ser humano tiene derecho a la protección jurídica de su vida, desde el momento mismo de la concepción.

- **DURANGO:** (REFORMADO, P.O. 29 DE AGOSTO DE 2013) Artículo 3.- El Estado de Durango reconoce, protege y garantiza el derecho

a la vida de todo ser humano, al sustentar expresamente que desde el momento de la fecundación entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural, salvo las excepciones que establezca la ley.

- **GUANAJUATO:** (REFORMADO [N. DE E. ADICIONADO], P.O. 26 DE MAYO DE 2009) Artículo 1o.: (…) Para los efectos de esta Constitución y de las leyes que de ella emanen, persona es todo ser humano desde su concepción hasta su muerte natural. El Estado le garantizará el pleno goce y ejercicio de todos sus derechos.

- **JALISCO:** (REFORMADO PRIMER PÁRRAFO, P.O. 2 DE JULIO DE 2009) Artículo 4o. Toda persona, por el sólo hecho de encontrarse en el territorio del estado de Jalisco, gozará de los derechos que establece esta Constitución, siendo obligación fundamental de las autoridades salvaguardar su cumplimiento. Asimismo, el Estado de Jalisco reconoce, protege y garantiza el derecho a la vida de todo ser humano, al sustentar expresamente que desde el momento de la fecundación entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural.

- **MORELOS:** (ADICIONADO, P.O. 25 DE MAYO DE 2016) Artículo 1-Bis.- De los Derechos Humanos en el Estado de Morelos: En el Estado de Morelos se reconoce que todo ser humano tiene derecho a la protección jurídica de su vida, desde el momento mismo de la concepción, y asegura a todos sus habitantes, el goce de los Derechos Humanos, contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la presente Constitución y, acorde con su tradición libertaria, declara de interés público la aplicación de los artículos 27 y 123, de la Constitución Fundamental de la República y su legislación derivada.

- **NAYARIT:** (ADICIONADA, P.O. 16 DE DICIEMBRE DE 2010) Artículo 7, fr. XIII. Los derechos sociales que a continuación se enuncian: 1.- Se reconoce, protege y garantiza el derecho a la vida de todo ser

humano desde el momento de la fecundación natural o artificial y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural.

- **NUEVO LEÓN:** (ADICIONADO, P.O. 11 DE MARZO DE 2019) Artículo 1o.: (…) El Estado reconoce, protege y tutela, el derecho a la vida que todo ser humano tiene. Desde el momento de la concepción entra bajo la protección de la Ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural, sin perjuicio de las excluyentes de responsabilidad previstas en el Código Penal para el Estado de Nuevo León.

- **OAXACA:** (REFORMADO, P.O. 30 DE JUNIO DE 2015) Artículo 12: En el Estado de Oaxaca se protege y garantiza el derecho a la vida. Todo ser humano desde el momento de la fecundación entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales hasta su muerte natural.

- **PUEBLA:** (REFORMADO, P.O. 3 DE JUNIO DE 2009) Artículo 26, fr. IV.- La vida humana debe ser protegida desde el momento de la concepción hasta su muerte natural, salvo los casos previstos en las leyes;

- **QUERÉTARO:** (REFORMADO, P.O. 27 DE SEPTIEMBRE DE 2013) Artículo 2o.: El Estado respeta, reconoce, protege y garantiza el derecho a la vida de todo ser humano, desde el momento de la fecundación, como un bien jurídico tutelado y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta la muerte. Esta disposición no deroga las excusas absolutorias ya contempladas en la legislación penal.

- **QUINTANA ROO:** (ADICIONADO PRIMER PÁRRAFO, P.O. 15 DE MAYO DE 2009) Artículo 13.- El Estado de Quintana Roo reconoce, protege y garantiza el derecho a la vida de todo ser humano, al susten-

tar expresamente que desde el momento de la concepción entra bajo la protección de la ley y se le reputa como sujeto de derechos para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte. Salvo las excepciones que establezca la ley.

- **SAN LUIS POTOSÍ:** (REFORMADO, P.O. 3 DE SEPTIEMBRE DE 2009) Artículo 16.- El Estado de San Luis Potosí reconoce la vida humana como fundamento de todos los derechos de los seres humanos, por lo que la respeta y protege desde el momento de su inicio en la concepción. Queda prohibida la pena de muerte, la cual no podrá aplicarse en ningún caso. No es punible la muerte dada al producto de la concepción, cuando sea consecuencia de una acción culposa de la mujer; el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación indebida; o de no provocarse el aborto la mujer corra peligro de muerte.

- **SINALOA:** (REFORMADA, P.O. 26 DE OCTUBRE DE 2018) Artículo 4o. BIS A, fr. I. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. El Estado tutela el derecho a la vida desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley correspondiente, hasta su muerte, respetando en todo momento la dignidad de las personas.

- **SONORA:** (REFORMADO PRIMER PÁRRAFO, B.O. 19 DE JUNIO DE 2014) Artículo 1. (…) El Estado de Sonora tutela el derecho a la vida, al sustentar que desde el momento de la fecundación de un individuo, entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural. Se exceptúa de este reconocimiento, el aborto causado por culpa de la mujer embarazada o cuando el embarazo sea resultado de una violación o cuando, de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea

peligrosa la demora, así como los casos de donación de órganos humanos, en los términos de las disposiciones legales aplicables.

- **TAMAULIPAS:** (REFORMADO, P.O. 8 DE NOVIEMBRE DE 2012) Artículo 16 (…) El pueblo de Tamaulipas establece que el respeto a la vida, la dignidad de la persona, la libertad, la igualdad y la justicia constituyen la base y el objeto de las instituciones públicas y sociales. En consecuencia, el Estado de Tamaulipas reconoce, protege y garantiza el derecho a la vida de todo ser humano desde el momento de la fecundación hasta su muerte natural; esta disposición no deroga las excusas absolutorias ya previstas en la legislación penal.

- **VERACRUZ:** (REFORMADO, G.O. 23 DE NOVIEMBRE DE 2017) Artículo 4o. (…) El Estado garantizará el derecho a la vida del ser humano y su seguridad humana, desde el momento de la concepción hasta la muerte natural, como valor primordial que sustenta el ejercicio de los demás derechos, salvo las excepciones previstas en las leyes.

- **YUCATÁN:** (ADICIONADO, D.O. 7 DE AGOSTO DE 2009) Artículo 1o.: (…) El Estado de Yucatán reconoce, protege y garantiza el derecho a la vida de todo ser humano, al sustentar expresamente que desde el momento de la fecundación entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural, sin perjuicio de las excluyentes de responsabilidad previstas en el Código Penal del Estado de Yucatán.

Finalmente, cabe señalar que Oaxaca y Veracruz se encuentran entre las entidades cuya Constitución local protege la vida desde el momento de la concepción y ello ha generado debate con respecto a la despenalización del aborto hasta las primeras 12 semanas de gestación. Sin embargo, el 9 de septiembre de 2021, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió las acciones de inconstitucionа-

lidad 106/2018 y su acumulada 107/2018 determinando la invalidez de la porción del artículo 4o. bis A, fr. I de la Constitución Política del Estado de Sinaloa que establecía la tutela del derecho a la vida desde el momento en que un individuo es concebido. Se hablará con más detalle sobre este tema más adelante, por ahora es importante señalar que ello constituyó un precedente obligatorio para todas las y los jueces del país, y que la protección a la vida del producto de la gestación no puede desconocer el derecho a la libertad reproductiva de las mujeres y personas gestantes.

2. Materia penal

En México el aborto se regula a nivel local y es considerado un delito con excluyentes de responsabilidad penal o causales de no punibilidad; es decir, hay circunstancias bajo las cuales no se castiga y otras por las cuales no se considera como un delito (GIRE, 2018).

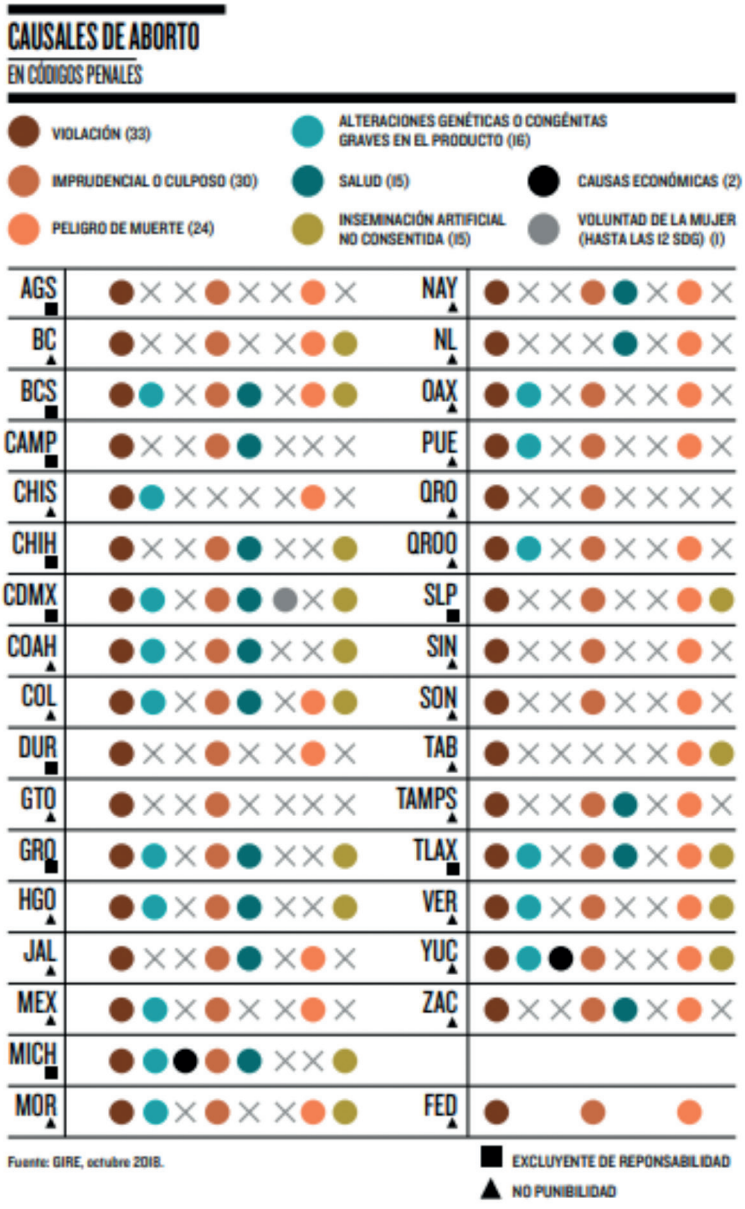
Por otra parte, también existe la regulación por plazo, pero solamente en la Ciudad de México (desde 2007), Oaxaca (desde 2019), Hidalgo y Veracruz (desde junio y julio de 2021, respectivamente), en donde se permite a las mujeres abortar de manera voluntaria dentro de las primeras 12 semanas de gestación, y una vez transcurrido ese plazo, se sancionará siempre y cuando no se actualice alguna excluyente de responsabilidad penal.

a. Regulación por causales

Como se mencionó anteriormente, algunos Códigos Penales establecen para el delito de aborto excluyentes de responsabilidad penal y otros causales de no punibilidad.

La siguiente tabla elaborada por el Grupo de Información en Reproducción Elegida muestra el panorama de las excluyentes de responsabilidad penal y causales de no punibilidad en todos los códigos penales hasta el año 2018.

Tabla 1. (GIRE, op.cit.
Tabla Causales de aborto en los Códigos Penales al año 2018, p. 53)



Sin embargo, con la reciente despenalización del aborto hasta las primeras 12 semanas en Oaxaca, Hidalgo y Veracruz, actualmente:

- La causal por violación sexual es la única contenida en todos los códigos penales locales y en el Código Penal Federal.
- **4 entidades** permiten el aborto voluntario dentro de las primeras 12 semanas de gestación.
- **30 entidades** contemplan la causal del aborto imprudencial o culposo.
- **24 entidades** contemplan la causal de peligro de muerte para la mujer.
- **16 entidades** contemplan la causal de alteraciones graves en el producto.
- **17 entidades** contemplan la causal de peligro en la salud de la mujer.
- **16 entidades** contemplan la causal de cuando el embarazo sea producto de una inseminación artificial no consentida.
- **2 entidades** contemplan la causal de que existan causas económicas para interrumpir el embarazo.

Es importante señalar que, a pesar de que la causal por violación sexual es la única que actualmente está contemplada en todos los códigos penales locales y en el Código Penal Federal, en la práctica es común que las autoridades nieguen u obstaculicen el acceso al aborto a las mujeres solicitando requisitos adicionales como una denuncia previa o autorización del Ministerio Público. Si bien aún existen códigos penales locales que mencionan estos requisitos, la Ley General de Víctimas y la NOM-046-SSA2-2005, Violencia familiar, sexual y contra las mujeres, criterios para la prevención y atención (NOM 046) establecen que se debe garantizar el acceso al aborto para toda mujer, sin más requisitos que una declaración bajo protesta de decir verdad de que el embarazo fue producto de una violación (Ibidem, pp. 54 y 55).

De igual manera, como se abordará en el apartado III, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que negar u obstaculizar el acceso al aborto en caso de violación sexual constituye una violación a los derechos humanos de la mujer, toda vez que permite que las consecuencias de la violación sexual continúen materializándose en el tiempo.[4]

[4] Véanse Amparos en Revisión 601/2017 y 1170/2017.

b. Regulación por plazo

Actualmente la Ciudad de México (desde 2007), Oaxaca (desde 2019), Hidalgo y Veracruz (desde junio y julio de 2021, respectivamente) son las únicas entidades que contemplan la posibilidad de que una mujer pueda interrumpir su embarazo de manera voluntaria dentro de las primeras 12 semanas de gestación, por lo cual sólo se sancionará cuando el aborto (voluntario)[5] se realice una vez transcurrido ese tiempo, siempre que no se actualice alguna excluyente de responsabilidad penal.

Al respecto, el artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal establece lo siguiente:

> Artículo 144. Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.
>
> Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio.

Y por su parte, el artículo 312 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca establece:

> Artículo 312.- Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.
>
> Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio.

Como podemos ver, la redacción es exactamente la misma, ya que no sólo establece el plazo de las primeras 12 semanas de gestación, además señala qué debe entenderse por embarazo para efectos penales. Una vez transcurrido ese plazo establecen la siguiente penalidad:

[5] El aborto forzado se sanciona en cualquier momento de la gestación (Arts. 146 y 313 de los Códigos Penales del Distrito Federal y de Oaxaca, respectivamente).

> Artículo 145 (Código Penal Para el Distrito Federal). Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, después de las doce semanas de embarazo. En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado.
>
> Al que hiciere abortar a una mujer, con el consentimiento de ésta, se le impondrá de uno a tres años de prisión.
>
> Artículo 315 (Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca). Se impondrán de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otra persona la haga abortar, una vez transcurridas las primeras doce semanas de gestación.
>
> Igual pena se aplicará al que haga abortar a la mujer con el consentimiento de ésta, en los términos del párrafo anterior.
>
> En este caso, el delito de aborto únicamente se sancionará cuando se haya consumado.

Se puede notar nuevamente que la redacción es muy similar y de igual manera se redujo en ambos casos la pena para las personas que aborten. Respecto al caso de Oaxaca, cabe señalar que además se eliminaron las circunstancias atenuantes basadas en estereotipos de género:

> ARTÍCULO 147 (Código Penal para el Distrito Federal, redacción anterior a la reforma de 2007). Se impondrá de uno a tres años de prisión a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar. En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado.
>
> Artículo 315 (Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, redacción anterior a la reforma de 2019). Se impondrán de seis meses a dos años de prisión, a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias:

I.- Que no tenga mala fama;
II.- Que haya logrado ocultar su embarazo; y
III.- Que éste sea fruto de unión ilegítima.

Faltando alguna de las circunstancias mencionadas, se le aplicarán de uno a cinco años de prisión.

Estas circunstancias no sólo creaban incertidumbre jurídica al utilizar el término subjetivo y ambiguo de "mala fama" que mostraba la presencia de estereotipos sobre la conducta de las mujeres para determinar que merecieran una pena mayor o menor; además los requisitos del ocultamiento del embarazo y que éste fuere producto de una unión fuera de matrimonio sugerían que la única forma aceptada de reproducirse es dentro de una unión formal reconocida por el Estado (GIRE, Op. Cit, p. 18).

Finalmente, respecto a las reformas que despenalizaron el aborto durante las primeras doce semanas de gestación en los estados de Hidalgo y Veracruz, también hay algunas particularidades que vale la pena destacar, por ello la siguiente tabla muestra el antes y después de la regulación del aborto:

Entidad	Redacción previa a la despenalización	Redacción actual
Hidalgo	ARTICULO 154.- Para los efectos de este Código, aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. El aborto causado culposamente será punible. ARTICULO 155.- A la mujer que aborte, interrumpiendo su embarazo o que consienta en que otro se lo interrumpa, se le impondrá de	ARTICULO 154.- Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación. Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio. ARTICULO 155.- Se le impondrá de seis meses a un año de prisión y

	uno a tres años de prisión y multa de 10 a 40 días. (…)	de 10 a 40 días multa a la mujer que cometa el delito de aborto. (…)
Veracruz	Artículo 149.- Comete el delito de aborto quien interrumpe el embarazo en cualquiera de sus etapas. Artículo 150.- A la mujer que se provoque o consienta que se le practique un aborto, se le sancionará con tratamiento en libertad, consistente en la aplicación de medidas educativas y de salud. (…)	Artículo 149.- Comete el delito de aborto quien interrumpe el embarazo después de la décima segunda semana de gestación. Para efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio. Artículo 150.- A la mujer que se provoque o consienta que se le practique un aborto, una vez transcurridas las primeras doce semanas de gestación, se le impondrán de 15 días a dos meses de tratamiento en libertad, consistente en la aplicación de medidas integrales de salud, con respeto a sus derechos humanos. (…)

Como podemos notar, los artículos 154 y 149 de los Códigos Penales de Hidalgo y Veracruz, respectivamente, adoptaron la misma redacción vigente en la Ciudad de México y en Oaxaca. Por su parte, Hidalgo redujo considerablemente la pena del delito de aborto, y en el caso de Veracruz se estableció una temporalidad de 15 días a dos meses de tratamiento en libertad, ya que previamente no se señalaba por cuánto tiempo aplicarían las medidas educativas y de salud. Otro aspecto importante es que al final del artículo 150 se establece que dichas medidas serán integrales y se aplicarán con respeto a los derechos humanos de las mujeres. Finalmente, es importante señalar que, aunque es positivo el hecho de que Veracruz no contemple pena privativa de la libertad para las mujeres que aborten, el objetivo de las medidas integrales de salud que contempla es poco claro.

3. Materia de salud

a. Ley General de Víctimas y NOM-046

La Ley General de Víctimas publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de enero de 2013 establece en su artículo 35 el derecho de las víctimas de violación sexual de recibir anticoncepción de emergencia y el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en los siguientes términos:

> Artículo 35. A toda víctima de violación sexual, o cualquier otra conducta que afecte su integridad física o psicológica, se le garantizará el acceso a los servicios de anticoncepción de emergencia y de interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos por la ley, con absoluto respeto a la voluntad de la víctima; asimismo, se le realizará práctica periódica de exámenes y tratamiento especializado, durante el tiempo necesario para su total recuperación y conforme al diagnóstico y tratamiento médico recomendado; en particular, se considerará prioritario para su tratamiento el seguimiento de eventuales contagios de enfermedades de transmisión sexual y del Virus de Inmunodeficiencia Humana.
>
> En cada una de las entidades públicas que brinden servicios, asistencia y atención a las víctimas, se dispondrá de personal capacitado en el tratamiento de la violencia sexual con un enfoque transversal de género.

Por su parte, la NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención (NOM-046), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de abril de 2009, fue modificada el 24 de marzo de 2016 con el fin de ajustarse a lo establecido en el artículo 35 de la Ley General de Víctimas, para quedar de la siguiente manera:

> 6.4.2.7. En caso de embarazo por violación, las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica, deberán prestar servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos por ley, conforme a lo previsto en las disposiciones jurídicas de protección a los derechos de las víctimas, previa solicitud por escrito bajo protesta de decir verdad de la persona afectada de que dicho embarazo es producto de violación; en caso de ser menor de 12 años de edad, a

solicitud de su padre y/o su madre, o a falta de éstos, de su tutor o conforme a las disposiciones jurídicas aplicables. El personal de salud que participe en el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo no estará obligado a verificar el dicho de la solicitante, entendiéndose su actuación, basada en el principio de buena fe a que hace referencia el artículo 5, de la Ley General de Víctimas.

En todos los casos se deberá brindar a la víctima, en forma previa a la intervención médica, información completa sobre los posibles riesgos y consecuencias del procedimiento a que se refiere el párrafo anterior, a efecto de garantizar que la decisión de la víctima sea una decisión informada conforme a las disposiciones aplicables.

Se deberá respetar la objeción de conciencia del personal médico y de enfermería encargados del procedimiento.

Las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica federales deberán sujetarse a las disposiciones federales aplicables.

6.4.2.8. Para los efectos establecidos en el numeral 6.4.2.7, las instituciones públicas de atención médica, deberán contar con médicos y enfermeras capacitados no objetores de conciencia. Si en el momento de la solicitud de atención no se pudiera prestar el servicio de manera oportuna y adecuada, se deberá referir de inmediato a la usuaria, a una unidad de salud que cuente con este tipo de personal y con infraestructura de atención con calidad.

6.6.1. Corresponde a las y los prestadores de servicios de salud informar a la persona afectada sobre su derecho a denunciar los hechos de violencia que se presenten, así como de la existencia de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas y de las Comisiones Ejecutivas de las entidades federativas o sus equivalentes y de los centros de apoyo disponibles, responsables de orientar a las víctimas sobre los pasos a seguir para acceder a los servicios de atención, protección y defensa para quienes sufren de violencia familiar o sexual, facilitando y respetando la autonomía en sus decisiones e invitando a continuar el seguimiento médico, psicológico y de trabajo social.

Por lo tanto, conforme a lo establecido por la Ley General de Víctimas (LGV) y en la NOM-046:

- Las mujeres pueden solicitar la interrupción del embarazo bajo protesta de decir verdad de que el embarazo es producto de una violación sexual, sin necesidad de denuncia previa.

- Las mujeres son libres de decidir si presentar una denuncia ante el Ministerio Público o no, y ello no determina su acceso al aborto.

- Las mujeres mayores de 12 años no necesitan el consentimiento de sus padres o tutor legal para solicitar la interrupción del embarazo.

- El personal de salud no está obligado a verificar el dicho de las mujeres, y deben actuar conforme al principio de buena fe.

- Se reconoce la objeción de conciencia del personal de salud, pero las instituciones públicas deben contar con personal capacitado no objetor de conciencia, de lo contrario deben referir a la mujer a otra institución que sí cuente con ello.[6]

Finalmente, es importante señalar que el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica también establece respectivamente en sus artículos 215 Bis 1 y 215 Bis 6 que la prestación de los servicios de atención médica a víctimas debe ajustarse a lo establecido en la LGV, y por otra parte, que —entre otros supuestos—, en el caso del servicio de interrupción voluntaria del embarazo, su prestación no puede condicionarse a la presentación de una denuncia.

b. Objeción de conciencia

La objeción de conciencia se considera una manifestación del derecho a la libertad de conciencia reconocido en el artículo 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y en la

[6] Más información en: Grupo de Información en Reproducción Elegida, "Folleto NOM-046". Disponible en https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2020/11/FOLLETO_NOM46_300419-1-1.pdf (última fecha de consulta: marzo de 2021).

Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el ámbito médico, implica que el personal de salud pueda abstenerse de realizar actividades que consideran contrarias a sus creencias personales, incluidas las religiosas. Sin embargo, su reconocimiento debe prever la posibilidad de limitaciones por ley para evitar la obstaculización del ejercicio de derechos de otras personas, como el derecho a la salud. (GIRE, 2021)

El artículo 10 bis de la Ley General de Salud contemplaba la objeción de conciencia en los siguientes términos:

> Artículo 10 bis. - El Personal médico y de enfermería que forme parte del Sistema Nacional de Salud, podrán ejercer la objeción de conciencia y excusarse de participar en la prestación de servicios que establece esta Ley.
>
> Cuando se ponga en riesgo la vida del paciente o se trate de una urgencia médica, no podrá invocarse la objeción de conciencia, en caso contrario se incurrirá en la causal de responsabilidad profesional.
>
> El ejercicio de la objeción de conciencia no derivará en ningún tipo de discriminación laboral.

Por lo tanto, la objeción de conciencia no podía invocarse cuando corriera peligro la vida del paciente, ni cuando se tratara de una emergencia médica. Sin embargo, durante las sesiones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que tuvieron lugar los días 13, 20 y 21 de septiembre de 2021, se resolvió la Acción de Inconstitucionalidad 54/2018, respecto del citado artículo 10 Bis de la Ley General de Salud, declarando su invalidez. Entre las consideraciones del Pleno, destacan las siguientes: [7]

> Se determinó que el artículo 10 bis de la Ley General de Salud no establecía los lineamientos y límites necesarios para que la objeción de conciencia pueda ser

[7] A la fecha, no se ha publicado la sentencia, pero puede consultarse el comunicado oficial: https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6584

> ejercida sin poner en riesgo los derechos humanos de otras personas, en especial el derecho a la salud.
>
> Así mismo, se establecieron los parámetros de constitucionalidad de la objeción de conciencia, conforme a los cuales, su ejercicio no debe violar derechos humanos de otras personas, debe estar sujeta a estándares y aplica tanto a instituciones públicas como privadas.

Por lo tanto, la objeción de conciencia no debe entenderse como absoluta, pues para que su reglamentación y ejercicio sean constitucionalmente válidos, es necesario que se ciñan a ciertos límites, entre ellos:

- Que sea de carácter individual
- Que se trate de una auténtica contradicción de conciencia en un contexto constitucional y democrático
- Que respete los derechos humanos de otras personas. En el caso específico del aborto, se deben respetar los derechos reproductivos de las mujeres y personas con capacidad de gestar.

Por lo anterior, además de declarar la invalidez del artículo 10 bis de la Ley General de Salud, la Corte exhortó al Congreso General a legislar conforme a los lineamientos indicados en la sentencia. Cabe señalar que, a la fecha de la edición de este texto, está pendiente de resolverse la acción de inconstitucionalidad 107/2019 referente a la constitucionalidad de la objeción de conciencia, en los términos establecidos en la Ley de Salud del estado de Morelos.

De igual manera, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado en precedentes como los Amparos en Revisión 1170/2017 y 601/2017 que los casos en los que una mujer solicite la interrupción de su embarazo producto de una violación sexual, deben ser considerados como urgentes, para evitar que las consecuencias físicas y psicológicas que afectan a una víctima de violación continúen materializándose en el tiempo:

> Las autoridades sanitarias a quienes acudan mujeres que han sido violentadas en sus derechos humanos por ser víctimas de violación sexual y que están embarazadas,

> producto de dicho acto delictivo, deben atender de manera eficiente e inmediata la solicitud, a fin de no permitir que las consecuencias físicas, psicológicas, etc., derivadas de la agresión sexual se sigan desplegando en el tiempo, lo que conlleva no sólo a prestar la atención y observación médica necesarias, sino a la materialización de tal interrupción legal del embarazo.
>
> Lo que además implica calificar como urgentes los casos en que acuda una mujer víctima de violación sexual a solicitar la interrupción del embarazo producto de dicho acto agresor (…)
>
> La negativa del aborto (sin causa justificada) respecto de un producto derivado de una violación sexual, cuando tal interrupción es permisible en términos de la legislación penal aplicable, y cuya atención debe considerarse como de urgencia, se constituye como un acto violatorio grave de derechos humanos, que implica en sí mismo generar la continuidad en el daño ocasionado a la víctima, obligándola a llegar a término del embarazo. (Amparo en Revisión 1170/2017)

Por su parte, la NOM-046 establece en sus puntos 6.4.2.7 y 6.4.2.8 la obligación de las instituciones públicas de atención médica de contar con personal no objetor de conciencia para la prestación del servicio de aborto, y que, en caso de no contar con dicho personal en el momento en que se requiera el servicio, deben referir de manera inmediata a la usuaria a otra unidad de salud que sí cuente con ello.

En conclusión, la objeción de conciencia plantea una excepción individual sometida a ciertas condiciones, pero de ninguna manera supone que el Estado deje de tener obligaciones con respecto a la provisión de ciertos servicios "objetables" (GIRE, op. cit, p. 70).

4. Despenalización del aborto en la Ciudad de México

El 26 de abril de 2007, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal (hoy Ciudad de México), se publicó el Decreto por el que se despenalizó el aborto voluntario durante las primeras doce semanas del embarazo, mediante la reforma de los

artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal del Distrito Federal, así como la adición a los artículos 16 bis 6 (tercer párrafo) y 16 bis 8 (último párrafo) de la Ley de Salud del Distrito Federal, para obligar la prestación de los servicios de interrupción legal del embarazo por parte de las autoridades de salud pública de la capital mexicana.

Por medio de este Decreto se definió lo que debe entenderse por embarazo y se modificó la tipificación penal del aborto voluntario, separándole del delito de aborto forzado. Este último es punible en cualquier momento del embarazo, mientras que el aborto voluntario únicamente puede sancionarse cuando acontezca después de la décima segunda semana del embarazo. De igual manera, se redujeron las penas para las mujeres que interrumpan su embarazo a partir de la décima tercera semana de gestación.

Y finalmente, las mujeres y personas gestantes pueden solicitar la interrupción legal y voluntaria de su embarazo en cualquier momento de la gestación, siempre y cuando sea bajo las causales de exclusión de responsabilidad penal existentes.

a. Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 (Sentencia del 28 de agosto de 2008)

El 24 y el 25 de mayo de 2007, respectivamente, tanto el presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) como el titular de la entonces Procuraduría General de la República (PGR) presentaron ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) demandas de inconstitucionalidad en contra de las reformas del 26 de abril de 2007 (GIRE, 2021). Estas quedaron registradas para su estudio conjunto como Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 (Idem).

Entre los conceptos de invalidez planteados en dichas acciones, se señalaba que las reformas contravenían el derecho a la vida del producto de la concepción, así como a la igualdad entre la mujer y el hombre, y el derecho a la paternidad, consa-

grados en los artículos 1o, 4o, 22 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente en ese momento y en instrumentos internacionales como la Convención de los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, el 28 de agosto de 2008 el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió ambas acciones de inconstitucionalidad y por mayoría de ocho votos determinaron que los artículos impugnados son constitucionales.

Respecto a la protección de la vida desde la concepción destacan las siguientes consideraciones de la Corte:

> Los conceptos de invalidez en los que se expresan los argumentos tendientes a demostrar lo anterior resultan infundados en atención a lo siguiente:
>
> Ningún instrumento internacional de derechos humanos aplicable en el Estado mexicano reconoce el derecho a la vida como un derecho absoluto, ni exige un momento específico para el inicio de la protección de ese derecho, y tan sólo, exigen que se cumplan y respeten las garantías relacionadas con la no privación arbitraria de la vida y las vinculadas con la aplicación de la pena de muerte. [Énfasis agregado]
>
> El ejercicio realizado por el legislador [es decir, la despenalización del aborto] resulta acorde con la tendencia legislativa reflejada en el derecho comparado, que ha venido estableciendo hipótesis lícitas de interrupción voluntaria de embarazo o límites a la persecución penal del aborto, sustentadas en la ponderación concreta entre dos bienes en conflicto que tuvieron como resultado, también en el derecho comparado, la despenalización de una conducta.
>
> Este tribunal considera que la medida utilizada por el legislador resulta de este modo idónea para salvaguardar los derechos de las mujeres, pues la no penalización de la interrupción del embarazo tiene como contraparte la libertad de las mujeres para que decidan respecto de su cuerpo, de su salud física y mental e, incluso, respecto de su vida, pues no podemos desconocer que aun en la actualidad, como lo refiere claramente el legislador del Distrito Federal en su exposición de motivos, existe mortandad materna. [Énfasis agregado]

Por otra parte, en cuanto a la igualdad entre mujeres y hombres, y el derecho a la paternidad:

> La decisión del legislador local de establecer la regla según la cual la decisión final en estos casos recae en la persona del sexo femenino portadora de un embrión no deseado no es discriminatoria, ni por tanto irrazonable, porque responde a la clara diferencia de su posición frente a la de cualquier otra persona. La continuación del embarazo no deseado tiene consecuencias distintivamente permanentes y profundas para la mujer, con independencia de que cuente con el apoyo de otras personas en su continuación y después en el cuidado y la educación del niño, y es esa afectación asimétrica al plan de vida lo que establece la base para el trato distinto que el legislador consideró al otorgarle a ella la decisión final acerca de si el embarazo debe o no ser interrumpido, y lo que no hace irrazonable negar al participante masculino la capacidad para tomar esta decisión. [Énfasis agregado]

Por lo tanto, en esta sentencia la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó no sólo el hecho de que proteger la vida prenatal no implica la criminalización del aborto, pues ello atenta contra los derechos de las mujeres; sino además que la decisión de no continuar con un embarazo no deseado corresponde exclusivamente a las mujeres.

5. Despenalización del aborto en Oaxaca

Como se mencionó en el apartado número 1, actualmente las Constituciones de 22 entidades (Aguascalientes, Baja California, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Veracruz y Yucatán) contienen disposiciones respecto a la protección de la vida desde el momento de la concepción. Estas reformas (salvo en el caso de Chihuahua cuya redacción de su artículo 5o existe desde 1994) surgieron como respuesta a la despenalización del aborto en la Ciudad de México en 2007 como una medida para evitar futuros intentos por ampliar las causales de exclusión de responsabilidad penal del delito de aborto, o para obstaculizar su despenalización en dichas entidades.

En el caso particular de Oaxaca, el párrafo noveno del artículo 12 de su Constitución Política establece lo siguiente:

> Artículo 12: En el Estado de Oaxaca se protege y garantiza el derecho a la vida. Todo ser humano desde el momento de la fecundación entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales hasta su muerte natural.

Sin embargo, el 25 de septiembre de 2019 el Congreso del Estado de Oaxaca aprobó reformar el Código Penal estatal para despenalizar el aborto voluntario durante las primeras 12 semanas del embarazo, al igual que en la Ciudad de México. Estas reformas a los artículos 312, 313, 315 y 316 fueron publicadas el 24 de octubre del mismo año.

6. Despenalización del aborto en Hidalgo y Veracruz

En el año 2021 ha habido avances significativos en el reconocimiento y respeto a los derechos reproductivos de las mujeres y de las personas con capacidad de gestar, dos de ellos ocurrieron simultáneamente en el mes de julio de este año en los estados de Hidalgo y Veracruz, respectivamente.

El 30 de junio de 2021 el Congreso del Estado de Hidalgo aprobó la despenalización del aborto en las primeras doce semanas de gestación mediante una serie de reformas al Código Penal y la Ley de Salud local, que fueron publicadas en el Periódico Oficial del Estado el 6 de julio de 2021.[8]

Dichas reformas no sólo establecieron la posibilidad de abortar voluntariamente en las primeras doce semanas de gestación y redujo la penalidad del delito de aborto, una vez transcurrido este periodo (artículos 154 y 155 Código Penal), además se eliminaron los requisitos temporales y de la existencia de una denuncia

[8] Periódico Oficial del Estado de Hidalgo. Decreto número 728 (6 de julio de 2021). Disponible en: https://periodico.hidalgo.gob.mx/?p=65523 (última fecha de consulta: septiembre de 2021).

para acceder al aborto en casos de violación sexual (artículo 158, fr. II Código Penal)[9] y se incluyeron en la Ley de Salud local las siguientes reformas con el fin de garantizar el acceso a la interrupción legal del embarazo:

> Artículo 12 Quater.- Las y los médicos a quienes corresponda practicar la interrupción legal del embarazo y cuyas creencias sean contrarias a tal procedimiento, podrán ser objetores de conciencia y por tal razón excusarse de intervenir en la interrupción legal del embarazo, **teniendo la obligación de referir a la mujer con un médico no objetor.**
>
> **Cuando sea urgente la interrupción legal del embarazo para salvaguardar la salud o la vida de la mujer, no podrá invocarse la objeción de conciencia.**
>
> **Las instituciones públicas de salud deberán garantizar la oportuna prestación de los servicios y la permanente disponibilidad de personal de salud no objetor de conciencia en la materia.**
>
> El ejercicio de la objeción de conciencia no derivará en ningún tipo de discriminación laboral.

La eliminación de los requisitos para acceder al aborto en casos de violación y las reformas a la Ley de Salud para el Estado de Hidalgo se ajustan a lo establecido en la Ley General de Víctimas, la NOM-046 y la Ley General de Salud.

Por su parte, tan sólo un mes después, el 20 de julio de 2021, el Congreso del Estado de Veracruz también despenalizó el aborto en de las primeras doce semanas de gestación (artículo 149 Código Penal), convirtiéndose así en la cuarta entidad en el país que permite el aborto voluntario dentro de ese plazo. Así mismo, también se eliminaron los requisitos para acceder al aborto en caso de violación y se incluyó la posibilidad de acceder al aborto cuando la salud de la mujer esté en riesgo (artículo 154 fr. II y III Código Penal). Sin embargo, cabe señalar que, por el momento, sólo se hicieron reformas al Código Penal local.

[9] La redacción anterior del art. 158, fr. II establecía que, para acceder al aborto en casos de violación, éste debía practicarse dentro de los noventa días a partir de la concepción, y además era necesario que se hubiere denunciado el hecho.

Como se mencionó anteriormente, Oaxaca y Veracruz se encuentran dentro de las entidades cuyas Constituciones contienen disposiciones que protegen la vida desde la concepción. Sin embargo, a continuación, se presentarán precedentes tanto a nivel internacional como nacional que determinan que la protección a la vida prenatal no es incompatible con el derecho al acceso al aborto legal, por lo tanto, no es necesario que se reformen las Constituciones locales para garantizar el acceso al aborto voluntario dentro de las primeras 12 semanas de gestación.

a. Compatibilidad entre aborto y protección a la vida prenatal

La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó en la sentencia del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica de 2012 que sólo a través del ejercicio de los derechos de las mujeres puede protegerse la vida prenatal; que la concepción se refiere al proceso de implantación, es decir, cuando el óvulo fecundado se adhiere a la pared del endometrio; y, finalmente, que el embrión no puede ser considerado persona:

> 264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. [Énfasis agregado]
>
> 314. Una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso y la importancia de la protección del embrión, permite afirmar que la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos. [Énfasis agregado]
>
> 316. Por tanto, la Corte concluye que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en

> conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. [Énfasis agregado]

De igual manera, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado en diversas sentencias que proteger el derecho a la vida no implica criminalizar el aborto, y que negar u obstaculizar el acceso a la interrupción legal del embarazo que pone en riesgo la salud de las mujeres o que es producto de violación sexual, implica una violación a los derechos de las mujeres.

En la Acción de Inconstitucionalidad 46/2007 y su acumulada 47/2007 la Corte sostuvo que:

> Ningún instrumento internacional de derechos humanos aplicable en el Estado mexicano reconoce el derecho a la vida como un derecho absoluto, ni exige un momento específico para el inicio de la protección de ese derecho, y tan sólo, exigen que se cumplan y respeten las garantías relacionadas con la no privación arbitraria de la vida y las vinculadas con la aplicación de la pena de muerte. [Énfasis agregado]

> Este tribunal considera que la medida utilizada por el legislador [la reforma del 26 de abril de 2007] resulta de este modo idónea para salvaguardar los derechos de las mujeres, pues la no penalización de la interrupción del embarazo tiene como contraparte la libertad de las mujeres para que decidan respecto de su cuerpo, de su salud física y mental e, incluso, respecto de su vida. [Énfasis agregado]

Finalmente, el 9 de septiembre de 2021 el Pleno de la Corte resolvió la Acción de inconstitucionalidad 106/2018 y su acumulada 107/2018 determinando la invalidez de la porción normativa del artículo 4o. bis A, fr. I de la Constitución Política del Estado de Sinaloa que establecía la tutela al derecho a la vida desde el momento en que el individuo es concebido. Dicha resolución constituye un criterio obligatorio para todas las juezas y jueces del país. Entre las consideraciones del Pleno, destacan las siguientes:[10]

[10] SCJN. Pleno. Acción de inconstitucionalidad 106/2018 y su acumulada 107/2018. Ministro Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Aunque a la fecha aún no se publica la sentencia, la información es de su comunicado oficial: https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6581

> Que las entidades federativas carecen de competencia para definir el origen de la vida humana, el concepto de "persona" y la titularidad de los derechos humanos, pues ello corresponde exclusivamente a la Constitución General.
>
> Que la pretensión de otorgar el estatus de persona al embrión o feto y, a partir de ello, adoptar medidas restrictivas del derecho a la autonomía reproductiva de las mujeres y las personas gestantes, resulta inconstitucional.
>
> Que no es admisible establecer que el embrión y el feto merecen la misma protección jurídica que las personas nacidas, pues de acuerdo con el precedente establecido en la acción de inconstitucionalidad 148/2017,[11] si bien el producto de la gestación merece una protección que se incrementa con el tiempo a medida que avanza el embarazo, esa protección no puede desconocer los derechos de las mujeres y personas gestantes a la libertad reproductiva y, en particular, su derecho a interrumpir el embarazo en determinados supuestos.
>
> Que los esfuerzos del Estado para proteger la vida en gestación —como bien constitucionalmente valioso— deberán encaminarse a proteger efectivamente los derechos de las mujeres y de las personas gestantes.

Los argumentos anteriormente citados permiten concluir que la protección de la vida prenatal no es obstáculo para que el Estado cumpla con la obligación de garantizar el acceso a servicios de aborto legal y seguro.

III. Jurisprudencia y precedentes

El estigma es un constructo social que marca negativamente a una persona por tener o vivir con una característica específica y se traduce en el trato diferenciado de parte de la sociedad, el grupo social o las personas, hacia la persona estigmatizada (Ipas, 2017, p.2).

A consecuencia de ello las mujeres que abortan no sólo sufren un trato despectivo por parte de otras personas, sino que este estigma también puede ser ejercido por las instituciones y los gobiernos a través de sus regulaciones y leyes (Ibidem, p. 4).

[11] SCJN. Pleno. Acción de inconstitucionalidad 148/2017. Ministro ponente: Luis María Aguilar Morales.

Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de la Nación han analizado diversos casos en donde se evidencia la presencia de este estigma, ya sea criminalizando a la mujer que aborta o mediante la negativa u obstaculización del acceso al servicio de aborto en casos como cuando peligra la salud de la mujer o cuando ha sido víctima de una violación sexual. A continuación algunos de estos ejemplos.

1. Sistema Interamericano

En el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la Sentencia del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica de 2012 establece las bases para abandonar las creencias en las que se fundamenta el estigma en torno al aborto y, por otra parte, en la solución amistosa del caso Paulina se analiza cómo, producto de este estigma, una niña fue obligada a convertirse en madre.

a. Sentencia del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Corte Interamericana de Derechos Humanos)

El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por las afectaciones generadas a un grupo de personas a partir de la prohibición general de practicar la Fecundación in vitro que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país (Corte IDH, 2012). Entre las consideraciones de esta sentencia destacan las siguientes:

> 186 (…) la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término "concepción". Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. [Énfasis agregado]

256 (...) El Tribunal consideró que estas prácticas (FIV) de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental —y no absoluta— de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona. [Énfasis agregado]

264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general. [Énfasis agregado]

314. Una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso y la importancia de la protección del embrión, permite afirmar que la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV. Asimismo, la interferencia tuvo un impacto diferenciado en las víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y, frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica. [Énfasis agregado]

315. En contraste, el impacto en la protección del embrión es muy leve, dado que la pérdida embrionaria se presenta tanto en la FIV como en el embarazo natural con análogo grado de posibilidad. La Corte resaltó que el embrión antes de la

> implantación no está comprendido en los términos del artículo 4 de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal. [Énfasis agregado]

Si bien este caso no trata del aborto en específico, sí establece las bases para abandonar el estigma en torno al mismo al determinar que:

- La concepción se refiere al proceso de implantación, es decir, cuando el óvulo fecundado se adhiere a la pared del endometrio.
- El feto no puede ser considerado como persona.
- Sólo a través del ejercicio de los derechos de las mujeres puede protegerse la vida prenatal.

b. Informe de Solución Amistosa No. 21/07 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos)

El Informe No. 21/07, Paulina (México) del 9 de marzo de 2007 (CIDH, 2007) representa tan sólo uno de los casos en los que niñas y mujeres víctimas de violación sexual son obligadas a convertirse en madres.

Paulina fue víctima de una violación sexual a los 14 años y quedó embarazada a consecuencia de ello, por lo que decidió junto con su madre que lo mejor era que le realizaran un aborto. Durante todo el proceso tanto en el Ministerio Público como en el Hospital al que acudieron, el personal manifestaba diversas excusas por las que la intervención no se llevaba a cabo. El Ministerio Público les negó en principio la autorización para el aborto y una vez expedida, el personal del Hospital alegaba la inexistencia de médicos anestesiólogos y de ginecólogos, y que el caso sería presentado a un comité de revisión para ser discutido. De igual manera intentaron disuadirlas de su decisión en todo momento, haciendo incluso que un sacerdote hablara con ellas.

Finalmente el 15 de octubre de 1999, momentos antes de iniciar el procedimiento médico, el director del Hospital se reunió con la madre de Paulina para exponerle los supuestos riesgos de la intervención. Según el médico, tales riesgos eran "esterilidad, perforación uterina, hemorragia masiva, síndrome de Asherman y

muerte", y señaló además que si Paulina moría, la responsabilidad única sería para ella. Ante esta información sesgada e inexacta, se logró el miedo de la madre, quien decidió solicitar a los médicos que no procedieran con el procedimiento.

Se llegó a un acuerdo de solución amistosa entre Paulina y el Estado mexicano, quien se comprometió a repararla integralmente.

2. Suprema Corte de Justicia de la Nación

En apartados anteriores se ha señalado que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado respecto a la constitucionalidad de la despenalización del aborto como una vía idónea para salvaguardar los derechos de las mujeres y que ha establecido cómo deben actuar tanto las autoridades como el personal de salud en los casos en los que una mujer solicite la interrupción legal de su embarazo. A continuación se analizarán de manera más detallada estas sentencias.

a. Despenalización del aborto en Ciudad de México (Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007)

En el caso de esta Acción 146/2007, como fue señalado en el apartado anterior, se procede a recapitular los argumentos más relevantes de la misma:

- Se determinó que la despenalización del aborto es la vía idónea para salvaguardar los derechos de las mujeres al permitirles decidir respecto de su cuerpo, de su salud física y mental e, incluso, respecto de su vida.

- Proteger la vida prenatal no implica criminalizar el aborto, pues ello atenta contra los derechos de las mujeres. La decisión de no continuar con un embarazo no deseado es exclusivamente de las mujeres.

Estos argumentos constituyen una base para las siguientes sentencias, en donde la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha estudiado el tema del aborto en diversos contextos.

b. Aborto y homicidio (Amparo Directo 21/2012)

La criminalización del aborto no sólo afecta a las mujeres que son procesadas por dicho delito y a todas aquellas que cursan embarazos no deseados, independientemente del motivo. El estigma del aborto basado en la creencia de que la maternidad es una función obligatoria de las mujeres, así como la creencia de que el aborto es equivalente al homicidio, son la causa de que las mujeres puedan ser procesadas por delitos como el homicidio en razón del parentesco o de infanticidio, cuyas penas son considerablemente más severas que las del aborto.

De igual manera es común que estos procesos estén llenos de irregularidades y violaciones al debido proceso y de la presunción de inocencia de las mujeres, ya que las autoridades buscan demostrar que ocurrió el nacimiento de un recién nacido y que éste fue privado de la vida dolosamente por la mujer (GIRE, op.cit., p. 83); el caso del Amparo Directo 21/2012 es tan sólo uno de ellos.

El 30 de octubre de 2009 una mujer indígena fue sentenciada a 32 años de prisión y al pago de una cantidad económica como reparación del daño, por un juez de primera instancia que determinó que había cometido el delito de homicidio calificado, con la agravante de premeditación, previsto y sancionado por el artículo 103, en relación con el numeral 104, del Código Penal del Estado de Guerrero, pues del caudal probatorio se advertía que privó de la vida a su hijo horas después de haber nacido (AD 21/2012).

