

CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS, A.C.



TEORÍA *QUEER* Y EL DISCURSO JUDICIAL: UN ANÁLISIS MÁS ALLÁ DEL
GÉNERO

TESINA

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA

CAMILA RIVA PALACIO RABADÁN

DIRECTORA DE LA TESINA: DRA. LUCERO IBARRA ROJAS

CIUDAD DE MÉXICO

2021

Agradecimientos

A Marcela y a Miguel quienes son mi mayor inspiración, mis consejeros y mi apoyo incondicional. Sin ustedes esto no sería posible, gracias.

A Fernanda, quien ha sido mi compañera de vida.

A Yeshu, por todas las enseñanzas, el esfuerzo y el cariño que hemos compartido en estos años.

A mis profesoras Lucero Ibarra y Ximena Medellín, de quienes aprendí inmensamente y quienes marcaron mi formación jurídica.

A Daniel, a María del Carmen y a Sonia quienes hoy me hacen una enorme falta y con quienes me hubiera gustado compartir este momento.

Índice

1. Introducción	1
1.1 Pregunta de investigación e hipótesis	2
2. La importancia de hablar de feminismo: la visibilización de las relaciones asimétricas de poder	5
2.1 Carole Pateman y el contrato sexual: la construcción de la sociedad civil y el patriarcado	5
2.2 Un nuevo giro: Judith Butler y la performatividad del género	11
2.3 Surgimiento de la jurisprudencia feminista: el papel del derecho en el movimiento de liberación femenina	14
2.4 Las y los jueces: el remedio o la condena para la sujeción de la mujer	18
3. Metodología	23
3.1 La construcción del universo de estudio	23
3.2 La colaboración de organizaciones sociales	27
3.3 Problemáticas adicionales encontradas y delimitación del universo de trabajo	28
4. El efecto de una puesta en escena discordante	30
4.1 Análisis de sentencias	30
4.1.1 Instinto materno	32
4.1.2 Castidad de la mujer	38
4.1.3 Estereotipos sexuales y estado de indefensión	42
4.2 Juzgar con perspectiva de género: ¿obligación o elección?	47
4.2.1 Ámbito nacional	48
4.2.2 Ámbito Internacional	53
4.3 La aplicación del protocolo: un análisis transversal	57
4.3.1 Instinto materno: Elvira y Regina	57

4.3.2 Castidad de la mujer: el caso de María	59
4.3.3 Estereotipos sexuales y estado de indefensión: el caso de Lucía	61
5. Conclusiones	64
6. Referencias	69
6.1: Documentos de la SCJN y sentencias de tribunales ordinarios y superiores	69
6.2: Instrumentos internacionales	70
6.3: Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	71
6.4: Publicaciones y artículos	71
6.5: Bibliografía	75

1. Introducción

Whenever you hear a gender binary – being a man means not being a woman or like a woman (and vice versa) – and encounter a gender hierarchy privileging the “masculine” (reason, mind and self) over the “feminine” (emotions, body, and relationships) you know you are in patriarchy, whatever it may be called.¹

Los estereotipos de género han sido esenciales para la construcción del Derecho y la lucha feminista ha exhibido el acaparamiento de los intereses masculinos por el sistema jurídico. En específico, las teorías jurídicas feministas, que comenzaron a consolidarse desde los sesenta, han planteado que el derecho, al intervenir en su creación el sistema patriarcal, es capaz de generar disparidades y posiciones diferenciadas entre los géneros. Mariana Sánchez, en su texto *Respuestas Judiciales a la Violencia de Género: el Derecho como Discurso y Práctica Sociales*, establece que el discurso feminista en la teoría del derecho es una crítica a los aparentes principios generales de igualdad, de objetividad o de imparcialidad del sistema jurídico, que pone en evidencia la ideología masculina que lo sostiene.²

Al ser parte del ordenamiento jurídico, la estructura patriarcal también ha permeado en el poder judicial. En algunos casos, esta influencia ha permitido que los principios de neutralidad, de imparcialidad y de igualdad dejen de ser los rectores del actuar de las y los jueces en el planteamiento de sus sentencias. Por lo tanto, una de las consecuencias de tergiversar estos principios es la falta de reconocimiento, de garantía y de protección a los derechos de las mujeres. El principio de independencia judicial buscaba que el acceso a la justicia no estuviera supeditado a alguna influencia u impedimento que provocara decisiones y resoluciones basadas en elementos extralegales.³ Por el contrario, la actuación de las y los juzgadores debe basarse en aquellos criterios jurídicos que sean parte del ordenamiento mexicano. En este sentido, las y

¹ Carol Gilligan, *The Ethics of Care*, (Barcelona: Monographs of the Victor Grigols i Lucas Foundation, 2013), 20.

² Mariana Sánchez Busso, “Respuestas judiciales a la violencia de género: el derecho como discurso y práctica social,” *Oñati Socio-Legal Series* 5, no. 2 (2015): 788.

³ Norbert Lösing, “Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho” (presentado en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano año XVII, Montevideo, 2011), 414.

los operadores jurisdiccionales son los garantes de las leyes y de la Constitución misma, son quienes aplican e interpretan las normas y, al establecer sus criterios, deben tener especial cuidado en realizar un análisis que no contravenga otros derechos o fuente de derechos. Por lo tanto, el hecho de que la jueza o el juez identifiquen y emitan su resolución con base en los derechos que se encuentran en conflicto permite que se visibilice la afección que hay al bien jurídico tutelado y se ordene la reparación correspondiente.

No obstante, si algún factor extrajurídico entra en juego al momento en que la autoridad jurisdiccional realiza el análisis de la aplicabilidad de la norma al caso concreto, el proceso de reconocimiento del derecho vulnerado –junto con su reparación– se ve amenazado. Específicamente, los estereotipos de género configuran una fuente ajena al derecho que, desafortunadamente para la mujer, han hecho que existan una serie de prohibiciones, de obligaciones y de comportamientos que se han asumido como característicos o como mandatos propios de su género; por ejemplo, la feminidad, la maternidad y la sumisión. En este sentido, si los estereotipos de género han contribuido a que al hombre se le considere como el sujeto único dentro la sociedad y a la mujer como “lo otro” o como el objeto, entonces su influencia dentro de la interpretación judicial podría fortalecer aquellos valores, ideologías y mandatos sociales del género que históricamente han puesto en desventaja a la mujer.

1.1 Pregunta de investigación e hipótesis

Al tomar en cuenta lo anterior, la pregunta de investigación que pretendo resolver en este texto es la siguiente: ¿cómo impactan las concepciones sobre estereotipos de género, que las y los jueces expresan en sus sentencias, en los derechos de las mujeres? La hipótesis que defiendo es que las y los juzgadores manifiestan adherencia a los roles tradicionales de género en sus sentencias, lo que además de implicar una falta de perspectiva de género, tiene un impacto negativo en el reconocimiento y ejercicio de los derechos de las mujeres.

Para lograr este fin, la teoría *queer* –de la que Judith Butler es una de las principales fundadoras– será la base del estudio sobre el discurso de las sentencias judiciales. Lo anterior debido a su directa relación con los estereotipos de género y a su propuesta de evidenciar que el

entender a los géneros como binarios opuestos ha permitido su jerarquización, al otorgarle al hombre la figura político-pública y, como su contrario, a la mujer el papel de lo privado-dependiente. En este sentido, en este texto mostraré cómo el poder judicial al incorporar en su análisis ideas preconcebidas sobre el rol que supuestamente desempeñan las mujeres y los hombres, defienden una aparente naturalidad o realidad fija sobre el comportamiento que deberían tener las partes involucradas en los juicios que resuelven. En otras palabras, los estereotipos hacen que las autoridades jurisdiccionales lean y apliquen el derecho de tal forma que ambos sean concordantes. Por lo tanto, el razonamiento de las y los jueces puede volverse también una forma de legitimar y de perpetuar los estereotipos de género. En términos de Foucault, el discurso legal de las autoridades jurisdiccionales se convertiría entonces en un modo de poder que tiene la capacidad de otorgar o negar derecho, mientras ejerce nuevas formas de poder a través de nuevas formas de disciplinamiento.⁴

Por otra parte, la teoría *queer* ha sido una parte fundamental en los estudios de género. Butler ha motivado la comprensión del género como un sistema obligatorio y coercitivo, debido a que la desviación de su significación social conlleva la amenaza de una sanción y/o el riesgo de sufrir violencia.⁵ Tal como lo propone la teoría *queer*, el control sobre las categorías de la identidad de los géneros es también político, por lo que también es pertinente su estudio en la rama del derecho.⁶ Las normas del género al exigir un comportamiento fijo de los hombres y de las mujeres también influyen e intervienen en el ámbito jurídicamente permisible de su actuar, como se mostrará más adelante. Por lo tanto, las y los integrantes del poder judicial, al basar su argumentación lógico-jurídica en estereotipos de género, puede que además de proteger el derecho vulnerado, también protejan y promuevan la categoría opresiva del género.

En relación con lo anterior, el análisis de la construcción del género en las sentencias judiciales sigue siendo un tema relevante de estudio debido a que el uso de estereotipos sigue presente en nuestro sistema judicial. En 2018 el colectivo Red por la Ciudadanización de la Justicia realizó un monitoreo a 110 sentencias de diferentes entidades federativas con la

⁴ Mauro Benente, "Poder disciplinario y derecho en Michel Foucault. Notas críticas," *Estudios Socio-jurídicos* 16, no. 2 (2014): 220.

⁵ Judith Butler, "Regulaciones de género," *La ventana*, no. 23 (2005): 11-12.

⁶ Carlos Fonseca Hernández, María Luisa Quintero Soto, "La teoría queer: la de-construcción de las sexualidades periféricas," *Sociológica México* 24, no. 69 (2009): 48-49.

finalidad de evaluar el desempeño de las autoridades jurisdiccionales al juzgar con perspectiva de género. El colectivo encontró que, en el 85% de las sentencias que analizaron, las y los juzgadores no consideraron cómo influyen los estereotipos de género en el caso; en el 84% de los casos las y los jueces no supieron identificar cómo es que el género se vinculaba con el caso; y, finalmente, en el 64% de las sentencias no supieron identificar la totalidad de los derechos que se encontraban en conflicto debido a que no incorporaron el enfoque del género.⁷ Lo anterior sugiere que nuestro sistema de justicia aun no se guía por los principios de igualdad, de no discriminación ni de imparcialidad. El que las y los jueces no identifiquen la importancia del género en los casos que resuelven y, además, incluyan a los estereotipos como parte del procedimiento fomenta una práctica judicial que puede posicionar a la mujer en una situación desventajosa.

Consecuentemente, esta tesis va a enfocarse en el análisis de la construcción de estereotipos de género en el poder judicial, tomando como evidencia aquellas sentencias que se identificaron por expresar una problemática relacionada con una argumentación basada en las ideas preconcebidas, los prejuicios y los juicios morales que las y los juzgadores tienen sobre la mujer. Para lograr mi objetivo, en el primer capítulo explicaré la crítica feminista que se le ha hecho al derecho con la finalidad de demostrar que éste último ha tenido una influencia patriarcal en su construcción. En el segundo capítulo, describiré la metodología utilizada para la selección de las sentencias en las que el discurso judicial será analizado. En el tercer capítulo, expondré el análisis de resultados, con un enfoque tanto en la teoría *queer* como en la perspectiva de género. Por último, presentaré mis conclusiones, así como mi propuesta sobre la conexión de la teoría de Butler con la influencia de los estereotipos de género en el discurso judicial.

⁷ Red por la Ciudadanización de la Justicia, *No es justicia, análisis de sentencias y resoluciones judiciales del país. Reporte de hallazgos del primer ejercicio de auditoría judicial ciudadana,* México, 2018, <https://equis.org.mx/wp-content/uploads/2021/02/noesjusticia.pdf>.

2. La importancia de hablar de feminismo: la visibilización de las relaciones asimétricas de poder

El feminismo ha sido el movimiento por el cual las mujeres han cambiado la forma de ver el mundo. Desde la primera ola del feminismo, a mediados del siglo XVIII, se ha puesto en evidencia que las normas y las prácticas cotidianas impactan de manera distinta, a menudo negativamente, a las mujeres. Así, este movimiento ha luchado por hacer evidente la asimétrica relación de poder que existe entre hombres y mujeres, recalcando las experiencias de desigualdad de estas últimas y su desplazamiento de la vida pública.⁸ Por lo tanto, la inequitativa división del trabajo doméstico, la dominación femenina a través de la violencia y la construcción del género basada en los principios de una sociedad patriarcal son algunas de las realidades que las mujeres buscan combatir a través del feminismo.

En este sentido, el presente capítulo analizará la teoría feminista principalmente de dos autoras: la de Carole Pateman en su obra *El contrato sexual* y la de Judith Butler con su libro *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*. Asimismo, se explicará la crítica feminista al derecho a través del denominado *Feminist jurisprudence* y, finalmente, el análisis se concretizará en la crítica que este movimiento ha hecho a la labor del poder judicial. Lo anterior, con la finalidad de demostrar que el feminismo está entrelazado con el derecho tanto como teoría y como práctica jurídica, además de establecer la relevancia que tiene la construcción que las y los juzgadores hacen de los estereotipos de género –por medio de sus sentencias– en los derechos de las mujeres.

2.1 Carole Pateman y el contrato sexual: la construcción de la sociedad civil y el patriarcado

“El contrato social presupone el contrato sexual y la libertad civil presupone el derecho patriarcal.”⁹

⁸ Rosemary Hunter, “Feminist Judging in the Real World,” *Oñati Socio-legal Series* 8, no.9 (2018): 1278, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=%203198259.

⁹ Carole, Pateman, “Prefacio,” en *El Contrato sexual* (México: Anthropos, 1995), 6.

Carole Pateman es una filósofa política australiana que se graduó de la Universidad de Oxford. En su obra *The sexual contract*, publicada en 1988, Pateman sostiene que la desigualdad entre hombres y mujeres es consecuencia de la organización patriarcal del mundo sostenida desde el contrato social. Contrario a lo establecido por los teóricos del contrato social (como Locke y Rousseau), que afirmaban que la democracia era la base para la libertad de todos los individuos, Pateman sostiene que el concepto de individuo únicamente engloba al hombre y que durante décadas fue reprimido el complemento del contrato originario: el contrato sexual. La autora critica la supuesta neutralidad con la que se refiere a los sexos en el contrato social y lo reinterpreta al establecer que funda sociedades modernas masculinas, creadas para los hombres que, a su vez, hacen que ellos sean los únicos considerados como libres e iguales. Lo anterior les permite dominar a las mujeres con mayor facilidad, debido a que estas últimas no son consideradas como individuos autónomos sino como seres sexuales, impulsivos y no racionales.¹⁰ Consecuentemente, el contrato que constituyó a las sociedades modernas se dividió en un contrato social que permitió la libertad de los hombres y, al mismo tiempo, en un contrato sexual que fomentó la sumisión de las mujeres.

La filósofa australiana establece que la historia del contrato sexual también es el origen del derecho político. Así, categoriza al derecho como derecho patriarcal o como derecho sexual masculino. Para poder construir su teoría, necesariamente Pateman analiza el término patriarcado. La autora explica que la sociedad moderna es supuestamente antipatriarcal ya que, los hijos logran emanciparse y romper su sujeción natural con su padre. Por lo tanto, ganan su libertad al reemplazar la ley paternal por la ley constituida en un gobierno civil. Por lo tanto, lo concebido como el pensamiento patriarcal tradicional había desaparecido.¹¹ En este sentido, para los teóricos del contrato social es necesario entenderlo como lo contrapuesto de lo patriarcal. Sin embargo, la autora defiende que el patriarcado desde hace mucho dejó de ser paternal. Aun así, en este nuevo mundo aparentemente moderno, las mujeres están inevitablemente subordinadas a los hombres en tanto que son hombres mas no por una relación entre padre e hijo.

¹⁰ María-Xosé Agra Romero, "Introducción", en *El Contrato Sexual* (México: Anthropos, 1995), XI, XIII y XV.

¹¹ Carole, Pateman, "Hacer un contrato," en *El Contrato sexual* (México: Anthropos, 1995), 10.

En términos de la sociedad civil, la autora explica que la misma se divide en dos: en la esfera privada y en la esfera pública. Mientras que el contrato social está englobado en la esfera pública que es la que atrae el interés político y en la que el individuo ejerce la libertad civil, la esfera privada está gobernada por el contrato sexual, donde lo civil no tiene lugar sino lo “natural”.¹² Si bien la mujer forma parte de la sociedad civil, no puede hacerlo desde lo público, sino que es el objeto de la vida privada. Así, se crea una relación de dependencia entre lo privado y lo público, entre lo civil y lo natural. Ambos se vuelven dependientes del otro porque en conjunto conforman a la sociedad civil. En otros términos, la sociedad civil sólo puede estar compuesta por la dominación civil de lo público y por la sujeción natural de lo privado.

En esta línea de ideas, parecería entonces que el patriarcado sólo tiene cabida en la esfera privada. No obstante, Pateman explica que, si bien es cierto que la esfera privada está englobada por el contrato sexual, esto no es excluyente de que este contrato también está latente en otros aspectos de la esfera pública. Por el contrario, el contrato sexual –que permite la sujeción femenina– está presente dentro de toda la sociedad civil, por lo que también influye en la esfera pública. En este sentido, la autora recuerda que los teóricos clásicos construyen una división binaria entre masculinidad y feminidad que termina por formar el concepto moderno de sociedad patriarcal. Los hombres son aquellos que tienen la capacidad para ser parte del contrato, los que nacen libres, los que son racionales; como su contraparte están las mujeres, quienes no tienen la posesión de su propia persona por lo que no pueden ser consideradas como individuos y no tienen la libertad civil que caracteriza a los hombres.¹³ En consecuencia, es creado –casi inevitablemente– un cuadro de sujeción femenina dentro del contrato social. La diferencia marcada por la sexualidad se extiende más allá de lo privado para tener presencia en lo público, por lo que se vuelve una diferencia política.

Ahora bien, Pateman establece entonces que el patriarcalismo tradicional está relacionado con la autoridad del padre de familia, mientras que el patriarcalismo clásico establece que el poder del padre y el poder político son idénticos, no sólo análogos. En consecuencia, todo derecho político (del hombre) era natural, debido a que el origen de este era

¹² Pateman, “Hacer un contrato,” 12-13.

¹³ Pateman, “Hacer un contrato,” 15.

lo paternal y no lo convencional.¹⁴ El patriarcalismo clásico extendió la esfera de dominación masculina que se encontraba en la estructura familiar a la propia estructura social. Sin embargo, Pateman explica que la tensión que existía entre patriarcalismo clásico y el contrato social, al ser incompatible lo que ambos proponían, hizo que surgiera el patriarcalismo moderno. Mientras que el contrato social prometía una separación entre lo político y lo familiar, de tal modo que era posible la liberación de la sujeción paternal al existir un nuevo sistema democrático en el cual cada uno se volvía un individuo libre e igual, el patriarcalismo clásico en vez de separar el poder político y el poder del padre, los asemejaba como iguales y proponía un orden social estructurado por el parentesco.¹⁵ Contrario a lo pensado por los teóricos clásicos, esta incompatibilidad no hizo que el contrato social fuera opuesto al patriarcado, sino que surgió el patriarcalismo moderno.

La construcción patriarcal no se agota en una distinción binaria de los sexos, sino que se extiende hasta una forma de sujeción que impide a las mujeres cualquier forma de igualdad frente al hombre. Debido a que las mujeres no pueden ser parte del contrato social, estas se vuelven el objeto del contrato sexual. Acorde con Pateman, los hombres son quienes transforman su libertad en un derecho aparentemente natural sobre las mujeres, provocando la sumisión femenina y la creación de un derecho civil patriarcal.¹⁶ Por lo tanto, el derecho patriarcal encuentra su base en la estructuración de la propia sociedad. En este sentido, para formar parte de la sociedad es necesaria la obediencia de la mujer al hombre. Es decir, existe un nuevo intercambio: aparente protección (por parte de los hombres) a cambio de sujeción (de las mujeres).

El patriarcalismo moderno tuvo que volverse compatible con el contrato social ya existente y terminó fortalecido en la estructura civil de la sociedad moderna. La sumisión se volvió lo propio de aquellas que no podían ser consideradas como libres e iguales a los hombres: las mujeres. Por lo que la promesa del contrato social no se había roto, sino que efectivamente liberó a los hombres. En esta construcción que Pateman realiza del patriarcado, la autora sostiene que el patriarcado moderno se encuentra en lo privado y en lo público, inmerso en la sociedad

¹⁴ Carole, Pateman, "Confusiones patriarcales," en *El Contrato sexual* (México: Anthropos, 1995), 38.

¹⁵ Pateman, "Confusiones patriarcales," 48-49.

¹⁶ Pateman, "Hacer un contrato," 28-29.

como forma de poder. Así pues, la autora del Contrato Sexual concluye que el patriarcado es, para la teoría política feminista, “el único concepto que se refiere específicamente a la sujeción de las mujeres y que singulariza la forma del derecho político que todos los varones ejercen en virtud de ser varones.”¹⁷ Por lo tanto, el pensamiento patriarcal, al legitimar la sujeción femenina como correspondiente a la dominación masculina que lo sustenta, ha repercutido inevitablemente en los derechos de las mujeres.

Ahora bien, Pateman reconoce que, a partir del siglo XX, con las diversas luchas feminista, las mujeres lograron tener el reconocimiento de ciertos derechos; por ejemplo, el derecho al voto, del que antes de este movimiento era impensable que las mujeres fuera titulares debido a que estaban excluidas de la esfera pública. Asimismo, las mujeres lograron ser reconocidas como ciudadanas. Sin embargo, como consecuencia de la estructura patriarcal de la sociedad, la autora reconoce que “un ser en un cuerpo femenino nunca podrá ser individuo en el mismo sentido que los varones.”¹⁸ En este contexto es que surge el problema que la autora titula *Dilema Wollstonecraft*:¹⁹ si las feministas han luchado por conseguir la igualdad dentro de un sistema que estructuralmente las pone en desventaja, entonces tienen dos opciones para decidir cómo ejercer la lucha, desde la asimilación o desde la diferencia.

Por un lado, la demanda de igualdad o de asimilación es aquella en la que las mujeres exigen un reconocimiento igual al de los hombres. Acorde con esta perspectiva, las mujeres deben tener el mismo estilo de vida y alcanzar los mismos ideales que la cultura dominante. Sin embargo, la asimilación tiene como consecuencia el dejar de lado sus valores y sus necesidades para poder acceder a los mismos derechos que los hombres. Por otro lado, la demanda de diferencia sostiene lo contrario, defiende que la igualdad de las mujeres sólo puede alcanzarse dándole un tratamiento diferenciado al grupo oprimido.²⁰ En otras palabras, es necesario que se reconozcan las capacidades, la discriminación y las dificultades que viven las mujeres: busca

¹⁷ Pateman, “Confusiones patriarcales,” 32.