Inconforme con dicha resolución, la quejosa interpuso el recurso de apelación, el cual fue resuelto el 27 de abril de 2010, por la Primera Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Guerrero, quien confirmó en parte la resolución combatida, imponiéndose una pena de 22 años de prisión. Posteriormente, la mujer promovió un juicio de amparo que, por razón de turno, correspondió conocer de dicho asunto al Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Vigésimo Primer Circuito, con residencia en Acapulco, Guerrero. Sin embargo, el 28 de marzo de 2012, la Primera Sala determinó ejercer la facultad de atracción para conocer del caso (Idem).

En la sentencia de amparo, la Primera Sala determinó que se habían violado los derechos de la mujer a la adecuada defensa y a la presunción de inocencia. De igual manera se determinó que hubo deficiencias en la valoración de las pruebas y que por lo tanto no estaba justificada la decisión de tener por acreditada la existencia del delito y la responsabilidad penal. Por ello se ordenó la libertad inmediata y absoluta de la mujer (Idem).

En el siguiente apartado sobre las consideraciones para juzgar con perspectiva de género se retomará esta sentencia para analizar con mayor detalle las consideraciones de la Primera Sala por las que se ordenó la libertad absoluta de esta mujer; al mismo tiempo es importante resaltar que la existencia de prejuicios y estereotipos basados en roles de género son cruciales para determinar la actuación de las autoridades que dan seguimiento a los procesos por este tipo de delitos, permitiendo que se violen la presunción de inocencia y otros elementos del debido proceso penal (GIRE, op.cit., p. 83).

c. Negativa de aborto en casos de violación sexual (Amparos en Revisión 601/2017 y 1170/2017)

Como se mencionó en apartados anteriores, la causal por violación sexual es la única que existe en todos los códigos penales del país. Sin embargo, en la práctica las autoridades y el personal de las instituciones de salud continúan negando u obstaculizando el acceso al aborto a las mujeres que lo solicitan cuando su embarazo es producto de una violación sexual, exigiéndoles requisitos como una denuncia de los hechos presentada ante el Ministerio Público, o la autorización de este para realizar el procedimiento.

Lo anterior no sólo es contrario a lo establecido en la NOM-046 y en la Ley General de Víctimas, que señalan que se debe garantizar el acceso a la anticoncepción de emergencia a las víctimas de violación sexual y al aborto en el caso de que las mujeres así lo soliciten, bajo protesta de decir verdad de que el embarazo es producto de una violación sexual, sin requisitos adicionales como la denuncia o autorización por parte del Ministerio Público; de igual manera la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que los casos en los que se niega u obstaculiza el acceso a la interrupción del embarazo en casos de violación sexual,

constituyen una violación a los derechos humanos de la víctima, al permitir que las consecuencias de la violación sexual continúen materializándose en el tiempo.

En 2017 la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó el caso de una mujer que fue víctima de violación sexual cuando era menor de edad. El producto presentaba una malformación congénita que implicaba un alto riesgo en su embarazo, y sin embargo le fue negado el servicio de interrupción legal del mismo porque el Comité de Bioética del Hospital al que acudió consideró que "no contaban con sustento ni orden legal para la terminación de su embarazo". En la sentencia de Amparo en Revisión 601/2017 la Segunda Sala determinó que la negativa u obstaculización para la interrupción del embarazo en casos de violación sexual constituye un hecho violatorio grave a los derechos humanos de la víctima, al permitir que las consecuencias del hecho delictivo se prolonguen en el tiempo:

> La violación sexual implica la configuración de severos sufrimientos ejecutados intencionalmente en contra de la persona que sufre la agresión, constituyéndose como una experiencia sumamente traumática que tiene graves consecuencias, como un daño físico y psicológico que deja a la víctima "humillada física y emocionalmente", situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas. El sufrimiento severo de la víctima es inherente a la violación sexual, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas, pues es claro que las víctimas de tales actos también experimentan severos daños y secuelas tanto psicológicas, como sociales, lo que lo equipara sin duda alguna a un acto de tortura; además, la agresión sexual de tal nivel tiene como objetivos, entre otros, intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre.
>
> En ese sentido, la negativa de las autoridades a realizar el procedimiento respectivo de aborto, cuando el embarazo sea producto de una violación sexual, sí constituye un hecho grave violatorio de derechos humanos, que permite que las consecuencias propias del acto de tortura —agresión sexual— se materialicen continuamente con el transcurso del tiempo. Es decir, la negativa en sí misma: a) conlleva a la concreción y alargamiento de las afectaciones físicas y/o mentales graves comeditas contra de la mujer, víctima de la violación sexual; b) el Estado, aun sabiendo de los causas absolutorias establecidas en ley, niega la prestación del

> servicio de forma consciente, y; c) si bien el propósito de tal actuar puede responder a diversas circunstancias, incluso de índole meramente moral, se menoscaba sin justificación alguna la personalidad o la integridad física y mental de la mujer. [Énfasis agregado]

Por su parte, el Amparo en Revisión 1170/2017 versa sobre el caso de una mujer que fue víctima de violación y quedó embarazada a consecuencia de ello, pero cuando acudió al hospital a solicitar la interrupción legal del embarazo, le dijeron que la institución estaba en paro y que sólo atendían situaciones de emergencia. En abril de 2018, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que estos hechos constituyeron violaciones a los derechos de la quejosa, ya que los casos en los que una mujer víctima de violación sexual acuda a una institución de salud a solicitar la interrupción de su embarazo deben ser considerados como urgentes.

Entre las consideraciones de la Segunda Sala en la sentencia, destacan las siguientes:

> (...) Las autoridades sanitarias a quienes acudan mujeres que han sido violentadas en sus derechos humanos por ser víctimas de una violación sexual y que están embarazadas, producto de dicho acto delictivo, deben atender de manera **eficiente e inmediata** la solicitud, a fin de no permitir que las consecuencias físicas, psicológicas, etc., derivadas de la agresión sexual se sigan desplegando en el tiempo, lo que conlleva no sólo a prestar la atención y observación médica necesarias, sino a la materialización de tal interrupción legal del embarazo. [Énfasis agregado]

> Lo que, además, implica a calificar como **urgentes** los casos en que acuda una mujer víctima de una violación sexual a solicitar la interrupción del embarazo producto de dicho acto agresor, debiendo la autoridad priorizar su atención en vista de evitar, se reitera, que las consecuencias físicas y psicológicas no se sigan desplegando en el tiempo, aunado a que aquélla debe garantizar, sin dilación alguna, los derechos que como víctima de una violación sexual tiene una mujer, entre ellos el de conseguir la interrupción legal, de manera inmediata, del embarazo. [Énfasis agregado]

> (...) Al recibir la solicitud bajo protesta de decir verdad, de interrupción de un embarazo producto de una violación sexual, en términos de la NOM-046-SSA2-2005,

> reformada mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el veinticuatro de marzo de dos mil dieciséis, las instituciones públicas de salud deberán practicar la interrupción del embarazo de conformidad, en un primer plano, con el precepto 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, en un segundo, a los artículos 316, fracción II, del Código Penal del Estado de Oaxaca, y 30, en correlación con el 35, ambos de la Ley General de Víctimas, atendiendo a lo contenido en la Norma Oficial Mexicana sobre "Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención."
>
> Lo anterior implica que las autoridades de salud correspondientes no pueden implementar mecanismos —ni políticas internas— que impidan se materialicen los derechos de aquellas mujeres que han sido víctimas de una violación sexual y cuyo deseo es interrumpir el embarazo producto de dicho acto delictivo. [Énfasis agregado]
>
> (...) La negativa del aborto (sin causa justificada) respecto de un producto derivado de una violación sexual, cuando tal interrupción es permisible en términos de la legislación penal aplicable, y cuya atención debe considerarse como de urgencia, se constituye como un acto violatorio grave de derechos humanos, que implica en sí mismo generar la continuidad en el daño ocasionado a la víctima, obligándola a llegar a término del embarazo.

Ambas sentencias constituyen precedentes relevantes respecto a la atención de víctimas de violación sexual que soliciten el acceso al aborto, pues no sólo establecen qué estos casos deben ser considerados como urgentes, además mencionan que el actuar de las autoridades y personal de las instituciones de salud debe apegarse a lo establecido por la NOM-046 y la Ley General de Víctimas, y que, por lo tanto, cualquier negativa u obstáculo injustificados para realizar el procedimiento de la interrupción del embarazo en estos casos constituye a su vez una violación a los derechos humanos de las víctimas.

d. El aborto cuando la salud está en riesgo (Amparo en Revisión 1388/2015)

El acceso al aborto no sólo continúa siendo negado u obstaculizado para las mujeres víctimas de violación sexual. En la sentencia de Amparo en Revisión 1388/2015,

la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó el caso de una mujer que cursaba un embarazo de alto riesgo para su salud, a quien el ISSSTE le negó la interrupción legal del mismo porque se trataba de "una institución de salud del ámbito federal, la cual se rige por la Ley General de Salud, misma que no contempla la interrupción legal del embarazo", pese a todos los factores de riesgo que implicaban la continuación del mismo.

En dicha sentencia la Primera Sala determinó que el Estado está obligado a garantizar el derecho a la salud, por lo tanto debe contar con infraestructura, reglamentación, recursos humanos y económicos, así como insumos y condiciones sanitarias para asegurar el acceso a la interrupción legal del embarazo en los casos en que la salud de la mujer corra peligro:

> Un aborto por razones de salud tiene como finalidad esencial restaurar y proteger la salud de la persona embarazada. Una salud que está siendo afectada no sólo por el embarazo, sino por el padecimiento físico o mental que aparece o empeora con su continuación; susceptible, además, de complicar el desarrollo del embarazo. De manera que la interrupción de embarazo provocada por una complicación de salud es el inicio de un proceso de recuperación de la salud y no su culminación, lo que hace crítica y presumiblemente violatoria de derechos humanos cualquier denegación o dilación deliberada de los servicios de atención médica destinados a resolver esos padecimientos. [Énfasis agregado]
>
> (…) la Ley General de Salud establece que la prestación de servicios de atención de salud es uno de los deberes impuestos al Estado por el derecho a la protección de la salud. Según ese mismo ordenamiento, los servicios de atención de salud incluyen cualquier acción destinada a proteger, promover o restaurar la salud individual y social. Así, el acceso a interrupciones de embarazo por este motivo, practicadas por personal capacitado y en condiciones aceptables de calidad salvaguarda la salud de las mujeres, evitando que afronten riesgos mayores o padezcan secuelas. Es decir, las mujeres en estas circunstancias están pretendiendo acceder a un servicio de atención médica. [Énfasis agregado]
>
> Por tanto, en el caso específico de la interrupción del embarazo por razones de salud, el Estado tiene la obligación de proveer servicios de salud y tratamiento

> médico apropiado para evitar que las mujeres continúen —contra su voluntad— un embarazo que las coloca en riesgo de padecer una afectación de salud. Este acceso 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. [Énfasis agregado]

Por lo tanto, de acuerdo con esta interpretación de la Corte, independientemente de que la Ley General de Salud no contemple explícitamente la interrupción legal del embarazo, ésta debe ser considerada como el acceso a un servicio de atención médica con el objetivo de restaurar la salud física, emocional y/o social de las personas gestantes.

Se considera que este mismo criterio debe ser aplicable en los casos en los que el código penal de algunas entidades no contemple la causal salud para acceder al aborto, ya que el derecho a la salud debe ser garantizado por igual para todas las personas sin ningún tipo de discriminación, pues se trata de un derecho humano constitucionalmente reconocido.

e. Invalidez de los plazos para acceder al aborto en caso de violación sexual (Amparo en Revisión 438/2020)

En julio de 2021, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estudió el caso de una mujer con discapacidad del estado de Chiapas, quien fue víctima de violación cuando era menor de edad y quedó embarazada a consecuencia de ello. Sin embargo, se le negó el acceso al aborto porque excedía del plazo de noventa días de gestación previstos en el código penal local (artículo 181). El juez de distrito que conoció del juicio de amparo determinó que el plazo de noventa días establecido en el código penal local no violaba los derechos humanos de la menor y que no la colocaba en un plano de desigualdad.

Posteriormente, el Tribunal Colegiado que conoció del caso solicitó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que atrajera el caso debido a su relevancia. Así, la Primera Sala conoció del caso y determinó que los límites establecidos para acceder al aborto en casos de violación son inconstitucionales por ser contrarios

al derecho a la salud, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana de las mujeres, ya que perpetúan las consecuencias físicas y psicológicas de la violación y obliga a las mujeres a continuar con el embarazo producto de dicho delito. De igual manera, la Primera Sala consideró las particularidades del caso y determinó que éstas colocaban a la menor de edad en una situación de vulnerabilidad interseccional, y que la norma impugnada afecta los derechos de las personas con discapacidad y de los menores de edad:[12]

> (…) Tampoco se advierte que el juzgador [es decir, el Juez de Distrito que conoció del caso] haya tomado las medidas necesarias para evitar la revictimización de la menor atendiendo al contexto y a la naturaleza de la violación sufrida. (…) Lo que se agravaba en el caso por la interseccionalidad de la condición de pobreza y marginación en la que se encontraba la víctima de violación y que la colocaba en una situación de vulnerabilidad mayor, que ameritaba poner mayor énfasis en los deberes de protección del juzgador.
>
> (…) la condicionante temporal para ello (noventa días a partir de la concepción) inadvierte tales afectaciones a las mujeres y la revictimización que ello conlleva. Ello es así, pues al obligarlas a soportar el embarazo producto de una violación perpetra una discriminación estructural que responde a una condición estereotípica en la que se asigna a la mujer la función primordial de procreación, de manera que bajo esa concepción se pretende forzarla a soportar y continuar con un embarazo que fue producto de un delito (…por lo tanto) la limitante prevista en el artículo 181 del Penal del Estado de Chiapas (…) es inconstitucional, (…) por ser contraria al derecho a la salud, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana de las mujeres.
>
> Finalmente, una razón adicional que sustenta la inconstitucionalidad de la porción normativa impugnada consiste en que la misma es violatoria de los derechos de las personas con discapacidad y de los menores de edad, pues inadvierte estos grupos por las condiciones de vulnerabilidad que presentan, pudieran ni siquiera saber que presentan un embarazo producto de una violación, por lo que no pueden acudir a los servicios de salud en los tiempos que marca la norma (…)

[12] Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Amparo en Revisión 438/2020. Ministro Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, 2021. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2021-06/AR-438-2020-22062021.pdf

Esta sentencia es un ejemplo de aplicación de la perspectiva de género y enfoque interseccional que tomó en cuenta los derechos reproductivos de las personas con discapacidad y de la niñez que constituye un precedente que determinó la invalidez de los plazos para acceder al aborto en casos de violación sexual.

f. La inconstitucionalidad de criminalizar el aborto en su totalidad (Acción de inconstitucionalidad 148/2017)

El 7 de septiembre de 2021, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la acción de inconstitucionalidad 148/2017 en donde se determinó por unanimidad de los Ministros que es inconstitucional criminalizar el aborto de manera absoluta, declarando a su vez la invalidez del artículo 196 del Código Penal del Estado de Coahuila que establece una pena de prisión a la mujer que voluntariamente practicara su aborto o a quien la hiciere abortar con el consentimiento de aquella, pues se determinó que lo anterior vulnera el derecho a decidir de la mujer y de las personas gestantes:[13]

> La Suprema Corte entendió que la protección al producto de la gestación no puede desconocer los derechos de las mujeres y personas gestantes a la libertad reproductiva. Por lo tanto, criminalizar de manera absoluta la interrupción del embarazo es inconstitucional.

Este criterio significa un avance muy importante en el reconocimiento y respeto de los derechos reproductivos de las mujeres y de las personas gestantes, pues por una parte constituye un precedente obligatorio para todas las juezas y jueces del país, quienes deberán considerar en los casos de criminalización por aborto de los que conozcan, que son inconstitucionales las normas penales de las entidades federativas que criminalizan el aborto de manera absoluta. Así mismo, en aquellos estados en donde aún se restringe y castiga el ejercicio de la autonomía reproductiva de todas las personas gestantes, las y los legisladores cuentan ahora con este precedente de la Corte para despenalizar el aborto consentido.

[13] SCJN. Pleno. Acción de inconstitucionalidad 148/2017. Ministro ponente: Luis María Aguilar Morales. Aunque a la fecha aún no se ha publicado la sentencia, la información es de su comunicado oficial: https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6579

IV. Juzgar con perspectiva de género. Consideraciones en torno a casos en que la mujer embarazada es investigada por el delito de aborto

La perspectiva de género es un método de estudio que aplica a todas las áreas del conocimiento, pues busca modificar la percepción del mundo a partir de la incorporación del género como una categoría de análisis que muestra cómo la diferencia sexual y los significados que se le atribuyen desde lo cultural, impactan en la vida de las personas y las relaciones que entablan en su entorno y con el resto de la sociedad (SCJN, 2020, p. 91).

En el ámbito específico del Derecho, la obligación de juzgar con perspectiva de género se fundamenta principalmente en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) de 1979, que si bien no menciona el concepto como tal, la Recomendación 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia del Comité de la CEDAW hace referencia por primera vez a este método de análisis (SCJN, op. Cit., p. 96), pues establece que el derecho de acceso de las mujeres a la justicia es esencial para la realización de todos los derechos protegidos por la Convención, pero también reconoce que las condiciones de discriminación contra la mujer dificultan dicho acceso. (CEDAW, 2015, párr. 1 y 8)

Por lo anterior, señala que existen seis componentes esenciales para asegurar el acceso a la justicia de las mujeres: justiciabilidad, disponibilidad, accesibilidad, buena calidad, rendición de cuenta de los sistemas de justicia y suministro de recursos a las víctimas; y emite una serie de recomendaciones generales para los Estados parte sobre cada uno de estos elementos (Ibidem, párr. 14-20), sólo por señalar algunas:

- Respecto de la justiciabilidad, que aseguren que los profesionales de los sistemas de justicia tramiten los casos teniendo en cuenta las cuestiones de género.

- Respecto de la disponibilidad de sistemas de justicia, que garanticen el derecho de la mujer de acceder a la justicia sin discriminación en todo

el territorio del Estado parte, incluidas las zonas remotas, rurales y aisladas (...) y utilizar de manera creativa modernas soluciones de información y tecnología cuando resulte posible.

- En cuanto a la accesibilidad de los sistemas de justicia, que eliminen los obstáculos lingüísticos proporcionando servicios independientes de interpretación y traducción profesional cuando sea necesario, y proporcionen asistencia individualizada para mujeres analfabetas a fin de garantizar la plena comprensión de los procesos judiciales y cuasi judiciales.

- En cuanto a la buena calidad de los sistemas de justicia, que aseguren que los sistemas de justicia (...) se ajusten a las normas internacionales de competencia, eficiencia, independencia e imparcialidad, así como a la jurisprudencia internacional.

- Respecto del suministro de recursos, que tomen plenamente en cuenta las actividades domésticas y de cuidados no remuneradas de las mujeres al evaluar los daños y determinar la indemnización apropiada por el daño, en todos los procedimientos civiles, penales, administrativos o de otro tipo.

- En cuanto a la rendición de cuenta de los sistemas de justicia, que desarrollen mecanismos eficaces e independientes para observar y supervisar el acceso de la mujer a la justicia a fin de garantizar que los sistemas judiciales se ajustan a los principios de justiciabilidad, disponibilidad, accesibilidad, buena calidad y eficacia de los recursos, incluidos la revisión o auditoría periódicas de la autonomía, la eficiencia y la transparencia de los órganos judiciales, cuasi judiciales y administrativos que toman decisiones que afectan a los derechos de la mujer.

De igual manera, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará) de 1994 establece en su artículo 7° las siguientes obligaciones de los Estados parte relacionadas con el derecho de las mujeres al acceso a la justicia:

- Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación.

- Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer.

- Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

- Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

1. La criminalización del aborto en México

En México los Códigos Penales de cada entidad establecen distintas penas para el delito de aborto: mientras en algunas entidades se contempla sólo una pena privativa de la libertad, otros prevén además multas económicas o trabajo en favor de la comunidad, e incluso algunas medidas alternativas como tratamiento médico o psicológico.[14]

La siguiente tabla elaborada por el Grupo de Información en Reproducción Elegida en julio de 2018 muestra un panorama de la criminalización del aborto en todo el país. Recordemos que actualmente, en Oaxaca la pena es de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad (Código

[14] Por ejemplo, el Código Penal para el Estado de Morelos es uno de los que prevé una mayor penalidad para el delito de aborto, pero también contempla la posibilidad de sustitución de la pena por tratamiento médico o psicológico: *ARTICULO 117.- Se impondrá de uno a cinco años de prisión y de veinte a doscientos días-multa, a la madre embarazada que voluntariamente procure su aborto o consintiere que otro la haga abortar. La sanción a que se refiere este artículo podrá sustituirse por tratamiento médico o psicológico, bastará que lo solicite y ratifique la indiciada, asimismo quedará sujeta a la ley y reglamentación de sustitución de penas por medidas alternativas.*

Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, artículo 315), en Hidalgo de seis meses a un año de prisión y de 10 a 40 días multa (Código Penal para el Estado de Hidalgo, artículo 155), y en Veracruz de 15 días a dos meses de tratamiento en libertad, consistente en la aplicación de medidas integrales de salud (Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave, artículo 150). (GIRE, op.cit., pp. 16 y 17).

Tabla 2. (GIRE, *op.cit.*,
Tabla: Criminalización de la mujer por el delito de aborto al año 2018, pp. 16 y 17)

Criminalización de la mujer por el delito de aborto

Entidad	Privación de libertad mínima	Privación de libertad máxima	Multa económica	Trabajo en favor de la comunidad	Medidas alternativas	Reparación del daño
Federal	1 año	5 años				
AGS	6 meses / 1 año	1 año / 3 años	40 a 80 días multa			Sí
BC	1 año	5 años				
BCS	6 meses	2 años		Hasta 200 jornadas		
CAMP	6 meses	2 años		24 a 72 jornadas		
CDMX	3 meses	6 meses		100 a 300 días		
CHIH	6 meses	3 años				
CHIS	Sin pena	Sin pena			Voluntarias	
COAH	1 año	3 años				
COL	2 años	4 años	50 a 60 UMA			
DUR	1 año	3 años	72 a 216 UMA			
GRO	1 año	3 años				
GTO	6 meses	1 año	5 a 30 días multa			
HGO	1 año	3 años	10 a 40 días multa			
JAL	4 meses / 8 meses	1 año / 2 años			Sí	
MEX	1 año	3 años				
MICH	Sin pena	Sin pena		6 meses a 1 año		
MOR	1 año	5 años	20 a 200 días multa		Sí	
NAY	4 meses / 1 año	1 año / 3 años	Hasta 20 días multa / 20 a 50 días multa		Sí	
NL	6 meses	1 año				
OAX	1 año	5 años				
PUE	1 año	5 años				
QRO	1 año	3 años				
QRDO	6 meses	2 años				
SIN	6 meses	3 años				
SLP	1 año	3 años	100 a 300 UMA			
SON	1 año	6 años	20 a 200 UMA			
TAB	6 meses / 1 año	3 años				
TAMPS	1 año	5 años			Sí	
TLAX	15 días	2 meses	De 18 a 36 días de salario			
VER	Sin pena	Sin pena			Sí	
YUC	3 meses	1 año			Sí	
ZAC	8 meses	2 años				

Elaboración de GIRE con base en los códigos penales federal y locales. Última revisión, julio 2018.

La criminalización del aborto impacta a todas las mujeres que, por diferentes razones, tienen embarazos no deseados y son forzadas a continuar con él, o que deben enfrentarse al riesgo de llevar a cabo abortos fuera de la ley, o incluso enfrentar maltratos por parte del personal de salud al solicitar interrupciones del embarazo dentro de un marco legal (Ibidem, p. 59); sin embargo, las mujeres que son sometidas a un proceso penal por este delito son las más afectadas por dicha criminalización.

Por último, es necesario recordar una vez más que la reciente resolución del Pleno de la Corte respecto de la Acción de Inconstitucionalidad 148/2017 constituye un precedente obligatorio para todas las y los jueces del país, quienes deberán considerar en los casos de los que conozcan, que la criminalización absoluta del aborto es inconstitucional pues atenta contra el reconocimiento y ejercicio de los derechos a la autonomía y libertad reproductiva de las mujeres y las personas gestantes

a. Criminalización por otros delitos

De igual manera, ante situaciones de abortos o partos fortuitos, las mujeres también son acusadas de delitos como el infanticidio u homicidio en razón del parentesco. Muchas de ellas, al igual que aquellas que son procesadas por el delito de aborto viven en contextos de situaciones económicas precarias, falta de acceso a servicios de salud, o violencia sexual, familiar e institucional; y son denunciadas por el personal hospitalario o por sus propios familiares. El Ministerio Público usualmente acude de inmediato en estos casos y es común que las mujeres sean interrogadas en medio de sus emergencias médicas, o que se autoincriminen bajo la presión o el miedo (Ibidem, p. 83 y 106).

Así mismo, estos procesos por infanticidio u homicidio en razón del parentesco buscan determinar que ocurrió el nacimiento de un recién nacido, y que fue privado de la vida de manera dolosa por la mujer, por ello es común que dichos procesos penales estén llenos de irregularidades y violaciones al debido proceso (Ibidem, p. 83), tal como sucedió en el caso del Amparo Directo 21/2012.

Los prejuicios y estereotipos de género juegan un papel crucial para determinar la actuación de las autoridades que inician y dan seguimiento a un caso por este tipo de delitos, permitiendo que se violen la presunción de inocencia y otros elementos del debido proceso penal, reflejándose incluso en las sentencias (Idem). El estigma del aborto se basa en la creencia de que la maternidad es una función obligatoria de las mujeres, así como de que el embrión y el feto debe ser considerado como persona y que, por lo tanto abortar es sinónimo de homicidio. La desinformación y los prejuicios basados en estereotipos de género influyen no sólo en la sociedad, sino también en el actuar de las autoridades y en todas las instituciones del Estado.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó en el Amparo en Revisión 59/2016 que las autoridades jurisdiccionales deben cuestionar los estereotipos de género preconcebidos en las leyes mexicanas, con el fin de garantizar un acceso a la justicia igualitario y efectivo. Por ello, para juzgar con perspectiva de género es necesario:

> (...) tener en cuenta los factores de desigualdad real de quienes enfrentan un proceso judicial, adoptando medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de sus intereses.
>
> De acuerdo de ello, los juzgadores deben cuestionar los estereotipos preconcebidos en las leyes respecto de las funciones de uno u otro género, así como actuar con neutralidad en la aplicación de la norma jurídica en cada situación, ya que el Estado debe velar por que en toda controversia jurisdiccional donde se advierta una situación de violencia, discriminación o vulnerabilidad por razones de género, ésta se tome en cuenta, a fin de visualizar con claridad la problemática y garantizar el acceso a la justicia de forma efectiva e igualitaria. [Énfasis agregado]

En cuanto a las mujeres procesadas por delitos de infanticidio y homicidio en relación de parentesco, el Grupo de Información en Reproducción Elegida obtuvo las siguientes cifras a través de solicitudes de acceso a la información, en el periodo comprendido entre enero de 2007 a diciembre de 2016 (GIRE, op. cit, pp. 86 y 92):

- Las Procuradurías y Poderes Judiciales de los estados reportaron:

  - **51 denuncias,** de las cuales **30 fueron en contra de mujeres**
  - **43 juicios penales, 36 de ellos en contra de mujeres**
  - **32 sentencias, 25 de ellas en contra de mujeres**

- Por su parte, las Secretarías de Seguridad Pública de los estados reportaron:

  - **13 personas en prisión preventiva, todas mujeres**
  - **28 personas en prisión definitiva, 22 de ellas mujeres**

Al igual que en el caso del delito de aborto, una parte de la información no fue desagregada por sexo o no se obtuvo respuesta por parte de las autoridades, por lo cual no es posible conocer el número exacto de mujeres sujetas a procesos penales o sentenciadas por los delitos antes mencionados.

En conclusión, la judicialización de casos de abortos o partos fortuitos como homicidios calificados parece indicar que, lejos de buscar sanciones coherentes y proporcionales, que en las actuaciones de agentes ministeriales y judiciales existe un componente de estigmatización y reforzamiento de estereotipos de género respecto al rol de las mujeres como madres. Dicho estigma no sólo afecta a quienes son acusadas de estos delitos, sino que puede contribuir a imponer un temor desmedido a las mujeres con abortos en evolución o que hayan tenido partos fortuitos llevándolas a tratar de ocultar la situación y no acercarse a instituciones de salud a pedir auxilio en casos de emergencia (Ibidem, p.84).

2. Elementos para juzgar con perspectiva de género

La perspectiva de género como herramienta de análisis se introdujo en el ámbito jurídico a partir del reconocimiento de la condición de desigualdad imperante entre los géneros, que margina a mujeres y niñas, por lo que produce una realidad en la que el ejercicio de sus derechos se encuentra total o parcialmente vedado, ya fuera de manera explícita o mediante prácticas sociales e institucionales que,

de manera casi invisible, perpetúan el estado de subordinación. Por lo anterior es necesaria la reinterpretación del derecho, y particularmente de los derechos humanos, mediante la incorporación de una categoría de análisis que tenga en cuenta estos factores anteriormente invisibilizados (SCJN, 2020, p.119).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación introdujo la perspectiva de género como una forma de garantizar a las personas, especialmente a las mujeres y niñas, el acceso a la justicia de manera efectiva e igualitaria; partiendo de que el género produce impactos diferenciados en la vida de las personas que deben ser tomados en consideración al momento de apreciar los hechos, valorar las pruebas e interpretar y aplicar las normas jurídicas, con el fin de remediar los efectos discriminatorios que el ordenamiento jurídico y las prácticas institucionales pueden tener en detrimento de las personas, principalmente de las mujeres, niñas y minorías sexuales (Ídem).

Por ello, la Corte ha identificado que son necesarios seis elementos para juzgar con perspectiva de género en la jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.) y si bien su contenido y alcance continúan detallándose y desarrollándose mediante la práctica jurisdiccional cotidiana y el desarrollo de estándares internacionales en materia de derechos humanos, estos elementos prevalecen hasta la fecha (SCJN, 2020, p. 132):

> i) identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia;
>
> ii) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género;
>
> iii) en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones;
>
> iv) de detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la

> solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género;
>
> v) para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas; y,
>
> vi) considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género.

A continuación algunos elementos a la luz de los estándares de la Corte (Idem)[15] y retomando el caso del Amparo Directo 21/2012 como ejemplo.

a. Obligaciones previas al análisis de la controversia

Entre las obligaciones de esta naturaleza se encuentran el deber de advertir y analizar: (a) si existen situaciones de poder, contextos de desigualdad estructural y/o contextos de violencia que deriven en un desequilibrio entre las partes; y (b) si el material probatorio es suficiente o, por el contrario, es necesario recabar más pruebas con el fin de dilucidar si se está ante un contexto como los descritos en el inciso previo (Ibidem, p. 139).

b. Obligación de identificar si existen situaciones de poder o contextos de desigualdad estructural y/o contextos de violencia que, por cuestiones de género, evidencian un desequilibrio entre las partes de la controversia

Respecto a este primer punto, la Corte ha determinado que a través de ciertas interrogantes es posible identificar estas situaciones:

[15] Este documento presenta un estudio detallado de todos los elementos para juzgar con perspectiva de género, a la luz de los avances recientes tanto en el ámbito nacional como internacional (Véanse los capítulos II y III).

- ¿Están involucradas personas que han sido tradicionalmente discriminadas en virtud de "categorías sospechosas"? Entendiendo por por "categorías sospechosas" aquellos criterios mencionados en el artículo 1o. constitucional como motivos prohibidos de discriminación: origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. Así mismo, de acuerdo con lo que ha sostenido la Primera Sala en el Amparo en revisión 852/2017, son categorías sospechosas aquellas que: (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de los cuales no pueden prescindir por voluntad propia, a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas históricamente a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y (iii) no constituyen por sí mismos criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales (Ibidem p. 141).[16]

- ¿La persona presenta características que la exponen a una situación agravada de discriminación por tratarse de un caso de interseccionalidad? Lo importante en estos casos es prestar particular atención cuando confluyan dos o más categorías sospechosas, sumadas a ciertos contextos como, por ejemplo, pobreza, situación de calle o migración. En tales supuestos, es menester que las personas juzgadoras logren identificar el vínculo que existe entre dichos factores y la categoría del género (Ibidem, p. 142).

En caso de que alguna de estas situaciones se presente, es necesario llevar a cabo un análisis de contexto que permita descartar que en el caso concreto existe una relación asimétrica de poder o situación de violencia (Ibidem, p. 144). Para ello debe analizarse el contexto objetivo y subjetivo del caso.

[16] Además recomendamos revisar el Amparo en revisión 852/2017, 8 de mayo de 2019, p. 58.

- **Contexto objetivo:** tomar en cuenta los siguientes elementos (Ibidem, p. 147-152):

  - Considerar el lugar y el momento o momentos en los que sucedieron los hechos del caso.
  - Recopilar datos y estadísticas de instituciones gubernamentales, organismos internacionales o fuentes similares en relación con los planteamientos del caso y el tipo de violencia o discriminación alegada.
  - Identificar si la controversia tiene relación con otro tipo de problemáticas sociales, además de las que tienen que ver propiamente con las cuestiones de género (análisis interseccional).

- **Contexto subjetivo:** respecto a este tema, la Corte recomienda lo siguiente (Ibidem, p. 152-164).

  - Identificar las condiciones de identidad de las partes involucradas en el caso (género, sexo, expresión de género, orientación sexual, origen étnico, religión, nacionalidad, edad, etcétera).
  - Considerar otros factores particulares (el nivel educativo, las condiciones laborales, la condición migratoria, el estado de salud, el nivel socioeconómico, entre otras).
  - Identificar si las partes se conocían previamente y en su caso qué tipo de relación tenían (afectiva, familiar, amistosa, laboral, docente, etcétera).
  - Determinar si la relación existente tiene un carácter asimétrico, de supra-subordinación o dependencia (emocional, económica, etcétera).
  - Reconocer si de los hechos relatados y/o de las pruebas se advierte alguna conducta que puede constituir violencia y, posteriormente, determinar qué forma de violencia es y en qué ámbito o espacio sucede.

- Analizar si el género de las partes influyó en los hechos del caso concreto de manera que coloca a una de ellas en una situación de ventaja o desventaja frente a la otra.
- Valorar si el género de una de las partes sirvió como justificación para el ejercicio de mayor poder, y si esto impacta en el caso concreto.
- Evaluar si los hechos se relacionan con roles y estereotipos de género, y/o el actuar de las partes se vincula con cargas sociales impuestas.
- Identificar indicios de discriminación y violencia por motivos de género en el caso de estudio.
- Contrastar la información del contexto objetivo con los hechos del caso para reconocer si se está ante una situación de violencia sistemática o de desigualdad estructural que afecta a un grupo determinado de personas a nivel local, nacional o incluso mundial.

En el caso concreto del Amparo Directo 21/2012, la mujer que fue acusada del delito de homicidio calificado pertenece al grupo étnico indígena tlapaneco de la población de Camalote, municipio de Ayutla de los Libres, en el Estado de Guerrero.

De acuerdo con el estudio *Derechos humanos y pobreza en Guerrero* de la Comisión Nacional de Derechos Humanos del año 2019, la pobreza en este estado no ha disminuido desde el año 2010 y aproximadamente un cuarto de la población vive en situación de pobreza extrema. De igual manera, el estudio demuestra que en Guerrero existen brechas de desigualdad para grupos históricamente discriminados como las mujeres, las personas indígenas y las personas de menores ingresos (CNDH, 2019).

Aunado a lo anterior, se debe recordar que la criminalización del aborto se basa creencias basadas en roles y estereotipos de género que consideran a la maternidad como una función obligatoria de las mujeres, por lo cual se puede identificar en este caso varios indicadores de desigualdad y de violencia por cuestiones de género, etnia y situación económica.

c. Obligación de ordenar de oficio las pruebas necesarias para visibilizar situaciones de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclararlas

Por regla general, las personas impartidoras de justicia tienen la potestad legal para allegarse de oficio de las pruebas que estimen necesarias para conocer la verdad sobre los puntos litigiosos que se ponen a su consideración. El ejercicio de esta facultad suele ser discrecional, pero en los casos en que se ven involucradas personas que pertenecen a grupos en condición de vulnerabilidad, esa facultad pierde su carácter discrecional y se convierte en una obligación, pues existe un plano de inequidad en la contienda que requiere ser remediado por la autoridad jurisdiccional. Lo anterior no puede entenderse como una conducta parcial o de favoritismo hacia alguna de las partes, sino como el deber que tienen las juezas y jueces de garantizar que todas las personas accedan a la justicia en condiciones de igualdad. (SCJN, op. cit., p. 165-166)

En el Amparo Directo 21/2012, la Primera Sala determinó que se vulneraron los derechos de la quejosa a la defensa adecuada y a la presunción de inocencia, y que existían deficiencias importantes en la valoración de las pruebas de cargo, por lo que no se acreditó la existencia del delito ni la responsabilidad penal, ordenando su libertad inmediata y absoluta.

A continuación se presentan las obligaciones de las y los juzgadores al momento de resolver sobre el fondo de una controversia con perspectiva de género.

d. Obligaciones al resolver el fondo de la controversia

Una vez que se procede a analizar el fondo de la controversia, existen dos tipos de obligaciones, de acuerdo con la Suprema Corte: por una parte, las obligaciones que existen al examinar las premisas fácticas (apreciación de los hechos y valoración de pruebas) y por otra parte, el análisis de las premisas normativas (interpretación y aplicación de normas jurídicas). (Ibidem, p. 173)

e. Obligaciones al analizar los hechos y las pruebas del caso (premisas fácticas)

Para cumplir con el deber de apreciar los hechos y valorar las pruebas con perspectiva de género, las personas juzgadoras tienen a su cargo dos obligaciones primordiales:

- Obligación de desechar cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visibilizar las situaciones de desventaja provocadas por esta categoría. Los estereotipos y prejuicios de género son ideas que tienen la capacidad de distorsionar las percepciones y dar lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos, afectando la objetividad de las y los funcionarios influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho. Lo anterior puede impactar en el razonamiento probatorio:

  - Cuando la persona juzgadora, basada en un estereotipo o prejuicio de género, considera relevante algo que no lo es
  - Cuando, debido a una visión estereotipada sobre el género, inadvierte el impacto diferenciado que puede ocasionar esa categoría
  - Cuando alguna de esas ideas preconcebidas sobre el género se utiliza como máxima de la experiencia para tener por probado un hecho. (Ibidem, pp. 177-178)

- Obligación de apreciar los hechos y las pruebas con sensibilidad sobre las cuestiones de género. El grado de sensibilidad que demuestran las autoridades jurisdiccionales al estudiar los hechos del caso resulta indispensable para cumplir con la obligación de juzgar con perspectiva de género, pues sólo alguien que comprende cómo se conforma el género, qué papel cumple en la estructura social y qué símbolos le son atribuidos, puede identificar el impacto diferenciado que provoca en la vida de las personas (Ibidem, pp. 201-203).

En el caso del Amparo Directo 21/2012 la Primera Sala determinó que la declaración de la mujer ante la autoridad ministerial en donde se autoincriminó no

constituía una prueba de cargo válida en virtud de la presunción de inocencia y que debía ser anulada como resultado de la vulneración al derecho a la defensa adecuada. En todo momento la Primera Sala tomó en consideración que se trataba de una mujer indígena con el fin de determinar las irregularidades procesales en el caso:

> (...) La quejosa es una persona que debe considerarse como indígena para efectos de analizar las violaciones a sus derechos que aduce tuvieron lugar durante el procedimiento penal. (...si bien) la quejosa reconoció que "habla y entiende castellano", ello no es impedimento para considerarla titular de los derechos que la Constitución le otorga al autoadscribirse como indígena. [Énfasis agregado]

En primer lugar, se determinó que se vulneró el derecho a la defensa adecuada de la mujer por no haber contado con un intérprete en ninguna etapa del proceso penal:

> (...) La fracción VIII del apartado A del artículo 2° constitucional también establece que "[l]os indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura". (...) para garantizar el derecho a la defensa adecuada tratándose de personas indígenas sujetas a proceso penal, "la Constitución Federal ha establecido un `binomio´ integrado tanto por un intérprete con conocimiento de lengua y cultura, así como por el defensor —se reitera, ya sea público o privado— quien no necesariamente deberá contar con el conocimiento de ambas especificidades". [Énfasis agregado]

> (...) Ahora bien, en el presente caso, como ya se señaló, la quejosa se autoadscribió al grupo indígena tlapaneco en su declaración preparatoria. En esta línea, de un análisis de las constancias que obran en autos se advierte que en ninguna etapa del proceso penal se puso a disposición de la quejosa un intérprete que le garantizara el derecho a una defensa adecuada en su calidad de persona indígena. [Énfasis agregado]

En consecuencia, al no contar con un intérprete al momento de emitir su declaración, la Primera Sala determinó que esta prueba careció de todo valor probatorio:

> (...) "si no se respeta el derecho de acceso a la justicia y defensa adecuada a través de intérprete con conocimiento de lengua y cultura desde el momento en que el detenido, fue puesto a disposición de la autoridad ministerial, cualquier declaración emitida por el imputado o prueba de cargo que derive de dicha circunstancia será ilícita y, por tanto, carecerá de todo valor probatorio". En este sentido, se destacó que "[l]a violación cobra mayor relevancia si la declaración constituye una confesión del inculpado", de ahí que "la autoridad judicial deberá excluir su valoración". [Énfasis agregado]
>
> Como se ha venido señalando, la quejosa realizó una declaración autoinculpatoria en su comparecencia ante la autoridad ministerial. (...) En consecuencia, de acuerdo con la doctrina antes reseñada, el efecto de la vulneración al derecho a la defensa consiste en excluir dicha declaración incriminatoria, de tal manera que se le considere como una prueba obtenida con violación al derecho de la quejosa a contar con un intérprete que conozca su lengua y cultura indígena. [Énfasis agregado]

Por otra parte, la Primera Sala también se pronunció respecto a la incorrecta valoración de la la necropsia suscrita por un perito oficial donde se establecieron las causas de la muerte del menor al existir una duda razonable respecto a si el éste había nacido vivo en primer lugar:

> (...) la sentencia reclamada contiene importantes deficiencias en la valoración de esta prueba, de tal manera que no puede considerarse justificada la decisión de tener por acreditada la existencia del delito y la responsabilidad penal, lo que también se traduce en una vulneración del derecho a la presunción de inocencia en su vertiente de estándar de prueba. [Énfasis agregado]
>
> (...) en el presente caso el elemento del delito consistente en la existencia previa de una vida humana no se acredita con las declaraciones de los testigos ********** y **********. (...) En el mismo sentido, los medios de prueba consistentes en la inspección ocular, fe de cadáver, de lesiones y levantamiento y traslado de cuerpo practicada por el Ministerio Público no acreditan que el menor en cuestión haya nacido vivo, ni que haya sido privado de la vida por una causa externa y menos aún que haya sido la quejosa quien lo privó de la vida. En todo caso, lo único que se demuestra con esos medios de prueba es la existencia del cadáver, pero no aportan conocimiento alguno sobre el hecho de si éste nació vivo y, en su caso, cuál habría sido la causa de la muerte. [Énfasis agregado]

> De las anteriores consideraciones se deprende que, en realidad, la única prueba de cargo que sustenta la condena es la necropsia practicada por el perito oficial. Al respecto, esta Primera Sala estima dicha prueba es claramente insuficiente para establecer que el deceso de la víctima es resultado de alguna acción realizada por **********. Dicho de otra forma, la prueba de cargo en cuestión no es suficiente para probar más allá de toda duda razonable que la quejosa haya sido quien privó de la vida al menor. En este sentido, el peritaje no es contundente para sostener que la muerte del menor aconteció por un traumatismo encefálico causado de forma dolosa por la quejosa. [Énfasis agregado]
>
> (...) En atención a lo expuesto, esta Primera Sala concluye que la necropsia no constituye prueba suficiente para condenar a la quejosa, toda vez que existe una duda razonable en relación con la existencia del delito y la responsabilidad de la quejosa. [Énfasis agregado]

Al anular la prueba de la declaración autoincriminatoria de la mujer, así como considerar que la necropsia del perito era insuficiente para determinar la existencia del delito y la responsabilidad de esta, la Primera Sala ordenó su libertad inmediata y absoluta.

f. Obligaciones al aplicar el derecho (premisas normativas)

En relación con las premisas normativas, la obligación de juzgar con perspectiva de género impone dos tareas primordiales a cargo de las personas impartidoras de justicia:

- Obligación de aplicar estándares de derechos humanos de las personas que participan en la controversia. Las y los juzgadores deben buscar e identificar, además de las normas vinculantes nacionales, los tratados, convenciones y otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por México, los documentos como observaciones o recomendaciones generales de organismos internacionales, los precedentes nacionales, internacionales o de derecho comparado sobre la litis por resolver, etcétera; ello con el fin de otorgar

la mayor protección de derechos humanos a las partes con base en sus características particulares y garantizar los derechos a la igualdad y no discriminación, así como el derecho a tener acceso a la justicia, entre otros (SCJN, op. cit., p. 204).

- Obligación de evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta y la neutralidad de la norma. En primer lugar, las juezas y los jueces deben interpretar las disposiciones jurídicas tomando en consideración el posible impacto diferenciado que éstas pueden tener en ciertos grupos de personas, debido a la forma particular en la que incide el género en el caso concreto; y por otra parte, deben analizar propiamente la constitucionalidad de las disposiciones normativas para determinar si un precepto legal es constitucional o no y si, en todo caso, debe ser inaplicado en el caso específico (Ibidem, p. 211).

Como se mencionó anteriormente, en el Amparo Directo 21/2012, la Primera Sala analizó el caso con base en la calidad de indígena de la acusada y en lo establecido (en ese entonces) en el tercer párrafo de la fracción VIII del apartado A del artículo 2o constitucional. Además, a lo largo de toda la sentencia, la Primera Sala tomó en consideración diversos precedentes[17] para determinar que hubo irregularidades en el proceso penal y una incorrecta valoración de las pruebas que no acreditaron la existencia del delito ni la responsabilidad penal de la mujer acusada.

En conclusión, la sentencia de Amparo Directo 21/2012, es un claro ejemplo de cómo juzgar con perspectiva de género en casos relacionados con el aborto, pues en ella, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cumplió con todas las obligaciones previas al análisis del caso y respecto al estudio del fondo de este.

[17] Recomendamos revisar los siguientes criterios: Amparo Directo 9/2008, Amparo en Revisión 349/2012, Amparo Directo 78/2012, Amparos Directos en Revisión 28/2007 y 1851/2007, Amparo Directo 50/2012, Amparo Directo en Revisión 1624/2008, Amparo Directo en Revisión 715/2010 y Amparo en Revisión 466/2011.

V. Conclusiones y recomendaciones

En México existe una discriminación respecto al derecho de las mujeres para acceder al aborto dentro del marco legal, pues el hecho de que cada uno de los códigos penales regule de manera distinta el tipo penal del aborto, implica que las mujeres tengan mayor o menor derecho para abortar, dependiendo la entidad en la que se encuentren. El derecho al aborto legal y seguro debe ser garantizado para todas las personas gestantes en igualdad de condiciones y sin ningún tipo de discriminación.

La causal de violación sexual es la única contenida en todos los códigos penales, sin embargo las autoridades y el personal de salud continúan negando u obstaculizando el acceso a las mujeres al aborto exigiendo requisitos previos como una denuncia ante el Ministerio Público. Es necesario que tanto las autoridades como el personal de las instituciones de salud estén capacitados para atender estos casos, que conozcan lo establecido en la NOM-046 y en la Ley General de Víctimas, y que cuenten con personal no objetor de conciencia con el fin de garantizar el derecho a las mujeres víctimas de violación sexual al aborto y a la anticoncepción de emergencia.

Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación han determinado que el hecho de proteger la vida prenatal no implica criminalizar el aborto, pues ello constituye una violación a los derechos de la mujer. Así mismo, ha determinado que otorgar el estatus de persona al embrión o feto con el fin de adoptar medidas restrictivas del derecho a la autonomía reproductiva de las mujeres y personas gestantes es inconstitucional. Por lo tanto, independientemente de que algunas constituciones locales contengan disposiciones que protegen la vida desde la concepción, ello no constituye un obstáculo para la despenalización del aborto voluntario (en el caso de México) hasta las primeras 12 semanas de gestación.