¹⁸ Carole, Pateman, “¿El final de la Historia?” en *El Contrato sexual* (México: Anthropos, 1995), 306.

¹⁹ La autora lo denomina así en homenaje a la feminista Mary Wolstonecraft, quien escribió el texto “La reivindicación de los derechos de las mujeres.”

²⁰ Romina Smiraglia, “Feminismo y Liberalismo: una revisión crítica sobre El Contrato Sexual de Carole Pateman,” *Leviathan cuadernos de investigación política*, no. 11 (2015): 41.

visibilizar lo que la sociedad patriarcal excluye. Acorde con Pateman, el movimiento feminista del siglo XX había oscilado entre estas perspectivas contrapuestas e incompatibles.

Tanto la perspectiva neutra del género como la política de la diferencia no son convincentes para Pateman. Mientras que la teoría de la asimilación provocaría que las mujeres dejen su identidad personal para intentar equipararse con los hombres, la teoría de la diferencia no responde a la complejidad que implica que las mujeres hayan sido excluidas e incluidas al mismo tiempo en la sociedad civil: sin ser parte del contrato social y como objeto del contrato sexual. Acorde con la autora es necesario reconocer el estatus político de la mujer, como individuo, desde aquello que la distingue incuestionablemente de los hombres: su capacidad de crear vida. Consecuentemente, es necesario reconocer que la sociedad tiene dos cuerpos diferenciados, por lo que las mujeres deben ser reconocidas como ciudadanas y como individuos aceptando su capacidad de dar a luz y de crear nuevos ciudadanos.²¹ Si las mujeres quieren verdaderamente participar en la sociedad es necesario que sean admitidas más allá que como individuos abstractos y masculinizados y que se les reconozca una ciudadanía sexualmente diferenciada.

En conclusión, Pateman propone que se abandone la figura de individuo masculino concebida desde la creación del contrato social para introducir una verdadera participación de las mujeres en la sociedad civil a partir de la creación de dos individuos diferenciados y reconocidos como parte de ella: uno femenino y otro masculino. Por lo que, no se trata de asimilar a hombres y mujeres como propone la política de la igualdad. Tampoco es suficiente, como establece la política de la diferencia, crear dimensiones distintas pero que no son separadas y opuestas, sino que conviven dentro del mismo concepto de individuo. Esta fue la solución que Pateman dio al problema del contrato sexual. No obstante, la autora fue criticada por diversas teóricas feministas que establecen que la solución de Pateman cae en el esencialismo del que las mujeres han intentado escapar. Acorde con Chantal Mouffe –feminista, filósofa y politóloga belga–, la propuesta de Pateman vuelve a radicar el valor de la mujer en la maternidad, por lo que la concepción bigenérica del individuo no puede ser la solución. Aún así, reconoce la

²¹ Agra Romero, “Introducción”, XV.

importancia del trabajo de Pateman.²² El *Contrato Sexual* logró reinterpretar a los teóricos clásicos del contrato social y visibilizar que desde el contrato originario la dominación masculina ha regido a la sociedad. Asimismo, Pateman puso en evidencia que la construcción del pensamiento patriarcal moderno ha hecho que la categoría de individuo universal y público desplace a la mujer y, además, ha propiciado la relación entre dominación masculina y sujeción femenina que nos caracteriza hasta nuestros días.

2.2 Un nuevo giro: Judith Butler y la performatividad del género

“Me gustaría vivir en un mundo en el que haya menos vergüenza, en el que la gente sea menos propensa a etiquetar a los demás y en el que todos sean respetados y libres de vivir con su propia complejidad.”²³

Dos años después de la publicación del *Contrato Sexual*, y con los latentes debates en torno al género y la sexualidad, Judith Butler publica su libro *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*. En su obra, Butler plantea una deconstrucción del género y busca que el feminismo y la subversión de la identidad se piensen como uno mismo. Además, investiga si es posible definir una política feminista que no sea fundada por una identidad femenina. Así como el *Contrato Sexual* de Pateman contribuyó a la lucha feminista debido a su innovadora crítica a la teoría clásica de la democracia, Butler con *El género en disputa* criticó fuertemente los movimientos feministas que se apoyaban en las dualidades y en el pensamiento binario de lo masculino/femenino, género/sexo, o del esencialismo/constructivismo.²⁴ En este sentido, Butler busca deconstruir la categoría de “mujer” y presenta su teoría del género performativo o la teoría *queer*.

En primer lugar, Butler comprende al género y a la identidad sexual desde un punto de vista completamente distinto a como se había entendido hasta finales del siglo XX. El trabajo de Butler fue capaz de desafiar suposiciones ya bien sentadas, incluso por el movimiento

²² Smiraglia, “Feminismo y Liberalismo,” 42.

²³ Judith Butler, “Nous ne sommes pas sexuellement déterminés,” entrevistada por Dominique Simonnet, *L'express*, 6 Julio 2005, https://www.lexpress.fr/culture/livre/nous-ne-sommes-pas-sexuellement-determines_820564.html.

²⁴ Elsa Laflamme, “Ébranler l'édifice,” *Spirale*, no. 206 (Enero - febrero 2006): 41.

feminista. Mientras que Pateman proponía una ciudadanía sexualmente diferenciada: una para hombres y otra para mujeres, Butler critica la heteronormatividad obligatoria. Es decir, el sistema binario –incluso presente en las normas y la forma de interpretarlas– entre lo masculino y lo femenino. Acorde con esta autora, el género (tradicionalmente masculino o femenino) es algo a lo que se accede únicamente al dominar el comportamiento, el lenguaje y los rituales que la sociedad ha enmarcado como correspondientes a ese género. Inspirada por John Austin y su noción de performatividad lingüística, Butler realiza su teoría de la performatividad del género. Austin, en su obra *Cómo hacer cosas con palabras*, establece que los actos performativos son aquellos que, por el hecho de enunciarse en ciertas circunstancias, realizan una acción. En otras palabras, aquellos que producen la realidad que describen. Jacques Derrida complementó lo establecido por Austin. Derrida argumenta que para que los actos performativos tengan efectividad, es decir la capacidad para construir una realidad, es necesario un contexto de autoridad.²⁵ Por lo que, la repetición reglamentada de un enunciado o de una expectativa es lo que otorga la capacidad al acto de fabricar una verdad.

Siguiendo lo establecido por Austin y Derrida de los actos performativos, Butler define al género como una puesta en escena, un “performance”. La sociedad es la que establece el guion que tanto hombres como mujeres deben aprender desde niños para, al momento de integrarse en la sociedad, interpretarlo. Así, los miembros de la sociedad realizan una actuación que se repite generación tras generación. Butler establece que en este “performance” del género, los actores no desempeñan su papel por su propia voluntad. Por el contrario, el sistema binario de hombre/mujer es la norma que delimita cómo obtener la identidad reconocida por los demás para actuar y pensar conforme a ella.²⁶ Si bien sí existe un margen de maniobra, la realidad es que la expectativa del género es la que delimita el campo de actuación.

La característica primordial del género, para Butler, es su discontinuidad.²⁷ Es decir, la ausencia de un fundamento estable y permanente. Su supuesta consistencia es dada por la repetición estilizada de actos que van construyendo lo que el género debe ser y lo ordena en

²⁵ Carlos Duque, “Judith Butler y la teoría de la performatividad de género,” *Colegio Hispanoamericano, Dialnet* (Noviembre 2010): 87.

²⁶ Butler, “Nous ne sommes pas sexuellement déterminés.”

²⁷ Judith, Butler, “Actos performativos y constitución del género: Un ensayo sobre fenomenología y teoría feminista,” trad. Marie Lourties, *Debate Feminista* 18, (1998): 297.

“códigos” o “normas.”²⁸ Esta es la puesta en escena del género de la que habla Butler. La repetición es lo que hace que la construcción binaria del género aparezca como una realidad de la que ningún miembro de la sociedad puede salir. Las características que se le atribuyen a uno solo de los géneros y las contrapuestas características que se le atribuyen al otro aparentan ser una verdad dada.

En vista de lo anterior, Butler propone que se reformule lo que se espera de cada género y el significado de lo “masculino” y de lo “femenino” tengan elementos ajenos a los ya preestablecidos, características que según la norma de la binariedad no tendrían. Lo anterior no quiere decir que sea una identidad andrógina o que haya una continuidad entre lo masculino y lo femenino. Más bien, según la propia Butler, existe una yuxtaposición entre lo que se considera “femenino” y “masculino” que hace que existan distintas combinaciones entre ambos que no permiten determinar si un individuo es mujer u hombre dentro de un sistema binario del pensamiento.²⁹ Así, propone que, si el género puede ser tan diverso, entonces hay un sin fin de identidades a las que los individuos pueden adherirse. En este sentido también retoma lo dicho por Simone de Beauvoir “no se nace mujer: se llega a serlo.”³⁰ Al analizar lo dicho por la feminista francesa, Butler argumenta que, si bien es cierto que una mujer llega a serlo, siempre es bajo la obligación cultural de hacerlo. En otras palabras, esta obligación no deviene del sexo. Por lo tanto, la autora del *Género en disputa* proporciona una nueva perspectiva y defiende que no hay nada que asegure que la persona que se convierta en mujer sea necesariamente del sexo femenino.³¹ Así pues, Butler argumenta que el cuerpo únicamente es un medio pasivo al que se le asignan circunstancias y representaciones culturales.

En relación con lo anterior, Butler no argumenta que no existan diferencias biológicas entre hombres y mujeres. Lo que critica es la relación que la sociedad ha hecho entre biología y cultura y, por otro lado, la forma en la que las han hecho interactuar. Es decir, la condición para pertenecer a la sociedad es la alineación entre sexo y género, por lo que cualquier desviación de

²⁸ Butler, “Actos performativos,” 301.

²⁹ Butler, “Nous ne sommes pas sexuellement déterminés.”; Por ejemplo, una mujer masculina o un hombre femenino y heterosexual.

³⁰ Simone de Beauvoir, *El segundo sexo*, trad. Alicia Martorell (España: Ediciones cátedra, 2005), 361.

³¹ Judith Butler, “Género: las ruinas circulares del debate actual” en *El género en disputa*, trad. Antonia Muñoz (Barcelona: Paidós Ibérica S.A 2007), 57.

esta es ampliamente condenada, criticada e incluso, en ciertos casos, sancionada. Por lo tanto, “puede entenderse el sexo y el género como una construcción del cuerpo y de la subjetividad fruto del efecto performativo de una repetición ritualizada de actos que acaban naturalizándose y produciendo la ilusión de una sustancia, de una esencia.”³² Así, Butler defiende que a pesar de que todos los individuos tienen un sexo, no está pre-determinado cómo deben ser o actuar.

Si bien Pateman fue brillante en establecer que el pensamiento patriarcal moderno ha condenado a la mujer a vivir en una eterna sumisión, Butler plantea que la concepción patriarcal del género afecta a todas las personas de la sociedad. La perversión de los géneros en un pensamiento binario hace que a las mujeres se les considere exclusivamente como sentimentales, cariñosas, no racionales y a los hombres como racionales, fuertes y sabios. En este afán por abandonar un concepto universal de mujer, Butler da una nueva respuesta al dilema feminista sobre cómo exigir la igualdad. Rechaza la política de la igualdad y la política de la diferencia y propone la deconstrucción simbólica del género, su desnaturalización y la de las diferencias sexuales.³³ Butler busca desintegrar el pensamiento binario que había caracterizado al género ya que la estabilidad que proporciona la generalización es ficticia. En otras palabras, siempre habrá individuos que no forman parte de ella. Por lo tanto, defiende que el término “mujer” ya no puede ser universalizado, ni indicar una identidad común. Por el contrario, argumenta que es un término vago y relativo en el que la lucha feminista no puede basarse. Consecuentemente, Butler construye una nueva política antiesencialista y deconstructiva del género, que continúa teniendo influencia incluso a 30 años de haberse publicado su obra.

2.3 Surgimiento de la jurisprudencia feminista: el papel del derecho en el movimiento de liberación femenina

En el contexto antes presentado sobre la crítica feminista es que nace la *Feminist jurisprudence* o jurisprudencia feminista.³⁴ Desde la década de los 60, en la academia jurídica

³² Duque, “Judith Butler,” 88.

³³ Judith Butler, “El orden obligatorio de sexo género y deseo,” en *El género en disputa*, trad. Antonia Muñoz (Barcelona: Paidós Ibérica S.A 2007), 54-55.

³⁴ El término jurisprudencia entendida en términos del derecho estadounidense, como parte de la filosofía del Derecho.

estadounidense las mujeres tienen cada vez más presencia y, al mismo tiempo, la agenda feminista logra permear en los cursos de algunas universidades. Asimismo, continúa aumentando el número de artículos, libros y textos publicados en torno a las demandas y cuestionamientos de la lucha feminista. Para 1970, ya existe una base bibliográfica especializada en el feminismo y en la década de los ochenta es creado formalmente un pensamiento legal feminista.³⁵

Tal como lo presenta Carol Smart en su texto *Feminism and the Power of Law*, la ley representa a las mujeres y al género de forma que además de ignorar o no considerar a la mujer, descalifica sus experiencias.³⁶ En este sentido, en la segunda ola del feminismo quedó claro que la lucha de las mujeres debía ir más allá del reconocimiento de los mismos derechos que los hombres de los que formalmente ya eran titulares; no era suficiente una igualdad formal entre hombres y mujeres. Por lo tanto, el siguiente paso era cuestionar al derecho mismo, sus justificaciones, sus estructuras y la manera de interpretarlo. Así, las feministas analizaron cómo las mujeres están inmersas en un sistema jurídico masculino, que además de legitimar la dominación del hombre sobre la mujer, está construido por y para varones.

Malena Costa, en su artículo *Feminist Legal Thought at the Turn of the 20th Century*, establece que la conformación de feminismos jurídicos puede dividirse en cuatro momentos. En un primer momento, el problema de falta de igualdad entre hombres y mujeres es asociado con la discriminación. El segundo momento se presenta en la década de los 80, al debatirse cómo alcanzar la igualdad buscada por las mujeres: a través del modelo de la asimilación o del modelo la diferencia. En un tercer momento se cuestiona la relación entre el derecho y la dominación; y, finalmente, el último momento es en 1990 con la vinculación de los feminismos jurídicos al activismo y otras áreas de investigación.³⁷ En este sentido, esta subsección del capítulo explicará cada una de estas etapas.

³⁵ Malena Costa, "El pensamiento jurídico feminista en los confines del Siglo XX," *Asparkia investigación feminista*, no. 26 (Julio 2015): 36.

³⁶ Carol Smart, "Feminism and the power of law" (Inglaterra: Routledge, 1989), 21.

³⁷ Malena Costa, "El pensamiento jurídico feminista," 37.

En la década de los setenta, diferentes universidades de Estados Unidos comenzaron a inaugurar el área de feminismo jurídico. El pensamiento feminista estaba enfocado en alterar la estructura de la ley con la finalidad de que las mujeres fueran titulares de más derechos. Asimismo, la principal crítica feminista al derecho era la codificación legislativa. Las feministas argumentaban que la construcción de los derechos o bien las ignoraba o bien las ponía en una situación de desigualdad con sus supuestos pares: los hombres.³⁸ Así pues, lo que buscaban eran reformas a la ley que garantizaran la igualdad y el reconocimiento de los derechos en los que habían sido excluidas. Por lo tanto, la crítica feminista se enfocó en la discriminación hacia la mujer y el derecho a la igualdad fue considerado la clave para terminar con ella.

Posteriormente, el debate feminista se transformó. Las mujeres comenzaron a preguntarse si querían que el sistema jurídico efectivamente las tratara del mismo modo que a los hombres o si era necesaria una diferenciación entre ellas y ellos. Esto es lo que discute Carole Pateman sobre del *Dilema Wollstonecraft* anteriormente explicado.³⁹ El feminismo parece dividirse en dos posturas, las defensoras del modelo de la igualdad –que buscaban la esterilización de la ley hacia el género– y las defensoras del modelo de la diferencia –que luchaban contra la invisibilización de las desventajas estructurales de la mujer y por derechos enfocados únicamente en las mujeres.⁴⁰ En consecuencia, el feminismo jurídico comienza a configurarse gracias a la yuxtaposición de las bases que la prefiguraron (igualdad formal de las mujeres ante la ley) y los nuevos enfoques sobre cómo resolver las demandas de las mujeres. Por lo tanto, un segundo momento de la crítica jurídica feminista se enfoca en la producción de investigaciones dirigidas al origen de la política de la diferencia, cuestionando las normas asexuadas y su legitimidad.⁴¹ Su objetivo principal, más allá de erradicar las normas neutrales, es criticar a las instituciones jurídicas. En otras palabras, el propósito de la crítica legal feminista es demostrar el sesgo masculino en el derecho: criticar al derecho patriarcal.

³⁸ Costa, “El pensamiento jurídico feminista,” 37.

³⁹ Alejandro Rostagnotto y Mariela Ruth Yesuron, “Dilemas sobre la diferencia sexual” (VIII Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XXIII Jornadas de Investigación XII Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, noviembre 2016).

⁴⁰ Smiraglia, “Feminismo y Liberalismo”, 41- 43.

⁴¹ Costa, “El pensamiento jurídico feminista,” 40.

Específicamente, en la formación de la jurisprudencia feminista, las mujeres comienzan a cuestionarse la vinculación entre derecho y la dominación masculina. El debate entre la política de igualdad o la política de diferencia se vuelve insuficiente para resolver el problema del lenguaje “neutral” del derecho, cuyos efectos son la legitimación de la dominación de la mujer. Por lo tanto, diversas pensadoras feministas comienzan a elaborar nuevas propuestas jurídicas. Acorde con Costa, es MacKinnon quien, a través de sus proposiciones sobre el derecho, la igualdad y las mujeres, sienta las bases para la teoría jurídica feminista.⁴²

Inspirada en el pensamiento Marxista, Mackinnon establece que, en las sociedades patriarcales, el punto de vista masculino controla la sociedad civil como un patrón objetivo. La “neutralidad” del derecho es la aliada que permite ocultar el dominio masculino y la que ha legitimado su existencia. Por lo que, si la estructura de la sociedad influye y permea en el derecho, entonces la sujeción de la mujer también ha sido la base del derecho mismo. Los hombres, al ejercer el poder en la sociedad civil, son quienes diseñan las instituciones y escriben las normas y sus constituciones. Consecuentemente, son ellos quienes establecen los valores de la sociedad, los que delimitan la femineidad y su significado. Aun así, Mackinnon deposita la esperanza del cambio en derecho mismo. Si este reconoce las relaciones de subordinación entonces es capaz de rectificarlas. En la visión de Mackinnon, la jurisprudencia feminista tiene que valorizar la experiencia de las mujeres –misma que tiene como punto de encuentro entre todas ellas la posición de desventaja en la que históricamente se ha encontrado la mujer.⁴³

Para la década de 1990, el feminismo jurídico intentaba responder una serie de cuestiones complejas sobre cómo repensar la igualdad y qué concepción del derecho debía formularse. La crítica jurídica feminista ahora comienza a objetar la definición de mujer y, al hacerlo, se cuestiona si verdaderamente el ser mujer puede definirse. Pensadoras, entre ellas Judith Butler, empiezan a cuestionar el esencialismo que ha caracterizado la definición de “mujer” y critican el monismo de este concepto. Las feministas comienzan a proponer que la condición del sexo femenino no puede entenderse sin tomarse también en cuenta su raza, su clase y su orientación sexual. Critican que el movimiento había priorizado la lucha de las

⁴² Costa, “El pensamiento jurídico feminista,” 41.

⁴³ Costa, “El pensamiento jurídico feminista,” 42.

mujeres blancas, heterosexuales y de clase media. Por lo tanto, en este cuarto momento, la jurisprudencia feminista sufre una transformación completa, ya no se trata de englobar a las mujeres en una misma lucha o de validar las experiencias de todas en una misma definición. Por el contrario, busca el reconocimiento de lo inasible de ser mujer, se enfoca en “abrir” este concepto al punto de ni siquiera definirlo.⁴⁴ Consecuentemente, el feminismo jurídico se diversifica y coexiste con otras áreas de investigación. En su última etapa, la teoría feminista ahora está involucrada en un proyecto anti-sexista, que desafía las definiciones esencialistas de la mujer, pero también está enfocado en un proyecto positivo de desarrollo interseccional para acabar con la subordinación femenina.

2.4 Las y los jueces: el remedio o la condena para la sujeción de la mujer

Ahora bien, el feminismo ha contribuido a que las diferentes experiencias de las mujeres sean reconocidas y a que estas puedan tomar decisiones libremente sobre su proyecto de vida. En este sentido y de la mano con la jurisprudencia feminista, es importante cuestionar cómo el derecho, en específico las y los juzgadores, puede corregir las relaciones asimétricas entre hombres y mujeres con la finalidad de terminar con una construcción binaria y esencialista del género.

Rosemary Hunter, en su artículo *The power of Feminist Judgements?*, hace referencia al método jurídico que Carol Smart critica. Dicho método es utilizado por las y los juzgadores al decidir controversias y está basado en: 1) categorizar los hechos; 2) encontrar los principios jurídicos pertinentes a través de la selección de precedentes o de la interpretación de la ley misma; y, 3) aplicar la ley con base en los hechos para llegar a una resolución. Esta metodología es aparentemente neutral y objetiva por lo que inevitablemente produce la decisión normativamente adecuada.⁴⁵ Sin embargo, para Smart el problema radica precisamente en dicho método jurídico. El silogismo parece ser perfecto, tan es así que lleva a la decisión correcta; no obstante, traslada la verdad absoluta a la ley misma, desacreditando por completo la experiencia de la víctima. Es por esta razón que, de acuerdo con Smart, los argumentos feministas no son

⁴⁴ Costa, “El pensamiento jurídico feminista,” 44-46.

⁴⁵ Hunter, Rosemary, “The Power of Feminist Judgments?” *Feminist Legal Studies* 20, no. 2 (2012): 7.

compatibles como argumentos legales por lo que es necesario ejercer la lucha desde otro campo. Aun así, contrario a lo pensado por Smart, el papel de las y los juzgadores es esencial para armonizar las demandas feministas con el razonamiento lógico-jurídico, como se demostrará más adelante.