De igual manera, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que los casos en los que una mujer solicite la interrupción de su embarazo producto de una violación sexual deben considerarse como urgentes y por lo tanto la negativa

u obstaculización del acceso a este servicio constituye una violación a los derechos humanos de la víctima, al permitir que las consecuencias de la violación sexual continúen materializándose en el tiempo; por otra parte cuando la salud de la mujer peligre a consecuencia del embarazo, el Estado está obligado a garantizar el acceso a la interrupción legal del mismo, con el fin de salvaguardar la salud y la vida de la mujer, independientemente de que el código penal local contemple esta causal o no para acceder al aborto, pues el derecho a la salud debe ser garantizado por igual para todas las personas, sin ningún tipo de discriminación. Sin embargo, pese a lo anterior, el estigma en torno al aborto continúa permeando la cultura, las leyes y todas las instituciones del Estado, lo cual provoca que no sólo las mujeres que abortan continúen siendo criminalizadas, sino que también se niega u obstaculiza el acceso a la interrupción legal del embarazo a las mujeres que lo solicitan, obligándolas a convertirse en madres en contra de su voluntad.

La criminalización del aborto afecta a todas las mujeres que tienen embarazos no deseados independientemente del motivo, pero impacta principalmente a las mujeres que son procesadas por este delito; muchas de ellas son denunciadas por el mismo personal de salud o por sus familiares y son interrogadas en medio de emergencias médicas o son forzadas a autoincriminarse bajo presión. De igual manera existen casos en los cuales se procesa a las mujeres por otros delitos como el infanticidio u homicidio en razón del parentesco ante situaciones de aborto o parto fortuito, siguiendo una serie de irregularidades y violaciones al debido proceso. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que es inconstitucional criminalizar el aborto de manera absoluta, y dicho criterio resulta obligatorio para todas las y los jueces que conozcan casos de criminalización por este delito.

Finalmente, de acuerdo con lo determinado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las diversas sentencias analizadas en este capítulo respecto a la necesidad de que las autoridades jurisdiccionales analicen los casos con perspectiva de género, éstas no sólo están obligadas cuestionar los estereotipos de género preconcebidos en la legislación mexicana y tomar en cuenta las circunstancias de desigualdad real, de discriminación y/o de vulnerabilidad que viven las personas

que se enfrentan a un proceso judicial con el fin de garantizar el acceso a la justicia de forma efectiva e igualitaria; sino que además es indispensable que se abandone la idea de que la maternidad es una función obligatoria de las mujeres y la creencia de que abortar puede ser considerado como sinónimo de homicidio, pues son ideas que afectan de manera negativa el actuar de las autoridades que dan seguimiento a estos procesos relacionados con el tema del aborto, ya que no sólo se violentan los derechos reproductivos de las mujeres que son forzadas a convertirse en madres por negarles el acceso a la interrupción legal del embarazo, sino que aquellas mujeres que son procesadas por el delito de aborto, o erróneamente por el delito de homicidio en razón del parentesco o infanticidio, pierden además su libertad.

Bibliografía

GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL, (2007), Decreto por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona la Ley de Salud para El Distrito Federal (26 de abril de 2007): http://www.sideso.cdmx.gob.mx/documentos/legislacion/leyes/GacetaAbortoabril07_26_70.pdf (última fecha de consulta: marzo de 2021).

GOBIERNO DEL ESTADO DE OAXACA, (2019),Periódico Oficial. Decreto núm. 806 mediante el cual se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones al Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca (24 de octubre de 2019): http://www.periodicooficial.oaxaca.gob.mx/listado.php?d=2019-10-24 (última fecha de consulta: marzo de 2021).

SCJN, (Suprema Corte de Justicia de la Nación) (2020), Protocolo para juzgar con perspectiva de género, México, 2020 Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf.

_____, (2012) *Reseña del amparo Directo 21/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Disponible en:* https://www.scjn.gob.

mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2017-01/res-AZLL-0021-12.pdf

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, (2019), *Derechos humanos y pobreza en Guerrero*. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-08/Pobreza_DH_082018_Anexo.pdf [última fecha de consulta: abril de 2021].

Diario Oficial de la Federación. MODIFICACIÓN de los puntos 6.4.2.7, 6.4.2.8, 6.6.1 y 6.7.2.9 de la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, Prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar, para quedar como NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención, publicada el 16 de abril de 2009 (24 de marzo de 2016): https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5430957&fecha=24/03/2016 (última fecha de consulta: marzo de 2021).

GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA (GIRE) (2018). *La pieza faltante. Justicia Reproductiva* (En línea). Disponible en: https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2019/11/JusticiaReproductiva.pdf [última fecha de consulta: marzo de 2021].

_____, (2018). *Maternidad o castigo: la criminalización del aborto en México* (En línea). Disponible en: https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2019/11/Maternidad_o_castigo.pdf [última fecha de consulta: marzo de 2021].

_____, *Folleto NOM-046*. Disponible en: https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2020/11/FOLLETO_NOM46_300419-1-1.pdf [última fecha de consulta: marzo de 2021].

_____, *Aborto y la SCJN: Línea del tiempo* (En línea). Disponible en: https://gire.org.mx/plataforma/linea-del-tiempo-aborto-y-la-scjn/ [última fecha de consulta: marzo de 2021].

_____, *Datos: El aborto en los códigos penales* (En línea). Disponible en: https://gire.org.mx/plataforma/causales-de-aborto-en-codigos-penales/ [última fecha de consulta: marzo de 2021].

Ipas México. "Estigma", *Revista Estigma*, 1a edición (2017), p. 2 (En línea). Disponible en: https://ipasmexico.org/pdf/revistaEstigma-junio7.pdf [última fecha de consulta: marzo de 2021].

Legislación nacional

- Código Penal del Estado de Guanajuato.
- Código Penal del Estado de Sonora.
- Código Penal para el Distrito Federal.
- Código Penal para el Estado de Aguascalientes.
- Código Penal para el Estado de Nayarit.
- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Durango.
- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca.
- Constitución Política de Baja California, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Veracruz y Yucatán.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley General de Salud.
- Ley General de Víctimas.

Legislación Internacional

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará)". Publicada en la Primera Sección del Diario Oficial de la Federa ción, el martes 19 de enero de 1999, 1994. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Publicada en el Diario Oficial de la Federación, el martes 12 de mayo de 1981.

Tesis jurisprudenciales

"ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO." Tesis: 1a./J. 22/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 29, Abril de 2016, Tomo II, página 836, Registro digital No. 2011430. Constituyó jurisprudencia por reiteración en 2016.

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Pleno

Acción de Inconstitucionalidad 46/2007 y su acumulada 47/2007, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 28 de agosto de 2008.

Primera Sala

Amparo Directo 21/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 22 de enero de 2014.

Amparo en Revisión 1388/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado 15 de mayo de 2019.

Segunda Sala

Amparo en Revisión 1170/2017, Segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 18 de abril de 2018.

Amparo en Revisión 59/2016, Segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 29 de junio de 2016.

Amparo en Revisión 601/2017, Segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 04 de abril de 2018.

Resoluciones emitidas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Soluciones amistosas

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de Solución Amistosa No. 21/07, Petición 161-02, Paulina Del Carmen Ramírez Jacinto, México (9 de marzo de 2007), Disponible en: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/mexico161.02sp.htm (última fecha de consulta: marzo de 2021).

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH *Sentencia del Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2012, Serie C, No. 257 (En línea). Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf (última fecha de consulta: marzo de 2021).

Resoluciones emitidas en el Sistema Universal de Derechos Humanos

Recomendación No. 33 del Comité de la CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la justicia, 61° período de sesiones (2015): https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsldCrOlUTvLRFDjh6%2fx1pWCd9kc8NuhsZOT1QuzhrDy18wzCAUXNqyQ6jsIdNYETAcMXu9rX%2bn21GebxqVUTb6QGtH7rkjGiE5ah7vcKTJQJ (última fecha de consulta: febrero de 2021).

Capítulo VII

Delitos contra la Salud y Delincuencia Organizada

Catalina Pérez Correa González*
Sara Elena Velázquez Moreno**

* Profesora e Investigadora de la División de Estudios Jurídicos del CIDE. Maestra y Doctora en Derecho por la Escuela de Derecho de la Universidad de Stanford en California.
** Licenciada en derecho y asistente de investigación del Programa de Política de Drogas del CIDE.

Delitos contra la salud y delincuencia organizada. I. Introducción; II. Metodología; III. Delitos contra la salud; IV. Delincuencia organizada; V. Conclusiones.

I. Introducción

Como en otros países, en México la "guerra contra las drogas" ha generado distorsiones tanto a nivel constitucional como en el sistema penal. En el caso de los delitos contra la salud, se han tergiversado principios constitucionales, adoptando la imposición de penas privativas de la libertad desproporcionadas, y el uso regular de medidas que debieran ser excepcionales. La "guerra" impulsó la creación de un régimen penal paralelo de derechos y garantías constitucionales reducidos para delitos de delincuencia organizada. Estas distorsiones, además de haber impactado de manera negativa en los derechos de las personas, tienen efectos diferenciados según el género.[1]

Los delitos contra la salud y de delincuencia organizada están entrelazados. En 2019, 53% de las carpetas de investigación iniciadas por delincuencia organizada fueron en la modalidad de delitos contra la salud. Como se muestra en este texto, esta es una tendencia que ha ido aumentando en años recientes. Al analizar el

[1] Se empleará el termino género y no sexo ya que este "no sólo se utiliza en la sociedad como un mecanismo para distinguir a un sexo de otro, sino que, además, se traduce en un *sistema de dominación estructural*" (Serret y Mercado citados en SCJN, 2020 p. 22), por lo que está ligado con las barreras en el acceso a la justicia derivadas del *deber ser* de hombres y de mujeres.

procesamiento de estos delitos, es posible ver diferencias que llevan a cuestionar la supuesta neutralidad de las normas y su aplicación. Durante 2018, en el fuero federal, en promedio una de cada dos mujeres estaban privadas de la libertad por delitos contra la salud o delincuencia organizada (INEGI, 2019a). A la vez, 35% de los hombres privados de la libertad estaban detenidos por estos delitos.

La privación de la libertad e imposición de sanciones por estos delitos es particularmente preocupante por las elevadas sentencias que reciben y por las violaciones a derechos humanos que pueden resultar de su proceso legal. La comisión Nacional de los Derechos Humanos ha documentado cómo el que una persona sea procesada por delitos de delincuencia organizada y delitos contra la salud, además de representar una pena adelantada —por la prisión preventiva oficiosa—, puede suponer el riesgo de ser víctima de violencia física, tortura sexual e incomunicación (CNDH, 2020; CNDH, 2019a; CNDH, 2016; CNDH, 2015; CNDH, 2012, y; CNDH 2011).

Las mujeres privadas de la libertad por delitos contra la salud y delincuencia organizada son frecuentemente detenidas por cometer delitos que involucran tareas de bajo nivel, pero de alto riesgo. Un reporte de WOLA, IDPC, Dejusticia y CIM (2016), por ejemplo, señala que a diferencia de los hombres, las mujeres que participan en el mercado de sustancias ilícitas suelen llevar a cabo actividades no violentas como ser portadoras (ya sea para el mercado interno o internacional) o para ingresar sustancias a las cárceles, ser comerciantes en pequeña escala, realizar labores de limpieza y preparación de alimentos para grupos de delincuencia organizada, ser usuarias y portadoras de pequeñas cantidades de drogas. Estas actividades son de bajo rango dentro de las organizaciones y, al ser detenidas, estas mujeres son fácilmente sustituibles por otras. Además, si bien muchas mujeres se involucran por su propia voluntad y conscientes de los riesgos que implica llevar a cabo estas conductas, existen casos de coacción y amenazas por parte de extraños o familiares o una falta de conocimiento sobre lo que estaba sucediendo. (WOLA, IDPC, Dejusticia y CIM, 2016, pp. 8-13).

En este capítulo presentamos un análisis sobre el procesamiento y sanción de estos delitos en nuestro país. En la siguiente sección se incluye una breve sección

metodológica. La tercera sección analiza el marco normativo y el procesamiento de los delitos contra la salud en México, mostrando cómo el sistema nacional de control de drogas afecta de forma diferenciada a hombres y mujeres. La cuarta sección analiza el uso de prisión preventiva para los casos de delitos contra la salud y delincuencia organizada. La quinta analiza el marco normativo y el procesamiento de los delitos de delincuencia organizada. En esta sección se señalan los riesgos que tiene para las mujeres el régimen de excepción penal que existe para estos delitos. El capítulo termina con unas breves reflexiones a manera de conclusión.

II. Nota metodológica

Para determinar el impacto que el orden social de género tiene en casos relacionados con delitos contra la salud y delincuencia organizada, realizamos una aproximación mixta usando fuentes de información tanto cualitativas como cuantitativas que sirven para entender el impacto diferenciado que tiene el género al procesar y aplicar estos tipos penales. Para ello, recurrimos a las siguientes fuentes:

- **Sentencias, resoluciones y recomendaciones de organismos nacionales e internacionales de derechos humanos.** Analizamos el impacto —diferenciado— del uso de la prisión preventiva, los riesgos de tortura y tratos crueles en la duplicidad de tiempo de retención, así como de otras medidas especiales para el procesamiento de delincuencia organizada.

- **Información estadística.** Utilizamos información de los Cuadernos mensuales de información estadística penitenciaria nacional, del Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social; de los datos de incidencia delictiva del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública; de la Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad, 2016 del INEGI; de los Censos Nacionales de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales 2018 y 2019 del INEGI; y de los Censos Nacionales de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales 2017 y 2018 del INEGI.

- Es importante notar que la información estadística disponible sobre personas privadas de la libertad por casos de delitos contra la salud y/o delincuencia organizada es poca y, en general, no permite desagregarse para entender cuestiones como las conductas específicas por las que las personas privadas de la libertad por estos delitos se encuentran en un centro de reclusión. Asimismo, a pesar de que se conoce el tamaño de la población privada de la libertad según su género, y hay evidencia de que el número de mujeres privadas de la libertad en casos relacionados en delitos contra la salud y delincuencia organizada ha ido incrementando, hay ciertos datos estadísticos que continúan sin desagregar la información por género.

- **Datos obtenidos de solicitudes de acceso a la información**.[2]

- **Publicaciones académicas y periodísticas**.

- **Marco normativo de los delitos contra la salud y de delincuencia organizada**. Para estudiar la regulación de estos delitos analizamos diversas normas nacionales e internacionales.

III. Delitos contra la Salud

María[3] era una mujer que tenía 18 años y una bebé de un año y medio cuando fue sentenciada por el delito de transporte de 132 kilos de cannabis. Según su expediente judicial, había cursado hasta segundo año de secundaria y vivía en el Estado de Oaxaca. Antes de ser detenida por este delito, María no tenía antece-

[2] A través del apartado de la Procuraduría General de la República en la sección de búsqueda de solicitudes y respuestas por sector de la plataforma Nacional de Transparencia INFOMEX, realizamos una búsqueda de palabras clave que nos permitió obtener los folios de respuestas a solicitudes de información generadas por la Fiscalía General de la República en su calidad de sujeto obligado en materia de transparencia.

[3] Se usa ese nombre para referir a la principal acusada de este caso, el cual está basado en una sentencia real que al no ser pública no se cita su referencia.

dentes penales, y en el delito que se le acusó de cometer no medió violencia. Aun así, recibió una pena de 11 años, 10 meses y 15 días de prisión, y una multa de 150 días (que en ese momento equivalía a diez mil doscientos cuarenta y dos pesos).

El día de su detención, María viajaba en auto con su hija, su papá (quien conducía), la esposa del papá y otra persona. Viajaban de Oaxaca a Chiapas en una camioneta tipo *pickup* a entregar un viaje de naranjas. De acuerdo con el testimonio del papá, el día de la detención salieron de madrugada de su casa a cargar el vehículo (a veces usaba su vehículo como transporte de diversas cosas entre una comunidad y otra). Antes de llegar al lugar donde recogerían las naranjas, el padre de María le pidió a todos los pasajeros del vehículo bajarse en un crucero pues él cargaría solo las naranjas. Les dijo que no tardaría y que regresaría más tarde por ellos. El padre fue y volvió. Según los diversos testimonios incluidos en el expediente, cuando subieron de vuelta a la camioneta, al subir de nuevo a la camioneta, solo vieron naranjas en la cajuela. Sin embargo, más adelante encontraron un retén donde los obligaron a bajar y, al mover las naranjas de lugar, se encontraron paquetes de marihuana escondidos debajo de la fruta. No se trataba de un retén permanente, sino uno puesto expresamente para detener el automóvil en el que viajaban. De acuerdo con el expediente, una denuncia anónima informó que por cierto tramo la carretera federal circularía una camioneta con determinados rasgos, conducida por una persona del sexo masculino cuyo nombre identificaban (el padre de María).

María y los demás pasajeros del vehículo fueron acusados de transporte de marihuana. Durante el proceso, el juez no le dio valor a ninguno de los testimonios acerca de la inocencia de María porque, sostuvo, en realidad tenían la intención de beneficiar a la acusada. No había, afirmó en la sentencia, nada que le impidiera a María verificar el contenido de la carga y correspondía a la acusada demostrar en el juicio que no sabía de la droga (algo que no logró hacer).

María fue sentenciada a casi 12 años de prisión. La severidad de la pena se justificaba por la puesta en peligro de la salud pública pues, según el juez, el transporte de cannabis el transporte de cannabis "puede traer como consecuencia, su

transmisión a terceros y que éstos consuman los narcóticos, con la consiguiente afectación de su salud individual y la salud pública, esto último ante las consecuencias degenerativas que a la especie humana ocasiona el uso y abuso de substancias narcóticas." Además, por la cantidad de cannabis, el juez consideró que

> provocaría una sobre oferta en el mercado negro de las drogas, que permitiría a nuevos usuarios, en especial jóvenes, el tener acceso a su consumo, y de esta forma iniciarse en el proceso de habitualidad en su consumo hasta convertirse en adictos, lo que implica que se puso en mayor riesgo el bien jurídico tutelado por la norma especial aplicable, que es la salud pública.

El caso de María evidencia varios de los problemas y sesgos que muchas veces están presentes en la persecución y sanción de delitos contra la salud y de delincuencia organizada: la puesta en marcha del aparato penal para perseguir casos que tienen poco beneficio social, el uso de la denuncia anónima para justificar detenciones sin orden de aprensión, la imposición de sentencias muy severas sin tomar en cuenta las circunstancias del caso y el uso del encarcelamiento sin una utilidad clara, pero con enormes costos económicos y sociales.

El funcionamiento del sistema penal en general, pero especialmente para estos delitos, se han caracterizado por ser selectivo y frecuentemente imponer sanciones desproporcionadas que no toman en cuenta el contexto individual, familiar o social al momento de sentenciar. Se trata de un sistema que captura a personas con perfiles similares: hombres y mujeres jóvenes provenientes de sectores marginados, con escasas oportunidades, bajos niveles educativos y con trabajos de baja remuneración (Chaparro & Pérez Correa, 2017, p. 143). En el caso de las mujeres, se trata a menudo de mujeres jóvenes, pobres, madres solteras y usualmente jefas de hogar. Mujeres "con baja escolaridad, responsables del cuidado de sus hijos y de otros miembros de su familia [que], frecuentemente, pertenecen a sectores vulnerables o excluidos" (CEDD, 2015, p. 1). El uso de cárcel para sancionarlas suele así implicar una afectación negativa para las personas que dependen de ellas. En muchos casos, "su encarcelamiento conduce a la ruptura del vínculo familiar y a una mayor exposición de sus dependientes a situaciones de riesgo y vulnerabilidad" (Pérez Correa & Chaparro, 2017, p. 107).

Diversos estudios muestran que el encarcelamiento de personas como María no tiene un impacto en la reducción de la oferta o uso de drogas ilícitas ni en los niveles de violencia. Tampoco contribuye a proteger la salud pública o individual (Chaparro & Pérez Correa, 2017, p. 143). En cambio, afecta de manera directa y negativa la vida y salud de las personas que son detenidas y de sus familiares. Las cárceles, son lugares frecuentemente sobrepoblados y con escases de recursos —incluidos el agua potable, los artículos de limpieza y medicamentos—, lo que pone en riesgo la salud de las personas privadas de la libertad y de quienes les visitan (Chaparro y Pérez Correa, 2017). Usar las cárceles para proteger la salud constituye una paradoja difícil de sustentar.

En el caso de las mujeres, el uso de cárceles implica costos y problemas adicionales. Los centros de reclusión de mujeres suelen tener peores condiciones físicas que los espacios destinados para hombres. Además, un importante número de mujeres son albergadas en Centros Penitenciarios Mixtos (CNDH, 2019 pp. 538-542 b), los cuales suelen ser una extensión de los espacios destinados para hombres, por lo que no cuentan con lugares o servicios específicos para las mujeres privadas de la libertad (CNDH, 2019 pp. 538-542 b, y; Pérez Correa, 2014 p. 18). Por ello, es frecuente que las mujeres tengan a sus hijos e hijas viviendo con ellas en celdas para adultos, o que simplemente se les niegue la posibilidad de estar con sus hijos porque se carece de espacios familiares dentro de estos centros (Pérez Correa, 2014, p. 18).

El caso de María también da cuenta de la desproporcionalidad que existe al momento de juzgar conductas relacionadas con delitos contra la salud, no solo en términos de proporcionalidad penal, sino del principio de proporcionalidad constitucional. Como se muestra en este texto, en México un importante número de mujeres privadas de la libertad por delitos relacionados con drogas, están en un centro de reclusión por cargos relacionados con posesión simple o transporte, delitos con roles menores en la cadena del mercado ilícito.

1. Marco jurídico y aplicación de la norma

Comencemos por la regulación de los delitos contra la salud. Estos delitos se encuentran regulados en la Ley General de Salud (LGS en adelante), en el Código

Penal Federal, y los códigos penales estatales, y en el Código Nacional de Procedimientos Penales. La competencia en esta materia se divide entre las entidades federativas y la federación: los estados persiguen y sancionan los delitos de narcomenudeo y se hacen cargo de las políticas de prevención y uso problemático de sustancias; la federación tiene bajo su competencia perseguir y sancionar los delitos que se consideran más graves, como el comercio y suministro de grandes cantidades de sustancias, así como los delitos de producción y tráfico (Pérez Correa, 2012 p. 7). Como regla general, por encima de las cantidades señaladas en la "Tabla de Orientación de Dosis Máximas de Consumo Personal e Inmediato"[4] de la LGS (en adelante la Tabla) pero sin rebasarlas en 1000 veces: la posesión, suministro o comercio, con fines de venta o distribución gratuita de sustancias de uso y la persecución del ilícito, son casos de narcomenudeo que corresponden a los estados. Cuando la cantidad rebasa en 1000 veces lo señalado en la Tabla,[5] o si la sustancia no está contemplada en ella o se encuentra en alguno de los supuestos del artículo 474 de la LGS,[6] el procesamiento y sanción del delito corresponde a la Federación.

Los delitos de "Narcomenudeo" pueden dividirse en cuatro (Pérez Correa y Velázquez, 2020):

- El delito de posesión de narcóticos "para fines de consumo personal e inmediato" establecido en el artículo 478[7] de la LGS. Este delito prohíbe

[4] Tabla de Orientación de Dosis Máximas de Consumo Personal e Inmediato, Artículo 479 LGS.
[5] También si la sustancia no está contemplada en ella o se encuentra en alguno de los supuestos del artículo 474 de la LGS.
[6] Artículo 474 LGS: "Las autoridades federales conocerán de los delitos en cualquiera de los casos siguientes:
I.- En los casos de delincuencia organizada.
II.- La cantidad del narcótico sea igual o mayor a la referida en el primer párrafo de este artículo.
III.- El narcótico no esté contemplado en la tabla.
Independientemente de la cantidad del narcótico el Ministerio Público de la Federación:
I.- Prevenga en el conocimiento del asunto, o
II.- Solicite al Ministerio Público del fuero común la remisión de la investigación".
[7] Artículo 478 LGS: "El Ministerio Público no ejercerá acción penal por el delito previsto en el artículo anterior, en contra de quien sea farmacodependiente o consumidor y posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla, en igual o inferior cantidad a la prevista en la misma, para su estricto consumo

poseer las sustancias establecidas en la Tabla en cantidades iguales o menores a las allí establecidas. Por debajo de las cantidades establecidas el delito no se procesa ni sanciona. Sin embargo, sigue siendo un delito y se puede detener e investigar a quien lo comete.

- El delito de posesión de narcóticos para consumo propio, establecido en el artículo 476 de la LGS. Este delito prohíbe poseer las sustancias de la Tabla por encima de las cantidades que se presumen son para "consumo personal e inmediato" y hasta 1000 veces esa cantidad. Este delito se conoce como "posesión simple".

- El delito de posesión de narcóticos con fines de venta o distribución, establecido en el artículo 477 de la LGS. Con este delito, la ley prohíbe poseer las sustancias de la Tabla en cantidades menores a 1000 veces, pero hacerlo con la finalidad de distribuirla, aun gratuitamente.

- El delito de narcomenudeo en estricto sentido. El artículo 475 de la LGS prohíbe vender o distribuir los narcóticos contenidos en la Tabla en cualquier cantidad.

2. Procesamiento y sanción de delitos contra la salud

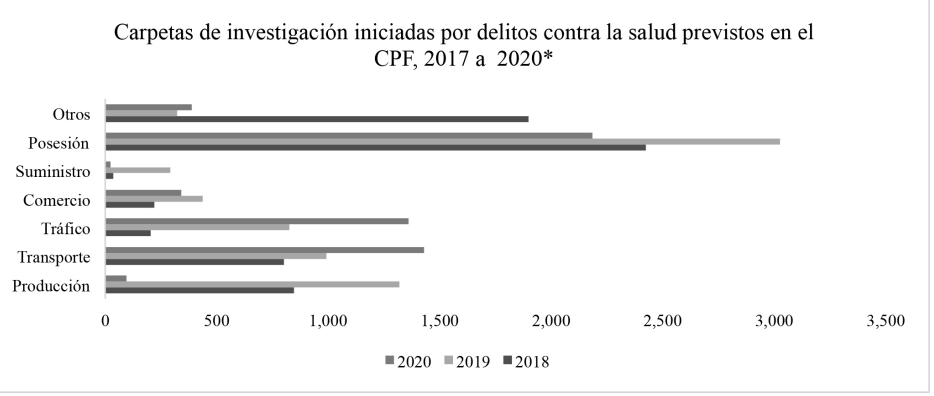
Los datos estadísticos —de diversas fuentes— muestran que un importante número de los delitos contra la salud procesados y sancionados en el país son por posesión simple o transporte. A la vez, muestran que existen diferencias entre hombres y mujeres juzgados por estos delitos.

---

personal y fuera de los lugares señalados en la fracción II del artículo 475 de esta Ley. La autoridad ministerial informará al consumidor la ubicación de las instituciones o centros para el tratamiento médico o de orientación para la prevención de la farmacodependencia. El Ministerio Público hará reporte del no ejercicio de la acción penal a la autoridad sanitaria de la Entidad Federativa donde se adopte la resolución con el propósito de que ésta promueva la correspondiente orientación médica o de prevención. La información recibida por la autoridad sanitaria no deberá hacerse pública, pero podrá usarse, sin señalar identidades, para fines estadísticos".

Según datos del reporte de incidencia delictiva del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, en 2018 en el fuero federal, se iniciaron 7,533 carpetas de investigación por estos delitos. Para el siguiente año, las carpetas iniciadas por delitos contra la salud incrementaron en 20%, a 9091. Según la misma fuente de información, de enero a agosto de 2020 se habían iniciado 6483 carpetas de investigación por delitos contra la salud. En esos tres años, el delito contra la salud del Código Penal Federal por el que se iniciaron más carpetas de investigación fue la posesión (aunque existe un número de delitos, que creció en 2018, que son clasificados como "otros", sin especificar el tipo).

Gráfica 1.



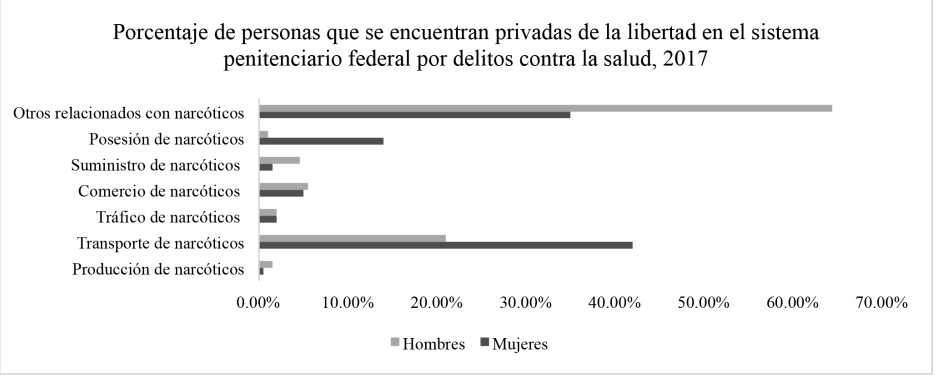
Fuente: elaboración propia con información del SESNSP-CNI. índice de incidencia delictiva del fuero federal, 2017 a agosto 2020.

Al analizar los delitos de hombres y mujeres se encuentran privadas de la libertad en el fuero federal surgen diferencias relevantes. Según el Censo Nacional del Sistema Penitenciario Federal (INEGI), en 2017 había 31,289 personas privadas de la libertad en el sistema penitenciario federal[8] y casi una cuarta parte de éstas (23%) se encontraban dentro de un centro de reclusión por delitos contra la salud: 24% del total de las mujeres y 22% de los hombres. La modalidad de este delito más común entre las mujeres era transporte de narcóticos, por el cual estaban cerca

[8] Por delitos del fuero federal.

del 50% de las mujeres privadas de la libertad por delitos contra la salud.[9] En el caso de los hombres, la mayoría de los delitos contra la salud en el fuero federal fueron clasificados como "otros relacionados con narcóticos", lo que impide conocer porqué se priva de la libertad a la mayoría hombres en los casos relacionados con sustancias ilícitas. Si se analiza el principal delito que se conoce es, al igual que con las mujeres, el transporte. No obstante, mientras que para las mujeres este delito representa casi 50% de los casos, para los hombres representa 21%.

Gráfica 2.



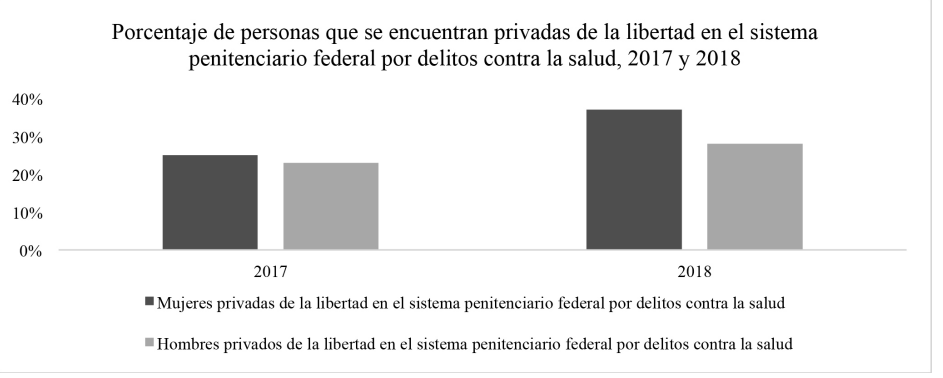
Fuente: elaboración propia con información del INEGI. Censo Nacional del Sistema Penitenciario Federal, 2018.

Para 2018, 20% del total de las personas privadas de la libertad en el sistema federal[10] lo estaban por delitos contra la salud. Aunque en comparación con el año pasado el número de mujeres privadas de la libertad disminuyó, los delitos contra la salud cobraron mayor importancia. Frente a 25% que habían representado estos delitos del total de mujeres privadas de la libertad en el año anterior, en 2018 37% de las mujeres estaban internas por delitos contra la salud. Ello significa un aumento de más del 10%. En el caso de los hombres también hubo un aumento, pasando de 22% a 28% del total. Al igual que con las mujeres, el

[9] Es importante notar que existe un enorme porcentaje (35%) de mujeres privadas de la libertad por estos delitos cuya conducta en específico se desconoce y son catalogados como "otros relacionados con narcóticos".
[10] Por delitos del fuero federal.

número total de hombres se redujo, sin embargo, la proporción por delitos contra la salud aumentó en un 5% en comparación con el año anterior. Desconocemos las causas de estos cambios, pero una posible explicación es la extensión de las sentencias que se reciben por delitos contra la salud que, como se verá adelante, suelen ser prolongadas.

Gráfica 3.



Fuente: elaboración propia con información del INEGI. Censo Nacional del Sistema Penitenciario Federal, 2018 y 2019.

A diferencia del fuero federal, en el fuero común (en 2018) el delito de drogas más frecuente por el que fueron privados de la libertad hombres y mujeres fue la posesión, aunque al igual que en el fuero federal, existe un porcentaje importante de delitos cuya causa específica no se conoce. (En la tabla siguiente, estos delitos están incluidos como "otros delitos relacionados con narcomenudeo, narcóticos otros y narcóticos no especificados"). El porcentaje por el que no se conocen los delitos específicos es mayor para hombres que para mujeres y disminuye en ambos casos una vez que la persona es sentenciada. Ello quizás tiene que ver con el volumen de casos, que, en el caso de los hombres, como se muestra, es mucho mayor.

Como muestra la siguiente tabla, 16.28% de los delitos de los hombres sentenciados fueron de posesión simple, mientras que 10.19% de los delitos de las mujeres fueron por este delito. A la vez, 9.22% de los delitos de las mujeres eran

por transporte, un delito del fuero federal, mientras que menos de 5% de los delitos de los hombres fueron por este delito.

Tabla 1.

Delitos contra la salud relacionados con drogas cometidos por la población penitenciaria en Centros penitenciarios Estatales.

Distribución por conducta, sexo y situación jurídica, diciembre de 2018

	Hombres				Mujeres			
	Procesados		Sentenciados***		Procesadas		Sentenciadas***	
Posesión simple	1,555	6.83%	3,706	16.28%	232	14.08%	168	10.19%
Posesión con fines de comercio o suministro	902	3.96%	2,243	9.85%	80	4.85%	118	7.16%
Comercio	859	3.77%	1,164	5.11%	49	2.97%	126	7.65%
Narcomenudeo - Suministro de narcóticos	83	0.36%	114	0.50%	10	0.61%	30	1.82%
Otros relacionados con narcomenudeo	5,131	22.54%	1,347	5.92%	135	8.19%	74	4.49%
No especificado-narcomenudeo	75	0.33%	508	2.23%	23	1.40%	33	2.00%
Producción de narcóticos	75	0.33%	66	0.29%	3	0.18%	1	0.06%
Transporte de narcóticos	244	1.07%	955	4.20%	29	1.76%	152	9.22%
Tráfico de narcóticos	55	0.24%	74	0.33%	9	0.55%	21	1.27%
Comercio de narcóticos	133	0.58%	384	1.69%	5	0.30%	18	1.09%
Suministro de narcóticos	28	0.12%	45	0.20%	1	0.06%	5	0.30%
Posesión de narcóticos	321	1.41%	1,254	5.51%	29	1.76%	62	3.76%
Narcóticos - Otros	108	0.47%	822	3.61%	94	5.70%	48	2.91%

Narcóticos - No especificado	335	1.47%	176	0.77%	67	4.07%	26	1.58%
Total	9,904	43.51%	12,858	56.49%	766	46.48%	882	53.52%
Total por sexo	22,762				1,648			
Total de delitos de drogas cometidos por la población privada de la libertad	24,410							

Fuente: Elaboración propia con la información disponible del Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales 2019.
*Los datos contemplan los delitos cometidos por la población privada de la libertad en Centros Penitenciarios estatales en diciembre de 2018. Estos centros albergan personas acusadas y sentenciadas en el fuero federal y común, por lo que los datos de esta tabla incluyen delitos de ambos fueros.***Los sentenciados contemplan la suma de sentenciados, procesados en segunda instancia y en cumplimiento de sentencia (Sentencia Ejecutoriada)

Uno de los principales problemas de los delitos contra la salud tiene que ver con la proporcionalidad de las penas. El sistema jurídico establece diferentes penas dependiendo del tipo de delito que se cometa. En principio, estas diferencias están justificadas por la gravedad de la conducta que se lleva a cabo y el daño social o individual causado (Braithwaite y Petite, 1993). Además, estas diferencias, tendrían que tomar en cuenta la proporcionalidad penal, es decir, las diferentes maneras en que el sistema castiga otras conductas similares, de tal forma que permita al sistema cierta congruencia interna (*Idem*).

El transporte de sustancias ilícitas en el sistema normativo mexicano lleva aparejadas sentencias notoriamente más severas que la posesión u otros delitos de drogas. Esto, quizás, justificado en el potencial daño a la salud pública que puede ocasionar transportar importantes cantidades de sustancias ilícitas. De acuerdo con el Código Penal Federal, la pena mínima para los delitos de comercio, producción, suministro, tráfico y transporte de estupefacientes es de 10 años en prisión, mientras que la máxima es 25 años (CPF, artículo 194). Las penas (mínima y máxima) para posesión de narcóticos, son menores, aunque varían considerablemente dependiendo de las cantidades de sustancias de las que se trate y de la finalidad de esta posesión.[11]

[11] De acuerdo con los artículos 193,194, 195 y 195 bis del Código Penal y con Ley General de Salud, artículos. 475 al 479. El delito de posesión se sanciona conforme a lo siguiente: a) Tratándose de canti-

Sin embargo, al analizar los supuestos normativos y la jurisprudencia, resulta difícil entender cuándo una persona está en el supuesto de transporte y cuándo comete el delito de posesión. El Código Penal Federal sanciona la posesión cuando ésta se lleva a cabo sin la autorización correspondiente y cuando tiene la finalidad de llevar a cabo alguna de las conductas del artículo 194 (incluido el transporte)[12] (Meneses y Pérez Correa, 2015). A su vez, el Poder Judicial Federal estableció en la tesis V.1o. J/24 que para que se actualice la modalidad de transportación en casos de delitos contra la salud, "es necesario que con la droga se realicen movimientos que impliquen el desplazamiento del enervante a lugares geográficamente distintos de aquel en que se encontraba". En la jurisprudencia 1a./J. 63/2005 la SCJN dispuso, asimismo, que el delito de trasporte se configura cuando "se acredite que la droga o narcótico se trasladó de un lugar a otro, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud, por lo cual no se requiere que el traslado se realice hasta el destino que se tenía previsto" (Idem).

No es del todo claro qué distingue la posesión y el transporte (Meneses y Pérez Correa, 2015) ni queda claro qué justifica la diferencia tan grande en las sanciones. Sin embargo, muestra una incongruencia interna que no solo violentan el principio de proporcionalidad sino también el de igualdad entre hombres y mujeres. Las penas por estos delitos, como se mencionó, varían de manera significativa y suelen ser mujeres quienes son acusadas por transporte en mayor proporción. Esto lleva a que las mujeres permanezcan mayor tiempo en prisión por un delito

dades que excedan 1000 veces lo señalado en la tabla del artículo 479 de la Ley General de Salud y si existe la finalidad de producir, transportar, comerciar, suministrar, introducir o extraer del país se establece una sanción mínima de 5 años y una máxima de 15 años; b) Cuando no exista dicha finalidad pero se trata de cantidades que excedan 1000 veces lo señalado en la tabla del artículo 479 de la Ley General de Salud, la sanción establecida va de 4 a 7 1/2 años; c) Si las cantidades que se poseen no exceden 1000 veces las cantidades señaladas en la tabla del artículo 479 de la Ley General de Salud y existe la intención de suministrar o comerciar, se impondrá una sanción mínima de 3 a 6 años; y c) Si las cantidades que se poseen no exceden 1000 veces las cantidades señaladas en la tabla del artículo 479 de la Ley General de Salud y no existe la intención de suministrar o comerciar, se impondrá una sanción mínima de 10 meses y una máxima de 3 años. (Meneses y Pérez Correa, 2017 p. 93).

[12] El artículo 195 establece que: "Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de cien a trescientos cincuenta días multa, al que posea alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud, siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194, ambos de este código."

que suele cometerse sin violencia y que cometen principalmente ellas. Es decir, una norma aparentemente neutra, tiene en la práctica efectos dispares entre hombres y mujeres por no tomar en cuenta los diferentes roles que ellos y ellas tienen en el mercado de sustancias ilícitas. Ello muestra la importancia de evaluar las normas no solo *ex ante* sino tambien *ex post,* para medir los efectos que tienen al ser aplicadas.

En el fuero local, destaca el delito de posesión simple. Este tipo penal ha sido criticado por permitir la criminalización de usuarios (CEDD, 2014; Beletsky *et al,* 2015, y; Pérez Correa y Velázquez 2020). Incluso, la Corte Suprema de Colombia al desarrollar la doctrina de la "dosis de aprovisionamiento",[13] señaló que la posesión para consumo no puede ser objeto de sanción penal, pues no causa un daño a un bien jurídico. Más aún, la Corte estableció[14] que las autoridades deben aportar elementos adicionales —a sobrepasar los umbrales de posesión tolerados— para sentenciar a una persona. Esto es el caso para el delito de posesión simple que utiliza umbrales máximos para establecer por ese solo hecho la intencionalidad de comercio o distribución.

Al igual que en Colombia, en México, el delito de posesión simple no establece una intención de suministro o comercio; simplemente sanciona la posesión por encima de ciertos umbrales establecidos en la Tabla de la LGS. Al hacerlo, el tipo penal acepta castigar a usuarios(as) simplemente por haber rebasado los umbrales que se han señalado como bajos conforme a las prácticas de uso y dosis de aprovisionamiento. Como se señala en Pérez Correa y Velázquez (2020):

> los usuarios de drogas tienen incentivos para —y suelen— adquirir cantidades mayores a las que necesitan para un consumo inmediato, pues la clandestinidad del mercado obliga a separar la adquisición del uso y porque los usuarios racionalmente buscarán minimizar su exposición al contacto con el mercado negro y los riesgos que éste representa. Además, como cualquier otro consumidor, las personas que usan drogas compran para varios usos cada vez.

[13] Véase las sentencias C-574 de 2011 y SP-2940 de 2016 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.
[14] En la sentencia SP-2940.

Además de violar la presunción de inocencia e implicar castigos desproporcionados, el delito de posesión simple y para consumo personal, permite la criminalización de personas que usan drogas pues, al caer este tipo de posesión bajo el ámbito penal, hace a las personas que usan sustancias susceptibles de ser detenidas por las instituciones de seguridad y remitidas a las fiscalías para que ahí se abra una carpeta de investigación y, en la mayoría de los casos, se determine el no ejercicio de la acción penal. Para cualquier persona que usa sustancias esto significa un riesgo de sufrir maltratos y tortura. Para las mujeres, especialmente, implica un riesgo de sufrir abuso sexual (WJP, 2019 p. 34).

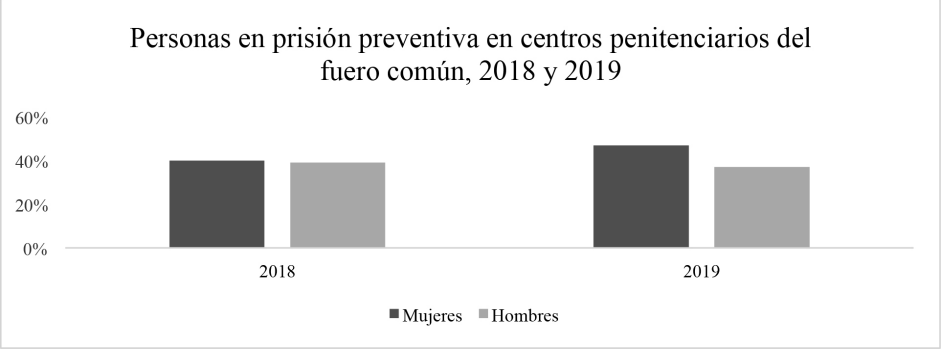
3. Prisión Preventiva

Tanto los delitos contra la salud como los de delincuencia organizada conllevan prisión preventiva oficiosa. Es decir que cuando la persona es acusada, queda por ese hecho bajo prisión hasta que una sentencia judicial confirme la culpabilidad de la persona o bien la absuelva. Ello significa una limitación para las personas juzgadoras de decidir la medida cautelar más adecuada, que atienda a un análisis de contexto y evidencie las relaciones asimétricas de poder. Por lo anterior, la prisión preventiva oficiosa constituye una barrera para la impartición de justicia con perspectiva de género, además de una pena anticipada que, debido a las distintas condiciones de los centros varoniles y femeniles, impacta de forma diferenciada a hombres y a mujeres.

El aumento de la población penitenciaria sin sentencia ha sido constante en últimos años y especialmente notable para el caso de las mujeres. Según el Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales 2019 y 2020 (INEGI), durante 2018, el 40% de las mujeres y el 39% de los hombres recluidos en centros penitenciarios del fuero común[15] estaban privados de la libertad sin sentencia. Para 2019, esta diferencia se hizo más notoria. Casi la mitad de las mujeres (47%) privadas de la libertad ese año lo estaban bajo prisión preventiva. Ello representa 10% más de mujeres privadas de la libertad sin sentencia frente a la población masculina, en la que 37% se encontraban en esta misma situación.

[15] Por delitos del fuero común.

Gráfica 4.



Fuente: elaboración propia con información del INEGI. Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales, 2019 y 2020.

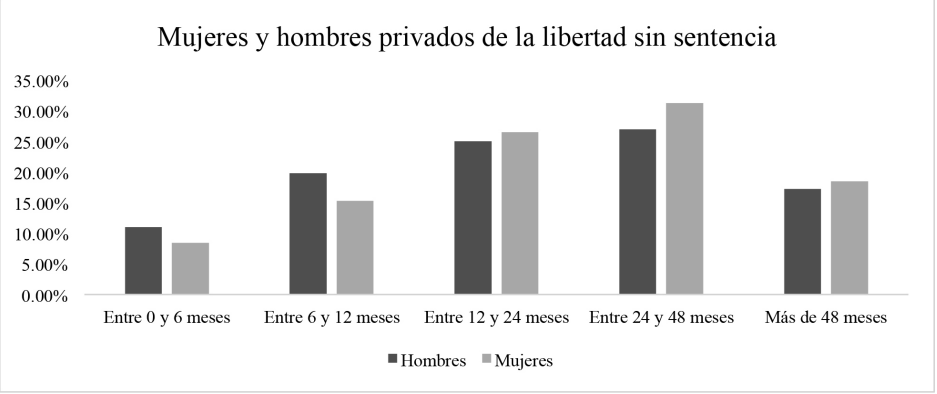
Que aproximadamente 1 de cada 2 mujeres privadas de la libertad en centros penitenciarios estatales lo esté sin una sentencia, no hace menos preocupante que aproximadamente 4 de cada 10 hombres en centros de reclusión estén privados de la libertad en prisión preventiva. Sin embargo, la diferencia evidencia —nuevamente— una medida que, a pesar de una supuesta neutralidad, impacta de forma desproporcionada a las mujeres. Los delitos especificos por los que son acusadas las mujeres y los roles que ellas ocupan en las organizaciones criminales, explican esta diferencia.

En el caso del sistema penitenciario federal, los datos revelan cifras inquietantes. Según información del Censo Nacional del Sistema Penitenciario Federal 2018 y 2019 (INEGI), durante 2017, 68% de las mujeres y 55% de los hombres en centros penitenciarios del fuero federal[16] se encontraban privados de la libertad sin sentencia. Estas cifras incrementaron durante 2018 al 78% y 62%, respectivamente. En otras palabras, casi 80% de las mujeres en los centros federales están ahí de manera "preventiva" esperando una sentencia. Esto, a pesar de que los delitos por los que son acusadas, como se mencionó antes suelen no implicar violencia sino reflejar los roles de cuidado que ellas llevan a cabo.

[16] Por delitos del fuero federal.

Además, los datos de la Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (INEGI, 2016) indican que existe una relación entre el género de las personas detenidas y el tiempo que tardan en recibir una sentencia. Es 6% más probable que las mujeres pasen más de un año privadas de la libertad sin sentencia, en comparación con sus pares hombres.

Tiempo que pasan hombres y mujeres privados de la libertad sin sentencia



Fuente: elaboración propia con información del INEGI Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad, 2016.

IV. Delincuencia Organizada

En 2008, se llevó a cabo una importante reforma constitucional en materia de seguridad y derecho penal. A partir de esta reforma, "surgieron dos modelos paralelos de justicia: un ordinario y otro, en teoría, excepcional" (Rodríguez *et al,* 2016 p. 57). Mientras que el primer modelo de justicia buscaba maximizar el alcance y protección de los derechos humanos y procesales, el modelo de justicia excepcional creó un régimen extraordinario de restricción de derechos fundamentales (específicamente de garantías penales) para casos de delincuencia organizada (Madrazo, 2014). Además, este segundo limitó la capacidad de actuación y decisión de las autoridades judiciales.

1. Marco jurídico

El concepto de delincuencia organizada se incorporó a la constitución mexicana en 1993. Inicialmente el término no tenía una definición clara, sino que buscaba duplicar el tiempo de retención de las personas detenidas por este delito (García y Rojas, 2020 p. 1, y; Alvarado, 2014 pp. 3-5). En 1994, se adicionó un artículo 194bis al Código Penal de Procedimientos Penales para acotar el concepto de delincuencia organizada (Alvarado, 2014, p.4). En 1996, bajo el argumento de que "la lucha eficiente contra la delincuencia organizada [era] un presupuesto necesario para fortalecer al Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos en México" (Senado de la República, 1996), fue aprobada la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Esta norma constituye a nivel federal la base normativa para la persecución e investigación de este delito.

En diciembre del 2000, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés) expidió la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también conocida como Convención de Palermo.[17] Ésta tiene entre sus objetivos "impedir que las personas involucradas en la delincuencia organizada transnacional hallen refugio propugnando que se las enjuicie dondequiera que cometan tales delitos y fomentando la cooperación a nivel internacional" (UNODC, 2000, párr. 9).

Actualmente el tipo penal de delincuencia organizada se encuentra regulado por los artículos 16, 18, 19, 20, 22 y 73 fracción XXI de la Constitución Política, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, el Código Nacional de Procedimientos Penales, y la Convención de Palermo.[18] A nivel constitucional, la delincuencia organizada se define como "una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley

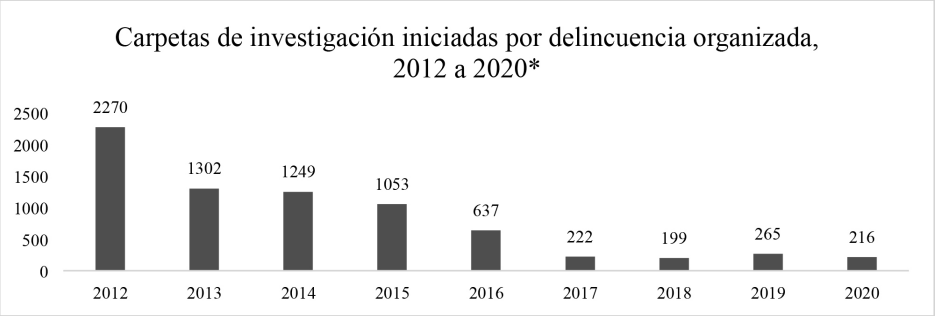
[17] Esta Convenció fue aprobada por el Senado Mexicano en 2002 y entró en vigor en 2003.
[18] De manera indirecta, el marco normativo de la delincuencia organizada también se encuentra contenido en la Ley General de Salud, el Código Penal Federal, la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, la Ley de Migración, la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los delitos en Materia de Trata de Personas, la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, el Código Fiscal de la Federación, y la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos.

de la materia" (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 16). Se trata de una descripción abierta, que remite a la ley para conocer los delitos que se encuentran incluidos en la definición. Como señala Madrazo (2014, p. 13), ello significa que es por medio de la legislación federal como se determina en qué casos aplica el régimen de excepción constitucional.

2. Aplicación de la norma

En los últimos años, el número de carpetas iniciadas por delincuencia organizada ha disminuido. Como muestra la siguiente gráfica, esta cifra se redujo sustancialmente de 2012 a 2020, de 2,270 carpetas iniciadas en 2012 a 265 en 2019 y 216 en 2020.[19]

Gráfica 6.

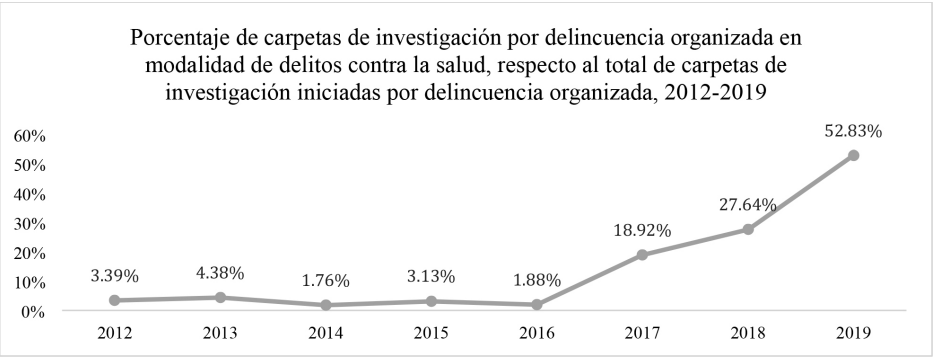


Fuente: elaboración propia con información del SESNSP-CNI. índice de incidencia delictiva del fuero federal, 2012 a octubre de 2020.

A pesar de este descenso, proporcionalmente el número de carpetas de investigación iniciadas por delincuencia organizada en la modalidad de delitos contra la salud ha ido incrementando, pasando de constituir entre el 1% y el 4% del total de carpetas iniciadas por delincuencia organizada entre 2012 y 2016, a representar entre 19% y 53% de carpetas por delincuencia organizada entre 2017 y 2019 (ver la siguiente gráfica).

[19] Señalamos 2019 y no 2020 para comparar años completos, ya que de este último año la información está actualizada hasta octubre.

Gráfica 7.



Fuente: elaboración propia con información del SESNSP-CNI. índice de incidencia delictiva del fuero federal, 2012 a 2019.

La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada establece 36 conductas que al ser realizadas por tres o más personas de forma permanente y reiterada podrían ser consideradas delincuencia organizada —por ejemplo, secuestro o trata de personas—. Sin embargo, durante los últimos años los esfuerzos para la investigación de la delincuencia organizada se han destinado, cada vez más, a perseguir y sancionar delitos contra la salud. Esto indica el uso de un sistema que restringe derechos para investigar casos relacionados con sustancias ilícitas que, especialmente en el caso de las mujeres, suelen ser no violentos o poco relevantes en términos del daño social que generan.

Como se señaló en el apartado anterior, la mayoría de los delitos contra la salud en el sistema local son por posesión, especialmente de posesión simple, mientras que los delitos contra la salud en el sistema federal son de transporte y también de posesión. La investigación y persecución de estos delitos —que cometen personas con bajos perfiles— difícilmente justifican (ética o instrumentalmente) el uso del régimen de excepción de delincuencia organizada, bajo el cual están detenidos 15% de los hombres y 23% de mujeres privadas de la libertad en el fuero federal.[20]

[20] Por delitos del fuero federal.

3. El régimen de excepción para la delincuencia organizada

El concepto de delincuencia organizada, como se mencionó, es indeterminado y ambiguo. Puede al mismo tiempo ser un delito en específico que se comete en grado de tentativa y un tipo penal condicionado a la comisión de otro delito que se realiza a través de concurso de delitos. También, supone un mecanismo para el incremento de penas[21] y para la reducción de derechos, ello da espacio a decisiones discrecionales y arbitrarias en distintas etapas del proceso. Significa, además, una barrera para la reinserción social de las personas que son juzgadas por ser parte de la *delincuencia organizada*, y una forma de sanción que frecuentemente se traduce en una pena desproporcionada e injustificada para sus familias o las personas que las cuidan (Corte IDH, 2019 párr. 1). Estos problemas representan riesgos específicos para las mujeres acusadas de delincuencia organizada, como se explica a continuación.

Entre algunas de las limitaciones a los derechos que tiene una persona procesada por delincuencia organizada están:

a. Arraigo

El arraigo es una medida cautelar de carácter excepcional que "incrementa el margen de discrecionalidad de las autoridades y reduce los controles sobre su actuar" (Rodríguez et al, 2016, p. 57). Esta medida autoriza la privación de la libertad de una persona, sin haber sido formalmente acusada de un delito, cuando esto se considera "necesario para el éxito" de la investigación (Madrazo, 2014, p. 13). En 2005 la Suprema Corte declaró inconstitucional la figura. En respuesta, fue incorporada a la Constitución como una forma de blindar la medida frente a la revisión judicial (Madrazo, 2014; Rodríguez et al, 2016).

[21] La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada prevé penas más severas para los tipos penales que realizados en concierto puedan considerarse delincuencia organizada.

b. La duplicidad del plazo constitucional para la retención

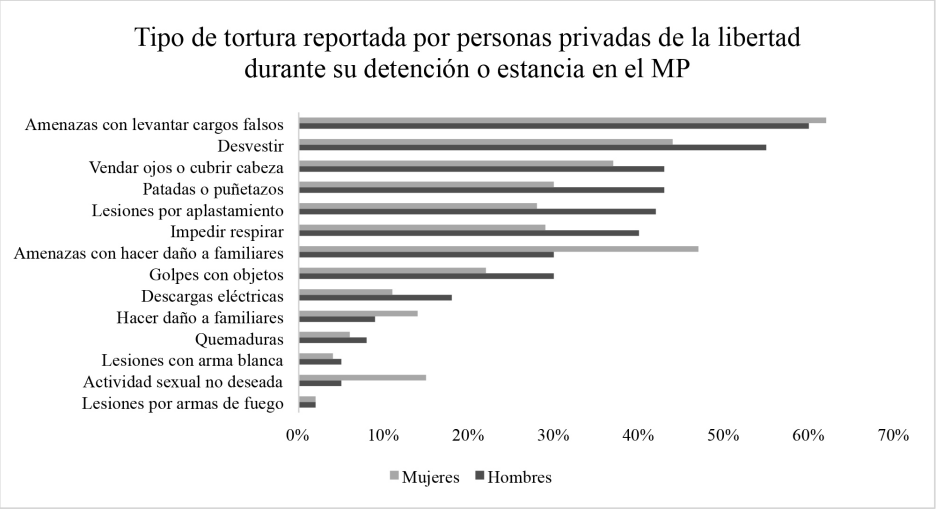
Los únicos casos en los que los fiscales pueden retener de forma justificada a una persona por más de 48 horas son los relacionados con delincuencia organizada. En estos, la fiscalía cuenta con 96 horas para realizar el proceso de investigación inicial y poner a la persona detenida ante la autoridad judicial. Al igual que con el arraigo, fue necesario modificar la Constitución para que la duplicidad del tiempo de la retención no pasara por un control judicial (Madrazo, 2014, y; Rodríguez et al, 2016).

Tanto el arraigo como la duplicidad del plazo para la retención son medidas que exponen a las personas detenidas a posibles actos de maltrato y torturas (Méndez, 2017; Subcomité para la prevención de la tortura, 2016; Comisión IDH, 2015, y; Deaton y Rodríguez, 2015). De acuerdo con el INEGI en la Encuesta Nacional de Población Privada de la libertad (ENPOL) de 2016, los abusos cometidos durante la detención y traslado a las Fiscalías son frecuentes en nuestro país. De las 64,150 personas privadas de la libertad encuestadas por el INEGI, 75% afirmó haber sufrido algún tipo de "violencia psicológica" durante el arresto. Este tipo de agresión incluye: haber sido desvestida (46%) y no poder respirar, ya sea por asfixia, sofocación o por haber tenido la cabeza sumergida en agua (35.6%). Asimismo, 64% de las personas encuestadas sufrieron agresiones físicas, incluidas patadas o puñetazos (59%), lesiones por aplastamiento (37%) y descargas eléctricas (19.4%). En otras palabras, 7 de cada 10 personas detenidas sufrió amenazas o agresiones por parte de la autoridad que lo detuvo.

Los riesgos durante este periodo son diferentes según el género de la persona detenida. "La tortura opera de forma generalizada contra hombres y mujeres en México. No obstante, la connotación sexual que cobra cuando se trata de mujeres, está determinada por el sistema de relaciones desiguales entre hombres y mujeres" (Blas, 2018 párr. 8). Por ello, algunos tipos de tortura son más recurrentes entre mujeres que entre hombres (INEGI, 2016). Estos son: las amenazas con levantar

cargos falsos o hacer daño a familiares, la actividad sexual no deseada[22] y causar daño a familiares.

Gráfica 8.



Fuente: Elaboración propia con base en información del INEGI. Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad, 2016.

Las amenazas, a diferencia de otro tipo de tortura, no dejan evidencias físicas por lo que "las señales psicológicas puede ser la única evidencia disponible" (ACNUDH, APT Y Foro Asia-Pacífico, 2010, p. 42). Por otro lado, "es muy frecuente que las víctimas de agresión sexual no digan nada o incluso nieguen haber sufrido la tortura sexual" (ACNUDH, 2004, párr. 99). Este tipo de agresiones, además, suelen darse en ausencia de testigos, por lo que no se puede esperar que existan pruebas más allá de la declaración de la víctima (Corte IDH, 2010, párr. 100). Es fundamental que estos aspectos sean considerados durante la valoración probatoria, evitando revictimizar y desestimar los señalamientos de tortura y tomar en consideración que "la falta de evidencia médica no disminuye la veracidad de la declaración de la presunta víctima" (Corte IDH, 2013, párr. 333).

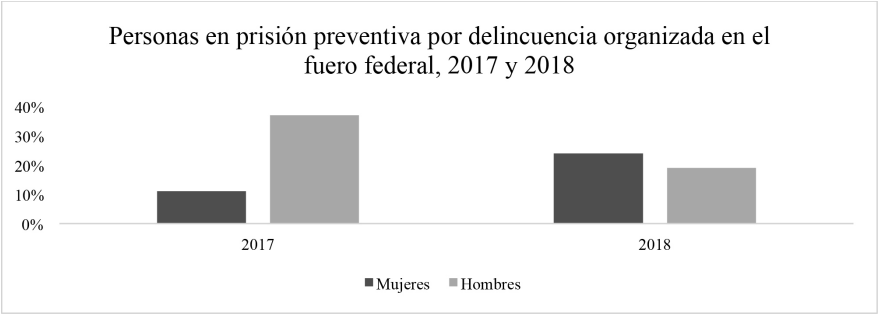
[22] En el caso de la actividad sexual no deseada, Además de tener relación con el género de la persona detenida, también se vincula con la autoridad aprehensora. Según un análisis realizado por Vela (2019), las mujeres detenidas por la Marina o el Ejército tienen un 5% más de riesgo de ser víctimas de violación.

Un ejemplo de falta de perspectiva de género en casos en los que una detenida alega haber sido víctima de tortura —particularmente de tortura sexual— durante su detención es el de Mónica, una mujer de Coahuila que pasó 7 años privada de la libertad acusada de delincuencia organizada por una declaración obtenida después de haber sido sometida a torturas y abusos sexuales por sus aprehensores. Cuando la detención de Mónica fue analizada por una autoridad jurisdiccional, "la Jueza no excluyó las pruebas ilícitas, fabricadas mediante tortura, obviando la existencia de certificados médicos. En su lugar, consideró que se trataba de un argumento defensivo y no le dio seguimiento" (ACNUDH, 2020).

c. Prisión preventiva oficiosa

Como se expuso en el apartado anterior, la prisión preventiva oficiosa es una medida aparentemente neutral que, sin embargo, afecta proporcionalmente más a las mujeres privadas de la libertad. Para el caso de delincuencia organizada, los últimos años muestran tendencias preocupantes. Durante 2017 las mujeres en prisión preventiva por este delito representaron 11% del total de las mujeres recluidas en el sistema penitenciario federal, mientras que para los hombres este porcentaje fue de 37%. Sin embargo, para 2018, 24% del total de mujeres estaban privadas de la libertad sin sentencia por delincuencia organizada, lo que significa un incremento de 13% en un año. En el caso de los hombres, durante este año, 19% del total, se encontraban privados de la libertad por delincuencia organizada. Proporcionalmente y de un año para otro, el porcentaje de hombres recluidos por delincuencia organizada disminuyó en un 18%.

Gráfica 9.



Fuente: Elaboración propia con información del INEGI. Censo Nacional del Sistema Penitenciario Federal, 2019.

d. Cumplimiento de sentencias en centros de reclusión especiales

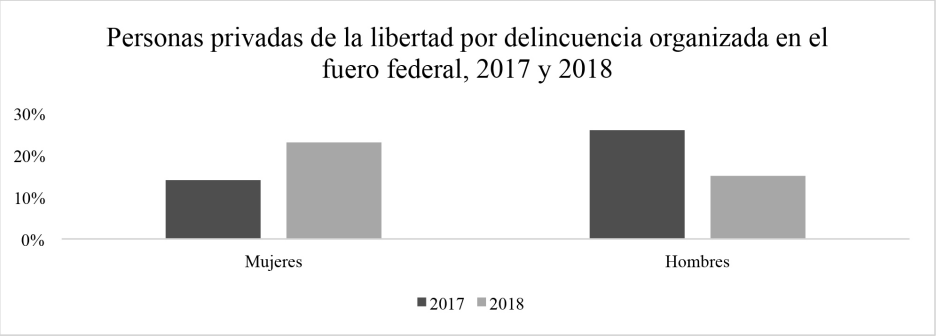
El artículo 18 de la Constitución establece que todas las personas privadas de la libertad, con excepción de casos de delincuencia organizada, tienen derecho a *compurgar sus penas* en el centro de reclusión más cercano a su comunidad, como forma de garantizar la reinserción social.[23] Lo anterior significa una limitación a la supuesta función de reinserción social de la prisión, establecida en la misma Constitución toda vez que "nadie tiene posibilidades reales de reinserción si se encuentra completamente alejado de sus familiares, abogados y jueces" (Comisión IDH, 2017, párr. 16), así como una injerencia arbitraria en la vida familiar y personal.

Estadísticamente, esta restricción impacta de forma más significativa a las mujeres que, aun cerca de su domicilio, normalmente reciben menos visitas que sus pares hombres (Pérez Correa, 2015). Según el Censo Nacional del Sistema Penitenciario Federal 2018 y 2019 (INEGI), durante 2017 las personas recluidas por delincuencia organizada representaban 25% del total de personas privadas de la libertad en el fuero federal.[24] Las mujeres privadas de la libertad por este delito constituían 14% del total de las mujeres privadas de la libertad en el sistema federal mientras que los hombres el 26% del total. Al igual que con la prisión preventiva, durante 2018 el número de mujeres privadas de la libertad aumentó a 23% mientras que el de los hombres disminuyó a 15% (ver gráfica siguiente), lo que sugiere que los procesos iniciados contra mujeres por estos delitos aumentaron, mientras que disminuyeron para el caso de los hombres.

[23] A pesar de que la delincuencia organizada es un tipo penal regulado a nivel constitucional (Alvarado, 2014, p. 14) que deja poco espacio de actuación judicial, es importante tomar en consideración que de acuerdo con la tesis III.2o.P.63 P (10a.) en casos en los que una persona realice una petición para ser trasladada al centro penitenciario más cercano a su domicilio, ésta puede ser reubicada si el centro de reclusión cercano a su comunidad cumple con la característica de ser un centro especial, aun en casos de delincuencia organizada.

[24] En proceso de recibir sentencia o sentenciadas.

Gráfica 10.



Fuente: Elaboración propia con información del INEGI. Censo Nacional del Sistema Penitenciario Federal, 2018 y 2019.

Como se mencionó en el apartado sobre delitos contra la salud, es posible que sean mujeres quienes, por tener perfiles menos sospechosos para las autoridades, lleven a cabo conductas en la organización que implican un mayor riesgo de ser detenidas, como transportar drogas y armas (UNODC, 2019, p. 20). Esta división del trabajo basada en el género también tiene como resultado "la falta de conocimiento de la información de inteligencia o de información privilegiada sobre los grupos o personas con los que [las mujeres] trabajan, (…) [lo que] se traduce en que no pueden negociar sentencias reducidas durante sus procesos penales"[25] (UNODC, 2019 p. 20); (Malinowska y Rychkova, 201, p. 7).

Asimismo, es importante notar que independientemente del género de la persona detenida en centros de reclusión especiales lejanos a su domicilio, la medida impacta de forma diferenciada a las mujeres, ya que regularmente son ellas quienes realizan los trabajos de cuidados de la persona privada de la libertad (Pérez Correa, 2015); (Agoff, Sandberg y Fondevila, 2020). En una investigación realizada por

[25] El capítulo noveno de la Ley General contra la Delincuencia Organizada establece reglas para favorecer a las personas acusadas de delincuencia organizada que colaboren eficazmente para evitar que continúe un delito o se perpetren otros, así como para probar la intervención de otras personas dentro de la organización delincuencial. Dados los papeles marginales que regularmente son ocupados por mujeres dentro de estas organizaciones, su posibilidad de aportar información relevante para ser consideradas colaboradoras es reducida.

una de las autoras (Pérez Correa, 2015), se identificó que la mayoría de las personas que visitaban los centros de reclusión en México eran mujeres. Muchas de estas, al tener que solventar los gastos de su familiar en prisión, y la pérdida del ingreso que esta persona generaba, y no contar con estudios previos o experiencia laboral se veían orilladas a desempeñar trabajos caracterizados por su precarización. Además, derivado de la detención de su familiar o amigo, era común que estas mujeres *cuidadoras* dejaran de frecuentar a sus redes de apoyo —como amigos y vecinos—, dejaran a sus hijos a cargo de terceros, y desarrollaran graves problemas de salud. (Pérez Correa, 2015, pp. 40-79).

Junto con los costos sociales y de salud, la privación de la libertad implica muchos costos económicos que deben sufragar los familiares de las personas en prisión, entre los que se encuentra el traslado cotidiano a los centros penitenciarios. Para las familias de las personas privadas de la libertad por delitos de delincuencia organizada, este punto impacta de manera diferenciada, ya que el no poder estar recluidas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio implica la separación de estas familias, así como traslados más largos e incremento de los costos de visita para las personas que proveen de cuidados y enseres necesarios a muchas de las personas que el Estado encarcela.

Un ejemplo de ello es el caso de María,[26] una mujer de Veracruz privada de la libertad por los delitos de secuestro y delincuencia organizada que a través de una entrevista para conocer de su vida en reclusión narró:

> Terminó el arraigo y nos llevaron en autobús al aeropuerto del DF. Los policías dijeron que íbamos para la cárcel de Nayarit, ¿pero cuál? Apenas cruzamos las rejas aquí del CERESO y nos dijo la oficial que estábamos en Baja California; sentí que me desmayaba. Si mi familia no tuvo dinero para visitarme en el arraigo que estaba más cerquitas, menos hasta acá (…) hace cuatro años, no los he vuelto a ver; solamente hablo por teléfono con ellos (Méndez, 2016).

[26] En 2016 el medio de comunicación vice publicó una serie de testimonios realizados a mujeres privadas de la libertad por su presunta participación en el grupo delictivo de *los zetas*. Estas entrevistas son uno de los pocos acercamientos cualitativos que se han hecho acerca de este tema en México.

e. Medidas de vigilancia especial y restricción de las comunicaciones

Otra de las limitaciones a derechos regulada a nivel constitucional en casos de delincuencia organizada es la restricción de las comunicaciones de las personas privadas de la libertad por este delito con cualquier persona —incluyendo familiares y visitas intimas— a excepción de quien esté a cargo de su defensa.[27] Esta medida puede ser impuesta por autoridades ministeriales, judiciales y de ejecución tanto durante el proceso, como durante la ejecución de la sentencia y tiene como objetivo "evitar que se sigan cometiendo u organizándose delitos, así como la posibilidad de que se filtre información que puede resultar útil para la investigación de otros miembros de la organización" (Alvarado, 2014, p. 52).

Esta restricción, al igual que la disposición del cumplimiento de las sentencias en centros de reclusión especiales lejanos a las comunidades de la persona detenida, constituye una barrera para la reinserción social de la persona detenida, al no permitirle mantener o establecer relaciones con personas u organismos externos que puedan favorecer este proceso.[28] Además, la regulación no establece un límite de tiempo a esta disposición, por lo que se presta para que sea usada de manera excesiva e injustificada.

Junto con la restricción de las comunicaciones también están previstas otras medidas de vigilancia especiales como recabar información en lugares públicos, la vigilancia electrónica, el seguimiento de personas, la colaboración con informantes, y operaciones encubiertas,[29] las cuales se realizan a través de "falsos "clientes",

[27] El artículo 18 de la Constitución señala que "Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos."

[28] La regla 107 de las reglas mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) establece que se deberá tener "debidamente en cuenta, desde el comienzo de la ejecución de la pena, el porvenir del recluso después de su liberación, y se alentará y ayudará al recluso a que mantenga o establezca relaciones con personas u organismos externos que puedan favorecer su reinserción social y el interés superior de su familia".

[29] Estas restricciones se encuentran reguladas por el Artículo 11 Bis 1 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

personas que recurren a los "servicios" proporcionados por las estructuras criminales a fin de generar prueba sobre la responsabilidad de ciertas personas" (García y Rojas, 2020, p. 31). Para las personas que se encuentran privadas de la libertad por este delito también están el cambio de celda, la vigilancia permanente dentro del centro de reclusión, el traslado a otro centro penitenciario, la restricción del tránsito en el interior del centro penitenciario, entre otras.[30]

4. ¿Qué resultados tiene el uso del régimen especial de delincuencia organizada?

Según información oficial de la Fiscalía General de la República,[31] del total de personas detenidas entre 2016 y agosto de 2019 por delincuencia organizada, únicamente el 6% fueron vinculadas a proceso por ese delito (ver gráfica siguiente).

Gráfica 11.

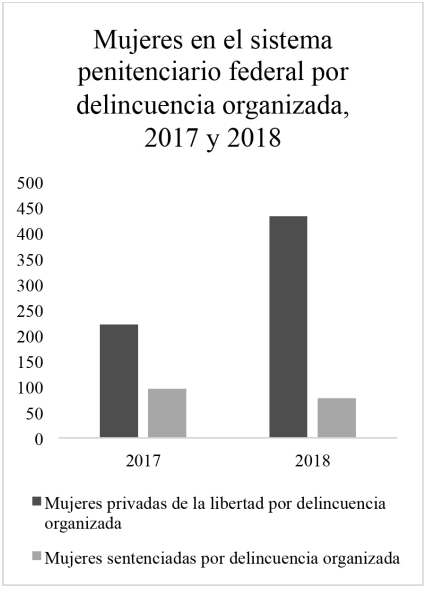
Fuente: elaboración propia con información de la FGR a través de la respuesta a la solicitud de información con folio 0001700294319, 2016 a agosto de 2019.

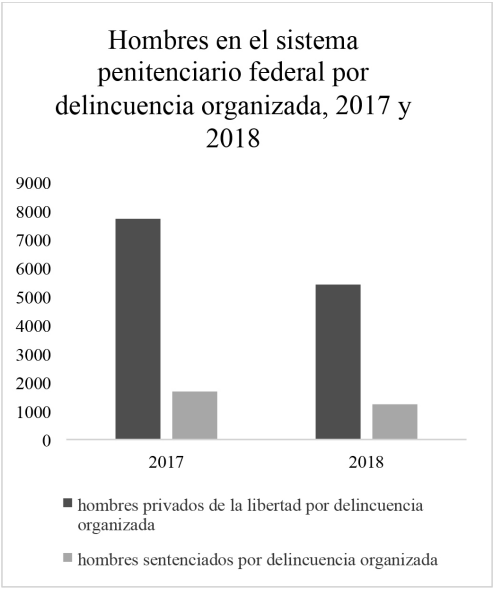
Esto significa que 94% de las detenciones realizadas por delincuencia organizada durante los últimos cuatro años concluyeron sin una vinculación a proceso. Es decir que en la mayoría de los casos la imposición de este régimen que incluye medidas adicionales de restricción de derechos resultó injustificada, ya que en menos

[30] Estas restricciones se encuentran reguladas por el artículo 37 de la Ley Nacional de Ejecución Penal.
[31] A través de la respuesta a la solicitud de información con número de folio 0001700294319.

del 10% de los procesos se logró probar los vínculos de las personas detenidas con las organizaciones delincuenciales a las que se les acusaba de pertenecer. Además, como se apuntó antes, durante 2018 solamente 23% de los hombres y 18% de las mujeres privadas de la libertad por este delito tenían una sentencia condenatoria (Censo Nacional del Sistema Penitenciario Federal, 2019). Estas cifras, apuntan a un abuso de este tipo penal — y su régimen de excepción— para realizar acusaciones y dotar a la autoridad de mayor discrecionalidad para realizar investigaciones, en detrimento de los derechos procesales y fundamentales.

Gráficas 12 y 13.





Fuente: elaboración propia con información del INEGI. Censo Nacional del Sistema Penitenciario Federal, 2018 y 2019.

V. Conclusiones

El análisis normativo de los delitos contra la salud y de delincuencia organizada en México evidencia cómo estos sistemas entran en conflicto con diversos principios constitucionales, particularmente el de proporcionalidad. Asimismo, el estudio

de cómo se procesan y sentencian estos delitos, muestra que, en México, un importante número de mujeres privadas de la libertad por delitos relacionados con drogas, están acusadas o sentenciadas por el delito de posesión simple y por transporte de sustancias ilícitas. Es decir, se trata de delitos no violentos cuya persecución tiene un efecto nulo en la oferta. A pesar de ello, reciben sentencias de prisión sumamente largas y onerosas en términos individuales, institucionales y familiares. Para el caso de delincuencia organizada, los datos muestran que 94% de las detenciones realizadas por delincuencia organizada durante los últimos cuatro años concluyeron sin una vinculación a proceso. Es decir que, en la gran mayoría de casos, la imposición de un sistema restrictivo de derechos resultó injustificada. Para 2018, 23% de las mujeres y 15% de los hombres en el sistema federal estaban detenidos por este tipo de delitos.

La tipificación actual y persecución de los delitos contra la salud y delincuencia organizada han tenido costos jurídicos y sociales —como la regulación de un tipo penal a nivel constitucional o el encarcelamiento masivo de personas (muchas de ellas sin sentencia)— que no se han traducido en una menor oferta de sustancias en los mercados ilícitos. Un derecho penal respetuoso del principio de proporcionalidad tendría que tomar en cuenta el costo personal y familiar que tiene para cada persona, los riesgos a su salud, las condiciones personales y de los centros penitenciarios. En el caso de las leyes que regulan las drogas y que buscan atender el uso de sustancias ilícitas, las legisladoras y jueces tendrían que llevar a cabo un ejercicio en el que se ponderen los costos a la salud pública e individual que tiene el uso de cárceles frente al beneficio a la salud pública e individual que tiene dicha política. En el caso de los delitos de delincuencia organizada, debería tomarse en cuenta que los grupos de delincuencia organizada reproducen las estructuras patriarcales y que las mujeres que participan suelen llevar a cabo trabajos cuidados, mensajería o vigilancia.

Las normas penales no existen en abstracto. Tienen efectos y costos económicos, sociales e individuales. Juzgar con perspectiva de género casos relacionados drogas y delincuencia organizada implica llevar a cabo una ponderación en la que se valore el contexto de las personas involucradas, tomando en cuenta las desigualdades estructurales y las asimetrías de poder que pueden estar presentes en el

caso. Es relevante considerar la posición jerárquica que las mujeres y los hombres ocupan dentro de la organización a la que se les acusa de pertenecer, y determinar si las restricciones a derechos que se imponen son necesarias para la investigación, proporcionales y evaluar los riesgos a los que se expone a la persona privada de la libertad (ya sea hombre o mujer). También exige problematizar la idea de autonomía de las personas de la cual parte el derecho penal, como seres susceptibles de ser extirpados de sus redes de apoyo y comunidades, sin afectación a éstas, ya que esta idea parte de una visión masculinizada que invisibiliza las redes de cuidado que existen y los cuidados que realizan principalmente mujeres.

Bibliografía

ACNUDH. (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos) (2020), "*Opinión núm. 24/2020 relativa a Mónica Esparza Castro y Édgar Menchaca Castro (México)*",. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/Opinions/Session87/A_HRC_WGAD_2020_24_Advance%20Edited%20Version.pdf [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

_____, (2004), *Protocolo de Estambul. Manual para la a investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/publications/training8rev1sp.pdf [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

_____, (1997), *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*Disponible en: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/treatmentofprisoners.aspx [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

ACNUDH, APT Y Foro Asia-Pacífico. (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Asociación para la Prevención de la Tortura) (2010), *"Prevención de la tortura, guía operacional para las organizaciones de derechos humanos*". Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/publications/preventingtorture_sp.pdf [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

AGOFF, C., Sandberg, S. y Fondevila G. (2020), "Women Providing and Men Free Riding: Work, Visits and Gender Roles in Mexican Prisons" *Victims & Offenders*. Vol. 15 núm 7-8 pp. 1086-1104.

ALVARADO, I. (2014), *La investigación, procesamiento y ejecución de la delincuencia organizada en el sistema penal acusatorio*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

BELETSKY, L. *et al* (2015), "Implementing Mexico´s "Narcomenudeo" Drug Law Reform: A Mixed Methods Assessment of Early Experiences Among People Who Inject Drugs" *Journal of Mixed Methods Research*. Vol. 10 núm 4 pp. 384-401.

BLAS, Isabel, (2018), "*Invisibilizadas tras las rejas: mujeres detenidas y la tortura sexual*", . Disponible en: https://equis.org.mx/invisibilizadas-tras-las-rejas-mujeres-detenidas-y-la-tortura-sexual/ [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

BRAITHWAITE, J y PETITE, P (1993), *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*. Oxford, Claredon Press.

BROAD, R. (2015), "a vile and violent thing´: female traffickers and the criminal justice response". *The British Journal of Criminology*. Vol. 55 núm. 6, pp. 1058-1075.

LUCIANA Boiteux, CEDD. (Colectivo de Estudio Drogas y Derecho) (2015), mujeres y encarcelamiento por delitos de drogas, . Disponible en: http://www.codajic.org/node/2698 [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

_____, (2014), *En busca de los derechos: usuarios de drogas y las respuestas estatales en América Latina*. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_628.pdf [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

CENTRO PRODH. (2020), *La lucha por la libertad de Mónica Esparza no ha terminado*. Disponible en: https://www.animalpolitico.com/la-lucha-cotidiana-de-los-derechos-humanos/la-lucha-por-la-libertad-de-monica-esparza-no-ha-terminado/ [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

CHAPARRO, S. y PÉREZ CORREA, C. (2017), *Sobredosis carcelaria y política de drogas en América Latina. 1 ed., Colombia, Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEED) y Dejusticia- Centro de estudios de derecho, justicia y sociedad.*

COMISIÓN IDH. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) (2017), *"Informe de fondo Nestor Rolando López y otros"*, . Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/12804FondoEs.pdf [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

CNDH. (Comisión Nacional de los Derechos Humanos) (2020), *Recomendación 13/2020*, . Disponible en: https://www.cndh.org.mx/documento/recomendacion-132020 [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

_____, (2019), a *Recomendación por violaciones graves 19 VG/2019*. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/documento/recomendacion-por-violaciones-graves-19vg2019 [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

_____, (2019), b *Diagnostico nacional de supervisión penitenciaria*. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/web/diagnostico-nacional-de-supervision-penitenciaria [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

_____, (2016), *Recomendación 15/2016*, . Disponible en: https://www.cndh.org.mx/documento/recomendacion-152016 [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

_____, (2015), *Recomendación 1/2015*,. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/documento/recomendacion-12015 [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

_____, (2012), *Recomendación 52/2012*. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/documento/recomendacion-522012 [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

_____, (2011), *Recomendación 87/2011*,. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/documento/recomendacion-872011 [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

DEATON, J. y RODRÍGUEZ, O. (2015), "Detention without charge, the use of arraigo for criminal investigations in Mexico". *Department of Political Science & International Relations University of San Diego*, 1a Ed, San Diego, University of San Diego.

INEGI (Instituto Nacional de Estadística y Geografía) (2019) a, *Censo Nacional del Sistema Penitenciario Federal*. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/programas/cnspef/2019/

_____, (2019), *Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales* en . Disponible en: https://www.inegi.org.mx/programas/cngspspe/2019/

_____, (2018), *Censo Nacional del Sistema Penitenciario Federal*. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/programas/cnspef/2018/

_____, (2018), *Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales*. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/programas/cngspspe/2018/

_____, (2016), *Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad*. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/programas/enpol/2016/

GARCÍA, S. y ROJAS, E. (2020), *Evolución y resultados de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

GIACOMELLO, C. (2013), "Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina",. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/NGO/IDPC/IDPC-Briefing-Paper_Women-in-Latin-America_SPANISH.pdf [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

HRW. (Human Rights Watch) (2011), "Neither Rights Nor Security: Killings, Torture, and Disappearances in Mexico´s War on Drugs",. Disponible en: https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/mexico1111webwcover_0.pdf [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

MADRAZO, A. (2014), *Los costos constitucionales de la guerra contra las drogas: una primera aproximación (desde México)*, . Disponible en: http://www.politicadedrogas.org/PPD/documentos/20160516_195540_12.-Alejandro-Madrazo-Lajous---Los-costos-constitucionales-de-la-guerra-contra-las-drogas---Una-primera-aproximaci%C3%B3n-(desde-M%C3%A9xico).pdf [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

MALINOWSKA, K. y RICHKOVA, O. (2015), "The impact of drug policy on women", . Disponible en: https://www.opensocietyfoundations.org/publications/impact-drug-policy-women [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

MENESES, R. y PÉREZ CORREA, C. (2015), "¿Cuál es el impacto del consumo de drogas ilícitas en la probabilidad de ser sentenciado por un delito contra la salud?". En Pérez Correa C (coord.) *De la detención a la prisión. La justicia penal a examen*. México, CIDE.

MÉNDEZ, J. (2016), "Testimonios de mujeres zetas: María". Disponible en: https://www.vice.com/es/article/bne593/testimonios-de-mujeres-zetas-maria [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

ONUDC. (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito) (2019), "Gender and organized crime", Disponible en: https://www.unodc.org/documents/e4j/FINAL_Module_15_Gender_and_Organized_Crime_25_Apr_2019.pdf [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

OVALLE, L. y GIACOMELLO, C. (2006), "La mujer en el "narcomundo". Construcciones tradicionales y alternativas del sujeto femenino". *Revista de Estudios de Género. La ventana*, núm. 24, 2006.

PÉREZ CORREA C. y VELÁZQUEZ S. (2020), "Delitos contra la salud en el estado de San Luis Potosí". En Madrazo, A (coord.) *Los costos del punitivismo: personas usuarias, autoridades y delito bajo la prohibición de las drogas en San Luis Potosí,* CIDE,

PÉREZ CORREA, C. (2015), "Las mujeres invisibles: Los costos de la prisión y los efectos indirectos en las mujeres", Disponible en: https://publications.iadb.org/es/publicacion/15473/las-mujeres-invisibles-los-costos-de-la-prision-y-los-efectos-indirectos-en-las [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

_____, (2013), "Las que se quedan: las penas de prisión desde una perspectiva de género" En Cruz Parcero, J. y Vazquez, R. (Coords.), *La mujer a través del derecho pena*l, México, Fontamara-SCJN, pp. 127-152.

_____, (2012), *(Des) proporcionalidad y delitos contra la salud en México.* México, CIDE.

RODRÍGUEZ, D. *et al* (2016), "El costo (constitucional) del arraigo: un legado de la guerra contra las drogas", en Barra, A (comp.), *La regulación de la marihuana en México: la reforma inevitable,* México, STAUDEG, pp. 55-73.

SCJN. (Suprema Corte de Justicia de la Nación) (2013), *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Hacer realidad el derecho a la igualdad*, 2a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

_____, (2020), *Protocolo para juzgar con perspectiva de género,* 1a. Ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. disponible en: https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf

SELMINI, R. (2020), "women in organized crime". *Crime and justice*. Vol. 49, pp. 339-383.

SENADO DE LA REPÚBLICA (1996), "Diario de los debates de la cámara de senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos del 19 de Marzo de 1996", Disponible en: https://www.senado.gob.mx/64/diario_de_los_debates/documento/635

UPRIMNY, R. *et al* (2016), *Mujeres, política de drogas y encarcelamiento, una guía para la reforma de políticas en Colombia*, Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_834.pdf [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

VELA, E. (2019), "¿Una milicia con perspectiva de género?" Disponible en: https://cutt.ly/0rCPgLK [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

WOLA, IDPC, Dejusticia y CIM. (Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos, International Drug Policy Consortium, Dejusticia y Comisión Interamericana de Mujeres) (2016), "Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento"Disponible en: https://www.wola.org/wp-content/uploads/2016/06/Guide-WomenDrugsIncarceration-Spanish_WEB.pdf [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

WJP. (World Justice Project) (2016), "Cuánta tortura: prevalencia de violencia ilegal en el proceso penal mexicano 2006-2016"Disponible en: https://worldjusticeproject.mx/cuanta-tortura-mx/ [última consulta el 18 de diciembre de 2020].

Legislación nacional

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley General de Salud
- Código Nacional de Procedimientos Penales
- Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

Legislación internacional

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, publicada en el*Diario Oficial de la Federación,* 11 de abril de 2003.

Tesis jurisprudenciales

"DELITO CONTRA LA SALUD. CUÁNDO DEBE TENERSE POR CONFIGURADA LA MODALIDAD DE TRANSPORTACIÓN" Primera Sala, Tesis 1a./J. 63/2005 (9a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tomo XXII, Julio de 2005, p. 107. Registro digital. 177998.

Tesis aisladas

"COMUNICACIONES PRIVADAS. CUANDO LA VÍCTIMA DEL DELITO DE SECUESTRO ES UNO DE LOS PARTICIPANTES EN AQUÉLLAS Y EL MINISTERIO PÚBLICO ASUME EL CONSENTIMIENTO REQUERIDO PARA DAR A CONOCER SU CONTENIDO CON LA FINALIDAD DE LOCALIZARLA Y, EN SU CASO LIBERARLA, NO SE TRANSGREDE EL DERECHO FUNDAMENTAL A SU INVIOLABILIDAD", Primera Sala, Tesis 1a. CCLXXXI/2016 (10a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 37 Tomo 1, Diciembre de 2016, p. 362. Registro digital. 2013198.

"TRASLADO DE UN PROCESADO POR DELINCUENCIA ORGANIZADA DEL CENTRO PENITENCIARIO EN EL QUE SE ENCUENTRA RECLUIDO AL DEL LUGAR DONDE SE LE INSTRUYE LA CAUSA. SU NEGATIVA PUEDE LESIONAR DIRECTAMENTE SU DERECHO A UNA DEFENSA ADECUADA, POR TANTO, ESA RESOLUCIÓN DEBE CUMPLIR CON LOS PRINCIPIOS DE DEBIDA Y ADECUADA FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, EXCLUYENDO ARGUMENTOS AJENOS A LOS LEGALMENTE APLICABLES Y CUESTIONES DE HECHO NO PROBADAS EN EL INCIDENTE RESPECTIVO", Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis III.2o.P.63 (10a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima

Época, Libro 12 Tomo IV, Noviembre de 2014, p. 3065. Registro digital. 2007969.

"SALUD, DELITO CONTRA LA. CONFIGURACIÓN DE LA MODALIDAD DE TRANSPORTACIÓN", Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis V.1o. J/24 (9a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tomo XVII, Junio de 2003, p. 881. Registro digital. 184009.

Resoluciones emitidas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso López y otros vs. Argentina*. "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 25 de noviembre de 2019, Serie C No. 396. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_396_esp.pdf

_____, *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia*. "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia del 27 de noviembre del 2013, Serie C No. 275. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf

_____, *Caso J. vs. Perú*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013", Serie C No. 275. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf

_____, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010", Serie C No. 215. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf

Resoluciones dictadas por otros tribunales

Colombia. Corte Constitucional de Colombia, SP-2940 de 2016, Ponente: Eugenio Fernández Carlier. 9 de marzo de 2016. Disponible en: http://www.

mamacoca.org/docs_de_base/Legislacion_tematica/CSuprema_Rad41760_consumo_9de%20marzo2016.pdf

_____, C-574 de 2011, Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. 22 de julio de 2011. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-574-11.htm

Capítulo VIII

Los delitos patrimoniales

Mariana Gil Bartomeu*
Luis Alberto Muñoz López**
Yuli Andrea Pliego Pérez***

* Maestra en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Abogada de la Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia, A.C.

** Maestro en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Abogado de la Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia, A.C., Coordinador de Litigio en Equis: Justicia para las Mujeres, A.C.

*** Maestra en Derechos Humanos y Democracia por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Abogada de la Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia, A.C.

Los delitos Patrimoniales. I. Introducción a la problemática de juzgar con perspectiva de género; II. Breve descripción de los tipos penales; III. Problemas de las descripciones típicas; IV. Herramientas para la incorporación de la perspectiva de género.

I. Introducción a la problemática de juzgar con perspectiva de género

Los procesos penales tienen dos finalidades específicas según el ordenamiento jurídico mexicano; por una parte, el esclarecimiento del hecho y, por otra, la identificación de la persona que lo cometió o participó en su comisión. A dichas finalidades expresas en la ley procesal es necesario añadir en consideración a los derechos de las víctimas, garantizar la verdad y la justicia, aspectos que representan la contracara de las obligaciones de investigación, sanción y reparación.

Ello atiende a un cambio de perspectiva del proceso penal, ahora a la luz del paradigma de "justicia restaurativa", en el cual las víctimas juegan un papel central. El enfoque primario de la justicia restaurativa es la recomposición de las relaciones sociales, reconociendo que la comisión de delitos no es únicamente la transgresión a la ley o una acción en contra del Estado, sino que daña a las víctimas y a la comunidad (Márquez, 2007, pp. 201-212). De ahí que la resolución penal debe encontrarse orientada, no solo a sancionar el delito, sino a determinar la verdad, lograr el enjuiciamiento y castigo de los autores de los hechos (Corte IDH, 2009a, párr. 290-291), así como lograr una reparación integral del daño con objetivo, no solo la retribución monetaria, sino precisamente, la recomposición del tejido social.

Adicionalmente, se ha desarrollado como estándar en aquellos hechos que además de delitos constituyan violaciones a los derechos humanos, la debida diligencia. Dicha obligación ha sido reconocida y desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su jurisprudencia, estableciendo que la obligación de investigar debe llevarse a cabo sin importar quién sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado (Corte IDH, 2009b, párr. 78).

Respecto a estándares aplicables a los procesos penales en casos que involucran a mujeres, el proceso penal acusatorio se ha vislumbrado como un proceso que permite fortalecer el respeto a los derechos humanos de las personas involucradas en un procedimiento penal, ya sea como víctimas, indiciadas, imputadas, acusadas, sentenciadas o, incluso, como testigos, garantizando que ciertos grupos que se han mantenido en condición de vulnerabilidad puedan acceder a la justicia.

Es importante que los procesos sean conducidos libres de cualquier prejuicio o estereotipo sobre las personas involucradas en los hechos, contrario a ello, deben encontrarse basados en elementos objetivos que permitan allegarse de la verdad y las condiciones reales en que sucedieron los hechos.

No obstante, juzgar con perspectiva de género no significa invisibilizar o desatender los roles o estereotipos que se presenten en el caso —como muchas veces se entiende—, sino todo lo contrario, exige hacerlos visibles y darles el tratamiento como elementos que explican o permiten dimensionar el hecho ocurrido.

Tradicionalmente se ha asumido una postura que asocia la perspectiva de género exclusivamente con asuntos que involucran a las mujeres. Dicha asociación no es gratuita, pues debe reconocerse que son mayoritariamente las mujeres las que sufren los efectos desventajosos de los roles que tradicionalmente son asignados. Sin embargo, no debe perderse de vista que la perspectiva de género atiende a todas aquellas situaciones que generan desventaja por la asignación social de roles y este-

reotipos, con independencia del sexo de pertenencia, identidad de género u orientación sexual. Los estudios de masculinidades, por ejemplo, revelan que esta perspectiva puede ser igualmente útil cuando se resuelven asuntos en los que participan hombres que ejercen masculinidades alternativas a la tradicional.