Además de los riesgos recalcados por Smart, existen otras perspectivas que también ponen a la luz la imposibilidad de que los argumentos feministas tengan influencia en el método jurídico. Por ejemplo, el hecho de que las autoridades jurisdiccionales decidan con base en lo resuelto en casos similares o a través de tesis o jurisprudencias puede llegar a ser desventajoso para las mujeres en el sentido que lo que es conveniente para una no necesariamente lo es para otra. Además, en el caso de que se juzgara con base en estereotipos de género o no se hayan tomado en cuenta la discriminación estructural contra las mujeres, el perjuicio en los derechos de estas se sigue reproduciendo debido a que se continúa con la misma línea argumentativa.

No obstante, a pesar de las dudas sobre la eficacia del derecho para respaldar las demandas feministas, Carol Smart también propone estrategias alternativas con la finalidad de demostrar que las mujeres necesitan involucrarse con el sistema jurídico con un objetivo distinto al de las reformas a la ley.⁴⁶ Por lo tanto, la estrategia feminista debe enfocarse en desafiar el poder de la ley que ha permitido que se englobe a las mujeres en una definición única y que se legitime su sujeción. Dentro de la alternativa planteada por Smart, los proyectos de redacción de sentencias feministas son primordiales. Estos proyectos, no se desvinculan del derecho y logran separar la figura de la jueza y del juez del método jurídico.⁴⁷ En otras palabras, este desprendimiento es el que hace que la redacción de sentencias pueda ser reorientada y alejada de un método jurídico autoevidente y silogístico como el criticado por Smart. Lo anterior haría que las y los jueces incorporen al método jurídico las experiencias, las diferencias estructurales y las condiciones de dominación en las que han vivido las mujeres.

Asimismo, existen otras pensadoras dentro del *Feminist-judgment-writing* que consideran que el feminismo y el derecho pueden actuar conjuntamente. En este sentido, Hunter

⁴⁶ Smart, "Feminism and the power of law," 162.

⁴⁷ Rosemary, "The Power of Feminist Judgments?" 17.

establece, por un lado, que el método legal no es del todo cerrado y que no necesariamente lleva a un resultado determinado. Por lo tanto, las diversas experiencias de las mujeres sí tienen cabida para ser evaluadas por el derecho. Por otro lado, Hunter argumenta que, debido a las lagunas de la ley, la discrecionalidad de los jueces también entra en juego en algunos casos.⁴⁸ En este sentido, las y los jueces pueden remediar las diferencias estructurales existentes dentro de la sociedad patriarcal. Por lo que, la argumentación de las sentencias puede ser una aliada que genere un cambio social benéfico para las mujeres.

En el campo del derecho mexicano, es cierto que cada vez son menos las normas que hacen una distinción literal entre hombres y mujeres. La magistrada María Amparo Hernández Chong Cuy, en su texto *Jurisprudencia y perspectiva de género*, establece que las normas que hablan de la incapacidad jurídica de la mujer para celebrar actos jurídicos o de normas que les impidan a las mujeres realizar actividades por el solo hecho de ser mujeres, ya casi no están presentes en nuestro sistema jurídico. Aun así, acorde con la Magistrada, la mayoría de las normas actuales usan un lenguaje no-sexuado por lo que en los casos que resuelve el poder judicial el problema de desigualdad entre mujeres y hombres no es tan evidente.⁴⁹ En consecuencia, el poder judicial se enfrenta a la aplicación e interpretación de normas que son aparentemente neutras, en el marco de un sistema jurídico que es reflejo de una cultura que, como ya se ha demostrado, es patriarcal y en la que socialmente también se espera una resolución acorde con este pensamiento.

La perspectiva de género se vuelve entonces la herramienta que desde el ámbito internacional se ha propuesto para alinear las demandas feministas con el derecho. Frente a normas aparentemente neutras dentro del sistema jurídico,⁵⁰ las y los juzgadores deben estudiar los hechos, visibilizar los estereotipos discriminatorios de género y escuchar, reconocer y creer en los efectos que lo sucedido tuvo para las mujeres. En este sentido, las autoridades jurisdiccionales deben tener las herramientas necesarias para identificar los prejuicios y entender los contextos de las controversias que están resolviendo al momento de valorar los hechos e

⁴⁸ Rosemary, "The Power of Feminist Judgments?" 8.

⁴⁹ María Amparo Hernández Chong Cuy, "Jurisprudencia y perspectiva de género," *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, no. 25 (Julio-diciembre 2011): 345.

⁵⁰ Neutras en el sentido de que no hacen una distinción literal entre hombres y mujeres.

interpretar las normas. Lo anterior con la finalidad de que las sentencias garanticen, además de la igualdad entre mujeres y hombres, una igualdad para los distintos tipos de mujeres a las que no siempre se les garantiza justicia a través de las mismas soluciones debido a que se enfrentan a situaciones de dominación distintas.⁵¹ En otras palabras, las y los jueces deben hacer un análisis de género con la finalidad de remediar las relaciones asimétricas de poder.

Sin embargo, Duncan Kennedy, en su texto *Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation*, dejó claro que las y los jueces la mayoría de las veces no son neutrales, sino que toman decisiones con base en su ideología que les guía o les restringe. Por lo tanto, las autoridades jurisdiccionales se enfrentan con sus preferencias al juzgar. Lo anterior se torna en un problema cuando estas preferencias en realidad son estereotipos, valores y principios sobre lo que son o deberían ser las mujeres y con base en estos las juzgan.⁵² La consecuencia no es menor, sino que el alcance de los derechos es distinto entre los hombres y las mujeres o entre las propias mujeres que a juicio de la juzgadora o el juzgador tengan un mejor comportamiento social que otras.

Asimismo, Wilson Hernández, en su artículo *Derecho Versus Sentido Común y Estereotipos: El Tratamiento de los Procesos Judiciales de Pensión de Alimentos de Mujeres de Clase Alta y Baja en Perú*, argumenta que las y los juzgadores tienen un “proceso de anticipación” de las mujeres. Esto quiere decir que tienen ideas preconcebidas sobre las mujeres que juzgan a las que les atribuyen estereotipos.⁵³ En otras palabras, no son categorías jurídicas las que les guían sino la manera estereotipada en la que las y los jueces interpretan a las partes y a los hechos del caso. Este dilema se torna nuevamente problemático cuando el proceso de anticipación tiene como consecuencia que las desigualdades inmersas en la estructura social se sigan reproduciendo; al momento en el que “el acto de juzgar se aleja de lo jurídico y pasa a un registro diferente: anticipa la figura de las demandantes [...] y desclasifica sus pretensiones como consecuencia de una concepción particular de género.”⁵⁴ En este sentido, las y los jueces

⁵¹ Hernández Chong Cuy, “Jurisprudencia,” 348.

⁵² Duncan Kennedy, “Strategizing strategic behavior in legal interpretation,” *Utah Law Review*, no. 3 (1995): 798.

⁵³ Wilson, Hernández, “Derecho Versus Sentido Común y Estereotipos: El Tratamiento de los Procesos Judiciales de Pensión de Alimentos de Mujeres de Clase Alta y Baja en Perú,” *Sortuz oñati journal of emergent socio-legal studies* 7, no. 1 (2015): 34.

⁵⁴ Hernández, “Derecho Versus Sentido Común y Estereotipos,” 35.

también pueden trasladar las desigualdades estructurales de género a la interpretación y aplicación del derecho, por lo que puede que la perspectiva de género sea una propuesta insuficiente para remediar esta problemática.

En conclusión, en el presente capítulo fueron presentadas, en primer lugar, las autoras Carole Pateman y Judith Butler. Por un lado, el *Contrato Sexual* de Pateman fue analizado con la finalidad de demostrar, desde una perspectiva feminista, que el patriarcado está arraigado en la estructura misma de la sociedad moderna. La incidencia de este pensamiento tiene repercusión hasta nuestros días, tan es así que incluso contribuyó a la creación de un derecho político que pone en desventaja a la mujer al no considerarla ni siquiera como individuo. Por otro lado, se analizó *El género en disputa* obra de Butler. Lo anterior permitió establecer que el pensamiento binario que encuadra a la mujer y al hombre en categorías predeterminadas ha castigado a aquellos que salen de esta normatividad. La perspectiva de Butler se torna relevante para el derecho ya que es otro generador de la construcción del género. Según Butler los sujetos regulados por estas estructuras de poder, debido a su sujeción a las mismas, se multiplican, se definen y se guían con base en las exigencias de dichas estructuras.⁵⁵ Por lo que si el derecho sanciona que una mujer o un hombre contradicen lo esperado por la sociedad o regula el comportamiento con base en expectativas, necesariamente está sosteniendo a un sistema binario del género.

También se analizó la creación de la jurisprudencia feminista con el propósito de evidenciar las distintas ópticas a través de las cuales las mujeres han buscado la igualdad; además de explicar cómo el feminismo ha criticado al derecho como herramienta aliada de la dominación masculina, pero también lo ha propuesto como medio para enmendar las diferencias estructurales entre los géneros. Por último, este capítulo se enfocó en el poder de las y los juzgadores para remediar los estereotipos discriminatorios de género o, por el contrario, en su capacidad para seguir perpetuando las relaciones asimétricas de poder. En el siguiente capítulo se analizará el proceso metodológico que se utilizó en esta investigación para probar los casos en los que los estereotipos de género afectaron los derechos de las mujeres.

⁵⁵ Judith Butler, “Las mujeres como objeto del feminismo,” en *El género en disputa*, trad. Antonia Muñoz (Barcelona: Paidós Ibérica S.A, 2007), 47.

3. Metodología

Esta tesis presentará una investigación basada en el análisis de diversas sentencias emitidas por autoridades jurisdiccionales de México. Al tomar en cuenta la crítica feminista al derecho, este estudio cualitativo analizará de qué manera impacta en los derechos de las mujeres la construcción de los estereotipos de género y la falta de perspectiva de género en el desarrollo jurídico-argumentativo de las y los juzgadores. Este tema es relevante ya que, además de que la lucha feminista ha señalado repetidamente la necesidad de que las y los jueces dejen de lado las preconcepciones que tienen sobre la mujer al momento de emitir sus resoluciones, en el marco de los derechos humanos ya hay un compromiso institucional del Estado mexicano respecto a no juzgar con base en estereotipos.

En este sentido, este capítulo presentará las estrategias metodológicas utilizadas en esta investigación. Para este fin, iniciaré con la justificación de la construcción del universo de estudio, al establecer sus limitaciones y obstáculos. Posteriormente, abordaré la colaboración de diversas organizaciones sociales en la delimitación de las fuentes de estudio. Finalmente, analizaré los retos adicionales a los que me enfrenté y expondré la delimitación final del objeto de estudio.

3.1 La construcción del universo de estudio

El primer obstáculo para la exploración propuesta, sin lugar a duda, fue tener acceso a las sentencias. Esta limitación se relaciona con la falta de publicidad de las sentencias. Antes de agosto del 2020 la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública en Posesión de los Sujetos Obligados (LGTAIPO) establecía en el artículo 73 fracción II que únicamente era necesario que los sujetos obligados de los poderes judiciales publicaran las versiones públicas de las sentencias de “interés público.” Debido a la ambigüedad de este término, fue dejado al arbitrio de la autoridad decidir cuáles de las sentencias publicar y, consecuentemente, muy pocas fueron publicadas.⁵⁶ Esta limitación al ejercicio del derecho al acceso a la

⁵⁶ Es preocupante el ejemplo de las y los juzgadores, magistrados y magistradas de la Entidad Federativa de Zacatecas, que en el periodo de 2015 a 2017 no publicaron ninguna de sus resoluciones.

información afectaba la valoración, tanto social como académica, del trabajo que hacen las y los jueces en la argumentación lógico-jurídica de sus sentencias.