El impacto de género en los procesos exige reconocer que, por su adscripción sexo-genérica, las personas pueden ser objeto de múltiples discriminaciones y que ello puede ser un factor que motive, genere o explique el hecho que la ley tipifica como delito. De ahí que un proceso justo exija de la incorporación de perspectivas que permitan explicar esas discriminaciones en razón del sexo, identidad, orientación sexual o expresión de género de las personas.

Tratándose de delitos que implican violencia contra las mujeres, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém Do Pará) expresa que constituyen una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limitan total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades. Adicionalmente, incorpora obligaciones estatales encaminadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia, dentro de las cuales se encuentra el deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; así como acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

Los procesos penales también tienen ejes importantes que deben ser cumplidos para garantizar que se encuentran encaminados al esclarecimiento de los hechos y a la constatación de situaciones de violencia contra las mujeres o asimetrías de poder relacionadas con el género. En ese sentido se debe considerar (SCJN, 2016):

- **El contexto de violencia contra las mujeres.** Deberá indagarse la situación de violencia contra las mujeres en la comunidad, región o país, según resulte relevante; los mecanismos de atención y protección

existentes, así como la accesibilidad de los mismos, y; la efectividad de las instancias de justicia, los niveles de sanción o impunidad de violencia contra las mujeres.

- **Situaciones de poder por cuestiones de género que demuestren desequilibrio entre las partes.** En este sentido se debe evidenciar sobre la relación que subyacía entre las partes involucradas para identificar dichas situaciones a través de entrevistas a testigos de esa relación (aunque en principio no se encentren directamente relacionados con los hechos), de peritajes sociales y/o antropológicos, peritajes psicológicos, etc.

- **La existencia de roles o estereotipos que hayan provocado situaciones de ventaja o desventaja.** Esto con la finalidad de evidenciar las condiciones reales en las que ocurrió el hecho que se investiga y superar justificaciones o explicaciones tácitas que operen como prejuicios en la investigación y juzgamiento del caso.

- **Definirse el estado de vulnerabilidad de alguna de las partes en el caso concreto.** A través de elementos que permitan definir el estado de los involucrados en el momento en que ocurrieron los hechos.

- **El tipo de violencia que se presenta en el caso.** Deberá considerarse no solo la violencia más evidente ejercida contra quien resulte víctima, sino cualquier tipo de violencia que pueda haberse ejercido en el contexto del hecho.

Es importante señalar que estos estándares deben cumplirse, no solo cuando la víctima es una mujer, sino también cuando adopta el carácter de imputada, pues la experiencia revela que también en esos casos es posible identificar situaciones de violencia en razón de género que motivan o explican la comisión del ilícito y que son indispensables para lograr sentencias justas y garantizar un efectivo acceso a la justicia.

II. Breve descripción de los tipos penales[1]

Los delitos de naturaleza patrimonial representan más de una tercera parte de los delitos registrados en 2019. El Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal indica que el 36.2 de los delitos cometidos en 2019 corresponde a delitos de naturaleza patrimonial como robo, fraude, daño a la propiedad e incumplimiento de obligaciones familiares (INEGI, 2020a); por su parte el Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales, que abarca delitos de fuero común y federal reportados en 2019, señala que el 38.1% de los delitos corresponde a robo y daño en propiedad (INEGI, 2020b).

A parte de los delitos de robo, daño en propiedad y fraude, las diversas legislaciones estatales incorporan en sus respectivos Códigos Penales un apartado relativo a "Delitos patrimoniales"; en estos capítulos generalmente se suele incluir a los delitos de: robo, abigeato, fraude, abuso de confianza, usura, extorsión, despojo, daño en propiedad y encubrimiento por receptación. No obstante, existen en las legislaciones otros delitos cuyo contenido también tiene naturaleza patrimonial, tales como usurpación de identidad, violencia familiar en su vertiente de violencia económica y patrimonial y el delito de incumplimiento de obligaciones familiares, en concreto el incumplimiento de obligaciones alimentarias. A continuación, se realiza una breve descripción de estos tipos penales.

1. Robo

El tipo básico de robo conforme al Código Penal Federal lo constituye: "el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley" (CPF, 2020, art. 367). El tema económico radica en la pérdida de un bien del patrimonio de la víctima.

Diversas legislaciones reconocen en sus Códigos penales el robo equiparado, agravado y calificado. Entre los tipos específicos de robo que destacan está el robo

[1] Para efectos de este apartado se utilizará como base el Código Penal Federal, y si harán referencias a legislaciones de las entidades de la República.

de cosa propia cuando sea doloso y esté en poder de otro con título legítimo (Federal, 2020, art. 368 y; Baja California Sur, 2020, art. 225); el robo de energía eléctrica, fluidos, medios de transmisión como internet (Federal, 2020, art. 368 y; Campeche, 2020, art. 187); y el robo de ganado que en varias legislaciones tiene un apartado específico denominado abigeato (Baja California, 2020, art. 209 y; Campeche, 2020, art. 187).

El cometer el robo con violencia constituye una agravante o calificativa del delito en las treinta y dos entidades y en el Código Penal Federal, independientemente de que pueda constituir otro delito en cuyo caso se aplican las reglas del concurso de delitos (Federal, 2020, art. 372 y; Campeche, 2020, art. 188).

2. Abuso de confianza

El tipo penal básico conforme al Código Penal Federal establece que: "Al que, con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio" (2020, art. 382). El tema económico radica justo en el perjuicio recibido en el patrimonio de la víctima por la disposición de su bien por parte de otra persona que tiene la tenencia de dicho objeto. Las legislaciones de las entidades son, en términos generales, coincidentes con esta descripción.

3. Fraude

Conforme al Código Penal Federal, se comete el delito de fraude "el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido" (2020, art. 386). El tema económico se encuentra en la obtención del lucro mediante el engaño de otra persona.

Dentro del delito de fraude se encuentra una diversidad de fraudes específicos, algunas legislaciones incluyen la usura dentro del fraude (Coahuila, 2017, art. 292) mientras que otras lo ponen como delito aparte (Chiapas, 2020, art. 320 bis).

Dentro del fraude también se puede encontrar el delito de administración fraudulenta (Federal, 2020, art. 388); y el fraude familiar que consiste en el ocul-

tamiento, transferencia o adquisición de bienes a nombre de tercero en detrimento de la sociedad o patrimonio conyugal (Federal, 2020, art. 390 bis; Coahuila, 2017, art. 292 y; Colima, 2020, art. 201 bis).

4. Extorsión

Por extorsión, el Código Penal Federal señala que es: "Al que sin derecho obligue a otro a dar, hacer, dejar de hacer o tolerar algo, obteniendo un lucro para sí o para otro o causando a alguien un perjuicio patrimonial" (2020, art. 390).

Respecto a este delito es importante mencionar que diversas legislaciones no lo incorporar en el apartado de delitos patrimoniales como Chihuahua que lo ubica en el apartado de delitos contra la paz, la seguridad de las personas y la inviolabilidad del domicilio (2020, art. 204 bis), Coahuila que lo ubica en delitos contra la seguridad pública de la personas (2017, art. 332 y ss).

5. Despojo

El despojo conforme al Código Penal Federal tiene dos vertientes:

> Al que de propia autoridad y haciendo violencia o furtivamente, o empleando amenaza o engaño, ocupe un inmueble ajeno o haga uso de él, o de un derecho real que no le pertenezca;
>
> II.- Al que de propia autoridad y haciendo uso de los medios indicados en la fracción anterior, ocupe un inmueble de su propiedad, en los casos en que la ley no lo permite por hallarse en poder de otra persona o ejerza actos de dominio que lesionen derechos legítimos del ocupante, y
>
> III.- Al que en los términos de las fracciones anteriores, cometa despojo de aguas. (2020, art. 395).

En este delito, algunas legislaciones diferencian el despojo de inmuebles destinados al servicio público como Nayarit.

6. Daño en propiedad

El daño en propiedad ajena es la destrucción o deterioro de una cosa ajena en perjuicio de su dueño (Federal, 2020, art. 399 y; Ciudad de México, 2020, art. 239).

Algunas disposiciones distinguen delitos contra el desarrollo urbano penalizando la destrucción o deterioro de espacio público, esculturas, realización de grafiti (Hidalgo, 2020, art. 223 y; Jalisco, 2020, art. 253, 261 bis).

7. Encubrimiento por receptación

Este delito se atribuye "a quien después de la ejecución de un delito y sin haber participado en él, adquiera posea, desmantele, venda, enajene, comercialice, trafique, pignore, reciba, traslade, use u oculte el o los instrumentos, objetos o productos de aquél, con conocimiento de esta circunstancia" (Ciudad de México, 2020, art. 243).

En este delito el tema de tener conocimiento es relevante, pero el no saberlo no exime de la responsabilidad si el poseedor fue omiso en tomar las precauciones indispensables para cerciorarse de la legitima procedencia del objeto (Ciudad de México, 2020, art. 244 y; Federal, 2020, art. 400).

8. Violencia familiar (económica y patrimonial)

La mayoría de las legislaciones contienen el delito de violencia familiar, la cual puede ser física, psicológica sexual, y también económica y patrimonial, solo la legislación de Chiapas establece un tipo penal diferente de violencia económica o patrimonial (2020, art. 316 bis y 316 ter).

Las legislaciones en sus respectivos apartados definen ambos tipos de violencia. El Código Penal para la Ciudad de México las define como:

> III. Violencia Patrimonial: A todo acto u omisión que ocasiona daño ya sea de manera directa o indirecta, a los bienes muebles o inmuebles, en menoscabo de su patrimonio; también puede consistir en la perturbación a la posesión, a la propiedad, la sustracción, destrucción, menoscabo, desaparición, ocultamiento o retención de objetos, documentos personales, bienes o valores, derechos patrimoniales o recursos económicos;
>
> …
>
> V. Violencia Económica: A toda acción u omisión que afecta la economía del sujeto pasivo, a través de limitaciones encaminadas a controlar el ingreso de sus percepciones económicas y puede consistir en la restricción o limitación de los recursos económicos…(2020, art. 201).

9. Incumplimiento de obligaciones alimentarias

Este delito si bien se encuentra fuera de los delitos patrimoniales, tiene contenido económico al tratarse de dejar de dar alimentos sin causa justificada (Federal, 2020, art. 336), o ponerse dolosamente en estado de insolvencia para dejar de dar los alimentos a quien tiene derecho de recibirlos (Federal, 2020, art. 336 bis).

III. Problemas de las descripciones típicas

Existen diversas normas de índole nacional e internacional que obligan al Estado mexicano a legislar y juzgar libre de cualquier estereotipo o prejuicio de género y para lograr la garantía adecuada de dichas obligaciones y los correspondientes derechos de las personas, es indispensable ser conscientes de las cargas simbólicas y de género que conllevan las normas penales. No puede pasarse por alto que las normas que constituyen el ordenamiento jurídico mexicano, con frecuencia es el reflejo de una experiencia puramente masculina y de personas sin vulnerabilidades o experiencias de desventaja social (Argumentación desde la Perspectiva de Género, 2017).

En ese sentido, es importante identificar las particularidades de la investigación y sanción del fenómeno criminal de los delitos patrimoniales desde un enfoque de género e interseccionalidad que se relacionen con la forma en que se encuentra legislado, así como con la interpretación que tradicionalmente se hace de sus elementos, siendo importante su visibilización para mejorar la investigación, juzgamiento y sanción del fenómeno delictivo en cuestión.

1. Implicaciones sobre los delitos patrimoniales en atención a la integración de tipos y áreas especiales para la atención de violencia de género y otras desigualdades

Desde hace una década, el Estado mexicano ha impulsado diversas acciones afirmativas con la finalidad de brindar una atención diferenciada a la violencia de género y otras formas de desigualdad.

Dentro de dichas acciones se observa un avance importante en la garantía de los derechos de las mujeres, no obstante la mayoría de esos esfuerzos se han centrado en la protección de las mujeres cuando se constituyen formalmente como víctimas de un delito o de una falta y no así, cuando adoptan el papel de imputadas, procesadas o sentenciadas, situaciones en las que no se han considerado regulaciones específicas y que, pocas veces, incorporan interpretaciones que atiendan a la motivación de esas conductas y su relación con la violencia de género, como se abundará más adelante.

2. Discriminación indirecta en la redacción de los delitos patrimoniales

Las formas de discriminación pueden ser directas, pero también indirectas. La discriminación directa es el tratamiento diferenciado basado en alguno de los rasgos prohibidos por las normas que vulnere derechos fundamentales. La discriminación indirecta, en cambio, se produce cuando el derecho da un tratamiento *formalmente* neutro entre grupos o personas que en los *hechos* son diferentes, por lo que el grupo de mayor debilidad se ve afectado (CONAPRED, 2011).

Este último fenómeno es el que se actualiza particularmente en los tipos penales que se encuentran en las legislaciones estatales en el apartado específico de delitos patrimoniales (a diferencia de los delitos de violencia familiar e incumplimiento de obligaciones alimentarias), pues, aunque aparentemente implican un tratamiento igualitario *formal* para sus destinatarios/as, es decir, no discriminatorio, lo cierto es que sus repercusiones *reales* entre personas con diferentes condiciones sociales o personales, genera consecuencias desiguales y perjudiciales.

Ello se debe, principalmente, a las cargas simbólicas y sociales que implican muchos de los conceptos y situaciones descritas por las hipótesis delictivas, las cuales se manifiestan en forma de estereotipos y prejuicios[2] de las personas operadoras a la luz de los cuales investigan, procesan y juzgan estos delitos.

3. Sobre la "neutralidad" de los tipos penales patrimoniales

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el principio de igualdad como uno de los ejes rectores del ordenamiento legal del país. Dicho principio lo encontramos enunciado de forma general en el artículo 1º constitucional y, de forma particular respecto a las formas de juzgamiento, en el artículo 13 que establece que: *nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales.*

Con estas disposiciones se pretende impedir que se otorguen privilegios y se hagan distinciones entre las personas que acuden a la justicia y vincula al poder legislativo a emitir leyes de carácter general, abstractas e impersonales. En ese sentido, se estima que se ha cumplido con el principio de igualdad —en la vertiente formal-legal que ha quedado expuesta— cuando las normas se formulan de forma neutra, es decir, sin prever características especiales de los sujetos que puedan intervenir en el hecho.

[2] Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que "…el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente…La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer. (CorteIDH, 2009a, párr. 102).

Sin embargo, al hacer cuestionamientos a esas formulaciones aparentemente neutras, y relacionarlos con las condiciones particulares de vida de las personas —especialmente las que viven situaciones de vulnerabilidad— se hace evidente que las soluciones no resultan justas ni equitativas, demostrando que las fórmulas legales, en realidad, se encuentran construidas sobre parámetros capacitistas, androcéntricos, adultos céntricos, entre otros.[3]

Por ello, como un primer acercamiento general, atendiendo a las particularidades de cada caso y al perfil de las víctimas y personas imputadas, se deberá cuestionar la neutralidad de las normas dado que hay una profunda aceptación y arraigo de los estereotipos en las sociedades que los crean, reproducen y transmiten (SCJN, 2020, pág. 237) "…el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de derechos humanos" (Corte IDH, 2012a, párr. 120).

IV. Herramientas para la incorporación de la perspectiva de género

1. Análisis de Perspectiva de Género

Las mujeres pertenecen a un grupo social que históricamente ha sido relegado, violentado sistemáticamente y menoscabado en derechos y libertades, a través de relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres, que afectan en todas las esferas de sus vidas y lesionan gravemente su dignidad. Esta asimetría de poder es un componente común entre la discriminación y la violencia, pues el poder converge en todas las relaciones humanas. Existen múltiples poderes respecto de las cosas, de las personas y de la forma en que nos comunicamos.

[3] Como lo apunta el autor Fernando Rey Martínez: "La experiencia histórica confirma, una y otra vez, que la identidad jurídica de trato entre mujeres y hombres actúa más bien como un instrumento de conservación del status quo, más que como un punto de partida para un desarrollo futuro más igualitario. Cuando un derecho neutral se enfrenta a un estado de desequilibrio social entre los sexos y, paralelamente, a una situación de superior importancia del grupo de los varones (…) entonces no puede (el derecho) desempeñar una función de igualación y se llega, por el contrario, a una toma de partido unilateral a favor de los hombres y en detrimento de las mujeres. En otras palabras, en una situación de desigualdad real y efectiva de las mujeres la adopción de un derecho neutro no es una decisión neutral (Rey, 2005, pp. 56 y ss).

Cuando se realiza un juzgamiento con perspectiva de género, se busca identificar jurídicamente alguna condición de desigualdad a través de un análisis sobre las distintas formas en que se expresa el poder en un contexto determinado (temporal, geográfico, laboral, económico, social, cultural, etc.), porque todas ellas inciden en el ejercicio de los derechos y en la interpretación que se da a los conflictos que surgen entre éstos. El poder en el ámbito jurídico puede ser definido de acuerdo con su origen, como:

- Poder formal o *de iure* → deriva de una norma o mandato, como podría ser un contrato, un nombramiento en una dependencia de gobierno o en una empresa. El mandato legal es el que nos ayuda a acreditar este poder.

- Poder informal o *de facto* → poder que se ejerce de manera real, con base en la posición que otorga una persona o grupo de personas a otra más y que se sustenta en prácticas culturales o creencias sociales; por ejemplo, privilegiar a la novia del jefe o a la hija del jefe, mediante un trato diferente preferente, que le permiten cosas que no se permiten a otras personas.

- Simbólico → poder que ejerce una persona sobre otras y que deriva de la posición que la cultura o el contexto social le atribuyen (Bourdieu, 2000, pp. 65-73). En este caso, las personas adquirimos posiciones por lo que "representamos" para otra (s) persona (s); por ejemplo, los vecinos que se congratulan de otro vecino por ser juez, policía, con el jefe, o por cualquier actividad que implique "simbólicamente superior".

El poder simbólico ha sido analizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparación del daño: en el caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú señaló que la violencia sexual se utilizó como un "medio simbólico para humillar a la parte contraria"(Corte IDH, 2008); de forma similar, en el caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala señaló que las violaciones sexuales masivas contra las mujeres mayas tenían un efecto simbólico porque es a ellas a quienes se les atribuye la reproducción social del grupo y a quienes personifican valores que deben ser reproducidos en la comunidad (Corte IDH, 2012b).

El punto relevante con el análisis del poder es comprender que, dependiendo cómo se da este, se convierte en un factor que nos coloca en distintas posiciones de igualdad y desigualdad: de acuerdo al origen de los poderes tenemos mayor o menor riesgo de ser víctimas de un delito; o bien, nos da mayores o menores ventajas para realizar una conducta (cometer un delito, celebrar un contrato, etc.) y; por lo mismo, los sistemas de procuración e impartición de justicia tienen obligación de valorar este factor.

También es importante señalar que socialmente el poder se expresa a través de conductas misóginas y sexistas que, al estar tan arraigadas en las personas, son normalizadas hasta el punto de ser imperceptibles, incluso para los propios operadores de justicia. De ahí que, el conocer y aplicar herramientas metodológicas que nos permitan identificar objetivamente si en cualquier caso advertimos relaciones asimétricas de poder, estereotipos, prejuicios o cualquier forma de discriminación, que pudiera influir en alguna decisión o investigación, resulte trascendental para cualquier investigación.

Ahora bien, el trato brindado durante el proceso, aunque no incide directamente sobre la investigación de un hecho, sí que tiene implicaciones esenciales sin los cuales no sería posible realizar una investigación con perspectiva de género, ya que la falta de adopción de esos recursos ha llevado a la baja utilización del sistema de justicia de parte de las mujeres y personas con manifestaciones de género no tradicionales, al no poder brindar protección o garantías a su seguridad. Sobre este aspecto, pueden resaltarse los siguientes estándares de actuación (CEDAW, 2017, párr. 32):[4]

- Consideración oportuna de los recursos legales y materiales existentes para brindar protección a las mujeres y otras personas víctimas de violencia de género.

[4] La mayoría de ellos reconocidos en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que ha tenido lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008.

- Garantizar el derecho a recibir asistencia jurídica y psicológica especializada y gratuita a lo largo de la investigación y del procedimiento.
- Identificación oportuna de riesgos derivados de la interposición de denuncias o acceso a las instancias de justicia.
- Evitar la victimización secundaria, procurando que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia.
- Resguardar la imagen y datos personales de las víctimas de violencia que puedan producir o incrementar el riesgo que enfrentan.
- Bridar acceso a los mecanismos alternativos de solución de controversias únicamente cuando se garantice el consentimiento libre e informado de las víctimas y no se adviertan nuevos riesgos.

2. Estándares de atención en casos de Mujeres

Los estándares de atención a mujeres no solo deben ser considerados cuando se trata de mujeres víctimas directas de delito violencia de género o que sean reconocidas como tales en las investigaciones, sino que deben hacerse extensivas a las mujeres que participan en los procesos de acuerdo con las circunstancias de los hechos que se investigan.

Por otro lado, cuando las mujeres enfrentan riesgos de ser víctimas derivado de la comisión de un delito, tienen derecho a ser protegidas de forma diferenciada al resto de las personas. Esto se ha reconocido en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de violencia a través de las órdenes de protección, sin embargo, se convierten en derechos de papel cuando las autoridades manifiestan desconocerlas o no tener competencia para ordenarlas. En el caso de los ministerios públicos suele confundirse su procedencia con las medidas de protección reguladas por el artículo 137 del CNPP.

Las órdenes de protección son mecanismos que los Estados han implementado para brindar atención urgente a las mujeres víctimas de violencia, de acuerdo con la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, estas pueden ser solicitadas por la víctima o por cualquier persona, debiendo emitirse de manera inmediata, en este caso, por el Ministerio Público que tenga conocimien-

to del riesgo, cuando sean órdenes de emergencia con una duración de hasta 72 horas. Es pertinente señalar que la duración de las órdenes no impide que las mismas puedan volverse a emitir —nuevamente con duración de 72 horas— cuando el riesgo no ha cesado; aunado a ello, no es requisito de su emisión que el riesgo se manifieste en la comisión de un delito, por el contrario, lo que tratan de evitar es que ese delito ocurra, por lo que menos aún podrá exigirse que se levante una denuncia penal.

Por lo que hace a las mujeres que son procesadas como posibles participes del delito, se debe tener presente que, de acuerdo con los roles y las cargas de género impuestas, las mujeres son quienes se hacen cargo principalmente de quienes requieren cuidados, y ello exige cerciorarse de la existencia o no de este rol de cuidado y considerarlo en las acciones posteriores que se realicen, particularmente ante la imposición de una medida cautelar. El artículo 113 del CNPP ha reconocido un derecho especial de las personas imputadas a "solicitar desde el momento de su detención, asistencia social para los menores de edad o personas con discapacidad cuyo cuidado personal tenga a su cargo". En estas condiciones, es importante resaltar:

Tabla 1. Actos a realizar en las primeras etapas del procedimiento

Etapa procesal	Estándar de actuación	Acciones concretas
Cualquier momento del proceso	Garantizar el derecho a una vida libre de violencia	• Acordar las medidas de protección que le sean presentadas: - No deberá exigirse la presentación de una denuncia ni la actualización de un delito. - Deberá reexpedir la orden cuando no exista certeza de seguridad. - Dar seguimiento para que su ejecución se realice con la mayor celeridad posible.

Control de detección/ formulación de imputación/auto de vinculación a proceso	Garantizar la aplicación equitativa de la ley y el principio de menor separación de la familia	• Corroborar la existencia de personas bajo cuidado de la mujer indiciada. • Obtener información sobre su ubicación e institución encargada de su resguardo. • Considerar la existencia de personas dependientes de la mujer indiciada para efectos de determinar medidas cautelares.

3. Análisis de Interseccionalidad

El Instituto Nacional de las Mujeres ha definido a la interseccionalidad como: "una categoría de análisis para referir los componentes que confluyen en un mismo caso, multiplicando las desventajas y discriminaciones. Este enfoque permite contemplar los problemas desde una perspectiva integral, evitando simplificar las conclusiones y, por lo tanto, el abordaje de dicha realidad" (Instituto Nacional de Mujeres, sin año).

La importancia de este enfoque radica en la posibilidad de identificar en cada persona, mujer u hombre, víctima o imputado con quien tengan contacto o a quien le brinden un servicio público, si coexisten en él o ella condiciones de contexto que por su pertenencia e identidad a diversos grupos históricamente discriminados o en situación de vulnerabilidad, subsista una interacción o intersección de discriminaciones que lo/la vulneren desde diferentes formas y magnitudes en el goce y ejercicio de sus derechos y libertades.

El enfoque interseccional o contextual de la discriminación reconoce que las personas no experimentan la discriminación en un vacío, sino dentro de un contexto social, económico y cultural determinado, en donde se construyen y reproducen los privilegios y las desventajas (Comité DESC, 2009). Por lo que, las personas, en general, son discriminadas no por quiénes son, sino por lo que se piensa que son o por lo que se representan los demás sobre ellos; es decir, en

virtud de una asignación de estereotipos sociales o culturales negativos que involucran muchas características de la persona.

Por lo tanto, la finalidad práctica de realizar este análisis de interseccionalidad, implica por un lado, la obligación de eliminar todas las formas de discriminación, los obstáculos y las barreras físicas, sociales, ideológicas y culturales, que impidan a las personas tener un acceso a la justicia y al debido proceso en igualdad y no discriminación; por otro lado, también permite a las autoridades identificar las necesidades personales y específicas de cada usuario, lo que permite realizar los ajustes razonables a los procedimientos que sean necesarios. Sin embargo, encontramos una tercera utilidad no menos importante, ya que al poder identificar los diversos factores de discriminación que pueden ser interseccionales en una persona, como consecuencia, también se pueden identificar los diversos estereotipos que pueden afectar de forma diferenciada a esta persona y que, en cualquier delito son fundamentales, ya que permiten identificar causas no evidentes en la comisión de delitos.

Tabla 2. Actos a realizar relacionados con la interseccionalidad

Etapa procesal	Estándar de actuación	Acciones concretas
Etapa inicial, intermedia y de juicio	Garantizar el principio de igualdad sustantiva	Identificar condiciones de vulneración que impliquen la necesidad de realizar ajustes al procedimiento como: a. Prueba anticipada. b. Declaraciones mediante medios electrónicos. c. Intérpretes o traductores.
Sentencia	Garantizar el principio de igualdad sustantiva	Identificar el móvil del delito para determinar si está relacionado con género u otras condiciones de vulneración para determinar factores que mermen la voluntad de la conducta derivada de relaciones de poder.

		Dependerá del caso en concreto y de las pruebas desahogadas en juicio de las que se pueda extraer la información como: a. Solicitar estados de cuenta. b. Declaraciones patrimoniales. c. Seguimiento del dinero. d. Análisis de redes sociales y familiares e. Análisis de redes digitales.

4. Análisis de Contexto

El análisis de contexto es "una metodología utilizada principalmente en la documentación e investigación realizada en las ciencias sociales que, en esencia, supone que ciertos eventos pueden adquirir connotaciones diferentes cuando se estudian de manera aislada o cuando se consideran las circunstancias de su entorno" (Clarke, 2016), cuyo propósito principal es "develar los hechos, conductas o discursos relevantes que afecten la comprensión de los eventos sociales que se estudian o investigan" (FLACSO, 2017, p. 30).

Analizar el contexto debe abarcar dos dimensiones principalmente; por un lado, un contexto general de los hechos en el que se incluyan las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ejecución de los hechos, así como las posibles condiciones del entorno que pudieron favorecer, presionar o agravar la problemática de la persona al momento de cometer un hecho delictivo. La siguiente dimensión, necesariamente tiene que ser lo relativo a las condiciones personales o particulares de la persona que comete un delito, a través de identificar situaciones de cualquier tipo de violencia, acoso u hostigamiento y las características de identidad, así como su condición económica, patrimonial, condición laboral, redes de apoyo, nivel de educación, etcétera.

En el Amparo Directo 29/2017, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hizo referencia a estas dos dimensiones del contexto en casos par-

ticulares de violencia de género, señalando el contexto objetivo, que se corresponde con el entorno sistemático de opresión que viven las mujeres, y el contexto subjetivo, que se expresa en el ámbito particular de una relación o en una situación concreta que las coloca en posición de vulnerabilidad y en la posibilidad de ser agredidas y victimizadas. Resulta conveniente trasladar esta esquematización del contexto para explicar su importancia en la investigación, no solo de hechos que implican violencia de género, sino que implican a personas en otras situaciones de vulnerabilidad.

Este tipo de análisis resultan relevantes cuando además se plantean desde un enfoque interseccional, es decir, que no se enfoque de manera exclusiva en alguna de las condiciones de la persona, sino que se valore el contexto particular de la persona en atención a todas sus intersecciones. En ese sentido, no es el mismo contexto el que rodea a un hombre heterosexual, adulto, orientado conforme a los roles de masculinidad de su entorno, que una mujer trans y bisexual que, puede ser contraria al orden moral de su comunidad. En este último caso, esas condiciones en su conjunto deberán considerarse como un posible móvil del ilícito y exigirán un análisis de su contexto a nivel personal y comunitario.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las autoridades encargadas de la investigación deben asegurar que en el curso de estas se valoren los patrones sistemáticos (Corte IDH, 2007, p. 64) y la estructura en la cual se ubican las personas involucradas, de acuerdo con el contexto en que ocurrieron, "evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación" (Corte IDH, 2009c, párr. 215-217).

En ese sentido, la investigación de contexto no solo representa una obligación de las autoridades investigadoras, sino parte del derecho de las víctimas a la verdad y de acceso a la justicia. De modo que, incluso si el hecho investigado puede adecuarse típicamente a un delito o a categorías jurídicas que no se corresponden con la verdad, se estará vulnerando el derecho a la justicia de las víctimas, pues estará privilegiando una respuesta del sistema penal con base en una versión de hechos que no surge de una investigación exhaustiva y diligente, sino de la interpretación arbitraria de las evidencias (SCJN, 2015). La misma Corte Interamericana ha señalado que el derecho de las víctimas directas e indirectas a obtener el

esclarecimiento de los hechos y las responsabilidades, es el núcleo del derecho a la verdad (Corte IDH, 2000).

En general, esta herramienta de análisis es transversal y medular en todas las investigaciones que con motivo de sus funciones realice el Ministerio Público, ya que brinda información necesaria y suficiente para abarcar de manera integral todos o cualquier hecho denunciado, así como la conducta desplegada por el sujeto activo, la lesión o daño que sufrió la víctima —ya sea directa, indirecta, potencial o colectiva—, con lo que se evidencian situaciones que permitan saber si se está en presencia de una organización criminal, si el sujeto activo fue instrumentalizado, si existen aparatos organizados de poder, si son hechos aislados, si son patrones de conducta que ya habían ocurrido con anterioridad, si es un actuar recurrente, si pudiera existir una causa que verdaderamente excluya o extinga un delito, que en efecto hubo dolo y no coacción, error o engaño, entre otros.

En los casos que involucran a personas en situación de vulnerabilidad, el análisis de contexto resulta particularmente importante, por la situación histórica de desventaja y desigualdad que enfrentan estos grupos. En muchas ocasiones ese contexto permitirá observar las prácticas discriminatorias o de opresión que ayuden a explicar o entender por qué ocurre un hecho y la forma en que se manifiesta, es decir, a esclarecer el móvil del delito.

Tabla 3. Actos a realizar relacionados con el contexto

Etapa procesal	Estándar de actuación	Acciones concretas
Sentencia	Aplicación de enfoque derechos humanos, género e interseccionalidad.	Allegarse de informes nacionales, regionales e internacionales sobre la situación de los derechos humanos de las mujeres y otros grupos en situación de vulnerabilidad para identificar contextos generales en los que se pueden ver afectados sus derechos con relación a las conductas típicas del conocimiento.

Sentencia	Igualdad sustantiva. Vida libre de violencia.	Identificar, visibilizar y tomar en consideración para efectos de sanción y reparación del daño la existencia de condiciones personales de la persona imputada y víctima relacionadas con situaciones de vulneración y otros factores como educación y situación económica. Identificar, visibilizar y tomar en consideración para efectos de sanción la existencia de violencia y coerción para la comisión del delito por parte de la mujer imputada.

5. Medidas de protección

El reconocimiento de los derechos de las víctimas se ha ido ampliando y consolidando en las últimas décadas. Uno de los aspectos más relevantes de esos derechos, es la posibilidad de obtener medidas de protección cuando existe un riesgo para su integridad o su vida. En concreto, el artículo 20 Constitucional, apartado C, fracción IV, párrafo tercero, establece la obligación del Ministerio Público de garantizar la protección de las víctimas y ofendidos durante el proceso.

Reconociendo los riesgos que genera, en muchas ocasiones, el inicio de un procedimiento penal, esta protección se amplió a todas aquellas personas que deban intervenir en él, como los testigos.

Esta disposición constitucional se reglamentó en los artículos 137 y 367 del Código Nacional de Procedimientos Penales; el primero de ellos señala que las medidas de protección podrán ser ordenadas por el ministerio público cuando estime que el imputado representa un riesgo inminente en contra de la seguridad de la víctima u ofendido estableciendo distintas medidas de protección las cuales incluyen acciones de protección directas a la víctima, prohibiciones para el imputado

y la provisión de albergue o refugio temporal. De acuerdo con la normativa procesal, dichas medidas de protección solo tendrán una duración de 60 días naturales que podrá prorrogarse hasta por 30 días más.

Por su parte, el artículo 367 establece que podrán otorgarse "medidas especiales" para proteger la integridad de los testigos y sus familiares, por un tiempo razonable y las cuales podrán renovarse las veces que resulten necesarias. Estas medidas especiales y sus reglas también son aplicables a las víctimas y sus familiares antes o después de prestadas sus declaraciones. Este punto es relevante para la protección de las personas que denuncian actos y que no tienen la calidad de víctimas.

Como puede observarse, los plazos de las medidas de protección son más limitados que los previstos para el procedimiento (muy pocos procedimientos concluirán en un plazo de 60 o 90 días), si bien se trata de una deficiencia del ordenamiento procesal.

Aunque en términos del Código Nacional de Procedimientos Penales, se les denomina medidas de protección, no debe olvidarse su naturaleza como "medidas cautelares" y, como tales, forman parte del derecho a una tutela judicial efectiva, que no implica únicamente el derecho de acceder a los tribunales para defender un derecho, sino que, además, debe incluirse la tutela cautelar, la cual iniciará, en este caso, ante la instancia del Ministerio Público. Si estas garantías de protección no existen para las personas involucradas en los procesos, el Ministerio Público no puede mantener expectativas de que participen y, por tanto, que se cumpla la función que le ha sido encomendada.

Las víctimas y testigos pueden vivir distintas formas los riesgos, algunas veces son más evidentes y otras requieren de un análisis contextual para comprenderlas. Por ejemplo, en algunas ocasiones, pueden ser blancos directos de amenazas o amedrentamientos para impedir que participen y, en otras, se afectará a sus familiares (a través de lesiones, secuestros o hasta la muerte) con la intención de obligar a que la persona se abstenga de rendir su testimonio o denuncia. El tipo de riesgo que enfrenten las víctimas o testigos deberá determinar de forma razonada la medida de protección que resulte más idónea.

El estándar probatorio que rige a estas medidas de protección es relativamente bajo ya que la afectación a los bienes jurídicos y derechos del imputado, es de una magnitud mínima en comparación al riesgo que podría estar enfrentando la víctima —sin olvidar que cada caso concreto requiere su propia valoración (Zeferín, 2016, p. 163).

La emisión de medidas de protección, además, debe ser especialmente considerada en casos en los que la persona investigada ya ha sido enterada de la investigación, pero, por distintas circunstancias, no fue posible su vinculación a proceso con la consecuente determinación de medidas cautelares, pues en esos casos los riesgos para las víctimas no alcanzaron a ser valorados por la autoridad judicial y ello no puede ser esgrimido por la fiscalía para justificar sus omisiones en la protección de víctimas y testigos.

Tabla 4. Actuaciones relativas a medidas de protección

Etapa procesal	Estándar de atención	Acciones concretas
Desde audiencia inicial o en el primer momento en que víctima o testigo participen en el proceso	Garantizar el derecho de las víctimas y testigos a ser informados de los derechos que les reconoce la Constitución	Hacer del conocimiento expreso de las víctimas y testigos, su derecho a obtener medidas de protección. Es decir, que se deberá mencionar este derecho de forma oral sin perjuicio de que el resto de sus derechos se hagan saber mediante escrito.
Vinculación	Garantizar la protección de las víctimas y testigos en el momento oportuno y durante el tiempo necesario.	Una vez obtenida la vinculación a proceso de la persona investigada, debe valorarse una medida cautelar homóloga de la medida de protección ordenada, de esta forma su vigencia se extenderá por el mismo tiempo que dure el proceso.
Cualquier etapa	Garantizar la protección de las víctimas y testigos	Cuando el imputado o su defensa soliciten la cancelación de la medida de protección, el Juez de valorar bajo un alto estándar de prueba que las causas que

		dieron origen a las medidas desaparecieron, es decir, que ya no existe riesgo para la víctima, debe haber una comprobación de su seguridad.
Cualquier etapa	Garantizar los derechos de protección especial	Implementar las medidas cautelares (cualquiera que sea su denominación —órdenes de protección, medidas urgentes de protección, etc.) previstas en los distintos ordenamientos jurídicos según los derechos especiales que confieran a las personas, por ejemplo: • Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. • Ley de Migración • Ley General de Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

6. Reparación integral del daño

La finalidad de la reparación del daño es lograr el pleno restablecimiento de la situación que una persona tenía antes de que fueran vulnerados sus derechos. Para ello, el derecho se vale de diversas figuras que buscan reparar, resarcir y restablecer los bienes y derechos afectados, dependiendo de la naturaleza y magnitud del daño. En concreto, la teoría de las reparaciones desarrollada en Latinoamérica y retomada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado diversas formas de reparación, tales como:

- **Restitución (reparación** in natura**).** Consiste en restablecer la situación existente antes de existir la acción u omisión (Corte IDH, 1995) y para ello se apoya de la reparación *in natura,* que busca devolver a la víctima el bien o la posibilidad de ejercer el derecho que le fue negado o de seguir ejerciéndolo si le fue limitado (Corte IDH, 2012c, párr. 15).

- **Indemnización**. Representa la forma de reparación por excelencia. Debe considerarse de carácter compensatorio, representando justo lo necesario para resarcir el daño causado. La Corte Interamericana ha utilizado el "criterio de equidad" para determinar los montos monetarios que se deberán cubrir por determinados daños. Se trata de una herramienta que le permite al juez liquidar el monto del daño del modo más justo posible través de una valoración equitativa (Jiménez, 2013, p. 7).

- **Medidas de rehabilitación.** Implican, básicamente, la atención médica y/o psicológica o psiquiátrica que debe garantizarse a las víctimas. También incluyen servicios jurídicos y sociales. Algunas de las características que revisten las medidas de rehabilitación, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, son: que se brinde atención de forma inmediata y gratuita, por el tiempo que sea necesario, a través de las instituciones del Estado y en caso de no ser posible, por instituciones privadas, debiendo resultar gratuito para la víctima.

- **Medidas de satisfacción**. Se trata de una forma de reparación simbólica, es decir, atiende a la dimensión de conciencia colectiva que debe ser reparada, buscando restablecer la dignidad de las víctimas y difundir la verdad de lo sucedido (Saavedra, 2013, p. 31).

- **Garantías de no repetición**. Se trata de medidas de alcance general que tienen un efecto que sobrepasa al caso concreto, pero que se deriva de éste, guardando un nexo de causalidad (Saavedra, 2013, p. 36). Las garantías de no repetición tienen una vocación transformadora que buscan modificar las circunstancias en que acontecieron determinados actos ilícitos (Corte IDH, 2012a, párr. 450).

Es importante considerar que, a pesar de que las legislaciones locales no prevean medidas de reparación integral, debe interpretarse en armonía con las medidas de reparación desarrolladas por la Ley General de Victimas, aunado a las obligaciones internacionales que ha adoptado el estado en materia de reparación integral.

En este sentido se ha pronunciado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Amparo Directo en Revisión 4069/2018 al señalar que el acceso a una reparación integral o justa indemnización es un derecho sustantivo y, por lo tanto, debe ser garantizado adecuadamente para su plena eficacia.

En el mismo precedente la Corte sustentó otros parámetros de la reparación del daño en materia penal que vale la pena reseñar brevemente:

- La vía para la exigencia de la reparación del daño no debe configurar una agravante de la situación de la víctima o que la exponga a sufrir un nuevo daño.

- La reparación del daño debe determinarse de forma oportuna, solo en casos justificados, hasta la etapa de ejecución de la sentencia.

- La reparación del daño no debe entenderse acreditada solo si se cumplen determinados requisitos, no se debe tratar como una lista de verificación, sino que deben considerarse las particularidades de cada caso.

- La determinación de la reparación del daño debe considerar la realidad de las víctimas y sus necesidades.

- La carga para probar el monto indemnizatorio no debe recaer enteramente en la víctima, en casos de imposibilidad de probar determinados daños, deberá acudirse al criterio de equidad.

Las medidas de reparación, además de ser integrales tienen que satisfacer un enfoque diferenciado que reconozca la situación particular de cada víctima y su contexto. Sobre este tema la Primera Sala ha desarrollado criterios desde la perspectiva de género (2018) que resultan plenamente aplicables para la consideración de otros grupos en situación de desventaja o vulnerabilidad, ha señalado que deberán considerarse los siguientes puntos para la determinación de reparaciones con enfoque diferenciado o de género:

- **¿cuál fue el daño?;**
- **¿quién lo cometió?;**
- **¿contra quién se cometió?;**
- **¿cuál fue su impacto específico y diferenciado?; y,**
- **¿cuál fue su impacto primario y secundario?**

Tabla 5. Acciones relativas a reparación integral del daño.

Etapa procesal	Estándar de atención	Acción concreta
Sentencia/ Ejecución	Garantizar el derecho a reparación integral	Se debe abandonar la visión tradicional de reparación del daño sólo como cuestiones económicas y determinar medidas de reparación tendientes a satisfacer a las víctimas y evitar que se vuelvan a producir daños (medidas de no repetición).
Sentencia/ Ejecución	Garantizar la reparación del daño por responsabilidad de agentes estatales.	En aquellos casos en los que el sentenciado sea un servidor público y haya cometido el delito en ejercicio de sus funciones, se deberá valorar que en la condena por reparación del daño se asiente la responsabilidad subsidiaria del Estado.

Bibliografía

BORDIEU, Pierre, (2000), "Sobre el poder simbólico", *en Intelectuales, política y poder*, traducción de Alicia Gutiérrez, Buenos Aires, UBA/ Eudeba.

CLARKE, Adele E., *et. al.*, eds., (2016), *Situational Analysis in Practice. Mapping Re-search with Grounded Theory*, Abingdon-Nueva York, Routledge.

GUTIERREZ R., Rodrigo y SALAZAR, P., Pedro, (2011), *Igualdad, no discriminación y derechos sociales, una vinculación virtuosa*, CONAPRED, México.

INEGI, (2020a). Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal, México.

_____, (2020b). Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales, México.

INSTITUTO NACIONAL DE LAS MUJERES, (2017), *Glosario para la Igualdad.* Disponible en: https://campusgenero.inmujeres.gob.mx/glosario/terminos/interseccionalidad

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION´S HUMAN RIGHTS INSTITUTE — Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales , Sede México. *Manual de Análisis de Contexto para Casos de Violaciones a los Derechos Humanos.* Disponible en: https://www.flacso.edu.mx/sites/default/files/violaciones-dd-hh-y-contexto-herramientas-propuestas-para-documentar-investigar.pdf

JIMENEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana, (2013),"La equidad en la cuantificación del daño de imposible (o muy difícil) probanza", *Revista Justicia y Derecho*, año 5, No. 8, agosto 2013, Perú.

MARQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E., (2007), "La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria", *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. X, núm. 20, julio-diciembre, Bogotá, D.C., Colombia.

REY MARTÍNEZ, Fernando, (2005), *El derecho a no ser discriminado por razón de sexo*, CONAPRED, México.

SAAVEDRA ÁLVAREZ, Yuria, (2013), Teoría de las reparaciones a la luz de los derechos humanos. Metodología para la Enseñanza de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos. Coedición: Suprema Corte de Justicia de la Nación y otras. Primera edición, México.

SERRANO, Sandra, SÁEZ TORRES, Macarena y MANTILLA FALCÓN, Julissa, (2017), *Argumentación desde la Perspectiva de Género,* de la Serie de Guías de Estudio de la Maestría en Derechos Humanos y Democracia, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

SCJN, (Suprema Corte de Justicia de la Nación) (2020), *Protocolo para juzgar con perspectiva de género,* 1a. Ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. disponible en: https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf

ZEFERÍN HERNPANDEZ, Iván Aarón, (2016), *La prueba libre y lógica. Sistema Penal Acusatorio Mexicano*, Primera edición, Instituto de la Judicatura Federal, México.

Legislación nacional

- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Código Penal para el Estado de Aguascalientes.
- Código Penal para el Estado de Baja California.
- Código Penal para el Estado de Baja California Sur.
- Código Penal para el Estado de Campeche.
- Código Penal para la Ciudad de México.
- Código Penal para el Estado de Chiapas.
- Código Penal para el Estado de Chihuahua.
- Código Penal de Coahuila de Zaragoza.
- Código Penal para el Estado de Colima.
- Código Penal del Estado Libre y Soberano de Durango.
- Código Penal del Estado de Guanajuato.
- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Guerrero.
- Código Penal para el Estado de Hidalgo.
- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.
- Código Penal del estado de México.
- Código Penal para el estado de Michoacán de Ocampo.
- Código Penal para el Estado de Morelos.
- Código Penal para el Estado de Nayarit.
- Código Penal para el Estado de Nuevo León.
- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca.
- Código Penal del Estado Libre y Soberano de Puebla.
- Código Penal para el Estado de Querétaro.

- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo.
- Código Penal del Estado de San Luis Potosí.
- Código Penal para el Estado de Sinaloa.
- Código Penal del Estado de Sonora.
- Código Penal para el Estado de Tabasco.
- Código Penal para el Estado de Tamaulipas.
- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala.
- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave.
- Código Penal del Estado de Yucatán.
- Código Penal para el estado de Zacatecas.
- Código Penal Federal.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.
- Ley General de Víctimas.

Legislación internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el jueves 7 de mayo de 1981, 1969.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará)". Publicada en la Primera Sección del Diario Oficial de la Federa ción, el martes 19 de enero de 1999, 1994.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, *Diario Oficial de la Federación* 12 de mayo de 1981.

Tesis jurisprudenciales

"ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO." Tesis [J.]: 1a./J. 22/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, abril de 2016. Reg. digital 2011430.

Tesis Aisladas

"PERSPECTIVA DE GÉNERO. FORMA EN LA QUE EL JUZGADOR DEBE APLICAR ESTA DOCTRINA AL DICTAR LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN." Tesis [A.]: 1a. CXCII/2018, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 61, Diciembre de 2018, Tomo I, Página: 370, Registro: 2018752.

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Amparo directo 29/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 12 de junio de 2019. (2017).

Amparo en revisión 1284/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 13 de noviembre de 2019. (2015).

Amparo directo en revisión 4069/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 8 de octubre de 2020.

Resoluciones emitidas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

_____, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (Corte IDH, 2000). Fondo, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70.

_____, *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

_____, *Caso Fornerón e hija vs. Argentina* (Corte IDH, 2012c). Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C No. 242.

_____, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009", Serie C No. 205. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf. (2009a)

_____, *Caso Kawas Fernández vs. Honduras* (Corte IDH, 2009b), "Fondo, reparaciones y costas", Sentencia de 3 de abril de 2009, Serie C No. 196. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_196_esp.pdf

_____, *Caso Maqueda vs. Argentina* (Corte IDH, 1995). Excepciones Preliminares, Resolución de 17 de enero de 1995, Serie C No. 18. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_18_esp.pdf

_____, *Caso Masacre de la Rochela vs. Colombia* (Corte IDH, 2007), Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf

_____, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala* (Corte IDH, 2012b). Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C No. 250. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf

_____, *Caso Radilla-Pacheco. vs. México* (Corte IDH, 2009c), Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf

_____, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010", Serie C

No. 216. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf.

Resoluciones emitidas por el Sistema Universal de Derechos Humanos

Comité DESC. *Observación General Nº 21, Derecho de toda persona a participar en la vida cultural* (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturas). Ginebra. Disponible en: https://www.refworld.org.es/publisher,CESCR,GENERAL,,4ed35beb2,0.html

Comité CEDAW, "Recomendación general 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19", Recomendación General 35, 26 de julio de 2017. Disponible en: «http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?281enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsldCrOlUTvLRFDjh6%2fx1pWAeqJn4T68N1uqnZjLbtFuaxmiWrx1jUjN2YPr87ua2opczpm8HRQTpbV8yB4xPAMNMdlvkcJoAEe33GIZ%2fzBVX».

Capítulo IX

El secuestro, la privación de la libertad y la desaparición

Volga de Pina*
Sandra Serrano**

* Maestra en Derechos Humanos y Democracia por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), sede México. Abogada postulante, ex integrante del Consejo Nacional Ciudadano del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas e investigadora del Observatorio sobre Desapariciones e Impunidad en México (ODIM).

** Doctora en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora-investigadora de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), sede México y Directora del Observatorio sobre Desapariciones e Impunidad en México (ODIM).

El secuestro, la privación de la libertad y la desaparición. I. Introducción; II. Las razones de género en las desapariciones; III. Principales problemas en las desapariciones; IV. La sentencia con perspectiva de género; V. La búsqueda de víctimas desaparecidas; VI. Reflexiones finales.

I. Introducción

Juzgar con perspectiva de género los delitos vinculados con la libertad personal impone diversos retos, tanto por su complejidad como por su vinculación con la violencia de género. Se han agrupado por dos razones: se trata de un segmento de delitos cuyas descripciones típicas contemplan una privación de la libertad y tienen en común que un número importante de víctimas tienen la calidad de desaparecidas.

La Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (2017) (Ley General en materia de Desapariciones o LGD) define a una persona desaparecida como:

> **La persona cuyo paradero se desconoce y se presuma, a partir de cualquier indicio, que su ausencia se relaciona con la comisión de un delito (art. 4, f. XV).**

Se trata de un término amplio que no se limita a un delito en particular y de hecho, involucra otros en los que el paradero de las víctimas es desconocido. Por

esto, lo que coloquialmente se conoce como "desapariciones", en materia penal puede referirse a casos de desaparición forzada y cometida por particulares, pero también de secuestro, privación ilegal de la libertad, plagio, trata y otros. Frente a todos existen deberes reforzados de debida diligencia cuando constituyan violencia de género.

El fenómeno de la desaparición de personas en México es de enormes proporciones, de acuerdo con datos oficiales de la Comisión Nacional de Búsqueda, que es la instancia que tiene a cargo el Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas,[1] al mes de septiembre de 2021 existen 91,534 personas desaparecidas,[2] de estas 22,591 son mujeres, adolescentes y niñas (Comisión Nacional de Búsqueda, 2021a p. s/p). Además, se tiene registro de más de 38,000 cuerpos sin identificar (Tzuc, 2020), muchos de los cuales podrían corresponder a persona-s desaparecidas.

Es difícil saber cómo son juzgados los casos que implican alguna forma de privación de la libertad o en los que la víctima es considerada como desaparecida por los problemas de eficacia del derecho de acceso a la información. Incluso, es prácticamente imposible mapear todos los delitos con víctimas desaparecidas pues esta calidad no es considerada dentro de las mismas. A ello se suma que las implicaciones de género de las desapariciones son poco conocidas pues en los informes o estudios existentes pocas veces se profundiza en este aspecto. Es escasa la información sobre las razones por las que mujeres y personas de la diversidad sexual son desaparecidas y los impactos que tienen las desapariciones en estos sectores.

Dada la magnitud de este fenómeno, es muy probable que en muchas desapariciones la razón de género se halle presente ya sea como causa o como consecuencia, pero no es visible. En efecto, en México se han emitido apenas 35 sentencias, locales y federales, por el delito de desaparición forzada o por particulares. Del

[1] El Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas puede ser consultado en la siguiente liga https://versionpublicarnpdno.segob.gob.mx/Dashboard/Index
[2] Comprenden desapariciones sucedidas entre 1964 y 2021: 87,855 corresponden al periodo que va del año 2006 a junio de 2021 y 1633 al periodo entre 1964 y 2005 (Comisión Nacional de Búsqueda, 2021b).

análisis que realizó el Observatorio sobre Desaparición e Impunidad en México (ODIM) (2020) de 28 de esas sentencias se desprende que en cinco las víctimas fueron mujeres, mientras que en dos más las víctimas fueron tanto hombres como mujeres, sin embargo, en ninguna sentencia se visibiliza la razón de género. Tampoco se señala si es que no existió elemento alguno que hiciera necesario juzgar con perspectiva de género, simplemente no fue considerado.

Al ser la desaparición un fenómeno tan extendido y grave, desde distintos espacios se ha impulsado un abordaje común para los casos con víctimas desaparecidas a partir de la obligación de buscarlas —y localizarlas—, pues toda persona tiene derecho a ser buscada independientemente de tener la certeza que fue víctima de un delito y de cuál lo fue, es decir, independientemente de la calificación jurídica. Este es el leimotiv de la Ley General en materia de Desapariciones aprobada en 2017 y de todos los instrumentos que de ella emanan y también de los Principios Rectores para la Búsqueda de Personas Desaparecidas[3] aprobados por el Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada (CED) (2019, p. 3), que son instrumentos jurídicos especializados bastante actuales, que reconocen la necesidad de pensar a las desapariciones de manera más amplia.

Por esto es importante advertir que el grueso de este documento se centra en la desaparición de personas por considerar que frente a la crisis de desaparición que vive México es previsible que en algún momento los casos de decenas de miles de personas desaparecidas sean judicializados y que, por tanto, las autoridades judiciales deberán contar con elementos para adjudicarlos, así como porque al tratarse de un delito que sanciona una violación grave de derechos humanos impone mayores obligaciones a las personas juzgadoras e implica el uso de un marco jurídico más protector y actualizado, que también es relevante en etapas previas al juicio. No obstante, cuando resulte pertinente, se hacen algunas precisiones sobre los delitos en materia de secuestro, privación de la libertad y algunos otros.

[3] Los Principios Rectores para la Búsqueda de Personas Desaparecidas fueron aprobados en 2019. Se basan en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la Desaparición Forzada, otros instrumentos internacionales relevantes y buenas prácticas y experiencias de otros órganos internacionales y varios países respecto a mecanismos, procedimientos y métodos para la implementación del deber jurídico de buscar a las personas desaparecidas. Retoman la experiencia acumulada del CED durante sus ocho primeros años de trabajo (Comité contra las Desapariciones Forzadas, 2019)

Por esto, es necesaria una lectura más amplia respecto a las obligaciones aplicables en estos casos. La clasificación jurídica es uno de los mayores obstáculos para la aplicación de protocolos especializados y el cumplimiento de obligaciones relacionadas con la investigación y sanción de las desapariciones, el acceso a la justicia y la búsqueda de las víctimas. La diversidad de clasificaciones que se usan en asuntos con víctimas desaparecidas las ha desaparecido nuevamente. Los asuntos que por diversos motivos se investigan bajo delitos distintos a las desapariciones (forzadas o por particulares) no siempre son contabilizados en registros o considerados en planes especializados de investigación y búsqueda, ni tampoco en programas de protección, ayuda, asistencia y reparación a víctimas.

Esto resulta particularmente relevante para los casos en que existe una *razón de género*, donde la clasificación del posible delito cometido puede ser particularmente oscura a partir de los elementos con los que se cuente al momento de la desaparición. Frente a este tipo de casos es necesario que la autoridad judicial parta de una perspectiva compleja respecto de los hechos, de tal manera que la conducta ilícita no quede aislada de sus determinantes e implicaciones, más allá de su calificación. A ello se suma el que tratándose de la desaparición de mujeres o de una persona de la diversidad sexual, la autoridad judicial debe responder sobre la vinculación entre la desaparición y la posible existencia de violencia de género. Se trata de dos mecanismos con diversas variables que, en su conjunto, imponen a las personas juzgadoras la obligación de realizar lecturas contextuales y abarcadoras de los hechos mediatos de la conducta delictiva para hacerse cargo de ellos y sus consecuencias en términos de violaciones graves a derechos humanos y de la subordinación histórica de género.

Por este motivo el presente capítulo se centra en acercar herramientas que faciliten a las personas juzgadoras aplicar la perspectiva de género en las intervenciones que realicen en etapas previas al juicio en casos donde existan víctimas que tengan calidad de personas desaparecidas y en el juzgamiento de casos de desaparición forzada y cometida por particulares, aunque algunas también pueden y deben ser aplicadas en casos de secuestro y otras formas de privación de la libertad. En particular para:

- Detectar las razones de género en las desapariciones y otras formas de privación de libertad

- Identificar las problemáticas asociadas a la clasificación jurídica de los casos en que exista una víctima que tenga la calidad de persona desaparecida, en especial, al tipo penal usado dentro de estas

- Identificar los elementos que deberán considerarse para juzgar con perspectiva de género los casos de desaparición forzada y cometida por particulares y otros en donde las víctimas tengan la calidad de desaparecidas

- Reconocer las obligaciones existentes en materia de búsqueda de personas desaparecidas con perspectiva de género

II. Las razones de género en las desapariciones

Los delitos en que existe una privación de la libertad no carecen de complejidad, especialmente cuando se debe juzgar con perspectiva de género. Son delitos cuya investigación y sanción es problemática por naturaleza y a esto se suman los retos que derivan de las poco evidentes dinámicas de género de este fenómeno, a diferencia de otros, como los delitos sexuales.

En cualquier caso, como punto de partida, las preguntas a responder al acercarse a un caso de este tipo desde la perspectiva de género son: 1) ¿la persona es desaparecida (secuestrada o privada de la libertad) por ser mujer o de la diversidad sexual?, y/o 2) ¿qué efectos tiene esa desaparición por el hecho de ser mujer o de la diversidad sexual? Se trata, entonces, de una aproximación que debe permitir ubicar a la razón de género como causa y/o como consecuencia de la afectación a la libertad y otros derechos. Por tanto, es posible que la causa de la desaparición no sea una razón de género, pero sus consecuencias siempre deberán analizarse con una perspectiva de género. En este último caso estamos frente a una desaparición que puede afectar a la persona de forma diferenciada o desproporcionada.

Dentro de los casos de desaparición documentados ante distintas instancias nacionales e internacionales (CEDAW, 2018; Dulitzky & Lagos, 2015; Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, 2013) es posible notar algunas características que evidencian que la razón de género opera como **causa** de la desaparición/privación de la libertad y por tanto, como parte importante del móvil del crimen:

- El autor o participe es pareja, familiar o tiene alguna relación *sexoafectiva* con la víctima, aunque esta sea esporádica
- Existen fines sexuales que en ocasiones puede constituir explotación sexual y buscar la obtención de un beneficio pero en otras, únicamente se busca disponer o dejar que se disponga sexualmente de la víctima. De manera similar cuando se da un noviazgo o matrimonio forzados
- El cuerpo o los restos mortales de una víctima de feminicidio, transfeminicidio u homicidio motivado por la orientación o la identidad sexual fueron ocultados y por tanto, continúa reportada como desaparecida sin que su familia sepa qué fue lo que le sucedió
- Se presenta explotación laboral, trabajos o servicios forzados, cuando estos se relacionan con tareas de cuidado u otras fuertemente marcadas por el género (como tareas de limpieza, atención a personas heridas, alimentación), exista remuneración o no a la víctima y exista beneficio económico o no para el autor
- Se busca enviar un mensaje de amenaza o castigo a un hombre con el que una mujer tiene una relación familiar, sentimental o similares o para que este entregue algún bien o haga o deje de hacer algo, sea dentro de un contexto de un conflicto o no
- Se perpetra para utilizar a las víctimas mujeres en actividades delictivas diversas pues frecuentemente se considera que se sospechará menos de ellas (usualmente transporte/ venta de estupefacientes, tráfico de o armas, tareas de “halconeo” o vigilancia en vía pública o infiltración en otros grupos criminales, pero también algunas otras actividades)

- La privación de libertad/desaparición se dirige a los hijos, hijas, padres o madres, para causarle daño o coaccionar a una mujer

En estos casos puede no estar acreditada una privación de libertad de inicio o bien, una desaparición forzada o por particulares, pues puede que se trate de otros delitos; lo que tienen en común es que frecuentemente tienen como resultado el desconocimiento del paradero de una víctima.

Por otro lado, las razones de género también pueden presentarse como **consecuencia** cuando las desapariciones de mujeres o personas de la diversidad sexual suceden por otras causas como el haber sido privadas de libertad con alguien más contra quien realmente se dirigía el crimen; en el marco de un enfrentamiento que culmina con la privación de la libertad de quienes fueron testigos; o en lugares donde son privadas de libertad una multiplicidad de víctimas (como casos de desapariciones en bares o lugares similares efectuadas como castigo al propietario/a por negarse a pagar el "cobro de piso" que exigen los grupos criminales o incluso operativos de fuerzas policiales que culminaron con múltiples víctimas).

Lo que se presenta en este segundo nivel es la existencia de riesgos o afectaciones desproporcionadas o particulares, pues el género determina que las mujeres y personas de diversidad sexual sean más vulnerables a sufrir violencia sexual, y en el caso de las mujeres, embarazo forzado y daños y estigmatizaciones resultantes y quebrantamiento de las estructuras familiares e incluso el posible nacimiento de niños o niñas en cautiverio (Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, 2013, parrs. 5, 7 y 9). En estos casos también se estará frente a mayores obstáculos para acceder a la justicia.

En ambos casos, las razones de género permiten ubicar una serie de riesgos particulares de las víctimas, frente a los que se tienen deberes reforzados de debida diligencia. Desde los mecanismos internacionales especializados en cuestiones de género se ha instado a no minimizar las desapariciones de mujeres, aunque sean menores en proporción y no correspondan mayoritariamente a desapariciones forzadas. Por ejemplo, en la Recomendación General No. 2 del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará (MESECVI) sobre "Mujeres y niñas desaparecidas en el hemisferio" (2018) se reconoce que:

- Sí existen desapariciones forzadas de mujeres y que aun cuando no se acredite que se comete en razón del género, son de una gravedad especial (p. 12)

- Las desapariciones suelen implicar violencia de género y exigen, por tanto, que se desarrolle una investigación a partir de deberes reforzados para garantizar que se respeten los derechos a la vida, integridad, libertad y seguridad, al respeto a su dignidad, a no ser sometidas a tortura y a la igualdad de protección ante la ley y de actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar todo acto de violencia contra las mujeres y garantizar la adopción de medidas, mecanismos y procedimientos para garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, incluido el acceso a la justicia (p. 12)

- Las desapariciones de mujeres y niñas no necesariamente obedecen a una dinámica de conflicto armado o dictadura que caracterizan el desarrollo jurídico internacional de la desaparición forzada y se relacionan con diversos patrones de violencia contra las mujeres que incluyen la desaparición como componente. La mayoría de asesinatos de mujeres están precedidos por su desaparición o bien, esta se da durante un proceso de trata de personas e incluso que en el caso de niñas se presentan adopciones ilegales (pp. 1 y 8-9)

- También se relacionan con la existencia de grupos delincuenciales organizados y pandillas que generan tasas elevadas de homicidios y delincuencia en general (p. 8) que causan afectaciones graves a las mujeres

- Dado que causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado, la desaparición se convierte de forma autónoma, en una forma de violencia directamente violatoria de la Convención Belém do Pará (p. 13)

- Aunque no serán tratadas igual si se da la comisión activa u omisiva del Estado, sí se pone énfasis en el contexto de violencia de género, donde

> la omisión activa puede implicar tolerancia o aquiescencia pues hay permisividad y pasividad (p. 14)

Finalmente, también existirán razones de género como consecuencias frente a las desapariciones de hombres, pues estas generan serios impactos en las mujeres que son sus familiares o esposas. Distintos organismos internacionales han insistido en que las mujeres son también víctimas de las desapariciones de sus familiares hombres, pues son las madres o esposas de los desaparecidos quienes se convierten en jefas de familia ante la desaparición de un hombre y enfrentan una serie de secuelas importantes en el ámbito familiar y económico que agravan su situación de vulnerabilidad. Asimismo, las madres frecuentemente son estigmatizadas al culpárseles de no cuidar bien a sus hijos (Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, 2013, parrs. 4 y 11).

Son principalmente mujeres (madres, hermanas, hijas, esposas) quienes asumen por cuenta propia la búsqueda de los desaparecidos y el acceso a recursos judiciales y la protección del Estado y sufren serios daños psicológicos y de otra índole (Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, 2013, parr. 12).

Cuando estas razones de género estén presentes en las desapariciones ameritan ser analizadas y evidenciadas en las sentencias y resoluciones y que se adopten medidas particulares para hacerles frente, siempre que sea posible. En especial deben considerarse para la autorización diligente de actos de investigación y medidas de protección, para el reconocimiento dentro de las sentencias de estas causas o consecuencias de género y también para el impulso a la búsqueda permanente de las víctimas hasta su efectiva localización o, en su caso, la restitución de sus restos mortales.

III. Principales problemas de clasificación jurídica

Existe una serie de problemas en torno a la calificación jurídico penal que se da a los casos en que hay víctimas desaparecidas a nivel nacional. Realmente pocos

se investigan o judicializan como desapariciones forzadas o por particulares y esto tiene distintas repercusiones en su abordaje. La elección de determinado delito en ocasiones sí se efectúa tras un proceso de valoración jurídica consciente, basado en la evaluación de hipótesis y del haber probatorio pero en otras, se hace a partir de variables distintas, que impactan en que se tengan valoraciones jurídicas inadecuada o incompletas.

En el presente apartado se analizan precisamente algunos de los factores que influyen en tal determinación. Esto facilitará comprender por qué se hace referencia a las desapariciones como fenómeno amplio donde el cumplimiento de ciertas obligaciones es independiente del tipo penal bajo el que se investigue o sancione, como es el caso de la búsqueda de las víctimas.

No se hará un análisis dogmático de tipos penales ya que son conocidos por las personas juzgadoras, únicamente se exponen algunas de las razones y posibles consecuencias de la elección de algunos cuyo uso es frecuente, pues es importante detectar cuando esto puede generar afectaciones a los derechos de acceso a la justicia y a la verdad y además, al esclarecimiento de los hechos, en especial cuando existen razones de género.

Se abordará solo este componente de la clasificación (el tipo que se busca atribuir) por ser el más relevante para la propuesta que aquí se presenta, pero evidentemente esto también tendrá efectos sobre el resto de los elementos de la clasificación. La manera de argumentar sobre los grados de ejecución, la forma de intervención de las personas autoras y la naturaleza de la conducta variarán de acuerdo con la primera elección.

1. La existencia de tipos penales que no son excluyentes entre sí

Los delitos de privación ilegal de la libertad, secuestro y desaparición son utilizados en la práctica de manera indistinta. Tienen como elemento común la privación de la libertad y aunque parecen bastante distintos dogmáticamente, otros de sus elementos no permiten decidir fácilmente entre uno y otro, por lo que pueden ser elegidos de manera alternativa.

Delitos que implican una privación de libertad

Delito	Ley que lo prevé
Desaparición forzada de personas **Artículo 27**. Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público o el particular que, con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público, **prive de la libertad** en cualquier forma a una persona, seguida de la abstención o negativa a reconocer dicha privación de la libertad o a proporcionar la información sobre la misma o su suerte, destino o paradero.	Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas
Desaparición cometida por particulares **Artículo 34**. Incurre en el delito de desaparición cometida por particulares quien **prive de la libertad** a una persona con la finalidad de ocultar a la víctima o su suerte o paradero. A quien cometa este delito se le impondrá pena de veinticinco a cincuenta años de prisión y de cuatro mil a ocho mil días multa.	
Secuestro **Artículo 9**. Al que **prive de la libertad** a otro se le aplicarán: I. De cuarenta a ochenta años de prisión y de mil a cuatro mil días multa, si la privación de la libertad se efectúa con el propósito de: a) Obtener, para sí o para un tercero, rescate o cualquier beneficio; b) Detener en calidad de rehén a una persona y amenazar con privarla de la vida o con causarle daño, para obligar a sus familiares o a un particular a que realice o deje de realizar un acto cualquiera; c) Causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a terceros; o	Ley General para Prevenir y Sancionar los delitos en materia de Secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

d) Cometer secuestro exprés, desde el momento mismo de su realización, entendiéndose por éste, el que, para ejecutar los delitos de robo o extorsión, prive de la libertad a otro. Lo anterior, con independencia de las demás sanciones que conforme a esta Ley le correspondan por otros delitos que de su conducta resulten.	
Privación ilegal de la libertad **Artículo 364.-** Se impondrá de seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa: I.- Al particular **que prive a otro de su libertad**. Si la privación de la libertad excede de veinticuatro horas, la pena de prisión se incrementará de un mes más por cada día. La pena de prisión se aumentará hasta en una mitad, cuando la privación de la libertad se realice con violencia, cuando la víctima sea menor de dieciséis o mayor de sesenta años de edad, o cuando por cualquier circunstancia, la víctima esté en situación de inferioridad física o mental respecto de quien la ejecuta.	Código Penal Federal y códigos penales estatales

El tipo penal de privación ilegal de la libertad es el que requiere acreditar menos elementos y esto motiva a que muchas veces sea seleccionado cuando se tiene poca información sobre un hecho. Estará colmado simplemente con acreditar tal privación, aunque no es idóneo cuando se trata de casos como de los que se han descrito, pues no corresponderá a la conducta efectivamente cometida y al grado de afectación a bienes jurídicos.

El tipo de secuestro también es utilizado en un gran número de asuntos en los que las víctimas están desaparecidas. Este exige colmar más elementos pero no siempre permiten distinguirlo de la desaparición forzada o por particulares. Cuando solo son particulares quienes intervienen en un hecho, este puede calificarse como secuestro o desaparición cometida por particulares.

De la misma manera, cuando intervienen agentes estatales se puede calificar como secuestro o desaparición forzada, al menos en algunos casos, pues cuando "los autores sean o hayan sido integrantes de alguna institución de seguridad pública, de procuración o administración de justicia, o de las Fuerzas Armadas Mexicanas (…)" (Ley General en materia de Secuestro, 2018, art. 10) se actualiza una forma agravada de secuestro. Quienes frecuentemente son señalados como perpetradores de desapariciones forzadas pertenecen precisamente a este tipo de instituciones.

Por tanto, la elección podría realizarse con mayor facilidad cuando intervenga otro tipo de agente estatal o bien, a partir de elementos de la conducta o de los fines o resultados exigidos en los tipos. La distinción entre ambos tiene que ver con la naturaleza de la conducta y la afectación que generan y por eso es relevante el tipo que se elija. El secuestro es fácil de seleccionar cuando existe una petición de rescate o similares, o cuando se presenta una amenaza de privar de la vida o causarle daño a la víctima, para obligar a terceros a que realicen o dejen de realizar algún acto, como lo prevén los incisos a) y b) del artículo 9 de la Ley General en materia de Secuestro (LGS) (2018). De algún modo esto es lo que define la naturaleza del secuestro como un crimen en el que hay un espacio para la negociación, en el que la víctima puede ser liberada, al menos en un escenario ideal, si se accede a tales peticiones.

En la desaparición (forzada o cometida por particulares), en cambio, no suele haber ese espacio de negociación y de ahí naturaleza diferente. En este caso el fin o resultado de la privación de la libertad es que la víctima permanezca oculta y no la obtención de algún beneficio. Por desgracia esto es más difícil de distinguir si el supuesto utilizado es el del inciso c) del artículo 9 de la LGS (2010) que permite que se configure el delito de secuestro cuando la privación de la libertad tenga el propósito de causar daño o perjuicio a la persona privada de libertad o a terceros, ya que de cierto modo "desnaturaliza" el secuestro. Toda privación de la libertad genera un daño o perjuicio tanto para la persona privada de libertad como para terceros (sus familiares), por tanto, basta con acreditarlo para que se den por colmados los supuestos típicos del secuestro.

El problema está en que el secuestro, independientemente de la pena, no reconoce la lesión a otros bienes jurídicos protegidos (Grupo Interdisciplinario de

Expertos Independientes (GIEI), 2015, p. 196) y por tanto no es ideal frente a desapariciones, como se verá más adelante. Además, la forma idónea de investigar cada uno es distinta y sobre todo la de buscar a las víctimas. Cuando hay una posibilidad de rescate se podrían generar riesgos para las víctimas con la activación de mecanismos comunes en desapariciones (como la difusión masiva de fichas o boletas o activación de alertas), sin embargo, contrario sensu, si se trata de una desaparición y no se activan estos mecanismos, podría perderse tiempo fundamental para la localización de la víctima.

2. La complejidad fáctica y la variabilidad de las hipótesis

Los casos en que existe una razón de género pueden ser abordados a partir de hipótesis delictivas distintas y que suelen ser cambiantes. Se trata de crímenes complejos en los que acceder a información de calidad requiere grandes esfuerzos investigativos; conforme se avanza en las indagatorias es probable que existan constantes reformulaciones de la teoría inicial. Esto deriva en parte de problemáticas del marco jurídico, como se vio en el apartado anterior, pero también del contexto de violencia que vive el país. El escenario criminal actual es tan complicado que es ininteligible desde la lógica jurídico penal y muchos hechos difícilmente pueden circunscribirse a descripciones típicas únicas.

Como ejemplo, basta con imaginar lo siguiente: una mujer es reportada como desaparecida en un municipio donde operan redes de trata de personas. Su familia indica que la víctima frecuentaba un bar en donde se explota sexualmente a mujeres de características que corresponden a las de la víctima y por tanto la hipótesis inicial será trata. En el curso de la investigación, se concluye que la víctima fue privada de la libertad por su pareja sentimental, que es integrante de la policía municipal, lo que posiblemente lleve a hipótesis de secuestro agravado e incluso desaparición forzada, por la calidad de servidor público del activo o bien, de desaparición cometida por particulares, si se estima que autor actuaba como particular. Transcurridos tres años la víctima es localizada sin vida en una fosa clandestina y tras el proceso de identificación forense podría abrirse una hipótesis de feminicidio.

Es frecuente que por sesgos de género algunos casos donde las víctimas son mujeres se califiquen como trata únicamente por su sexo y características físicas, lo que implica que se desplieguen mecanismos de búsqueda poco idóneos y que las investigaciones sean ineficaces. El mayor reto en este tipo de casos es que es sumamente difícil decantarse por un delito cuando confluyen elementos de varios. Cada uno se investiga mediante métodos y enfoques distintos y puede dar lugar a resultados también distintos.

3. El tiempo en que sucedieron los hechos

Hasta antes de la promulgación de la Ley General en materia de Desapariciones (noviembre de 2017) en muchas entidades federativas no existían tipos penales autónomos de desaparición forzada o cometida por particulares o estos eran deficientes, pues solo se referían a actos cometidos directamente por agentes estatales y no de particulares que actuaran a nombre del gobierno o con su apoyo o tolerancia, tenían penas que no eran proporcionales a la gravedad del delito o no se contemplaba su imprescriptibilidad, entre otras (Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, 2011, parr. 13). Actualmente, esto representa un serio problema ya que un gran número (al menos 48,939)[4] de los casos reconocidos como desapariciones sucedieron antes de 2017 (Comisión Nacional de Búsqueda, 2020). Este es el motivo por el que algunos casos lograron sentencias por los delitos de secuestro o privación ilegal de la libertad o se investigan bajo esos tipos penales. Estos últimos no necesariamente podrán reclasificarse a los nuevos tipos penales, por no tenerse elementos para ello, por posible pérdida de información, conflictos relativos a la aplicación de esta en el tiempo[5] u otros.

4. Una decisión relacionada como políticas de negación

A nivel federal y en algunas legislaciones estatales sí existían tipos penales de desaparición forzada e incluso de desaparición cometida por particulares antes

[4] Cifra calculada a partir de los totales de casos de desaparición contabilizados en el Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas de 1964 a 2017.
[5] Ver artículo Décimo Transitorio de la en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (2017).

de 2017 (Coahuila, por ejemplo, contaba con este tipo penal desde 2014), sin embargo, diversos casos se clasificaron bajo la figura de secuestro o secuestro agravado para evitar registrarlos como desapariciones. También se conocen casos calificados por los mismos motivos como abuso de autoridad o incumplimiento de un deber legal, plagio o privación ilegal de la libertad (Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, 2011, parr. 24). Este problema puede persistir dado que aún existen resistencias para aceptar la existencia de desapariciones e investigarlas como tales.

Para ilustrar esto basta recordar el caso Ayotzinapa. Aunque desde un inicio se supo que agentes estatales intervinieron en la desaparición de los 43 estudiantes y de la existencia de tipos penales de desaparición forzada (federal y estatal), se iniciaron indagatorias por secuestro y delincuencia organizada e incluso existieron consignaciones. Estas falencias de inadecuada valoración jurídica muchas veces obedecen a "intereses diferentes a los estrictamente legales" y pasan por alto la gravedad de los hechos y la necesidad de valorarlos e investigarlos como una grave violación a los derechos humanos (GIEI, 2016, p. 587 y 591).

También existen casos en los que no existe siquiera una valoración jurídica ya que se considera a las personas como ausentes, perdidas o extraviadas (Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, 2011, parr. 18). Con esto se evade iniciar indagatorias y/o el despliegue de acciones diligentes para la investigación y localización de las víctimas pues se descarta *prima facie* una desaparición u otro delito, como pasa frecuentemente en los casos de mujeres reportadas como desaparecidas donde la autoridad ministerial omite investigar por considerar que se fueron con el novio, que este se las llevó o que no han transcurrido suficientes horas. Esto contrasta con la información disponible sobre el desenlace de las desapariciones, pues "el número de víctimas que continúan desaparecidas es mucho mayor a aquellas que han aparecido, con o sin vida" (Observatorio sobre Desaparición e Impunidad, 2017, pp. 21- 22), lo que muestra que no se trata de asuencias voluntarias o similares y, por tanto, que debe evitarse minimizar estos casos.

5. Cuando se usa otro delito por razones de especialización de una fiscalía o unidad

Finalmente, existe otro factor de corte competencial que determina que se dé una calificación jurídica particular a los casos. Esta dependerá en gran medida de la fiscalía especializada que tenga a cargo la investigación, lo que determina, a su vez, los protocolos, leyes especiales y metodologías aplicables a la investigación, que no siempre serán las idóneas pues lamentablemente la competencia se determina simple y sencillamente por la recepción de la denuncia o bien, porque un asunto fue turnado, muchas veces con una valoración parcial de los hechos.

El sistema de persecución penal mexicano es *hiperezpecializado*. A nivel federal y estatal se cuenta con fiscalías especializadas por tipo de delito o naturaleza de la conducta (desaparición, secuestro o trata de personas), por calidad del sujeto pasivo (periodistas o personas defensoras de derechos humanos, personas migrantes, niñas, niños o adolescentes o mujeres) o por fenómeno abarcador (violencia de género o delincuencia organizada), además de fiscalías cuya competencia es territorial y que investigan varios delitos pero en una región determinada. Esto da lugar a problemas de calificación particulares.

Si la investigación se sigue ante una unidad que investiga varios delitos se podrá optar por diversas calificaciones, lo que permite mejores ejercicios de valoración. Por otro lado, si la que integra es una unidad especializada se aplicarán protocolos particulares, pero pueden ser poco idóneos si no se tiene la certeza de la existencia de un delito concreto; en este caso, además, pocas veces se puede contar con hipótesis alternativas y una gestión probatoria centrada en esclarecer —de manera amplia— los hechos, pues la especialización obliga a enfocarse en demostrar un delito concreto. Si en el curso de la investigación se determina una calificación distinta, lo que sucede es que la unidad deja de investigar por ser incompetente.

En efecto, en muchas investigaciones se dan nuevas valoraciones y por tanto reclasificaciones y esto origina que se reenvíen de una fiscalía especializada a otra o bien, que se desglosen carpetas y que los casos se investiguen por más de una unidad con una consecuente fragmentación de la información y revictimización,

ya que esto implica que las víctimas acudan una y otra vez a narrar hechos y a aportar información en distintas unidades.

6. ¿Qué hacer frente a esto?

No es una decisión fácil. La intervención judicial será fundamental para advertir, cuando sea posible, sobre una clasificación errónea o para reclasificar, cuando se afecte de manera grave el esclarecimiento de los hechos o se puedan generar violaciones al derecho de acceso a la justicia y se genere impunidad o bien, cuando se use un tipo inadecuado para evitar reconocer una desaparición, pues solo "mediante una investigación independiente, imparcial y completa" se puede descartar esta hipótesis (Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, 2011, parr. 21). Evidentemente, siempre debe garantizarse el derecho a la defensa de la parte acusada.

Al reclasificar hay que tener ciertas precauciones para evitar dejar inservibles los datos o que una carpeta tenga que ser remitida a otra fiscalía por especialización. En ambos casos estamos frente a potenciales problemas de revictimización y de fragmentación de información.

Se espera que en alguna medida este problema logre controlarse en el mediano plazo a partir de la aprobación de la Ley General en materia de Desapariciones y que los casos sucedidos desde su vigencia y los que puedan ser reclasificados se investiguen y judicialicen como desapariciones, cuando existan elementos para ello, pues existe mayor difusión y conocimiento sobre estas dinámicas.

No obstante, es importante considerar que actualmente no todos los casos en que exista una privación de la libertad podrán ser juzgados como desapariciones forzadas o cometidas por particulares para efectos de determinación de responsabilidades porque técnicamente no lo son —por motivos jurídicos o fácticos— o porque ya no es posible o viable reclasificarlos. Donde esto sí sea posible y además necesario, es deseable que se considere la reclasificación pues existen procedimientos y métodos de investigación que son más adecuados frente a la naturaleza y las consecuencias de las desapariciones propiamente dichas. En todo caso, cuando

esto no es viable, frente a la amplia gama de delitos que generan víctimas desaparecidas sí hay obligaciones comunes que como se verá pueden ayudar a que el juzgamiento se efectúe con perspectiva de género.

IV. La sentencia con perspectiva de género

Esta sección se estructura a partir de los elementos a considerar para la elaboración de una sentencia de desaparición forzada con perspectiva de género. Donde sea necesario se hará énfasis los delitos de desaparición cometida por particulares, secuestro o privación ilegal de la libertad.

¿Qué debe acreditar la sentencia?

1. Los elementos de los tipos penales y la naturaleza de la desaparición

La desaparición forzada de personas es un delito y una violación grave a los derechos humanos. Su tipificación como delito dentro de la Ley General en materia de Desaparición de Personas (2017), de hecho, obedece a obligaciones emanadas de las dos convenciones existentes en la materia (ambas ratificadas por México): la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas y a recomendaciones de mecanismos internacionales especializados en este tema: el Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED) y el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, entre otros.

Esto implica acudir a un marco que impone mayores obligaciones a las personas juzgadoras y que se compone por fuentes de distinta naturaleza. En la interpretación se puede acudir fuentes especializadas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de derecho interno, que permiten comprender que esta práctica se considera por naturaleza un fenómeno particularmente grave, cuyo abordaje penal implica serias dificultades y más cuando adquieren el carácter de violencia de género o tienen consecuencias particulares desde el género, pues dan lugar a una doble violación a derechos humanos.

La desaparición forzada está tipificada como delito en el artículo 27 de la Ley General en materia de Desapariciones bajo la siguiente definición:

> Artículo 27. Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público o el particular que, con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público, prive de la libertad en cualquier forma a una persona, seguida de la abstención o negativa a reconocer dicha privación de la libertad o a proporcionar la información sobre la misma o su suerte, destino o paradero (Ley General en Materia de Desaparición de Personas, 2017)

Lo que se trata de probar entonces es 1) la privación de la libertad, 2) la negativa de reconocer la detención y revelar el paradero o la suerte de la persona desaparecida y, 3) la intervención directa de agentes estatales, su aquiescencia o tolerancia (CorteIDH, 2009, párr. 140). Dado que en este delito es sumamente importante la responsabilidad estatal derivada de la prohibición absoluta sobre está práctica, el énfasis suele estar en demostrar la intervención de agentes estatales, ya sea directa o indirecta, por un lado, y por el otro, la abstención o negativa señaladas en el artículo citado.

Es un tipo penal compuesto por dos momentos. El primero se refiere a cualquier forma de privación de la libertad y tiene el propósito de abarcar privaciones legales o ilegales (Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, 2010, parr. 22). La protección contra la desaparición forzada debe resultar efectiva frente a ambas y no se colma con las salvaguardias que implica el tener tipificado, por ejemplo, el secuestro, donde la privación siempre será ilegal. Este no refleja la complejidad de esta práctica y no permite garantizar una protección completa (parr. 11), aunque sí distinguir de otras dinámicas como las detenciones arbitrarias (parr. 28). En la desaparición la privación de la libertad puede ser legal *ab inititio*, pero se torna ilegal en el segundo momento, cuando es seguida de la negativa a reconocerla o a revelar el paradero de una víctima, que es el que configura el delito.

Sin embargo, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ha sostenido: “la desaparición de una persona porque no se conoce su paradero

no es lo mismo que una desaparición forzada" (CorteIDH, 2017, párr. 123). Esto es relevante porque muchas mujeres son desaparecidas por la violencia de género perpetrada por particulares, ya sean individuos o grupos criminales, pero donde no es identificable la intervención de una autoridad. Así, se trata de mujeres desaparecidas pero donde no se está en presencia de una desaparición forzada sino de una desaparición cometida por particulares o bien de otro delito.

La desaparición cometida por particulares fue incluida dentro de la ley especial precisamente porque en muchos casos documentados a nivel nacional no se puede demostrar la participación estatal, tanto por la existencia de mecanismos complejos de ocultamiento que dificultan acreditarla, como porque efectivamente no existió. Con esto se espera que una serie de casos sea tratados como desapariciones y no como secuestros u otros delitos que no reflejan la gravedad de los efectos y consecuencias que produce el ocultamiento de una víctima. La convención internacional sobre desaparición forzada obliga explícitamente a los Estados Parte a tomar "medidas apropiadas para investigar" las conductas que constituyan desaparición forzada aun cuando estas sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables (Naciones Unidas, 2006, art. 3), sin embargo, su tipificación tiene algunos problemas.

Este tipo penal está definido dentro de la Ley General en materia de Desapariciones de la siguiente manera:

> Artículo 34. Incurre en el delito de desaparición cometida por particulares quien prive de la libertad a una persona con la finalidad de ocultar a la víctima o su suerte o paradero. A quien cometa este delito se le impondrá pena de veinticinco a cincuenta años de prisión y de cuatro mil a ocho mil días multa (Ley General en Materia Desapariciones, 2017).

Su principal defecto es que implica acreditar el "ocultamiento" como finalidad, lo que ha ameritado el pronunciamiento de instancias internacionales que consideran que para cumplir su objetivo, el tipo debe adecuarse a las definiciones convencionales (CED, 2018, parr. 10) que no incluyen este elemento.

El ocultamiento de la víctima (o de su suerte o paradero) es parte de la definición de desaparición forzada de la convención internacional (art. 2), pero no como finalidad, sino solo como el segundo momento que configura la desaparición, lo que también puede suceder con la negativa a reconocer la privación de libertad. La naturaleza de la desaparición no radica en la intención del autor, sino en la consecuencia que esta conlleva que es la "sustracción de la protección de la ley" como puede verse en el artículo dos de la convención citada o bien, el que se impida el "ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes" como se aprecia en la convención interamericana (Organización de los Estados Americanos, 1994, art. II).

Esta es una de las características que permite delimitar las desapariciones conceptual y jurídicamente a partir del particular estado de indefensión de las víctimas, pues en este tipo de crimen no suele haber espacio para la negociación de su rescate o liberación como pasa en otros delitos. Sin embargo, esto no fue recuperado debidamente y puede tener serios impactos a nivel probatorio. Por tanto, es posible que aun cuando se haya dado el ocultamiento se deba acudir a otros delitos para la investigación y el juzgamiento de algunos casos, pues pueden ser más fáciles de demostrar o más acordes frente a ciertas circunstancias fácticas.

No obstante, en términos de la adjudicación judicial de casos de desaparición a nivel nacional, ambos tipos implican lo mismo en términos del alcance de la sentencia y de los derechos de las víctimas y sus familias.[6] Incluso varios de estos aspectos pueden considerarse dentro de sentencias dictadas por otros delitos en los que la víctima tenga el carácter de desaparecida a partir de los efectos o consecuencias que esto genera, aunque no puedan ser juzgados como desapariciones propiamente dichas.

2. El alcance del daño

Los delitos de desaparición están considerados como complejos por el grupo de derechos que se ven afectados pero también por las características propias de la

[6] *Véase* el Título Segundo de la Ley General de Desaparición (2017).

desaparición. El primer aspecto para considerar es que la desaparición es un delito ***pluriofensivo*** dado que se afecta diversos derechos: la libertad personal, la integridad personal, la personalidad jurídica y, en algunos casos, la vida. Lo que define a la desaparición es la afectación de estos distintos derechos, por ello no podemos separarlos, sino que forman cadenas de violaciones que, en su conjunto, forman la desaparición de personas (CorteIDH, 1988, párr. 185). La única excepción es el derecho a la vida, pues puede suceder que la familia estime que debe considerársele viva para todos los efectos y, por tanto, ese derecho no se estima violado de antemano. Por el contrario, otras familias pueden considerar que el derecho se ve afectado por la sola sospecha de muerte y, por tanto, también se considera parte del conjunto.

La desaparición es una práctica particularmente grave pues es:

> una forma de sufrimiento doblemente paralizante: para las víctimas, muchas veces torturadas y siempre temerosas de perder la vida, y para los miembros de la familia, que no saben la suerte corrida por sus seres queridos y cuyas emociones oscilan entre la esperanza y la desesperación, cavilando y esperando, a veces durante años, noticias que acaso nunca lleguen. Las víctimas saben bien que sus familias desconocen su paradero y que son escasas las posibilidades de que alguien venga a ayudarlas. Al habérselas separado del ámbito protector de la ley y al haber "desaparecido" de la sociedad, se encuentran, de hecho, privadas de todos sus derechos y a merced de sus aprehensores. Incluso si la muerte no es el desenlace final y tarde o temprano, terminada la pesadilla, quedan libres, las víctimas pueden sufrir durante largo tiempo las cicatrices físicas y psicológicas de esa forma de deshumanización y de la brutalidad y la tortura que con frecuencia la acompañan (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009, p. 1).

El segundo aspecto a tener en cuenta es que la desaparición es un delito ***continuado y permanente***, en la medida que la desaparición continúa cometiéndose hasta en tanto no se encuentre a la persona o se conozca su destino (CorteIDH, 2010, párr. 60 y Ley General en materia de desaparición de personas, 2017, art. 13). Por eso la obligación de buscar a una persona desaparecida permanece hasta que se le encuentra y la desaparición continúa teniendo efectos para todo lo relacionado con la investigación de los perpetradores. Este carácter permite, además,

que en algunos casos se impongan condenas por desaparición forzada o cometida por particulares por hechos sucedidos antes de su tipificación.[7]

Este tipo de crímenes suele extenderse bastante en el tiempo y su investigación debe efectuarse de manera diligente hasta la determinación de responsabilidades de los perpetradores y la localización de la víctima. En las desapariciones la sanción de autores o partícipes no implica que un caso pueda considerarse como "cerrado", pues se requerirá mantener acciones de búsqueda hasta determinar el paradero, la suerte o destino de la víctima y viceversa, aun cuando la víctima sea localizada, las circunstancias de su desaparición deben ser esclarecidas y los responsables sancionados. Por tanto, los deberes de debida diligencia se mantienen durante periodos de tiempo *sui generis*.

Es precisamente un factor de carácter temporal el que puede dar lugar a considerar una desaparición como tal, pues en el caso de la desaparición forzada el simple incumplimiento a los plazos de puesta a disposición y control de detención es suficientes para considerar esta hipótesis y en el caso de la desaparición cometida por particulares, si no existiera una llamada de rescate o negociación de la libertad o elementos que apunten claramente a otro delito, se puede inferir que el fin es mantener oculta a la víctima, con la consecuente sustracción de la protección de la ley y aunque esto no derive necesariamente en una reclasificación del tipo, sí permite hacerse cargo de algunos aspectos particulares en la sentencia.

En razón de lo anterior lo que se busca probar es la desaparición entendida como una conducta pluriofensiva, continuada y permanente y dada su complejidad, el análisis de la desaparición debe abarcar la totalidad del conjunto de los hechos "y con la necesidad de considerar el contexto en que ocurrieron (…) , a fin de analizar sus efectos prolongados en el tiempo y enfocar integralmente sus consecuencias" (CorteIDH, 2009, párr. 146). En este sentido es que se deben evitar los análisis aislados, divididos o fragmentados (CorteIDH, 2012, párr. 175), pues se requiere de un análisis sistemático y comprensivo a fin de contar con una pers-

[7] Ver artículo Décimo Transitorio de la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (2017).

pectiva integral que permita a la autoridad investigadora y a la judicial formarse un juicio de la complejidad que reviste el hecho (CorteIDH, 2010, párr. 57).

Además, la sentencia debe permitir develar el contexto estructural que permitió la desaparición y los patrones sistemáticos que lo sustentan, de tal manera que se asegure el combate a la impunidad (CorteIDH, 2009a, párr. 119). En palabras de la CorteIDH, se debe lograr:

> desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias […], a partir de una visión comprehensiva de los hechos, que tenga en cuenta los antecedentes y el contexto en que ocurrieron y que busque develar las estructuras de participación. (CorteIDH, 2014, párr. 500).

A esa intencionalidad que debe lograr la sentencia en materia de desaparición, se debe agregar el visibilizar la razón de género cuando exista información de que la desaparición se cometió por razón de género o bien si de sus consecuencias se desprenden hechos vinculados con ella. De acuerdo con el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (Grupo de Trabajo) la desaparición forzada puede constituir una forma de violencia de género, que se presenta tanto en las razones que impulsan la desaparición como en sus consecuencias (Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, 2013, párr. 3).

Al igual que en otros casos de violencia de género, la autoridad judicial debe hacerse cargo de ella, a partir de visibilizarla y sancionarla. La violencia de género puede dar lugar a una desaparición en tanto se tiene una intención de provocar un daño a una persona por ser mujer o por su preferencia u orientación sexual. Aquí se encuentran los casos típicos de mujeres desaparecidas por quienes ya son sus agresores (por ejemplo, de violencia doméstica o acoso sexual), pero también de las mujeres desaparecidas durante los conflictos, donde son atacadas deliberadamente (por ejemplo, por considerárseles botín de guerra o propiedad del enemigo). De acuerdo con el Grupo de Trabajo "[d]ebido a sus características biológicas, en particular su capacidad de reproducción, las mujeres víctimas de desaparición forzada suelen emplearse como herramienta o instrumento para alcanzar objetivos específicos. Su cuerpo es utilizado como parte de una estrategia

de control social" (Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, 2013, párr. 8).

El reto frente a este tipo de razones de género estará en que la actuación judicial, en términos de valoración probatoria, siempre estará limitada por aquello que aleguen las partes y que efectivamente se desahogue y debata en audiencia de juicio y como es frecuente en otros delitos, estas razones suelen ser invisibilizadas en las estrategias de judicialización y, por tanto, en las de gestión probatoria, acusación y litigación.

Por otra parte, la desaparición pudo no haber estado impulsada por una razón de género o puede no haberse demostrado, pero sí implicar diversos actos de violencia de género. Se trata de un agravamiento del sufrimiento y el riesgo que ya se enfrentan por la situación de desaparición. Como parte de la desaparición, las mujeres pueden ser víctimas de violencia sexual, violación, embarazos forzados, malos tratos psicológicos, entre otros. Algunas de estas conductas pueden dar lugar a otros delitos, pero no debe perderse de vista su vinculación con la situación de desaparición que, por sí misma, implica un alto grado de angustia y riesgo para la víctima.

La sentencia debe tener la capacidad de situar a la violencia de género como una causa o consecuencia de la desaparición y hacerse cargo de las distintas dimensiones del daño provocado en la víctima, tanto por la desaparición misma como por la razón de género, cuando esto sea posible. En estos casos, la desaparición es indisoluble de la violencia de género. Dicha violencia explica a la desaparición o bien la desaparición explica a la violencia, de cualquier manera la sentencia debe ser capaz de mostrar la funcionalidad de alguna de las dos conductas prohibidas para beneficio de la otra.