En este sentido, el colectivo #lojustoesquesepas impulsado por hizo la organización feminista *EQUIS: justicia para mujeres* logró que se aprobara la iniciativa para que todas las sentencias judiciales fueran publicadas. Esta lucha comenzó desde marzo del 2018 y por fin en julio del 2020 se aprobó en sesión extraordinaria de la Cámara de Diputados. Esta nueva realidad hará más fácil analizar en las sentencias por venir si las y los jueces utilizan perspectiva de género al momento de emitir sus fallos, conocer sus criterios y si resuelven o no con base en estereotipos de género. No obstante, aún no se ha avanzado en la publicación de dichas sentencias.

Las circunstancias anteriores imposibilitan la realización de un análisis transversal de las decisiones judiciales en México y, por lo tanto, la posibilidad de realizar un estudio cuantitativo que tienda a evaluar la persistencia de la falta de perspectiva de género de manera general en el sistema judicial. En atención a lo anterior, este trabajo de investigación no busca responder la prevalencia de la argumentación estereotipada en las sentencias de las y los juzgadores, ya que ni siquiera es posible conocer la persistencia de dicha conducta debido a la falta de acceso a las sentencias de tribunales ordinarios. Al tomar esto en cuenta, se realizó un análisis detallado solamente de sentencias que se identificaron por mostrar precisamente una argumentación lógico-jurídica estereotipada. Así, el estudio se orientó no a demostrar que los sesgos existen, aunque las sentencias analizadas son una prueba, quizás pequeña, de que así es, sino en analizar cómo estos afectan los derechos en las instancias en las que se presentan. Consecuentemente, fue necesario implementar diversos medios para obtener resoluciones judiciales que fueran relevantes para el presente estudio.

En un primer momento, la manera en la que se pensó obtener las sentencias fue a través de un sondeo en la red social Twitter. Por tanto, se realizó un correo especial para la recepción de sentencias: sentencias.perspectivadegenero@gmail.com. El tuit se lee así: “¿Conoces alguna sentencia que refleje una falta de perspectiva de género? ¡Háznosla llegar al correo sentencias.perspectivadegenero@gmail.com! Es momento de evidenciar el problema. #sevaacaer #sentencias #perspectivadegenero. En México los roles de género continúan siendo esenciales para la construcción del Derecho. En el caso del poder judicial, algunas las sentencias

continúan reafirmando los roles contra los que las mujeres luchamos día a día. Por ejemplo: la obligación de ser madres, trabajos menos remunerados a comparación de los hombres, tener que ser amas de casa, etc. Por favor ayúdenme a encontrar sentencias que perpetúen este pensamiento.” Asimismo, las personas que enviaron sentencias para esta investigación fueron debidamente informadas respecto del tratamiento de sus datos personales. Es por esto por lo que todos los documentos recibidos fueron anonimizados y utilizados únicamente para fines relacionados con esta investigación.

Adicionalmente, se realizó otra búsqueda a través del sistema IUS de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), con la búsqueda de las siguientes palabras: castidad, género, maternidad, sexualidad, perspectiva de género. Lo anterior con la finalidad de hacer un segundo sondeo y revisar el engrose de las tesis que reflejan una evidente falta de perspectiva de género.

La SCJN, al ser el Máximo Tribunal Constitucional del país, le corresponde resolver casos relacionados a los medios de control de constitucionalidad: controversias constitucionales y acciones de constitucionalidad. También conoce de casos de incumplimiento de sentencias y de violaciones a la suspensión del acto reclamado o de admisión de fianzas ilusorias o insuficientes. Igualmente, le conciernen la resolución de amparos directos y recursos de apelación en contra de sentencias dictadas por jueces de Distrito. No obstante, en los recursos de apelación, es necesario que la Federación sea parte del litigio y que, debido al interés y trascendencia del proceso, sea atraído por la SCJN. En el caso de los amparos directos, el Máximo Tribunal sí puede resolver juicios de amparo que originalmente le corresponda resolver a los Tribunales Colegiados de Circuito, siempre y cuando la trascendencia del caso amerite el pronunciamiento de la SCJN.⁵⁷ Por tanto, a través de la petición fundada del Tribunal Colegiado correspondiente o de oficio la Corte puede conocer estos casos. Además, la SCJN puede resolver recursos como medio de impugnación contra actos procesales que promueva la parte que se considere agraviada.⁵⁸ Estos son los recursos de revisión, de queja y de reclamación.⁵⁹

⁵⁷ “¿Qué hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación?,” Suprema Corte de Justicia de la Nación, accedido el 13 de febrero 2021, <https://www.scjn.gob.mx/conoce-la-corte/que-hace-la-scjn>.

⁵⁸ “¿Qué hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación?”

⁵⁹ Recursos de revisión de amparos indirectos en casos especiales; recursos de revisión en amparos directos; recursos de queja en contra de resoluciones dictadas por los juzgados de Distrito o por los tribunales involucrados en el juicio o por los Tribunales Colegiados de Circuito; recursos de reclamación contra los acuerdos del presidente del Máximo Tribunal; incumplimiento de sentencias o repetición de actos reclamados.

Esta competencia implica que, si bien las sentencias de la SCJN son la fuente de análisis jurisdiccional con más publicidad en el contexto mexicano, estas representan casos excepcionales que deben seguir una ruta jurídica particular y poco accesible para la mayor parte de los casos en México. Por lo anterior, se implementaron otros mecanismos de búsqueda para diversificar las fuentes de este trabajo.

Con esta intención, se revisaron las sentencias que han sido conocidas por el estereotipo, la discriminación o la problemática de género que representaron. Por ejemplo, el premio a la sentencia más machista de Women 's Link Worldwide o casos que son ampliamente conocidos en México. Nuevamente, al ser un trabajo cualitativo, uno de sus objetivos no es ser una muestra representativa, sino que cumpliera con el parámetro de representar un ejercicio judicial que es caracterizado por el uso de estereotipos en su argumentación. Sin embargo, sí es importante, en la medida de lo posible, contar con fuentes variadas, con la finalidad de ampliar el alcance de la muestra y no analizar, por ejemplo, sentencias exclusivamente de tribunales superiores.

Los resultados de estas primeras exploraciones fueron limitados para los objetivos de esta investigación, aunque no necesariamente porque no se presentara un problema de perspectiva de género. En cuanto al primer sondeo realizado en la red social Twitter, fueron recibidas alrededor de 10 sentencias. No obstante, ninguna pudo ser utilizada para esta investigación debido a tres causas principales: las sentencias proporcionadas no correspondían al objetivo de esta investigación; las sentencias eran poco claras debido a que al momento de referirse a las personas involucradas –desde la narración de los hechos, los testimonios y los considerandos– se utilizaban asteriscos indistintamente, sin que fuera posible diferenciar a las partes; y, finalmente, las personas que las proporcionaron no dieron su consentimiento para que fueran utilizadas en esta investigación. En cuanto al primer punto, o bien en las sentencias proporcionadas ni los litigantes ni los jueces recurrieron a estereotipos de género en su argumentación lógico-jurídica, o bien, a pesar de que las sentencias padecían de problemas de perspectiva de género, no refieren directamente a expresiones sobre los roles de género en la sociedad.

En cuanto a la poca claridad de las sentencias, es importante mencionar que, si bien es cierto que es primordial respetar los datos personales de todas y de todos los involucrados en los procesos judiciales, su protección no debería interferir con el derecho al acceso a la

información. La anonimización que se realiza por parte de los tribunales debería, al menos, distinguir entre las partes con pseudónimos o referentes genéricos como demandante o demandado. Es decir, los datos testados de las versiones públicas de las sentencias podrían ser sustituidos por la calificación jurídica de las partes: la víctima, el indiciado o el tercero interesado.

Por otra parte, en cuanto a la búsqueda en el sistema IUS, fue posible encontrar dos criterios relevantes para este análisis. No obstante, incluso en los casos en los que los criterios se encontraban, el acceso a las sentencias no fue posible dado que aún no se ha avanzado en la digitalización y registro de las sentencias. En cuanto al tercer método de búsqueda, una de las sentencias de Women 's Link Worldwide fue seleccionada para formar parte de esta investigación, misma que será analizada más adelante. Finalmente, es relevante reconocer la existencia de las organizaciones como la anteriormente mencionada debido a que buscan el cambio social a través de campañas que exhiben las sentencias que tienen una inclinación claramente machista.

3.2 La colaboración de organizaciones sociales

Como consecuencia de las dificultades de los primeros métodos de búsqueda, se consideró la alternativa de escribir directamente a diversas organizaciones que tratan temas de Derechos Humanos o específicamente que defienden derechos de las mujeres para solicitarles su apoyo en la identificación de sentencias que fueran pertinentes para esta investigación. Por lo tanto, contacte al centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez A.C, que busca un cambio estructural a través de la defensa del goce y ejercicio de los derechos humanos en forma equitativa; a la organización AsiLegal, específicamente por su reciente proyecto *#sentenciamachista : cuando la misoginia del Estado criminaliza mujeres*, mismo que busca denunciar la ejecución e interpretación machista de la ley; a la organización EQUIS justicia para las mujeres que busca el salvaguardo y el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres; y, finalmente, al Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), organización que se caracteriza por su compromiso en la defensa de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

De las cuatro organizaciones obtuve respuesta de AsiLegal, EQUIS justicia para las mujeres y GIRE. En el caso de AsiLegal fue necesario firmar un acuerdo de confidencialidad con la finalidad de garantizar el buen tratamiento de datos personales de las sentencias. Agradezco a Miguel Hernández, Coordinador de Comunicación de ASILEGAL y a Verónica Garzón abogada de la organización, que fueron quienes contribuyeron a esta investigación. En el caso de EQUIS, la organización decidió no enviar documentos por la preocupación por el tratamiento de los datos sensibles de las víctimas. Aun así, a la coordinadora de Desarrollo Institucional por su disposición a contribuir con esta investigación. Finalmente, en el caso de GIRE, la organización me compartió las sentencias que consideró que serían útiles para este estudio. Le agradezco a Karen Luna, coordinadora de investigación, por haber hecho posible el acceso a estas sentencias.

Es importante destacar que las organizaciones fueron particularmente cuidadosas con el manejo de los datos personales y los procesos para acceder a los materiales. Esta problemática se deriva del mal trato que históricamente se les ha dado a los datos personales de las víctimas, desde la publicación de testimonios en noticieros y redes sociales, hasta la filtración de pruebas y datos sensibles de las y los involucrados. En este sentido, la desconfianza de las organizaciones es clara y justificada, además de que manifiesta un claro compromiso por defender la privacidad de las víctimas.

3.3 Problemáticas adicionales encontradas y delimitación del universo de trabajo

Con base en las sentencias a las que se tuvo acceso a través de los diversos medios de búsqueda, fueron leídas aproximadamente treinta, de las cuales cuatro serán analizadas. Es importante mencionar que todas ellas son de los últimos cinco años y de diferentes entidades federativas. Las sentencias que fueron seleccionadas son aquellas en las que las manifestaciones de estereotipos de género eran más evidentes debido al rol que le imponen a la mujer por su condición biológica de reproducción, así como lo que se espera en torno a su sexualidad y a su comportamiento posterior a una agresión. Para analizarlas evité dar datos que no fueran estrictamente necesarios para examinar el estereotipo de género. Asimismo, todas las sentencias fueron estudiadas mediante una estrategia de análisis del discurso centrado en su contenido para

identificar representaciones de roles de género y sus impactos en los resultados judiciales de cada caso.

Además, es importante mencionar las dificultades encontradas en este ejercicio de selección de sentencias adicionales a la dificultad de acceder a ellas. La carga emocional que implica leer sentencias que condenan a mujeres únicamente por contradecir lo esperado de su género es algo que no puede dejarse de lado. Es un recordatorio constante de la posición de desventaja en la que históricamente ha vivido la mujer, que además ha sido y continúa siendo reproducida por el poder judicial, que es (contradictoriamente) la institución encargada de proporcionar reparaciones a las víctimas por violaciones a sus derechos.

Otro punto crítico para esta investigación es que la mayoría de las sentencias a las que se tuvo acceso provienen de tribunales superiores en los que no se juega la vida cotidiana de las personas. Así, incluso el acceso al universo de las sentencias muestra un problema ya que mientras no tengamos un sistema judicial más transparente en términos del razonamiento de las y los jueces no podemos saber en dónde nos encontramos en términos de justicia en este país. Por lo que el acceso a las sentencias de tribunales inferiores sigue siendo una caja negra. Aún así, con la reforma a la LGTAIPSO esto debería cambiar no sólo en la teoría, sino también en la práctica.

Finalmente, a pesar de que la selección de sentencias y los resultados del análisis del impacto en los derechos de las mujeres no representa una generalización del comportamiento de las y los juzgadores, el objetivo es evidenciar que aún existen casos en los que al dar un tratamiento machista y discriminatorio a los casos que resuelven, normalmente son las mujeres quienes son perjudicadas en sus derechos. Sin importar la cantidad de casos, lo relevante es demostrar que en pleno siglo XXI aún hay un detrimento en los derechos y libertades de las mujeres por la manera en la que las y los jueces los construyen. Adicionalmente, será relevante identificar los mecanismos ideológicos sobre los roles de género y cómo impactan en el ejercicio de derechos. El siguiente capítulo se encargará de analizar los resultados de esta investigación.

4. El efecto de una puesta en escena discordante

Este capítulo pretende mostrar, a través del análisis de sentencias, cómo las y los juzgadores al utilizar estereotipos de género en la argumentación de sus sentencias, además de incumplir en su obligación de juzgar con perspectiva de género, afectan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos de las mujeres. Para lo anterior, en el primer apartado del capítulo serán analizadas cuatro sentencias que demuestran que la problemática sobre el género sigue estando presente en nuestro sistema judicial. Posteriormente, se hará una revisión de lo que significa juzgar con perspectiva de género con base en la normativa nacional e internacional con la finalidad de explicar qué hubiera sucedido en esos casos de haberse juzgado bajo dicha óptica.

4.1 Análisis de sentencias

Para analizar estas sentencias, fue tomada como base la teoría *queer* de Judith Butler. Al retomar su propuesta sobre el “performance” (o la puesta en escena) y la correspondiente performatividad del género, es necesario comprender las distinciones existentes entre ambos conceptos. En el entendimiento de que el género es una construcción social, Butler defiende que, al ponerlo en escena asumimos un rol previamente determinado para hombres o para mujeres y lo actuamos de manera que sea compatible con lo que la sociedad espera de dicho “performance”. En este sentido, el rol que la sociedad le asigna como propio a los hombres y a las mujeres, refleja los valores, la moral y el estilo de vida que pretende mantener. Es ahí en donde se entrelazan el “performance” del género con su performatividad. La actuación repetitiva de un rol determinado hace posible que el acto en sí mismo cree un orden social del género que se presenta como incontrovertible.⁶⁰ Así pues, el acto repetitivo de una manera específica y diferenciada de, por ejemplo, hablar, caminar y vestirse entre hombres y mujeres hace que se construya una aparente naturalidad en dichas formas de actuar que dan la impresión de que son verdades inherentes y diferenciadas entre ambos géneros, en vez de ser una construcción social. Por lo tanto, el que alguien se conduzca de manera discordante a lo propio de su género no pasa desapercibido. Por el contrario, el desviarse de una norma de género hace que un poder

⁶⁰ Judith Butler, “¿Qué significa que el género es performativo,” Big Think, video YouTube, 3:00, <https://www.youtube.com/watch?v=O61gWMsJEOE>.

regulatorio o institucional (por ejemplo, el jurídico) se active bajo la justificación de defender y mantener dicho orden social.

Ahora bien, si reconocemos que actuar reiteradamente como ‘debe’ hacerlo un hombre o una mujer tiene como consecuencia la creación de una verdad en sí misma sobre el género, entonces la teoría propuesta por Butler se relaciona con los estereotipos de género. Estos últimos se refieren a las características que deben tener los miembros de una categoría determinada. Así, se presupone que todas las personas que forman parte de un grupo o categoría tienen los mismos atributos. En este sentido, Gema Fernández Rodríguez de Liévana, abogada de Women 's Link Worldwide, al referirse a los estereotipos de género, señala que “todas las dimensiones de la personalidad que hacen que una persona sea única son filtradas a través de la lente de la visión generalizada sobre el grupo con el cual se le identifica.”⁶¹ En otras palabras, es a través de los estereotipos que a las mujeres y a los hombres se les busca definir en términos universales, sin considerar la individualidad y carácter distintivo de cada una de las personas.

Específicamente, los estereotipos de género determinan, norman y generalizan las características de las distintas categorías en las que agrupan a las personas. Generalmente, los estereotipos son pensados en términos binarios, es decir, lo que le es propio a una categoría no le corresponde a otra. En este sentido, los estereotipos establecen los rasgos de personalidad de las mujeres y los hombres, en los que ellas son sensibles, emocionales e irracionales mientras que ellos representan la objetividad y la racionalidad. Asimismo, delimitan las normas de conducta: si las mujeres deben ser castas, femeninas y obedientes, entonces los hombres deben ser dominantes, viriles y firmes. Por otro lado, también definen las características físicas, las mujeres son débiles y frágiles, en contraparte los hombres son fuertes y valientes. Los estereotipos de género norman, además, las ocupaciones ya que, mientras las mujeres deben ser amas de casa, madres, cuidadoras y educadoras de los hijos, los hombres deben ser los proveedores y, por lo tanto, tener un trabajo remunerado. La orientación sexual también está

⁶¹ Gema Fernández Rodríguez de Liévana, “Los Estereotipos de Género en los Procedimientos Judiciales por Violencia de Género: El Papel del Comité CEDAW en la Eliminación de la Discriminación y de la Estereotipación,” *Oñati Socio-legal Series [online]* 5, no. 2 (Mayo 2015): 502.

acotada por los estereotipos, en tanto que las mujeres y los hombres deben estar necesariamente con su complemento, es decir con el sexo opuesto.⁶²

Así pues, estos estereotipos son un reflejo de un orden heteropatriarcal y el rol que asignan a cada grupo categorizado produce y reproduce el orden social de género, lo que hace posible que este persista a través del tiempo. Por tanto, el punto de conexión entre la teoría de Butler y los estereotipos es que éstos últimos son los que establecen el guion sobre el que los individuos actuarán su género. En este sentido, las sentencias que serán analizadas a continuación son un ejemplo de una práctica judicial guiada por un discurso restrictivo sobre el género, en el que un poder institucional (en estos casos, el jurisdiccional) tuvo que activarse para corregir las alteraciones que se hicieron en cuanto a lo esperado del actuar de las mujeres. En otras palabras, son mujeres que actuaron de manera contradictoria al estereotipo de lo que “es” ser mujer.

Es importante mencionar que en todas las sentencias analizadas fueron usados pseudónimos y no se proporciona ningún dato que haga posible su identificación. Lo anterior con la finalidad de proteger los datos personales de las personas involucradas y de respetar los acuerdos de confidencialidad bajo los cuales fueron compartidas.

4.1.1 Instinto materno

Elvira fue acusada del delito de homicidio calificado en contra de su hijo recién nacido. El esposo de Elvira se fue a trabajar a Estados Unidos de América y ella se quedó con sus hijos en México. Por tanto, declaró que dos años después de que su esposo se fuera, ella quedó embarazada de una nueva pareja. Cuando tenía tres meses de gestación regresó su marido, a quien la acusada le dijo que estaba embarazada producto de su relación con él. Meses después, dio a luz a un bebé en el baño de su domicilio. El bebé nació vivo y ella, al no saber qué hacer y ver que al bebé se le enredó el cordón umbilical en el cuello, tomó una bolsa de plástico que estaba en el piso, la colocó en la cabeza del recién nacido y le hizo un nudo. Elvira declaró que

⁶² Laura Clérico, “Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad,” *Revista Derecho del Estado*, no. 41 (2018): 73-74.

su intención nunca fue matarlo, sino que pensó en que su esposo al momento de ver al bebé la correría, la golpearía o le quitaría a sus hijos. Posteriormente, escondió el cuerpo del recién nacido en un bote con ropa sucia. Elvira declaró que estaba en su casa únicamente con sus hijas, a quienes les pidió que fueran por ayuda debido a que se estaba desangrando. Fue su concuña quien la llevó al hospital. Elvira no le dijo a nadie dónde había dejado al bebé, por el miedo que le tenía a su esposo. Estuvo en el hospital toda la noche y al día siguiente volvió a su domicilio y supo que su cuñada ya había encontrado al recién nacido y la había denunciado.

Como es habitual, el código penal vigente contemplaba el delito de homicidio, con los siguientes elementos: es necesario probar la existencia de una vida previa, la supresión de esa vida, el nexo causal entre la conducta y el resultado y, finalmente, la calificativa de ventaja. De este modo, en la sentencia analizada el juez procede a probar cada uno de ellos. Con la finalidad de probar la existencia de la vida, se basa en el dictamen de necropsia en el que se comprueba que el producto nació vivo y con un estado gestacional de 40 semanas. En cuanto a la pérdida de la vida previa, se basó en una pericial que confirmó que el bebé murió de asfixia por sofocación. En cuanto al nexo causal, el juez se basa en la declaración de Elvira para demostrar que ella fue quien privó de la vida al menor.

En lo que se refiere a la calificativa de ventaja, es necesario probar que él o la inculpada no corre riesgo alguno “de ser muerto ni lesionado por el ofendido.”⁶³ Por lo tanto, el juez establece que la víctima del delito es un recién nacido y que la autora del hecho es su madre “quien en lugar de salvaguardar su vida y darle protección **derivado de su instinto materno** le colocó una bolsa de plástico sobre la cabeza provocándole asfixia por sofocación [negritas de la autora].”⁶⁴ De lo anterior se desprende no solamente que el juez determina que la madre no corría ningún riesgo de ser lesionada por su víctima; sino que además establece un criterio de juicio moral.

Este argumento se exagera en la valoración de las pruebas. La perito en psicología que entrevistó a Elvira argumentó que ella “mostraba síntomas de depresión mayor, crónica y bajo una presión psicológica de violencia intrafamiliar, resentimientos de vulnerabilidad extrema y

⁶³ Código penal de la entidad.