Es importante considerar que son agravantes de los delitos de desaparición forzada y cometida por particulares que la persona desaparecida sea niña, mujer o mujer embarazada, que la identidad de género o la orientación sexual de la víctima sea motivación para cometer el delito o el que los autores tengan vínculos de parentesco, amistad, relación laboral o de confianza con la víctima (LGD, 2017,

art 32 y 36). Esto permite hacerse cargo de estas razones aun cuando no se sean objeto directo de la prueba, para visibilizar algunas implicancias de género en estos delitos, al menos en alguna medida.

Lo mismo para el caso de las siguientes agravantes del secuestro: que la víctima sea una mujer en estado de gravidez, que el autor tenga vínculo de parentesco, amistad, gratitud, confianza o relación laboral con la víctima o persona relacionada con esta o que se hayan ejercido actos de tortura o violencia sexual contra la víctima (Ley General en materia de Secuestro, 2010, art. 10).

Ahora bien, como parte de los alcances de las sentencias, también se debe considerar que las desapariciones generan sufrimientos particulares para la familia y personas allegadas a la víctima quienes:

> sufren una angustia mental lenta, ignorando si la víctima vive aún y, de ser así, dónde se encuentra recluida, en qué condiciones y cuál es su estado de salud. Además, conscientes de que ellos también están amenazados, saben que pueden correr la misma suerte y que el mero hecho de indagar la verdad tal vez les exponga a un peligro aún mayor.
>
> La angustia (…) se ve intensificada con frecuencia por las consecuencias materiales que tiene la desaparición. El desaparecido suele ser el principal sostén económico de la familia. También puede ser el único miembro de la familia capaz de cultivar el campo o administrar el negocio familiar. La conmoción emocional resulta pues agudizada por las privaciones materiales, agravadas a su vez por los gastos que hay que afrontar si los familiares deciden emprender la búsqueda. Además, no saben cuándo va a regresar, si es que regresa, el ser querido, lo que dificulta su adaptación a la nueva situación. En algunos casos, la legislación nacional puede hacer imposible recibir pensiones u otras ayudas si no existe un certificado de defunción. El resultado es a menudo la marginación económica y social (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009, p. 2).

Evidentemente esto tiene también impactos de género a considerar pues las consecuencias que las desapariciones generan para las mujeres que sean familiares de la víctima son bastante graves. Los hijos e hijas de las personas desaparecidas

suelen quedar a cargo de sus abuelas o tías probablemente de manera permanente, con los consecuentes impactos económicos y emocionales agravados por el género, tanto para las niñas y niños como para las mujeres que se hacen cargo de su cuidado. Dado que son mayoritariamente mujeres las que impulsan los recursos y procedimientos para la investigación y sanción de las desapariciones y la búsqueda, esto también debe considerarse para mitigar los obstáculos que enfrentar en el acceso a la justicia. Esto puede extenderse a los otros delitos que presentan consecuencias similares e incluso a aquellos donde las víctimas desaparecidas son hombres.

3. ¿Cómo se logra? La prueba

La desaparición de una persona tiene como objeto ocultar el paradero de la víctima y toda la información vinculada con ella. De ahí que no se suela contar con pruebas directas que acrediten la desaparición de una persona, sino que en muchas ocasiones deberá recurrirse a pruebas indirectas que permitan dar certeza de la ocurrencia de los hechos. El manejo de la prueba circunstancial en el ámbito penal puede ser una de las razones de la baja judicialización de los casos de desaparición, pues requiere del establecimiento de hechos comprobables a partir de los cuales pueda situarse, más allá de toda duda razonable, la desaparición de una persona. De hecho, en el informe del ODIM respecto de las sentencias penales por desaparición en México, todos los casos cuentan con prueba directa de la desaparición, ya sea por la confesión de los responsables o porque la víctima apareció con vida (Observatorio sobre Desaparición e Impunidad en México, 2020).

No obstante la dificultad del uso de pruebas circunstanciales y testigos indirectos, la desaparición de personas requiere destreza en su uso para subsanar el objetivo de desaparecer la información. Ahora bien, este ejercicio judicial requiere mirar a las desapariciones como un fenómeno donde se pueden presentar patrones en la mecánica de la desaparición, de tal manera que sea posible ubicar una desaparición en un contexto más amplio de desapariciones. De esta manera se trata de ubica al posible perpetrador en un momento y lugar determinado, así como en una práctica generalizada o sistemática (CorteIDH, 2018, párr. 170).

De la misma manera, probar la violencia de género durante la desaparición de una persona o para explicar las razones de la desaparición puede ser complicado mediante pruebas directas. De hecho, las obligaciones estatales en materia de prevención de violencia de género surgen a partir del conocimiento de la existencia de una situación generalizada de violencia contra la mujer (CorteIDH, 2009b). Es en ese contexto general que los casos específicos pueden ubicarse y explicarse. Esto es, el caso individual de violencia de género se explica a partir del contexto general. De esta manera, en contextos de violencia de género generalizada, de existir indicios, es posible presumir su presencia en un caso particular. Ello no da lugar a explicar —y sobre todo a tener por probadas— las causas de la desaparición pero sí, al menos, permite dimensionar las distintas afectaciones sufridas por una víctima y los otros delitos cometidos.

Como puede apreciarse, en el caso de México se trata de dos contextos generalizados, el de desapariciones y el de violencia de género, que se entrecruzan y potencian sus efectos mutuamente. Las sentencias deben ser capaces de articular ambos contextos para convertirse en instrumentos de verdad para las víctimas, sus familias y la sociedad en general.

4. ¿Qué otros derechos deben asegurarse en la sentencia? Acceso a la justicia y a ser buscada/o

Hay un grupo de derechos que la sentencia debe cuidar de respetar y que impactan las dimensiones tanto de la desaparición como la de género. El derecho de acceso a la justicia constituye la piedra angular que debe impulsar la actuación de las autoridades de procuración y administración de justicia en un caso de desaparición. Se trata de un derecho que:

> confiere a los familiares de las víctimas el derecho a que la desaparición y muerte de estas últimas sean efectivamente investigadas por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; en su caso se les impongan las sanciones pertinentes y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido. (CorteIDH, 2000, párr. 130).

Este derecho debe ser cumplido por las distintas autoridades en un tiempo razonable y respetar todos los requisitos de las garantías judiciales, buscar a la persona desaparecida, y evitar la impunidad de la desaparición ocurrida (CorteIDH, 2009a, párr. 124-125). De este derecho se desprenden otros derechos:

- Debida diligencia reforzada. Esta obligación implica que las autoridades encargadas de la investigación deben utilizar todos los medios necesarios para realizar con prontitud aquellas actuaciones y averiguaciones esenciales y oportunas para esclarecer la suerte de las víctimas e identificar a los responsables de la desaparición. Para ello, debe asegurarse que las autoridades tengan acceso a los recursos logísticos y científicos necesarios para recabar y procesar pruebas; a documentación e información; a los lugares de detención y a las personas. Para cumplir esto último, la función judicial resulta esencial a fin de autorizar aquellas acciones pertinentes para la investigación y la búsqueda de la persona (CorteIDH, 2009a, párr. 135).

- Además, tratándose de la desaparición de mujeres la obligación de debida diligencia debe observarse de manera estricta y reforzada, en particular respecto de aquellas acciones para prevenir la muerte y mayores agresiones a las víctimas y que deben llevar a cabo las autoridades encargadas de la investigación con la autorización de las autoridades judiciales. El objetivo es "ofrecer una respuesta inmediata y eficaz ante las denuncias de desaparición y prevenir adecuadamente la violencia contra la mujer" (CorteIDH, 2009b, párr. 284). En este sentido, en contextos de violencia de género generalizada surge una debida diligencia estricta que "exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de la víctima" (CorteIDH, 2015, párr. 122). Estas cobran relevancia pues no necesariamente impactarán en la valoración probatoria.

- Protección de testigos y víctimas. De acuerdo con el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones, el Estado debe adoptar medidas de protección

adicionales para los testigos y las víctimas en los casos de desaparición. En particular, donde las víctimas participen como testigos o los testigos sean mujeres, "su protección efectiva requiere la adopción de una amplia gama de medidas de protección física y apoyo psicosocial", atendiendo a la gravedad del trauma psicológico y físico sufrido y el estigma asociado a la desaparición (Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, 2013, párr. 32).

- Participación de las víctimas. Este derecho incluye la protección de la participación de los familiares de la víctima a lo largo del procedimiento, tanto para recabar pruebas que sean consideradas en la investigación, como para acceder a la investigación que lleven a cabo las autoridades competentes, participar activamente en los juicios y que sus opiniones sean consideradas por las autoridades a cargo de la investigación. Además, de manera específica, incluye el acceso a copias de los expedientes judiciales, a fin de permitir una participación informada en los procedimientos(CorteIDH, 2009c, párr. 256-259).

- Por otra parte, de acuerdo con el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones, se deberán eliminar las dificultades de aceso que experimentan las mujeres y brindar, por ejemplo, servicios de guardería en los tribunales; proveer un transporte seguro para su traslado; espacios o dispositivos seguros para garantizar la confidencialidad de sus testimonios, con audiencias a puerta cerrada o pantallas de protección, y el apoyo psicosocial necesario que requieran las mujeres al prestar su testimonio tanto antes como después de la audiencia (Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, 2013, párr. 31).

- Derecho a la verdad. Conocer la verdad sobre la desaparición constituye el fin último de las investigaciones y del proceso judicial, de ahí que la investigación y la sentencia deban establecer no solo el hecho delictivo de manera aislada, sino relacionarlo con el contexto en el que ocurre y las estructuras y prácticas que lo permiten. De lo que se trata

es de reconstruir la historia de los hechos para las víctimas, sus familias y la sociedad en general. En palabras de la Corte Interamericana:

> 234. El derecho a conocer la verdad entraña tener un conocimiento pleno y completo de los actos que se produjeron, las personas que participaron en ellos y las circunstancias específicas, en particular de las violaciones perpetradas y su motivación. En los casos de desaparición forzada de personas, el derecho a la verdad tiene también una faceta especial: el conocimiento de la suerte y el paradero de las víctimas. La Corte considera que, aparte de las labores realizadas por diversas entidades para el conocimiento de la suerte y el paradero de las víctimas y el enjuiciamiento de personas responsables, corresponde al Estado, como medida de reparación que busca satisfacer el derecho de la sociedad en su conjunto a conocer la verdad, recurrir a mecanismos idóneos para mantener viva la memoria de las víctimas y dar transparencia a los hechos que violentaron los derechos humanos por medio del establecimiento de espacios de memoria pública, ya sean estos memoriales, monumentos, museos, entre otros. (CorteIDH, 2014a, párr. 234).

De ahí que las sentencias deben ser abarcadoras de los hechos y no limitarse a aportar piezas inconexas que impidan conocer la verdad.

Además, tratándose de la desaparición de mujeres, debe asegurarse que los procedimientos judiciales, así como las diligencias que se autoricen, respeten el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Lo anterior aplica tanto para las mujeres víctimas de desaparición como para los familiares de cualquier víctima. En efecto, las mujeres desaparecidas sufren perjuicios particulares en razón de género, donde suelen ser culpabilizadas por la desaparición, en muchas ocasiones vinculadas con su vida sexual. En este sentido, la autoridad judicial deberá asegurarse que ninguna prueba que incorpore estereotipos de género sea reconocida en el juicio. Además, debe cuidarse de no estigmatizar a las mujeres que además de la desaparición han sufrido violencia de género. Por otra parte, la autoridad judicial también debe asegurarse de proteger los derechos de las familias de las víctimas, que suelen ser estigmatizadas por la desaparición de sus hijos (Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, 2013, párr. 11).

Vinculado con esto último, la autoridad judicial también debe proteger el derecho de las familias a su integridad. Cuando se les niega acceso a los procedimientos, se actúa con lentitud o no son considerados, entre otras circunstancias, se afecta su derecho a saber qué pasó con sus seres queridos y tiene un impacto en su integridad (CorteIDH, 2009a, párr. 113).

Por otra parte, uno de los derechos esenciales a cumplirse frente a una desaparición es el derecho a ser buscado/a. Se trata, a su vez, de una obligación de las autoridades encargadas de la investigación, pero cuando el caso ha llegado ante sede judicial también le corresponde a las autoridades judiciales encaminar esfuerzos para ubicar el paradero de la persona desaparecida. Como ya se ha mencionado, ello implica el deber de debida diligencia estricta tanto por parte de quienes investigan como de quienes juzgan (CorteIDH, 2014b, párr. 480).

Por ello, si al momento de emitir la sentencia la persona no ha sido encontrada, deberá ser una parte esencial de dicha resolución la orden de búsqueda y, de ser posible, la supervisión de dicha búsqueda. Una vez que una autoridad judicial toma conocimiento de la desaparición de la persona también se encuentra obligado a buscarla, encontrarla, identificarla y entregar sus restos a sus familiares (CorteIDH, 2018b, párr. 151). Lo anterior, porque se constituye en una obligación de cualquier autoridad a la luz de la obligación de garantizar los derechos humanos. Esto, como se verá en el siguiente apartado, aplica también para casos investigados o judicializados por otros delitos.

De hecho, la búsqueda de la persona también ha sido entendida como una medida de reparación (CorteIDH, 2009c, párr. 336), a la par de la reparación integral que también debe satisfacer la autoridad jurisdiccional. Igualmente, tratándose de casos donde exista una razón de género, las medidas de reparación deberán considerar esa dimensión, al menos para considerar dentro del monto de la reparación los gastos que derivan de la búsqueda emprendida por la familia de la víctima y de la atención médica y psicológica que se requiere frente a estos casos, dados sus serios impactos económicos, físicos y emocionales.

En los casos de desaparición la localización de la víctima es una prioridad, pues solo esta es capaz de poner fin a la misma. De ahí deriva que la Ley General en

materia de Desapariciones (2017) contemple como atenuante el que la víctima sea liberada espontáneamente dentro de los diez días siguientes a la desaparición, el que los autores o partícipes proporcionen información efectiva que conduzca a su localización o la de su cadáver o restos mortales o a esclarecer los hechos (art. 33). Algunas similares pueden ser encontradas en el artículo 12 de la Ley General de Secuestro (2018).

V. La búsqueda de víctimas desaparecidas

Cuando una víctima tiene la calidad de desaparecida existe un grupo de obligaciones particulares respecto a su búsqueda y, en su caso, la identificación y restitución digna de su cadáver o restos mortales. Son exigibles independientemente del delito por el que este se investigue o juzgue y se desprenden del derecho de toda persona a ser buscada.

El término búsqueda se refiere precisamente a las acciones (Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, 2018) encaminadas a lograr la localización o determinación del paradero o la suerte de una víctima y se usa para distinguirlas de las de investigación, que tienen como finalidad la determinación de responsabilidades de los autores o partícipes. Los instrumentos más importantes en materia de búsqueda de personas son:

- La Ley General en materia de Desapariciones (LGD) (2017);
- El Protocolo Homologado de Investigación para los delitos de Desaparición Forzada y desaparición cometida por particulares (2018), aprobado por la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, por mandato de la LGD;
- El Protocolo Homologado para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y No Localizadas (Protocolo Homologado de Búsqueda o PHB) (2020), aprobado por el Sistema Nacional de Búsqueda de Personas, también por mandato de la LGD; y

- Los Principios Rectores para la Búsqueda de Personas Desaparecidas (2019), aprobados por el Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada (CED).

1. El derecho de toda persona a ser buscada y la definición amplia de persona desaparecida

Aunque la búsqueda y la investigación son procesos complementarios, se relacionan con derechos distintos y con obligaciones que deben ser cumplidas de manera independiente. La búsqueda parte del derecho de los familiares a conocer la verdad sobre las circunstancias que dieron lugar a una desaparición, del que deriva, a su vez, el derecho a que la víctima sea buscada, esto es a la determinación de su suerte, destino o paradero. Es independiente del derecho de acceso a la justicia y por tanto, de que se acredite o no un delito y una responsabilidad para los perpetradores (Protocolo Homologado de Búsqueda, 2020, pp. 6-7). El cumplimiento de las obligaciones de búsqueda corresponde al Estado mexicano y, por tanto, a todas las autoridades en el ámbito de sus competencias.

En este sentido, la Ley General de Víctimas dispone el derecho imprescriptible de las víctimas:

> a conocer la verdad y a recibir información específica sobre las violaciones de derechos o los delitos que las afectaron que las afectaron directamente, incluidas las circunstancias en que ocurrieron los hechos y, en los casos de personas desaparecidas, ausentes, no localizadas, extraviadas o fallecidas, a conocer su destino o paradero o el de sus restos.
>
> Toda víctima que haya sido reportada como desaparecida tiene derecho a que las autoridades competentes inicien de manera eficaz y urgente las acciones para lograr su localización y, en su caso, su oportuno rescate (2020, art. 19).

Tanto la Ley General en materia de Desapariciones como los Principios Rectores del CED han adoptado definiciones amplias de personas desaparecidas para efectos de búsqueda. La primera considera como tal a aquella cuyo paradero se

desconoce y cuya ausencia se relaciona —real o potencialmente— con la comisión de un delito (art. 4, fracción XV), por su parte, en los segundos se establece que la búsqueda debe efectuarse independientemente de las circunstancias de la desaparición (Principio 1).

En los casos con víctimas desaparecidas la falta de información es muy frecuente. Como se vio, la desaparición se configura mediante actos intencionales de ocultamiento que generan que sea sumamente difícil determinar las circunstancias que la rodean, en especial cuando participan agentes estatales. La búsqueda, por tanto, no puede estar sujeta a un criterio de calificación jurídica, pues esto implicaría en principio descartar sin sustento que se está frente a una desaparición forzada, en contravención de distintas obligaciones reforzadas que existen sobre su investigación y sanción y sobre la protección de las víctimas, dado su doble carácter de delito y violación grave a los derechos humanos.

Ante estas características se requiere llevar a cabo una serie de actos que conduzcan a determinar si la víctima fue privada de libertad por agentes estatales y se encuentra a disposición de una autoridad o privada de libertad en algún centro de detención, reclusión o similares o bien, saber si está en poder de algún grupo de la delincuencia organizada o particular que pudiera ocultarle. Estas deben ser desplegadas aun cuando no se tenga certeza o indicios concluyentes sobre la presencia de una desaparición. En contextos en los que estas prácticas son frecuentes —y generalizadas— como es el caso de muchas entidades del país, la desaparición siempre debe ser una de las hipótesis a considerar; la búsqueda puede permitir comprobarla o bien descartarla y decidir otras actuaciones en consecuencia.

En el mismo sentido, a partir del contexto generalizado de violencia de género es necesario que las autoridades conozcan la gravedad de las desapariciones de mujeres y la voluntad y entrenamiento para actuar de inmediato y de forma eficaz, así como con debida diligencia para prevenir la muerte o agresiones que pudieran sufrir las víctimas de acuerdo con este contexto y a las circunstancias del hecho denunciado. Cuando este contexto es conocido por el Estado debe considerarse la situación especial de riesgo y las obligaciones especiales impuestas en casos de violencia contra la mujer contenidas en el artículo 7 de la Convención Belém do

Pará. Esto exige poner en práctica medidas, protocolos o directivas para investigar la violencia basada en el género (CorteIDH, 2015, parrs. 133 y 137).

La jurisprudencia de la CorteIDH ha reiterado que el deber de investigar estos casos es de medio y no de resultado y debe estar orientada a la determinación de la verdad (que incluye la determinación del paradero de las víctimas), esta se mantiene "cualquiera que sea el agente al cual pueda atribuirse la violación, pues si estos actos no son investigados con seriedad, resultarían de cierto modo auxiliados por el poder público (CorteIDH, 2015, parr. 145). Por tanto, se esté o no frente a una desaparición forzada se debe actuar con debida diligencia para buscar a las víctimas, en atención a la obligación general de prevenir la violencia contra las mujeres, que aplica también en casos que se atribuyan eventualmente a un particular. De este modo, la búsqueda se hace para evitar que sufran otra forma de violencia (sexual, feminicida) y para evitar que se presenten consecuencias y daños similares a la desaparición forzada, donde el desconocimiento del paradero de las mujeres se puede convertir en una violación pluriofensiva, continuada y permanente, que constituye en sí misma una forma de violencia basada en el género.

Cuando una mujer o niña desaparece, las autoridades "deben presumir que está privada de su libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre de la suerte que ha corrido" y aunque puede estar secuestrada o privada de libertad por un particular, esto en sí mismo conlleva obligaciones" (Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará, 2018, p. 15). En consecuencia, aun cuando un caso se investigue o judicialice bajo otros delitos en los que se desconoce el paradero de una víctima y en este se perciba una razón de género (como causa o consecuencia), la localización de la víctima, en su caso, la identificación y restitución digna de su cadáver o restos tiene que ser una prioridad.

En este tipo de casos, los deberes de búsqueda reforzados parten no solo del derecho de toda persona ser buscada, sino también de la obligación de considerar que, en tal contexto, las desapariciones son una de las formas de violencia perpetradas contra las mujeres por su género que afectan su vida, integridad, libertad y seguridad, sucedan en el ámbito público o en el privado.

2. Intervención judicial frente a la búsqueda

A partir de la entrada en vigor de la Ley General en materia de Desapariciones la búsqueda es impulsada y coordinada principalmente por fiscalías especializadas en investigación de desapariciones y por un nuevo tipo de instituciones denominadas comisiones de búsqueda de personas.[8] Sin embargo, también están obligadas a intervenir en la búsqueda, como autoridades primarias (que deben accionarla y darle seguimiento), otras fiscalías o autoridades ministeriales que conozcan de la imposibilidad de localizar a una persona sin importar su especialización (Protocolo Homologado de Búsqueda, 2020, p. 27), instituciones de seguridad o que ejerzan tales funciones y juzgados que tramitan juicios de amparo por desaparición forzada en virtud del Artículo 15 de la Ley de Amparo (p. 24).

Dado que esta obligación compete a todas las autoridades de los tres órdenes de gobierno y que en la práctica se requiere de la colaboración e impulso de otras autoridades para que la búsqueda sea eficaz, muchas otras instancias intervienen en calidad de transmisoras, informadoras o difusoras conforme al Protocolo Homologado de Búsqueda (punto 1) o bien, como garantes de esta, de acuerdo con las obligaciones que les surgen frente al marco constitucional vigente, como es el caso de las autoridades judiciales que intervienen en el proceso penal.

La actuación de los órganos jurisdiccionales es fundamental para la búsqueda pues los cateos, la localización geográfica en tiempo real y solicitud de datos conservados, la intervención de comunicaciones y las exhumaciones se usan frecuentemente con estos fines y deben autorizarse de manera diligente y oportuna, en tanto tienen carácter de urgentes. Dado que son formalmente actos de investigación que requieren control judicial solo pueden ser ejecutados a petición del

[8] La Ley General en materia de Desapariciones (2017) prevé la creación de una Comisión Nacional de Búsqueda, que depende de la Secretaría de Gobernación federal y de una comisión local de búsqueda en cada entidad federativa. A la fecha ya se encuentran creadas las 33, aunque no todas las locales están en operación todavía. Se trata de órganos de carácter extrajudicial (no regidos por las normas penales y procesales penales) y cuya actuación es *desformalizada*, esto es que no está sujeta a las formalidades de la investigación. Esto con excepción de las comisiones locales de Chihuahua y Tamaulipas que forman parte de las fiscalías especializadas en investigación de desapariciones, por lo que sus actos sí tienen calidad de acto de investigación

Ministerio Público conforme a la normatividad constitucional y procesal penal (CNPP 2014: arts. 251 y 252 y 303). La Ley General en materia de Desapariciones (art. 66) y el Protocolo Homologado de Búsqueda (puntos 2 y 2.4) facultan a las comisiones de búsqueda para solicitar, a su vez, a las autoridades ministeriales que recaben autorización judicial para efectuar tales actos.

La búsqueda tendrá distintos alcances atendiendo a distintos criterios. En etapas previas al juicio es importante considerar la urgencia que rige las acciones de "búsqueda inmediata", determinadas por un criterio temporal (Protocolo Homologado para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y No Localizadas, 2020, apartado 1). Se trata de acciones que se despliegan cuando se ha perdido contacto recientemente con una persona y donde puede no tenerse certeza sobre la comisión de un delito, sin embargo, ante la preocupación que conduce a que se denuncie o reporte la desaparición por parte de un familiar, se considera que existe una potencial víctima, pues como se vio, las denuncias o reportes de desaparición no deben ser minimizados frente al contexto generalizado de desapariciones y el de violencia de género existentes en el país.

Basta recordar lo que sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso González y otras ("Campo Algodonero") vs México en relación con un contexto en donde se tiene conocimiento de la existencia de un riesgo real e inmediato de que las víctimas sean agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas:

> surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido. (CorteIDH, 2009, párr. 283)

Por tanto, el simple reporte o denuncia deben ser suficientes para el despliegue de acciones de búsqueda pues aunque en algunas ocasiones la pérdida de contacto que generó preocupación puede deberse a una ausencia voluntaria o no localización,[9] un accidente o simplemente al descuido de una persona que olvida comunicar a sus familiares un cambio no planeado en su rutina, en muchos otros casos esto sí se debe a la comisión de un delito y por tanto estas acciones pueden ser la diferencia entre localizar o no a una víctima o entre hacerlo con vida o sin vida. Ahora bien, cuando desde el inicio existen datos que indican que la persona reportada como desaparecida sí fue víctima de un delito (testimonios, videos, amenazas previas), se sepa cuál fue o no, con mayor razón se requiere desplegar acciones de búsqueda urgentes.

Si existen datos que indiquen que se está frente a algún otro delito distinto a la desaparición forzada o por particulares, es posible que deban aplicarse otros protocolos de manera complementaria con el de búsqueda (Protocolo Homologado de Búsqueda, 2020, punto 1.9), aunque con una salvedad. En casos en los que existe una situación o etapa de negociación, propia del secuestro u otros donde existe una coacción hacia los familiares de la víctima o en algunos casos de trata, no será viable aplicar el protocolo de búsqueda, al menos en un primer momento, pues ameritan otro tipo de intervenciones ya que se puede poner en riesgo la negociación o la integridad o la vida de la víctima. Sin embargo, la ejecución de acciones de búsqueda puede realizarse a petición de la autoridad ministerial que investigue o bien si tal negociación no es exitosa o comienza a ser evidente la imposibilidad de localizar a la víctima.

Dado que un gran porcentaje de desapariciones suele extenderse en el tiempo, la búsqueda también va mucho más allá del inicio de una indagatoria y de su componente inmediato y esto no implicará que se disminuya el sentido de urgencia y, sobre todo la debida diligencia requerida para determinar el paradero o la

[9] La Ley General en materia de Desapariciones (2017) define a una persona no localizada como aquella cuya ubicación es desconocida y que de acuerdo con la información que se reporte a la autoridad su ausencia no se relaciona con la comisión de un delito (LGD, 2017, art. 4, fracción XVI). Esta calificación, por cierto, solo puede hacerse tras llevar a cabo tareas de búsqueda y/o de investigación que permitan confirmar que no se trata de una persona desaparecida, sino de una no localizada

suerte de una víctima y, en su caso, para lograr que sus restos o cadáver sean fehacientemente identificados y entregados a su familia. Atendiendo a criterios de tiempo o datos existente podrán aplicarse otras formas de búsqueda previstas en el Protocolo de Búsqueda, como la búsqueda por patrones y elementos de contexto (PHB. 2020, apartado 3) o la búsqueda generalizada (PHB, 2020, apartado 4) que incluye cotejo de registros de distintas naturalezas, búsqueda en campo de cuerpos y/o restos humanos o forense y procesos de identificación humana (PHB, 2020, apartado 4), entre otras, hasta la localización de la víctima, lo que se extiende más allá de la sentencia, si la hubiera.

Esto porque las obligaciones de búsqueda son:

- **Permanentes** y solo pueden darse por colmadas una vez que se determina la suerte de la víctima (PHB, 2020, p. 18), por lo que la judicialización de una investigación por cualquier delito e incluso la emisión de sentencias no libera a las autoridades de su cumplimiento

- **Continuas** e implican la ejecución de los procesos correspondientes de forma ininterrumpida y considerando que el transcurso del tiempo es crucial porque puede acarrear pérdida, destrucción o alteración de indicios y la imposibilidad de localizar a las personas (PHB, 2020, p. 13). Por este motivo es que supera las fronteras de la sanción penal

- **Oficiosas y coordinadas**, pues la obligación de búsqueda de personas desaparecidas le compete al Estado mexicano en su totalidad y, por tanto, a todas las autoridades, como obligación propia y subsisten incluso cuando la familia de la víctima decida no participar en este proceso (PHB, 2020, p. 18)

Además, la búsqueda debe ser llevada a cabo bajo la **presunción de vida** que implica efectuarla una especial diligencia en su ejecución. Aun cuando haya transcurrido tiempo desde la desaparición y el inicio de la búsqueda, no puede darse por terminada por suponer o presumir que las personas ya no están con vida. Esto no impide que se realicen búsquedas relacionadas con la recuperación de cuerpos o restos y procesos de identificación forense bajo hipótesis de muerte

pues en virtud del principio de exhaustividad se deben agotar todas las posibles hipótesis, pero sí evita que no se prioricen este tipo de acciones por sobre las de búsqueda en vida, pues la búsqueda se basa en la preservación de la vida y la integridad (PHB, 2020, p. 19).

Dentro de esta se deben considerar medidas apropiadas de protección a las víctimas y para evitar la victimización secundaria. Se deben articular a partir de las obligaciones de los Estados de buscar, localizar, liberar, identificar y restituir los restos de todas las personas sometidas a desaparición, tomando en cuenta el análisis de las diversas modalidades y patrones que generan desapariciones en el país víctimas (Comité contra las Desapariciones Forzadas, 2019, Principio 3).

Frente al derecho de toda persona a ser buscada y la aplicación de la perspectiva de género se debe considerar lo siguiente:

a. La autorización de actos de investigación

- Debe ser oportuna y basada en la importancia y urgencia que requiere la búsqueda o liberación de personas desaparecidas o privadas de libertad, en el entendido del carácter permanente de la urgencia que existe en estos, que no implica una temporalidad concreta para su realización, pues la aparición de nuevos datos puede dar lugar a solicitudes en distintas temporalidades.

- En las autorizaciones será sumamente importante enfatizar en el carácter urgente del acto y el riesgo grave que enfrenta la víctima, pues actualmente la respuesta de concesionarios de telecomunicaciones, los autorizados o proveedores de servicios de aplicaciones y contenidos de los equipos de comunicación móvil es lenta.

b. La protección y garantía de los derechos de las y los familiares

- Dada la complejidad y gravedad de estos casos y que la víctima se encuentra desaparecida será relevante asegurarse por todos los medios

posibles que sus familiares comparezcan a las audiencias y que se considere el sufrimiento grave y los riesgos que enfrentan en términos de lo analizado en el apartado anterior. Además, que se considere el especial grado de vulnerabilidad de las mujeres que acuden a los procesos ante la desaparición de un familiar y los obstáculos que suelen enfrentar para el acceso a la justicia.

- En el mismo sentido que sus familiares u otras víctimas indirectas u ofendidos cuenten con asesoría jurídica en términos de lo que disponen los artículos 17, 57, 109 y 110 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), en especial a que se les informe que pueden nombrar diversa persona en tal calidad en caso de abandono o deficiencia o a que se solicite a la instancia correspondiente que se designe a una persona asesora con carácter gratuito, en caso que no quieran o puedan nombrar una. También se deberá garantizar que la asesoría jurídica intervenga en igualdad de condiciones que la defensa.

- También se deberá garantizar que los familiares actúen por sí en cualquier etapa del procedimiento, cuando sea su voluntad, en términos del artículo 110 del CNPP y que las víctimas sean informadas de los derechos que en su favor reconoce la Constitución, conforme al diverso 109 del CNPP, con especial énfasis en los aspectos que se han abordado en el presente capítulo y el **derecho de toda persona a ser buscada.**

- Es importante también que el órgano judicial les informe, cuando así lo soliciten sobre el desarrollo del proceso y que se les reciban todos los datos o elementos de prueba y a que se desahoguen las diligencias correspondientes (CNPP, art 109).

3. Medidas de protección para la víctima frente a la debida diligencia reforzada

Aunque la adopción de medidas de protección a víctimas es obligación primaria del Ministerio Público, en atención al riesgo grave que existe para la vida e integridad

de la persona desaparecida, es importante que, cuando esto sea posible, la autoridad judicial se pronuncie sobre su búsqueda. Por las características de los casos que se han descrito, la víctima no podrá solicitar directamente medidas de protección y en muchas ocasiones, tampoco sus familiares ya que algunas investigaciones se inician de manera oficiosa o bien, se siguen sin la participación de los familiares que dejan de acudir a la misma por amenazas, riesgos, falta de recursos, entre otros.

Para esto se puede dar vista a la Comisión Nacional de Búsqueda y/o a la comisión estatal correspondiente para que se activen o refuercen los mecanismos de búsqueda y, cuando se estime necesario, ordenar medidas de protección policial o de auxilio inmediato con fines de búsqueda.

Lo anterior porque conforme al artículo 20 constitucional (2020), el artículo 109, fracción XVI del CNPP (2020), la Ley General de Víctimas (2020), la Ley General de Acceso a una Vida Libre de Violencia (2020) y de los estándares existentes en materia de violencia de género, las víctimas tienen derecho a la protección de su vida e integridad bajo debida diligencia reforzada y para ello existen medidas preventivas o de emergencia u otras que pudieran adoptarse.

Dado que la búsqueda tiene como finalidad la localización de la víctima y la prevención de otras formas de violencia, puede ser vista como medida de protección con naturaleza precautoria, cautelar y urgente, en función del interés superior de la víctima y la debida diligencia reforzada, no causa afectación al principio acusatorio, ni a los derechos del acusado ya que únicamente implica dar intervención a la autoridad competente en búsqueda y/o aplicar medidas de protección, cuya naturaleza:

> no se rige por el derecho fundamental de audiencia previa reconocido por el artículo 14 constitucional, porque no tiene por objeto la disminución, el menoscabo o la supresión definitiva de un bien material o inmaterial, o de un derecho del gobernado, sino únicamente un propósito de interés general, consistente en prevenir un acto de violencia más contra la mujer agredida; por lo que sus alcances

> sólo son precautorios y cautelares, ya que se fundan en principios de debida diligencia y en el estado de necesidad.[10] (SCJN, 2014a)

Esto mismo aplica en la sentencia, que aunque pone fin al proceso seguido en contra de algún o algunos autores o partícipes, no pone fin a la búsqueda, por lo que amerita un pronunciamiento particular para garantizar que la búsqueda se continué hasta la localización de la víctima o la restitución de sus restos.

De acuerdo con el sistema procesal penal bajo el que se dé una solicitud de autorización o la judicialización de un caso, el grado de intervención judicial puede variar y evidentemente estará sujeta a las reglas del proceso correspondiente.

VI. Reflexiones finales

El estudio de la desaparición o delitos en contra de la libertad con perspectiva de género conlleva un reto mayúsculo para las personas juzgadoras. En primer lugar, porque lo obligan a actuar con una debida diligencia reforzada, lo que le implica un estudio a profundidad de las actuaciones solicitadas por la autoridad ministerial, ya no para restringir los derechos del acusado, sino principalmente para lograr la localización de la persona. En segundo lugar, la persona juzgadora debe ser capaz de identificar aquellos datos de prueba que son producto de estereotipos de género o que pueden dar lugar a actos de discriminación, para que no sean admitidos en juicio. En tercer lugar, la autoridad judicial debe hacerse cargo de un delito que puede ser resultado de otro —por ejemplo, violencia doméstica— o causa de otros —por ejemplo, el feminicidio. También, en otras circunstancias, la desaparición de la persona puede conllevar diversos actos de violencia de género. En esas circunstancias, la persona juzgadora debe ser capaz de distinguir y evidenciar en la sentencia las distintas complejidades del hecho delictivo puesto bajo su conocimiento.

[10] ACCESO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA EN EL DISTRITO FEDERAL. EL ARTÍCULO 62, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY RELATIVA, AL ESTABLECER LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE EMERGENCIA, NO VIOLA EL DERECHO FUNDAMENTAL DE AUDIENCIA PREVIA.Tesis [A]: 1a. LXXXVIII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, marzo de 2014, p. 525, Reg. Digital 2005795.

En efecto, como se mencionó a lo largo de este capítulo, los delitos que aquí se analizan ponen de manifiesto dos contextos de violencia que se conectan y refuerzan entre sí, en perjuicio de las víctimas. Por un lado, un contexto de desaparición generalizado de personas con modalidades y actores diversos a lo largo del país y, por otra parte, un contexto generalizado de violencia de género que se perpetra tanto en la esfera pública como en la privada. Ambos contextos le imponen a las autoridades juzgadoras la obligación de explicar las razones de la violencia, hasta donde los datos de prueba se lo permitan, y develar las razones de la desaparición y la violencia ejercida, así como identificar a los diversos perpetradores que participan y/o que posibilitan tales delitos. La sentencia, por tanto, constituye un vehículo para aportar verdad a las familias y a las víctimas, pero también para que la sociedad conozca los porqués de estas graves violaciones a derechos humanos.

De esta manera, las sentencias tienen varias funciones: proporcionar verdad, lograr la rendición de cuentas de los perpetradores, hacerse cargo y visibilizar la violencia de género, reparar a las víctimas y, cuando la víctima permanezca desaparecida, hacer que cese la desaparición mediante la orden de búsqueda.

Por tanto, las sentencias de delitos complejos y que sancionan violaciones graves a derechos humanos como lo es la desaparición de personas y la violencia de género, constituyen verdaderos vehículos para el acceso a la justicia y la construcción de sociedades más justas. Identificar qué pasó, por qué y quién lo hizo es una de las más importantes tareas democráticas a las que están llamadas las personas juzgadoras.

Bibliografía

COMISIÓN NACIONAL DE BÚSQUEDA, (CNB) (2021a). *Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas, disponible en* https://versionpublicarnpdno.segob.gob.mx/Dashboard/ContextoGeneral

_____, (2021b), *Búsqueda e Identificación de Personas Desaparecidas, Reporte Semestral 1 de enero al 30 de junio de 2021, 7 de julio de 2021*, Ciudad

de México: Comisión Nacional de Búsqueda, Secretaría de Gobernación. Disponible en https://www.gob.mx/cnb/es/documentos/informe-semestral-cnb-2021?state=published

CONFERENCIA NACIONAL DE PROCURACIÓN DE JUSTICIA, (2018). *Protocolo Homologado de Investigación para los delitos de Desaparición forzada y desaparición cometida por particulares.* Ciudad de México: Conferencia Nacional de Procuración de Justicia.

DULITZKY, A. & LAGOS, C., (2015). *Jurisprudencia interamericana sobre desaparición forzada: la tímida e inconsistente aparición de la perspectiva de género. Lecciones y Ensayos,* Issue 94

DULITZKY, A. E., ANAYANSSI ORIZAGA, I. & HINESTROZA ARENAS, V. (2019). *¿Dónde Están? Estándares internacionales para la búsqueda de personas desaparecidas forzadamente.* London: International Bar Association´s Human Rights Institute.

GRUPO INTERDISCIPLINARIO DE EXPERTOS INDEPENDIENTES (GIEI), (2015). *Informe Ayotzinapa I: investigación y primeras conclusiones de las desapariciones y homicidios de los normalistas de Ayotzinapa.*

GRUPO INTERDISCIPLINARIO DE EXPERTOS INDEPENDIENTES (GIEI), (2016). *Informe Ayotzinapa II. Avances y nuevas conclusiones sobre la investigación, búsqueda y atención a las víctimas.* [En línea] Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/actividades/giei/giei-informeayotzinapa2.pdf [Último acceso: 10 diciembre 2020].

OBSERVATORIO SOBRE DESAPARICIÓN E IMPUNIDAD EN MÉXICO (2020) *Informe sobre sentencias penales en casos de desaparición forzada de personas en los ámbitos federal y local.* Flacso México, IIJ-UNAM, Universidad de Minnesota y Universidad de Oxford.

OBSERVATORIO SOBRE DESAPARICIÓN E IMPUNIDAD, (2017). *Informe sobre Desapariciones en el Estado de Nievo León con información de Cadhac,* Ciudad de México: Flacso México, IIJ-UNAM, Universidad de Minnesota y Universidad de Oxford.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, (2009). *Desapariciones forzadas o involuntarias. Folletos Informativos sobre derechos humanos,* Issue 6/Rev.3, pp. 1-77.

SISTEMA NACIONAL DE BÚSQUEDA DE PERSONAS, (2020), *Protocolo Homologado para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y no Localizadas,* Ciudad de México.

TZUC, E., 2020. Base de datos interactiva de cuerpos no identificados en México (2006-2019). [En línea] Disponible en: https://www.quintoelab.org/crisis-forense/desaparecer-dos-veces-la-burocracia-que-pierde-cuerpos/ [Último acceso: 20 diciembre 2020].

Tesis Aisladas

"ACCESO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA EN EL DISTRITO FEDERAL. EL ARTÍCULO 62, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY RELATIVA, AL ESTABLECER LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE EMERGENCIA, NO VIOLA EL DERECHO FUNDAMENTAL DE AUDIENCIA PREVIA", Suprema Corte de Justicia de la Nación (Primera Sala), Tesis [A]: 1a..LXXXVIII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, marzo de 2014, p. 525, Reg. Digital 2005795.

Legislación Nacional

- Código Nacional de Procedimientos Penales
- Código Penal Federal
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley General de Víctimas

- Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (Ley General en materia de Desaparición de Personas)
- Ley General en materia de Secuestro, 2018. Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en materia de Secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Legislación Internacional

Comité contra las Desapariciones Forzadas, (2019). Principios Rectores para la Búsqueda de Personas Desaparecidas. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/PrincipiosRectores_DigitalisedVersion_SP.pdf

Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Disponible en: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/conventionced.aspx

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html [Último acceso: noviembre 2020].

Resoluciones emitidas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Casos contenciosos

CORTE IDH, (1988), *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf

_____, (2000), *Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_68_esp.pdf

_____, (2009a), *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdf

_____, (2009b), *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009", Serie C No. 205. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

_____, (2009c), *Caso Radilla Pacheco vs. México.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf

_____, (2010), *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_217_esp1.pdf

_____, (2012), *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_240_esp.pdf

_____, (2014a), *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_285_esp.pdf

_____, (2014b), *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014 (2014b). Serie C No. 287. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_287_esp.pdf

_____, (2015) *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015", Serie C No. 307. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf

_____, (2017) *Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017. Serie C No. 339. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_339_esp.pdf

_____, (2018a), *Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 370. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_370_esp.pdf

_____, (2018b) *Caso Isaza Uribe y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 363. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_363_esp.pdf

Resoluciones emitidas por el Sistema Universal de Derechos Humanos

Observaciones Generales

Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará, (2018). Recomendación General No. 2 sobre Mujeres y niñas desaparecidas en el hemisferio. Washington: OEA.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, (2018). Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de México. CEDAW/C/MEX/CO/9. Ginebra: Naciones Unidas.

Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias (2013) Observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones. A/HRC/WGEID/98/2. Ginebra: Naciones Unidas.

Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, (2010). Informe sobre mejores prácticas de la legislación penal en materia de desapariciones forzadas. Ginebra: Naciones Unidas.

Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, (2011). Informe sobre la misión a México. A./HRC/19/58/Add.2. Ginebra: Naciones Unidas.

Capítulo X

Perspectiva interseccional de discapacidad y género en el derecho penal

Mariana Díaz Figueroa*

* Es Maestra en Protección Internacional de los Derechos Humanos y Democracia por la Facultad Latino Americana de Ciencias Sociales (FLACSO, México) cuenta con diplomados en Argumentación Jurídica con Perspectiva de Género y Derechos Humanos (FLACSO MÉXICO), en teoría crítica de la discapacidad (17, Instituto de Estudios Críticos). Además de diversos cursos de especialización en el Sistema Interamericano y Universal de protección de los Derechos Humanos. Es académica en la Escuela Federal de Formación Judicial y de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, además es Secretaria Auxiliar de Ponencia en el equipo del Ministro José Fernando Franco González Salas.

Perspectiva interseccional de discapacidad y género en el derecho penal. I. Problemática en relación con las mujeres con discapacidad; II. La discapacidad desde el modelo de derechos humanos; lII. Acceso a la justicia y ajustes de procedimiento; IV. Perspectiva de discapacidad y propuesta metodológica para su aplicación; V. Problemáticas específicas que enfrentan las mujeres con discapacidad en materia penal; VI. Violencia en contra de las mujeres con discapacidad.

I. Problemática en relación con las mujeres con discapacidad

Las mujeres[1] con discapacidad se han enfrentado históricamente a obstáculos que de *iure* o de *facto*, les impiden ejercer en plenitud sus derechos, es decir, se encuentran sometidas a una discriminación de carácter estructural, lo cual implica como menciona Roberto Saba que no se trate de un hecho aislado sino de una "opresión histórica reflejada en diversas prácticas sociales, muchas veces reproducidas por las instituciones que generan una exclusión sistemática de este grupo de la población". (Saba, 2007: 11).

Al respecto es indispensable tener en cuenta que las mujeres con discapacidad enfrentan simultáneamente y de manera interseccional[2] por lo menos dos

[1] De manera genérica el término mujeres abarcará a las niñas, adolescentes, adultas y mujeres mayores con discapacidad, se hará la distinción explicita cuando el caso lo requiera.

[2] El término fue creado por Kimberlé Crenshaw con la idea de poner de manifiesto que las mujeres no son un grupo homogéneo, igualmente posicionado por las estructuras de poder; razón por la cual, la discriminación interseccional hace referencia a "una situación en la que varios motivos interactúan al mismo tiempo de forma que son inseparables. Entre los motivos de discriminación figuran la edad; la discapacidad; el origen étnico, indígena, nacional o social; la identidad de género; la opinión política o de otra índole; la raza; la condición de migrante, refugiado o solicitante de asilo; la religión; el sexo y la orientación sexual". (Comité CDPD: OG3, Pár. 3. C))

sistemas opresión,[3] por un lado, el relativo al **sistema sexo/género y por otro, al capacitismo.**

Sistema sexo/género (Íbidem, p. 23) históricamente binario pone en posiciones desiguales de poder a hombres y mujeres, reconociéndoles o negándoles ciertos derechos y oportunidades por el simple hecho de serlo, u obstaculizando o no el ejercicio de otros derechos debido prejuicios y estereotipos basados en el sistema sexo/género.

Capacitismo entendido como un "sistema de valores que considera que determinadas características típicas del cuerpo y la mente son fundamentales para vivir una vida que merezca la pena ser vivida. Atendiendo a estándares estrictos de apariencia, funcionamiento y comportamiento, el pensamiento capacitista considera la experiencia de la discapacidad como una desgracia que conlleva sufrimientos y desventajas y, de forma invariable, resta valor a la vida humana." (ONU, 2019,3). Esto refleja claramente un mecanismo de opresión que centra el valor de las personas en la mal llamada "*normalidad*" pues tal cosa en realidad no existe, ya que como lo refiere Foucault, se trata en realidad, de una construcción social.[4]

Lo anterior implica la construcción colectiva de un modelo único de persona que cuenta con ciertas características corporales, se comunica, reacciona, se moviliza o desplaza y debe de entender y procesar el mundo de una determinada manera. Esto implica que todo se encuentra pensado y diseñado a partir de un tipo "estandarizado" de persona, lo cual deja de lado el reconocimiento de la gran diversidad humana y promueve la reproducción de prejuicios y estereotipos por motivos de discapacidad.

Las mujeres y los hombres viven su discapacidad de manera diferente debido al género. Tal como se menciona en el *Policy Guidelines for Inclusive Sustainable*

[3] Para entender ampliamente los relativo a las relaciones de poder, así como los términos opresión y privilegio, ver. *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, primera edición, 2020, P. 27.

[4] Si gusta entender a profundidad, véase: Vásquez Rocca Adolfo, Foucault, *Los anormales una genealogía de lo monstruoso, apuntes para una historiografía de la locura*, Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas, 2012. https://revistas.ucm.es/index.php/NOMA/article/view/40745/39064. Consultado el 20 de mayo de 2021.

Development Goals Gender Equality (HCHR, 2020), emitido por el Alto Comisionado de Naciones Unidas (para los Derechos Humanos las mujeres y niñas con discapacidad tienen más probabilidades de sufrir violencia de género y afrontar barreras importantes para acceder al sistema de justicia. Además, experimentan las mismas formas de violencia que mujeres sin discapacidad, así como formas adicionales de violencia como resultado de la discriminación por motivos de discapacidad; el referido grupo de la población presentan una tasa hasta tres veces mayor de ser forzadas esterilizados que la población en general (ONU, A / 72/133, párr. 29).

Derivado de lo anterior, el artículo 6 de la Convención sobre los derechos de las Personas con discapacidad reconoce que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, por lo tanto, los Estados tienen el deber de adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos, es por esto, que el espíritu del referido precepto debe aplicarse de manera transversal a todos los demás artículos de la Convención.

En este contexto, es importante mencionar que debido a los dos sistemas de opresión que enfrentan en razón del género y la discapacidad, viven **discriminación y violencia interseccional**, que se refiere a las problemáticas especificas en virtud de la referida intersección de ambos factores, tal es el caso de la esterilización forzada, el aborto forzado, la negación de ejercer la maternidad debido a prejuicios y estereotipos por razón de la discapacidad, entre otros ejemplos que serían imposibles de entender si se toman los dos elementos (género y discapacidad) de manera separada.

Además, debe tenerse en cuenta que no existe un único tipo de mujer con discapacidad, todas se enfrentan a barreras diferentes en distintos contextos y pueden pertenecer simultáneamente a otros grupos en situación de vulnerabilidad como ser mujer indígena, migrante, refugiada, parte de la comunidad LGTBIQ+, afromexicana, entre otras, aspectos que deberán ser tomados en cuenta de manera conjunta en los casos concretos para dar una solución integral de los mismos.

II. La discapacidad desde el modelo de derechos humanos

A lo largo de la historia han existido diferentes maneras de entender y abordar la discapacidad, mismas que han tenido efecto directo en la negación o el reconocimiento de derechos, tal es el caso del **modelo de presidencia**[5] del que encontramos su máxima expresión en la Edad Media, pues lo que se buscaba era "eliminar" a las personas con discapacidad al considerarlas una "carga" para la sociedad. Aunque ciertamente encontramos en la actualidad algunos reflejos de este modelo.

Por otro lado, **modelo médico o individual**, conceptualiza la discapacidad como un "problema", en donde al carecer el individuo de alguna "facultad" física o sensorial le es sumamente complicado convivir en "normalidad" con el resto de las personas. Este modelo se enfoca en las deficiencias, su objetivo central es tratar de "normalizar" dentro de lo posible, para incluir a la sociedad, teniendo así un corte de carácter asistencial, en donde las personas con discapacidad ocupan el papel de víctimas. (Puig de la Bellacasa, 1990: 63-96).

Este modelo, se ve enriquecido por las ideas capitalistas que consideran que las personas con discapacidad debido a un "diagnóstico" "no pueden" o "no deber" realizar ciertas acciones, tomar decisiones o participar activamente en un proceso judicial, bajo este modelo es donde podemos encontrar expresiones como: minusválido, inválido o discapacitado.

Por otro lado, durante la década de los 60 nace el **Modelo Social y de derechos humanos**, plantea que las causas que originan la discapacidad son principalmente sociales, lo cual significa que la discapacidad no radica en las condiciones individuales de las personas, sino en que la sociedad no prevea los servicios adecuados ni tome en cuenta las necesidades de cada uno para que puedan participar de forma efectiva a la sociedad. Asumir dicho modelo implica dos aspectos: por un

[5] Ver para mejor entendimiento del modelo: Agustina Palacios, El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CERMI, 2008, P.37, disponible en: https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf

lado, entender el hecho de que no son las personas con discapacidad las que deben adaptarse a su entorno si no, por el contrario, es la sociedad quien debe acomodar sus estructuras y eliminar las barreras que limitan su ejercicio de derechos; y por otro, que, al existir una igualdad en cuanto a la dignidad de todos los seres humanos, las personas con discapacidad no pueden ser tratadas como un mero objeto asistencial. (M. Oliver,1999, p.32)

Bajo este enfoque se encuentra redactada la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante Convención CDPD), que plantea en el inciso e) del preámbulo que la discapacidad es un término en constante evolución y que "resulta de la interacción de las personas con deficiencias y las barreras de su entorno". En conclusión, el espíritu de la Convención busca transformar la concepción que se tiene socialmente de la discapacidad para reconocer que existe una gran diversidad humana, que se mueve, se comunica, entiende el mundo y reacciona de diferente manera y que eso está bien, que **en donde se debe poner la atención es en eliminar las barreras que limitan el ejercicio de derechos**.

Es importante comprender que todas las personas crecimos en un mundo que reproduce constantemente el modelo médico asistencialista, lo que se refleja en nuestra manera de entender la discapacidad, en las leyes, políticas públicas, etc.

Razón por la cual, para poder cumplir con los fines que establece la Convención será importante analizar si nuestras actitudes, los actos, las leyes y políticas públicas reflejan los modelos médicos o de prescindencia (de los que pretende alejarse la Convención CDPD) o si, por el contrario, el abordaje de cierta problemática es a partir del modelo de derechos humanos.

El siguiente cuadro[6] pretende demostrar algunos ejemplos de la visión médico asistencialista que las personas operadoras jurídicas deben detectar y evitar con el fin de abordar los casos a partir del modelo de derechos humanos contemplado en la Convención CDPD:

[6] Elaboración propia.

PERSPECTIVA MEDICO/ ASISTENCIAL (Contraria a la Convención CDPD)	PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS (Acorde a la Convención CDPD)
Conceptualiza la discapacidad como sinónimo de enfermedad.	Entiende que la discapacidad es el resultado de dos factores: 1. Las condiciones individuales de la persona (moverse, comunicarse, entender y reaccionar de manera distinta al "estándar de persona") 2. Las barreras del entorno que limitan el ejercicio de sus derechos (físicas, sociales, comunicacionales, procedimentales, tecnológicas, etc.)
Pone la atención en la "condición" o el "diagnóstico", siendo éste el que define lo que puede o no puede hacer la persona o los derechos que debe o no ejercer.	Pone la atención en las barreras que limitan el ejercicio de derechos, pues al eliminarlas las personas podrán ejercer plenamente los mismos.
Conceptualiza a las personas con discapacidad como "objetos que deben ser cuidados", lo cual implica que no tienen una participación activa en el proceso y que terceras personas (padres, tutores, médicos, incluso las propias personas operadoras jurídicas) toman decisiones sobre ellos con la finalidad de "cuidarles", pero sin tomar en cuenta su opinión.	Reconoce que las personas con discapacidad son sujetos plenos de derechos y obligaciones, lo que implica garantizar su participación activa en el proceso y permitir que sean ellos mismos quienes tomen decisiones sobre su vida y sus cuerpos, garantizándoles plena capacidad jurídica.
Conceptualizar la discapacidad como un "problema" que se debe solucionar "normalizando" a la persona para poder integrarla a la sociedad.	Entiende que la diversidad de movimiento, comunicación, reacción, entendimiento etc., está bien, por lo que el problema radica en las barreras impuestas por la sociedad, mismas que se deben eliminar.
Considera a las personas con discapacidad como "dependientes", lo que implica verlas como "objetos que deben ser protegidos".	Busca eliminar las barreras que impiden a las personas con discapacidad ejercer sus derechos y tomar decisiones de manera autónoma e independiente, de ser nece-

	sario se establecen sistemas de apoyos para tales fines que no sustituyen la voluntad de las personas con discapacidad.
Considera que algunas personas con discapacidad debido al "grado", "tipo" o "gravedad" de la discapacidad no pueden o no deben tener y /o ejercer los mismos derechos que el resto de la población. (como el derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica.	Reconoce que todas las personas tienen los mismos derechos y que se deben asegurar los mecanismos necesarios para que puedan ejercerlos en igualdad de condiciones. En la Convención CDPD no se hace referencia al "grado", "tipo" o "gravedad" de la discapacidad y mucho menos se limitan o restringen derechos por tales motivos. De hecho, el inciso J) del preámbulo de la mencionada Convención, hace referencia a la obligación de los Estados de "promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso"
Considera que algunas personas con discapacidad debido al "grado", "tipo" o "gravedad" de la discapacidad o "peligrosidad percibida", no pueden o no deben tener y /o ejercer los mismos derechos que el resto de la población y, por lo tanto, se encuentran impedidas de participar activamente en los procesos judiciales ya sea como víctimas, testigos o responsables del delito por lo que, en este último caso se les considera **inimputables.**	Reconoce que todas las personas tienen los mismos derechos y que se deben asegurar los mecanismos necesarios para que puedan ejercerlos en igualdad de condiciones. En la Convención CDPD no se hace referencia al "grado", "tipo" o "gravedad" de la discapacidad y mucho menos se limitan o restringen derechos por tales motivos. (Mucho menos su derecho de acceso a la justicia y juicio justo).

III. Acceso a la justicia y ajustes de procedimiento[7]

Las mujeres con discapacidad se enfrentan a múltiples barreras que les impiden ejercer su derecho de acceso a la justicia contemplado en el artículo 13 de la Convención CDPD.[8]

La falta de reconocimiento de la capacidad jurídica es una de ellas, pues en muchos ordenamientos jurídicos se encuentran vigentes **sistemas de sustitución de la voluntad, conocidos como interdicción, tutela o curatela, que resultan totalmente contrarios al artículo 12 de la Convención CDPD;**[9] **razón por la cual, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que la interdicción es frontalmente inconstitucional.**[10] La referida figura impide las mujeres con discapacidad hacer exigibles sus derechos, pues prácticamente desaparecen del mundo jurídico al no poder denunciar de manera directa los delitos que son cometidos en su contra o bien, no se les permite participar como testigas en los procesos judiciales.

En ocasiones, aunque no exista un estado de interdicción declarado jurídicamente, los múltiples prejuicios y estereotipos que existen debido a la intersección

[7] El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se ha referido ampliamente a este tema en su informe relativo al "Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", diciembre 2017. A/HRC/37/25. Consultable en: https://undocs.org/es/A/HRC/37/25

También se sugiere consultar el documento de Naciones Unidas relativo a los "Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad", consultable en: https://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/SRDisabilities/Pages/GoodPracticesEffectiveAccessJusticePersonsDisabilities.aspx

[8] 13.1 Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

[9] Artículo 12 .1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

[10] Ver. Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: Amparos en Revisión 1368/2015 y 702/2018 Amparos Directos en Revisión 44/2018 y 8389/2018, así como el Amparo Directo 4/2021.

entre el género y la discapacidad generan que los familiares y las autoridades duden de las declaraciones de las mujeres con discapacidad o no sean tomadas en cuenta durante el proceso.

En materia penal, con frecuencia a las personas con discapacidad se les declara inimputables bajo argumentos de "enajenación mental", que supone atribuir a la persona una "alteración psíquica" o un "trastorno mental" en el momento de la comisión del presunto delito, apartándoles del procedimiento y sometiéndoles a una serie de medidas de seguridad que implican privación de libertad y administración de tratamientos en contra de su voluntad, muchas veces por un tiempo indefinido, negándoles el mismo acceso a las garantías procesales que al resto de las personas, en vulneración del derecho a un juicio imparcial (HCHR, 2017, párr. 36).

Además, también puede resultar violatorio del principio de presunción de inocencia necesario para un juicio imparcial según el cual el acusado es inocente mientras no se demuestre su culpabilidad. En muchas ocasiones, las personas con discapacidad declaradas "no aptas para comparecer en juicio" a causa de una discapacidad (en la mayoría de las ocasiones psicosocial o intelectual) son privadas de participar en el procedimiento y sometidas a medidas de seguridad que implican internamiento forzoso en centros de salud mental y medicación forzada, debido a la supuesta "peligrosidad" de la persona para sí misma o para terceros.

Lo anterior, genera un trato desigual, ya que se basan en una percepción de "peligrosidad" o con supuestos relacionados con la deficiencia, en lugar de una determinación de la culpabilidad en la comisión de un delito mediante un procedimiento con las debidas garantías procesales. Estas prácticas culminan con el abandono del derecho a la presunción de inocencia y la denegación de las debidas garantías procesales que deberían aplicarse a todas las personas, razón por la cual tales prácticas han sido condenadas por el Comité CDPD.[11]

[11] Para mayor comprensión, revisar: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos el "Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", 2017, Pár. 39. Ver. CRPD/C/PRT/CO/1, párr. 33 b).

Por otro lado, es posible advertir, que las normas no tipifican ciertos actos como violencia, por lo tanto, ni siquiera son considerados como tales y por lo mismo, no resulta fácil denunciarlos, tal es el caso de la medicación forzada o la negación de apoyos humanos para realizar actividades de la vida diaria como comer, bañarse, etc. O la negación de apoyos técnicos (impedir u obstaculizar el uso de silla de ruedas, muletas, bastones etc, afectando la autonomía e independencia). En otras ocasiones son las mismas normas las que permiten y toleran ciertos actos de violencia contra las mujeres con discapacidad como sucede con la esterilización o la institucionalización forzada en centros de salud mental, es por ello que al analizar las normas, los hechos y los contextos resulta indispensable hacerlo desde la perspectiva de discapacidad que contempla la Convención CDPD con enfoque interseccional, como se explicará más adelante.

Además, resulta medular reconocer que los **procedimientos judiciales están diseñados para un tipo estandarizado de persona lo que deja de lado a las personas con discapacidad y en específico a las mujeres con discapacidad**, pues algunas de ellas debido a las barreras que enfrentan requieren que se realicen **ajustes al procedimiento**, entendidos como aquellas medidas tendientes a lograr que las personas con discapacidad accedan en igualdad de condiciones al derecho de acceso a la justicia. Por tanto, **deben ser individualizadas y adaptadas a las necesidades de cada persona**, tomando en cuenta para hacerlo diferentes factores como el **género y la edad**.[12]

1. Ajustes de procedimiento

Hacer ajustes de procedimiento es una obligación de todas las personas operadoras jurídicas para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia y permitir que las personas con discapacidad puedan participar activamente en el proceso, obligación que deriva tanto del artículo 13 de la Convención CDPD como del artículo 1° de la Constitución Federal. Los referidos ajustes "comprenden todas las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas para cada caso particular, que

[12] Encuentran su fundamento en el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

pueden incluir la utilización de intermediarios o facilitadores, modificaciones y ajustes de procedimiento, adaptaciones del entorno y apoyo a la comunicación, para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. En la medida de lo posible, los ajustes deben organizarse antes del inicio del proceso" (ONU, 2020,14).

En este sentido, los ajustes de procedimiento buscan eliminar las diferentes barreras a las que se enfrentan las personas con discapacidad para ejercer su derecho de acceso a la justicia y que las coloca en una posición de desigualdad procesal, razón por la cual, "el hecho de no proporcionar ajustes de procedimiento cuando una persona con discapacidad concreta los requiera constituye una forma de discriminación por motivos de discapacidad". (ONU, 2017, 8).

Cabe destacar que los referidos ajustes al procedimiento pueden ser solicitados por la propia quejosa con discapacidad en cuyo caso la autoridad deberá contestar de forma puntual, fundando y motivando su conclusión de ejercer la facultad o de no hacerlo,[13] en todo caso, preguntar a las personas si requieren algún tipo de ajuste.

Debiendo tomar en cuenta en cualquiera de los supuestos que la obligación de proporcionar ajustes de procedimiento al estar vinculada directamente con el derecho a la no discriminación **no puede ser objeto de realización progresiva y no está sujeta al criterio de proporcionalidad**, es por esto que negar los ajustes de manera arbitraria cuando una persona los requiere, implica un acto discriminatorio por motivos de discapacidad. (ACNDH, 2017, p.25)

También deberá considerar que los referidos ajustes deberían proporcionarse sobre la base de "la libre elección y las preferencias" de la persona interesada. Por lo que la autoridad debería tener sobre todo en cuenta lo que solicite la persona con discapacidad, que es quien mejor conoce el tipo de ajuste requiere. La deter-

[13] Ver. Tesis aislada: 1a. CCXVII/2018 (10a.), No. De registro: 2018630, Rubro: DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. OBLIGACIONES QUE TIENEN LAS AUTORIDADES JURISDICCIONALES CUANDO UNA PERSONA ALEGA TENER UNA DISCAPACIDAD Y SOLICITA ALGÚN AJUSTE AL PROCEDIMIENTO.

minación de la necesidad de ajustes de procedimiento no debería basarse forzosamente en informes médicos ni puede supeditarse a una evaluación de la discapacidad, como el caso de un certificado de discapacidad. Si las necesidades de la persona interesada cambian con el tiempo, los ajustes de procedimiento deberían modificarse o reemplazarse según proceda. (Ibidem, párr. 26)

Algunos ejemplos son los siguientes:

- Barreras físicas: Si una usuaria de silla de ruedas debe asistir a una audiencia que normalmente se realiza en un segundo piso y no se cuenta con elevador, un ajuste sería realizar la misma en planta baja.

- Barrera Comunicacional: Si quienes participan en el proceso son mujeres pertenecientes a la comunidad Sorda y son señantes (utilizan la Lengua de Señas para comunicarse), se debe garantizar la participación de intérpretes en Lengua de Señas idóneos e independientes, pues ello también implica un reconocimiento de los derechos lingüísticos y culturales del referido sector de la población, pues la Lengua de Señas Mexicana es reconocida como Lengua Nacional, por lo tanto, es indispensable garantizar interpretes calificados en esta o en cualquier otra lengua de señas que se requiera (como Lengua de Señas Maya, Lengua de Señas Colombiana o Argentina, en caso de tratarse de una mujer extranjera), dependiendo de las necesidades de la mujer que lo requiera.

  Por otro lado, si la mujer con discapacidad lo requiere, deberán realizase las comunicaciones y las sentencias en formatos de fácil comprensión (pictogramas, formatos de fácil lectura, audios, etc. Dependiendo de las necesidades que se presenten en cada caso concreto.).

- Barreras en el procedimiento: De requerirlo la mujer con discapacidad, se podrán hacer ajustes en el ritmo del acto procesal, tratar evitar preguntas compuestas, proporcionar tiempo adicional para responder, permitir descansos cuando sea necesario y utilizar un lenguaje sencillo, permitir la participación de facilitadores o terceras personas, entre otros.

Es posible encontrar más ejemplos concretos en el documento emitido por Naciones Unidas relativo a los "Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad".

IV. Perspectiva de discapacidad y propuesta metodológica para su aplicación

Debido al cambio de paradigma que propició la Convención CDPD y en virtud del mandato contenido en el artículo 1° constitucional, se genera la obligación para todas las personas operadoras jurídicas de materializar el contenido de la referida Convención en la resolución de casos concretos, lo que implica aplicar la perspectiva de discapacidad.

La perspectiva de discapacidad, al igual que la perspectiva de género es una herramienta de análisis que implica tener en cuenta la existencia de las asimetrías de poder y de la discriminación sistemática y estructural que enfrentan las personas con discapacidad, el abordaje de las problemáticas a partir del modelo de derechos humanos de la discapacidad, aspecto que se refleja en: El cambio del entendimiento de la discapacidad como una problemática social y no individual, el reconocimiento pleno de la capacidad jurídica y de la diversidad humana, la comprensión de que las personas con discapacidad son sujetos plenos de derechos y obligaciones y no "objetos de protección"; así como de la necesidad detectar y eliminar las barreras que les impiden ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, garantizando en todo momento su participación activa durante el proceso.

1. Propuesta metodológica para su aplicación

a. Entender los estándares del Modelo de derechos humanos de la discapacidad y familiarizarse con los criterios de derechos humanos aplicables

Son desarrollados tanto en la Convención CDPD, como en las Observaciones Generales, recomendaciones a los Estados o resolución de casos individuales, emitidas

por el Comité CDPD, así como las manifestaciones de los expertos independientes.[14] Estándares que pueden complementarse con todos los demás instrumentos nacionales e internacionales relacionados en el tema, así como aquellos vinculados con la protección de derechos humanos y en específico los relativos a los derechos de las mujeres, tal es el caso de la Convención CEDAW o la Convención Belém Do Pará.

2. Evitar estereotipos y Utilizar lenguaje adecuado

Es importante cuidar que en todas las comunicaciones y acciones que se tomen durante todo el proceso judicial, así como en la sentencia no se reproduzcan estereotipos por razón de género y discapacidad y cuidar la utilización correcta del lenguaje, con la intención de evitar reflejar el modelo médico.

En relación con la terminología adecuada se recomienda consultar el documento de "Directrices para un Lenguaje Inclusivo en el Ámbito de la Discapacidad" emitido por Naciones Unidas; sin embargo, es posible resaltar que el término internacionalmente reconocido por la Convención CDPD es: Persona con Discapacidad.

Por otro lado, algunos ejemplos de términos o conceptos que reflejan modelo médico y que no deben utilizarse son los siguientes: mujer discapacitada, minusválida, invalida, sufre o padece una discapacidad (pues la discapacidad no se sufre o se padece, es parte de la diversidad humana), grado de discapacidad (la discapacidad no tiene grados, lo que puede aumentar o disminuir en todo caso son las barreras que enfrenta y la intensidad de apoyos que requiere) o edad mental (implica un pronunciamiento en relación con la persona y no con las barreras, se realiza a partir de un dictamen médico que se basa en un diagnóstico y para definir la edad mental toma en cuenta a un estándar único de persona), utilizar el argumento de "peligrosidad" para eliminar su participación en el proceso u ordenar internamiento u hospitalización (pues la peligrosidad se basa en estereotipos

[14] Se sugiere consultar el punto 2 de este documento.

relacionados con discapacidades reales o percibidas vinculadas principalmente con personas con discapacidad psico-social), entre otras.

3. Identificar si la persona involucrada requiere ajustes de procedimiento y/o si la norma o acto puede tener efectos desproporcionados de manera directa o indirecta

Identificar, por un lado, si la persona en cuestión requiere algún ajuste de procedimiento para comunicarse, comprender el contenido del proceso, en los tiempos, etc. Así, Es responsabilidad de las personas operadoras jurídicas que en todo procedimiento informen a la persona sobre su derecho a solicitar ajustes de procedimiento para la comunicación y comprensión y explicar que ellos incluyen la Lengua de Señas, audiodescripción, guías intérpretes, lectura fácil, ajustes en tiempos y pausas cognitivas, etc. Por otro lado, deberá analizarse si el asunto genera efectos directos o indirectos sobre los derechos de las mujeres con discapacidad, de mujeres a quienes se les atribuye una discapacidad y no necesariamente son mujer con discapacidad, quienes son familiares o tienen vínculos con personas con discapacidad, etc.

Los efectos desproporcionados de un acto o norma pueden resultar claros cuando el acto o la norma discrimina, elimina o restringe derechos por motivos de discapacidad. Al respecto, debe entenderse que "la `discriminación por motivos de discapacidad´ puede afectar a personas que tienen una discapacidad en ese momento, que la han tenido en el pasado, que tienen predisposición a una posible discapacidad futura o que tienen una discapacidad presunta, así como a las personas asociadas a personas con discapacidad. Esto último se conoce como `discriminación por asociación´". (Comité CDPD: OG 6: Pár.20).

También existe la posibilidad de que a alguien se le atribuye una discapacidad, pero en realidad no sea una mujer con discapacidad y debido a tal atribución se le limiten o restrinjan sus derechos por motivo de discapacidad. Esto ocurría frecuentemente con las personas pertenecientes a la comunidad LGTBIQ+ a quienes desde el modelo médico se les atribuía una discapacidad mental o psico-social debido a su orientación sexual o identidad de género para restringir algunos de

sus derechos, otros ejemplos son casos de solicitud de estados de interdicción, restricción de la maternidad o internamiento a mujeres que por prejuicios o estereotipos se les atribuye una discapacidad.

Por otro lado, ciertos actos o normas que en principio pueden parecer neutrales (al no dirigirse directamente a las personas con discapacidad) o bien, que busquen "proteger a las personas con discapacidad", en realidad generan efectos adversos desproporcionado en el referido sector de la población, al considerarles como objetos de protección y no como sujetos de derechos.

- Ejemplo: Las "medidas de seguridad" (previas al juicio y como sentencia) que se encuentran establecida en los Códigos Penales, en principio podrían parecer "beneficiosas" para las personas y en específico para las mujeres con discapacidad, dado que generalmente se entienden como "tratamiento" a realizarse en instalaciones de carácter penitenciario y en ocasiones en hospitales psiquiátricos. Lo cierto, es que resultan frontalmente contrarias a la Convención CDPD, pues son un claro ejemplo del modelo médico del que pretende apartarse la Convención e implican la privación de la libertad bajo un esquema penal incluso más punitivo y restrictivo dado que las medidas de seguridad excluyen las personas de preliberación para reducir la condena y exigen la presentación y firma de un tutor para salir de prisión, sometiéndolas en muchos casos a tratamientos y medicación forzada.[15]

4. Entender el contexto e identificar barreras específicas de forma interseccional

Contexto en sentido amplio: Lo que implica dar cuenta de la asimetría de poder y la discriminación sistemática y estructural que viven las mujeres con discapa-

[15] Ver. A/HRC/40/54, Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, relativo al tema de "libertad personal de las personas con discapacidad", 2019. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos el "Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", 2017. DOCUMENTA A.C. Informe sobre la discapacidad psicosocial y el sistema de justicia penal mexicano, 2014. Pág. 11.

cidad, los prejuicios y estereotipos de los que enfrentan, así como los efectos y reflejos del capacitismo tanto en la concepción de la persona como en la construcción de entornos, leyes y políticas públicas.

Contexto del caso concreto: Lo que implica dar cuenta de las circunstancias particulares que conforman el contexto en el caso concreto y que deberán ser tomado en cuenta al momento de dictar la sentencia, tales como aspectos sociales, económicos, geográficos, relativos a la violencia, etc. Esto impacta todas las fases del proceso porque las medidas adoptadas deben estar orientadas hacia la eliminación de las barreras que enfrenta la mujer con discapacidad en el caso concreto.

Enfoque interseccional: Es una herramienta de abordaje que permite advertir la vivencias, discriminaciones, violencias y problemáticas concretas que presenta la interacción de dos o más sistemas de opresión de manera conjunta en un caso concreto.

Lo anterior no debe entenderse como la mera suma o acumulación de desventajas o de discriminaciones, pues como menciona María Lugones la interseccionalidad revela lo que no se ve cuando las categorías (en este caso género y discapacidad) se analizan de manera separada. (Lugones, 2008)

En otras palabras, resulta fundamental que las persona operadoras jurídicas comprendan que las vivencias, experiencias, discriminaciones y violencias que experimentan las mujeres con discapacidad serán específicas y diferentes a las que viven los hombres con discapacidad o las mujeres sin discapacidad, y por lo tanto, requieren un análisis de la problemática y el dictado de medidas que eliminen las barreras generadas por la interacción de ambos factores que las colocan en una posición de mayor desventaja en el ejercicio de sus derechos.

- Ejemplo: El hecho de que las mujeres con discapacidad sean esterilizadas en mayor proporción que los hombres con discapacidad muestra una discriminación por razones de discapacidad y género de carácter interseccional.

Debe mencionarse que al referido binomio (género-discapacidad) puede contener simultáneamente otros factores o sistemas de opresión que complejicen la situación y de los cuales también deberán pronunciarse las personas operadoras jurídicas, tal es el caso de: Ser migrante, mujer indígena, pertenecer a la comunidad LGTBIQ+, refugiada, afromexicana, entre otros.

- Ejemplo: La violencia sexual cometida contra una mujer Maya con discapacidad no solo conlleva efectos relacionados con el género de ésta y la exclusión estructural que vive por el hecho de tener discapacidad, sino que también tiene implicaciones en relación con la forma en que la violencia sexual se enfrenta en su cultura, que con frecuencia implica rupturas comunitarias.

Identificar barreras: Abordar los casos concretos a partir del modelo de derechos humanos implica la importancia de poner la atención en las barreras y no en la persona, pues es sobre las primeras respecto de las cuales la persona operadora jurídica debe pronunciarse y en su oportunidad dictar medidas para eliminarlas, las mencionadas barreras pueden ser de manera enunciativa más no limitativa las siguientes:

Actitudinales: La existencia de prejuicios y estereotipos basados en el género y la discapacidad, como los siguientes: Las mujeres con discapacidad o pueden o no deben ejercer diversos derechos como la maternidad, son niñas eternas, no pueden tomar sus propias decisiones (en relación con su cuerpo, tratamientos, medicamentos, vida sexual, etc.) lo que implica que una tercera persona debe decidir por ellas, son personas asexuales o hipersexuales, son "peligrosas", no pueden expresar consentimiento, no son productivas, no pueden trabajar, no realizan labores de cuidados, entre otros.

Físicas: Como la falta de entornos accesibles que cuentan con escalones en lugarde rampas o elevadores.

Comunicacionales: No se cuenta con intérpretes de lengua de señas, sistema braille, textos de fácil lectura, pictogramas, videos, entre otros.

Es indispensable asegurar que todas las notificaciones que requieran una respuesta o acción (por ejemplo, los emplazamientos, las citaciones, los autos, las órdenes y las sentencias) estén disponibles por medios y en formatos accesibles, así como que incluyan explicaciones claras y comprensibles sobre el funcionamiento de un acto procesal, lo que cabe esperar durante un proceso, lo que se espera de la persona, y dónde obtener ayuda para comprender el proceso y los derechos de la persona durante el mismo, en un lenguaje que no sea una mera repetición de la norma.[16]

Tecnológicas: Las tecnologías de la información tampoco resultan accesibles para todas las personas.

Barreras legales: Normativa que niega o restringe derechos por motivos de discapacidad, tal es el caso de la existencia en ley del estado de interdicción, de normas que autorizan la esterilización forzada o que contemplan la violencia basada en género desde una visión hegemónica sin contemplar la perspectiva de discapacidad basada en derechos humanos de manera transversal.

Procedimentales: La falta de intérpretes o intermediarios, la falta de flexibilidad en los procedimientos, en la duración de las audiencias, entre otros.

5. Dictar medidas tendientes a la eliminación de barreras y a la reparación transformadora

> Una vez detectadas las barreras, la persona juzgadora deberá dictar medidas tendientes a eliminarlas para permitir que las personas con discapacidad y en específico las mujeres con discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, lo que deberá hacerse a partir del enfoque interseccional del asunto, lo que implica tomar en cuenta que existe una gran diversidad de mujeres con discapacidad y que todas se enfrentan a diferentes barreras que también se ven influidas por su contexto social, económico, geográfico, etc.

[16] Para mejor comprensión, ver. "Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad", consultable en: https://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/SRDisabilities/Pages/GoodPracticesEffectiveAccessJusticePersonsDisabilities.aspx Pág. 18.

Además, también se debe tomar en cuenta que las mujeres con discapacidad pueden pertenecer al mismo tiempo a otros grupos en situación de vulnerabilidad como: Ser migrante, mujer indígena, pertenecer a la comunidad LGTBIQ+, refugiada, afromexicana, entre otros, por lo que la eliminación de barreras también deberá tener en cuenta esas circunstancias concretas y pronunciarse al respecto.

Idealmente, las personas operadoras jurídicas deberán contemplar en sus sentencias medidas con vocación transformadora de la situación que se pretende modificar o combatir, de tal forma que tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo, con la finalidad de que la situación estructural de violencia y discriminación no se repita nuevamente. (Corte IDH: Campo Algodonero: Pr. 450), como puede ser ordenar capacitaciones, modificación de situaciones generalizadas, entre otras.

V. Problemáticas específicas que enfrentan las mujeres con discapacidad en el derecho penal

1. Inimputabilidad

Caso basado en un asunto por el que fue condenado el Estado Mexicano ante el Comité CDPD:[17] Lucia es una mujer mayor de edad con discapacidad intelectual y psicosocial vive con su madre y su hermana, quienes han sido su principal apoyo en la toma de decisiones, fue detenida y acusada de haber cometido un robo de automóvil, ella sostiene no cometió el robo, su madre argumenta que debido a su discapacidad no lo pudo haberlo hecho. Se solicitaron peritajes en los que se determinó que debido a su discapacidad intelectual y psicosocial no era apta para declarar, el juez decidió sujetarla al procedimiento especial para inimputables.

Lucia alegó que no se le permitió declarar, no se le informó lo que estaba sucediendo en el proceso, ni se le notificó que estaba siendo procesada bajo la figura del procedimiento especial para inimputables. El día de su detención, su madre

[17] Ver. CRPD/C/22/D/32/2015, Comité CDPD. Caso Arturo Medina Vela Vs. Estado Mexicano, Comunicación 32/2015. 2019

solicitó que revocara la designación del abogado de oficio y se designaran abogados particulares para su defensa. Sin embargo, el juez resolvió denegar la designación de la defensa particular, ya que, de conformidad con el Código Civil, la madre no era su tutora legal pues la autora no había sido declarada incapaz.

El Juez la condenó por el delito de robo y le impuso una medida de seguridad por cuatro años, correspondiente a su internamiento en una institución o área de rehabilitación psicosocial del sistema penal. Además, estableció que, una vez finalizada su condena, debía ser puesta bajo custodia de su familia, o de no tenerla, de las autoridades de salud o institución asistencial.

Al respecto, es importante mencionar que por un lado, el artículo 5 de la Convención CDPD refiere que todas las personas son iguales ante la ley y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la misma en igual medida sin discriminación alguna, lo que incluye por supuesto el derecho al acceso a la justicia y al debido proceso, por otro lado, el artículo 4 de la Convención CDPD estipula el compromiso de asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad por lo que corresponde definir si el procedimiento especial para inimputables genera un trato diferenciado por motivos de discapacidad.

Conviene resalta que, en virtud del procedimiento especial, Lucia nunca tuvo la posibilidad de declarar ni de contradecir las declaraciones de los agentes de policía que la capturaron. Tampoco pudo nombrar su propio defensor ya que este le fue asignado por la autoridad judicial. Además, no se le proporcionó el apoyo o ajustes razonables para que pudiera ejercer su defensa. La documentación presentada también demuestra que Lucia nunca fue llamada a las audiencias llevadas a cabo durante su proceso penal. Por motivo de su discapacidad psicosocial e intelectual, se le aplicó un procedimiento especial que le impidió participar de forma directa y presentar recursos, y en el cual no fueron garantizados sus derechos al debido proceso. Además, tampoco se le garantizaron ajustes de procedimiento, por lo que se le negó su derecho al debido proceso por motivos de discapacidad.

Por otro lado, el hecho de haberle considerado como "no apta para declarar" implica también un desconocimiento de su capacidad jurídica, lo que resulta contrario al artículo 12 de la Convención CDPD, pues la Capacidad jurídica es un derecho humano inherente (CRPD, 2014, párr. 8) de todas las personas que hace efectivo el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación ante la ley de manera sustantiva y no meramente formal. Aspecto que también ha sido reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al declarar la inconstitucionalidad de la figura de interdicción en el Amparo en Revisión 1368/2015, al considerar que implicaba "una injerencia indebida y desproporcionada que repercute negativamente en la vida de las personas con discapacidad, al sustituir por completo su voluntad". (SCJN, 2019, p. 66)

En el artículo 12, párrafo 2, se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. La capacidad jurídica incluye tanto la facultad de ser titular de derechos como la de actuar en derecho, es decir, tanto a la capacidad de goce como a la de ejercicio.[18]

Es importante resaltar que, en cuanto al ejercicio del referido derecho, la Convención no hace diferencia entre "tipos de discapacidad" o "grados de discapacidad". Por lo que las personas operadoras jurídicas en ningún caso podrían considerar procedente y mucho menos constitucional la figura de interdicción,[19] incluso en aquellos en los que las personas requieran de apoyos más intensos.

En virtud de lo anterior, mediante el Amparo directo en Revisión 8389/2018,[20] la Suprema Corte afirmó que el régimen de interdicción no podría ser considerado un apoyo o un ajuste razonable desde la perspectiva social de la discapacidad, porque se funda en el modelo médico rehabilitador de restricción de la capaci-

[18] Ver. *Íbedem* párrs. 11 y 12. Y ONU, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad (Derecho de las personas con discapacidad al igual reconocimiento como persona ante la ley), 2017. Pár. 14

[19] Recomiendo la lectura del Amparo en Revisión 1368/2015 (2019), Primera Sala, SCJN. P.68

[20] Asimismo, recomiendo revisar ADR 8389/2018 (2019), p. 47, párr.97. Resuelto en sesión de Primera Sala el 8 de mayo de 2019 por unanimidad de 5 votos.

dad jurídica y de sustitución de la voluntad, que es totalmente opuesto al modelo social que reconoce la capacidad jurídica y la asistencia en la toma de decisiones.

Por otra parte, en el Amparo Directo 4/2021, la Suprema Corte hizo notar que comúnmente capacidad mental y capacidad jurídica se mezclan. La discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones han sido considerados motivos legítimos para negar la capacidad jurídica, de modo que cuando se considera que una persona tiene una aptitud "deficiente" para adoptar decisiones —a menudo a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial—, se le retira su capacidad jurídica mediante el estado de interdicción. Sin embargo, contraria a la postura de sustitución de la voluntad, la CDPD reconoce, de manera expresa e indudable, el derecho a la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, sin excepción alguna.

Así, el derecho a la capacidad jurídica no es una cuestión de "inteligencia" en las decisiones que se adoptan, ni debe estar ligada a las condiciones mentales. Se basa simplemente en el reconocimiento de la voluntad de todo ser humano como elemento central del sistema de derecho. Lo que permite concluir que aspectos como "desequilibrio mental" o "trastorno mental", y otras expresiones discriminatorias, en ningún caso podrían ser razones legítimas para negar la capacidad jurídica a alguna persona.

La sentencia reconoce que existen diversos modos o maneras de ejercer esa capacidad: algunas personas requerirán de cierto tipo de apoyos para poder ejercer su derecho y otras no. Así, los apoyos están enfocados a facilitar la expresión de una voluntad libre y verdadera, y hacen referencia a todas aquellas medidas que son necesarias para ayudar a la persona con discapacidad, en general, a ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones. Apoyos que la persona operadora jurídica deberá garantizar para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia.

En cuanto a la medida se seguridad ordenada por el Juez relativa al internamiento de Lucia en una institución o área de rehabilitación psicosocial del sistema penal, debe decirse que estuvo basado únicamente en los certificados médicos y en la posible "peligrosidad que representaba para la sociedad". Lo que resulta

totalmente contrario al artículo 14, párrafo 1, apartado b), de la Convención CDPD, pues la existencia de una discapacidad no justifica en ningún caso una privación de la libertad. De la misma manera, según los Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre los Recursos y Procedimientos relacionados con el Derecho de Toda Persona Privada de Libertad a Recurrir ante un Tribunal, el internamiento basado en una discapacidad psicosocial o intelectual real o percibida está prohibido.

Además, las medida de seguridad se traducen en tratamiento obligatorio de carácter médico-psiquiátrico, ya sea en internamiento o en libertad; y en general, las legislaciones no contienen reglas específicas para determinar la duración de dicha medida, no toman en cuenta otras variables terapéuticas tal vez más eficaces para superar las barreras psicosociales a las que se enfrentan estas personas, y con ello, lograr que la medida de seguridad se modifique o se declare concluida por no ser ya necesaria respecto del fin de la reinserción (DPCUMENTA,2014,11).

Así, las personas con discapacidad deben gozar y ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con el resto de la población. Lo anterior no quiere decir que no deban responder ante el sistema de justicia penal cuando sean hallados culpables de cometer un ilícito, sino que se implementen los ajustes necesarios, entre ellos, las sanciones alternativas a la prisión, que les permitan hacer frente a su responsabilidad social.

Quizá una posible opción sería que en casos excepcionales donde se demuestre que debido a la discapacidad y a las circunstancias particulares la persona no buscaba el resultado de sus actos, podrán ser exculpadas de responsabilidad penal sin que ello implique nulificar su capacidad jurídica o su derecho al debido proceso.

VI. Violencia en contra de las mujeres con discapacidad

Caso: “Guadalupe fue severamente golpeada por tres de sus cuñadas, con quienes vivía, junto con su esposo. El ataque le causó una lesión en la columna vertebral

y no pudo volver a caminar. No le fue posible acceder las medidas de protección. Mientras Guadalupe se encontraba en el hospital, la Fiscalía General de Justicia de la Ciudad de México solicitó medidas de protección general en su nombre, que incluyeron opciones como mudarse a un albergue de emergencia y separarla de sus agresores. Sin embargo, el juez del caso denegó su pedido por una cuestión técnica, y determinó que la propia fiscalía debería haber establecido las medidas de protección, si bien el juez también tiene autoridad para emitirlas. Debido a la falta de opciones, después de pasar seis meses en el hospital, Guadalupe terminó regresando al lugar donde vivían las personas que abusaban de ella." (HRW, 2020, p. 16)

Las mujeres con discapacidad si bien son más susceptibles a enfrentar las mismas violencias que las mujeres sin discapacidad como la violencia física, psicológica o patrimonial, debido a la intersección con la discapacidad pueden generarles efectos desproporcionados. También, debido a la referida interacción del género y la discapacidad pueden vivir diferentes manifestaciones de violencia que en muchas ocasiones no son advertidas como tales, de hecho, algunas son toleradas y naturalizadas debido a que el entendimiento de la violencia no contempla una perspectiva de discapacidad, tal es el caso de la esterilización, institucionalización y medicación forzada, el abandono, la denegación del acceso a los medicamentos o su retención; la eliminación o el control de apoyos para la comunicación y la denegación de asistencia en la comunicación; la denegación de la movilidad personal y la accesibilidad, por ejemplo, la eliminación o destrucción de elementos de accesibilidad, como rampas o sillas de ruedas; la negativa de quienes a prestan apoyos en las actividades cotidianas, como bañarse, gestionar la menstruación, vestirse y comer, etc.[21]

Es por ello que un reto importante para las personas operadoras jurídicas, será reinterpretar el concepto de violencia y sus múltiples manifestaciones tomando en cuenta la perspectiva de discapacidad; así como las diferentes barreras que enfrentan la gran diversidad de mujeres con discapacidad, en donde deberá ponderarse dependiendo del caso concreto los actos que de manera directa o indirecta

[21] Para un mejor entendimiento, revisar CRPD/C/GC/3, Comité CDPD, Observación General 3.

pueden llegar a afectar su autonomía, independencia o el ejercicio de sus derechos y que puedan ser considerados como violencia, así como los factores contextuales que puedan agravar la situación.

Debe mencionarse que en muchas ocasiones las mujeres con discapacidad serán violentadas en el entorno familiar no solamente por miembros de la propia familia sino también por personas que realizan labores de apoyo o asistencia en las actividades de la vida cotidiana, por lo que dicho factor también deberá ser tomado en cuenta.

Las soluciones que sean dictadas en los temas de violencia basada en género que involucren a mujeres con discapacidad deberán ir dirigidas a eliminar las asimetrías de poder y las barreras que ocasionan esas situaciones de violencia.

En relación con el caso mencionado a manera de ejemplo al principio del apartado conviene resaltar lo siguiente:

Dado el peligro inminente que vivía Guadalupe de recibir nuevas agresiones el Juez debió dictar medidas de protección para salvaguardar su vida y su integridad, para el dictado tanto de esas como de futuras medidas debió aplicarse la perspectiva de discapacidad desde un enfoque interseccional, tomando en cuenta que debido al ataque que recibió le fue generada una lesión en la columna vertebral, razón por la cual no le es posible caminar y realizar sus actividades cotidianas de manera regular.

En casos como el mencionado las personas operadoras jurídicas deben analizar cuidadosamente el contexto y las barreras existentes, por ejemplo: Si la medida de protección implicara enviar a Guadalupe a un albergue, debería analizarse si el referido albergue cuenta con la infraestructura necesaria y el personal humano para apoyarla adecuadamente, ya que en general los albergues no son accesibles para personas usuarias de sillas de ruedas y tampoco se cuenta con personal capacitado para apoyar a quien así que lo requiera en sus actividades de la vida cotidiana, por lo que sería necesario que se dictaran medidas complementarías en relación con el albergue o bien valorar la opción de que sea la persona agresora

quien tenga que abandonar domicilio conyugal (ordenando, de ser necesario, una orden de restricción), y no quien resintió el acto de violencia, pues en muchas ocasiones apartar a las mujeres con discapacidad de sus entornos y contextos conocidos en donde generalmente cuentan con diversos apoyos técnicos y humanos, contrario a lo que se busca, puede generarles mayores afectaciones y dejarlas en estado de desprotección, es por ello que resulta indispensable analizar cuidadosamente las circunstancia de cada caso concreto, tomando en cuenta las necesidades y opiniones de las mujeres con discapacidad.

El gran peligro de analizar los hechos y el contexto sin perspectiva de discapacidad desde un enfoque interseccional, puede generar que como en el caso mencionado y ante la ausencia de alternativas, la mujer con discapacidad que resintió los actos de violencia tenga que regresar con sus agresores.

Bibliografía

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, (2020), *Policy Guidelines for Inclusive Sustainable Development Goals Gender Equality*,. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/SDG-CRPD-Resource/policy-guideline-gender-equality.pdf

_____, (2017),el *"Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*", diciembre 2017. Disponible en: https://undocs.org/es/A/HRC/37/25

BREGAGLIO LAZARTE, Renata (2015) *La incorporación de la discapacidad en el Sistema Interamericano. Principales regulaciones y estándares post-convención*, Pontificia Universidad Católica de Lima.

CEDDIS. (2011.) *Observación General "Sobre la necesidad de interpretar el artículo I.2, Inciso B) in fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*".

CIDH, (2007), *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*.

CIDH, (2011), *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*.

CIDH, (2011), *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*. CIDH, (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) (2011), *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 64, 31 diciembre 2011.

DOCUMENTA A.C., (2014), *Informe sobre la discapacidad psicosocial y el sistema de justicia penal mexicano*.

GARGARELLA (coords.), (s/a) El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario, *Lexis Nexis*, Buenos Aires.

GUERRERO Salvador (2019), *Ecos de la interdicción ¿Quién tiene derecho a ser persona?,* Nexos.

HRW, (2020), *Mejor hacerte invisible, violencia familiar contra personas con discapacidad en México*, 2020.

LUGONES, Maria. (2008). *Colonialidad y Género*. Tabula Rasa. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-24892008000200006&lng=en&tlng=es

MESECVI, (2017), *Tercer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará*.

OEA, (2007), *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*.

ONU, (2017), *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad (Derecho de las personas con discapacidad al igual reconocimiento como persona ante la ley)*.

ONU, (2019b) *Relatora Especial Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, A/HRC/43/41, diciembre 2019.

ONU, (2020) *Relatores especiales, expertos independientes y grupo de trabajo Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad*.

ONU, (2019a) , *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, relativo al tema de "libertad personal de las personas con discapacidad"*, A/HRC/40/54.

PALACIOS, Agustina , (2008), *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI.

SABA Roberto (2007) *(Des)igualdad estructural,* en Marcelo Alegre y Roberto.

SCJN, (Suprema Corte de Justicia de la Nación) (2020), *Protocolo para juzgar con perspectiva de género,* 1a. Ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. disponible en: https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf

VÁSQUEZ ROCCA Adolfo, (2012), *Foucault, Los anormales una genealogía de lo monstruoso, apuntes para una historiografía de la locura*, Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas.

_____, (2012), Foucault, *Los anormales una genealogía de lo monstruoso, apuntes para una historiografía de la locura*, Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas.

Legislación nacional

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Legislación Internacional

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 13 de diciembre de 2006.

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Amparo en Revisión 1368/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 13 de marzo de 2019.

Amparo en Revisión 702/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 11 de septiembre de 2019.

Amparo Directo 4/2021, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 16 de junio de 2021.

Amparo Directo en Revisión 44/2018. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 13 de marzo de 2019

Amparo Directo en Revisión 8389/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 08 de mayo de 2019.

Resoluciones emitidas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009", Serie C No. 205. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.

Resoluciones emitidas por el Sistema Universal de Derechos Humanos

Comunicaciones

Comité CDPD. *Caso Arturo Medina Vela Vs. Estado Mexicano*, Comunicación 32/2015. 2019.

Observaciones generales

Comité CDPD, *Mujeres y niñas con discapacidad., Observación General 3*, 26 de Agosto de 2016. OHCHR | General Comments

_____, *Observación General No. 1 "Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley"* 2014. untitled

_____, *Igual reconocimiento ante la ley, Observación General 1*, 11 de abril de 2014. Disponible en: Treaty bodies Download (ohchr.org)

_____, *Igualdad y la no discriminación, Observación general núm.* 6 (2018), 9 de marzo de 2018. Disponible en: Treaty bodies Download (ohchr.org)

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley de 10 y 11 puntos, Futura 12, 13 y 19 puntos. Noviembre de 2021.

Suprema Corte
de Justicia de la Nación