⁶⁴ Sentencia Elvira, 01.

pánico de ser castigada,”⁶⁵ además de que “debido al brote cinético la persona [Elvira] lo realizaba de manera inconsciente pues no había intencionalidad de ocasionar daño y había la intención de protegerse a ella como al menor.”⁶⁶ No obstante, el juez consideró que esta pericial era insuficiente para acreditar alguna excluyente de responsabilidad penal. La motivación dada por el juez fue, nuevamente, relativa a su expectativa del “instinto materno.” Para el juez, que Elvira tuviera cuatro hijos, mostraba tenía experiencias de cuidado de recién nacidos, a dicho del juez: “más aún cuando se trata de su propio hijo por **instinto maternal** le indica procurar su supervivencia [negritas de la autora].”⁶⁷ Por otro lado, en el caso de los factores positivos que benefician a Elvira al momento de determinar su condena, el juez nuevamente vuelve a basar su argumentación en un estereotipo de género: el hecho de que Elvira fuese ama de casa. Para la autoridad jurisdiccional el hecho de que no contara con antecedentes penales y “**que se encontraba dedicada a las labores del hogar** [negritas de la autora]”⁶⁸ justifica que tenga un grado de peligrosidad media en vez de máxima. Por lo tanto, al momento de individualizar la pena, el juez condena a Elvira a 15 años de prisión y al pago de la cantidad de \$172,125.20 como medida de reparación.

Ahora bien, en cuanto al análisis de la utilización de estereotipos de género dentro de la sentencia, el primero identificable y que sirve como base de la argumentación es el “instinto materno.” La primera vez que el juez lo utiliza es en su argumentación sobre la calificativa de ventaja, en donde determina que Elvira no corría ningún riesgo de ser lesionada debido a que la víctima es un recién nacido. Sin embargo, agrega a su argumento que la madre no sólo no corría un riesgo, sino que fue en contra de su instinto maternal al privarlo de la vida. El hecho de que Elvira se haya alejado del estereotipo de género de tener un instinto materno no estaba relacionado con la calificativa de ventaja. Al aplicar la teoría de Butler, se vuelve claro que lo que le recrimina el juez a Elvira es que haya ido en contra de la puesta en escena que las madres deben tener con sus hijos: ser protectoras, guardianas y cuidadoras. Al ir en contra de este “performance,” la realidad creada a través de la performatividad del género se ve amenazada, al haber una mujer que además de no proteger a su hijo, es capaz de matarlo, por lo que debe ser

⁶⁵ Sentencia Elvira, 01.

⁶⁶ Sentencia Elvira, 01.

⁶⁷ Sentencia Elvira, 01.

⁶⁸ Sentencia Elvira, 01.

reprendida para proteger el orden de género establecido. En otras palabras, el juez no solo trató de proteger el bien jurídico tutelado (la vida), sino que su argumentación refleja que buscaba proteger algo más: las normas de género. Así, a pesar de que el instinto materno no se encuentra regulado por ninguna legislación ni es considerado como una agravante, fue utilizado como uno de los argumentos del juez para determinar su condena.

En un segundo momento este estereotipo es utilizado para desechar una pericial psicológica que determinaba la situación de violencia intrafamiliar de la que Elvira era víctima, así como los problemas psicológicos derivados de la misma, además de que establecía la no intencionalidad de matar al bebé sino de defenderse a ella misma. No obstante, el juez decide que dicha prueba es insuficiente debido a que ella ya era madre y que su instinto maternal debió ser suficiente para evitar la muerte del bebé. En este caso, el uso del estereotipo hizo que se le negara a Elvira la actualización de alguna excluyente de responsabilidad o atenuante del delito. Por lo que, las condiciones de violencia y vulnerabilidad en las que vivía quedaron desdibujadas e invisibilizadas y prevaleció la defensa del supuesto instinto maternal de las mujeres, mismo que tiene una pretensión de naturalidad.

Por último, nuevamente es evidente que el juez además de proteger al bien jurídico tutelado en el delito de homicidio calificado buscó conservar los marcos tradicionales del género ya que argumentó que una de las pretensiones que actúan en favor de Elvira es que se dedicaba a las labores de hogar. Este segundo estereotipo relacionado a que las mujeres pertenecen a la esfera privada realizando las labores de limpieza de la casa, a los ojos del juez, favorece a Elvira, ya que sí cumple con el orden social del género establecido para las mujeres. Por lo tanto, contrario a castigarla, debe ser considerado como factor benéfico ya que Elvira sí puso en escena el rol de género tradicionalmente asignado a las mujeres. Así pues, argumenta el juez que, al considerar este factor, no es necesario imponer la pena máxima. En este sentido, parece que la sentencia en contra de Elvira está fuertemente influenciada por los estereotipos de género, por lo que se le condena no sólo por la privación de la vida, sino también por no exhibir un “instinto materno” que se asume como natural e incluso instantáneo.

En el presente caso, las normas sociales del género creadas por la repetida puesta en acción de los estereotipos de las mujeres fueron defendidas por el juez. Elvira no fue sancionada únicamente por privar de la vida a alguien, sino que fue reprendida por ir en contra del orden social del género al ser una mujer capaz de privar de la vida a su propio hijo, sin importar las circunstancias o situaciones de violencia que la llevaron a tomar esta decisión. Es decir, la puesta en escena de Elvira relacionado con su rol de madre era discordante con lo esperado por las normas de género establecidas, por lo que hubo un poder institucional que la reprendió. Es importante mencionar, además, que lo debatido aquí no es si Elvira era culpable o inocente, sino que la utilización de estereotipos de género la afectó negativamente en la determinación de su condena.

Otro caso similar al de Elvira es el de Regina, quien viene de un contexto de violencia y adicción a las drogas. Regina y su hija menor de edad, Abigail, llegaron a casa de Pedro y José, con quienes tiene una relación de codependencia. Al momento de ingresar al domicilio, ambos le proporcionaron drogas a Regina teniendo conocimiento sobre su adicción. Ese mismo día, Pedro y José golpearon y abusaron sexualmente de Abigail, a pesar de que Regina estaba presente, la mayor parte del tiempo estuvo inconsciente y en otras ocasiones apenas lograba verbalizar objeciones. Al siguiente día, la cuñada de Regina estaba bañando a la menor cuando descubrió signos de violencia en su cuerpo. Al preguntarle qué es lo que le había sucedido, Abigail le contó lo que le pasó en la casa de Pedro y José. Por lo tanto, la cuñada decidió levantar una denuncia ante el Ministerio Público.

La fiscalía, al momento de acusar a Regina por el delito de violación impropia agravada por comisión por omisión, estableció que la acusada “miraba como agredían sexualmente a su propia hija y la acusada **decidió** no hacer nada para evitar que siguieran violando a su menor hija [...] **aún en su carácter de madre** la acusada tomó la decisión de no actuar [negritas de la autora].”⁶⁹ Con base en la acusación realizada en contra de Regina, para determinar si es o no responsable, acorde con el código penal vigente es necesario que sea acreditado que teniendo la posibilidad de actuar para evitar el acto (en este caso, la violación) no lo haya impedido. En este sentido, la jueza argumenta que a pesar de que Regina se encontraba en el lugar, “**aun siendo**

⁶⁹ Sentencia Regina, 02.

la madre decidió no hacer nada para evitarlo”⁷⁰ y que además, “debido a su falta de cuidado los acusados [José y Pedro] procedieron a realizar dicha conducta [abusar de la menor].”⁷¹ Asimismo, argumenta que “**por su propia voluntad** [Regina] ingirió drogas enervantes lo que provocó que se quedara dormida.”⁷² Por lo tanto, a consideración de la jueza Regina se encontraba “consciente y quiso y aceptó la realización de la conducta”⁷³ de Pedro y José. Consecuentemente, la jueza determinó que Regina decidió ser drogadicta y que su condición de madre debió haberla llevado a superar el estado de inconsciencia en el que se encontraba. Además, estableció que como consecuencia de su falta de cuidado, Pedro y Juan lograron violar a Abigail, por lo que Regina además de posibilitar el acto también lo quiso. Así pues, la jueza le acaba imponiendo una pena 5 años superior a la de los perpetradores del crimen, solamente por el hecho de ser la madre de la menor y encontrarse físicamente presente en el lugar de los hechos.

En este caso, desde los argumentos de la fiscalía es posible ver la utilización del estereotipo del instinto materno, mismo que permea incluso en la argumentación posterior de la jueza. Aun cuando en las declaraciones de Abigail y de la cuñada de Regina, coinciden en que la madre de la menor no estaba consciente o que estaba “dormida” cuando Pedro y José abusaron de Abigail y que, en las pocas ocasiones que logró retomar la consciencia les dijo que dejaran a su hija, la Fiscalía asegura en su acusación que Regina miraba el acto y, además, lo autorizaba. Asimismo, el argumento utilizado por la jueza es contradictorio ya que por un lado establece que el consumo de drogas hizo que Regina estuviera dormida mientras ocurrían los hechos y, por el otro, dice que ella estaba consciente y permitiendo la conducta de Pedro y José. Es decir, a los ojos de la jueza debe haber un instinto materno natural y superior a cualquier cosa ya que aun estando en un estado de inconsciencia la madre debió tener la capacidad de evitar el abuso contra su hija. Por lo tanto, con base en la argumentación de la jueza lo que en verdad se le recrimina a Regina es no ser buena madre, ya que su aparente decisión de estar dormida debido a su consumo de drogas motivó e impulsó que José y Pedro violaran a Abigail.

⁷⁰ Sentencia Regina, 02.

⁷¹ Sentencia Regina, 02.

⁷² Sentencia Regina, 02.

⁷³ Sentencia Regina, 02.

En este mismo sentido, también hay una penalización por "elegir" drogarse, lo que, en otras condiciones, la drogodependencia podría alegarse como una atenuante. Sin embargo, la jueza decide invisibilizar la enfermedad de Regina. No obstante, aun concediéndole a la jueza que Regina efectivamente tomó la elección de drogarse, no es posible alegar que ella permitiera y consintiera los hechos debido a que no tenía manera de saber que al estar bajo el influjo de las drogas Pedro y José abusarían de Abigail. En otras palabras, la jueza además de proteger la libertad sexual y la integridad de la menor está realizando una valoración moral sobre la conducta de Regina, por lo que protege también las normas sociales del género.

El sentido de las resoluciones cambia si el discurso judicial está basado en concepciones de los géneros vinculadas a lo que se espera que pongan en escena por sus ataduras biológicas, capacidades diferenciadas o, específicamente en los casos de Elvira y Regina, por sus virtudes naturales como madres. En ambos casos, el hecho de que la jueza y el juez utilizaran como base de su argumentación estereotipos de género, hizo que violaran el estándar de imparcialidad de las autoridades jurisdiccionales, así como el derecho a una tutela judicial efectiva de Regina y Elvira.

4.1.2 Castidad de la mujer

Sofía presentó una demanda argumentando daño moral en contra de la demandada María, quien le había hecho saber de la relación amorosa que entablaba con su esposo, así como el incumplimiento de este último de las obligaciones alimenticias que tiene con el hijo que procrearon en común. Además, la demandada le hizo llegar el acta de nacimiento del menor y le expresó que está compartiendo la vida con un hombre que “fue capaz de abandonar a un hijo para aparentar un matrimonio perfecto.”⁷⁴ Además, María le hizo saber a Sofía que su hijo tiene derecho a saber quién es su padre y su medio hermano, por lo que ella no le negará dicha información y también le hizo llegar los resultados del estudio de paternidad en los que se demuestra que su esposo es el padre del menor. De acuerdo con Sofía, el actuar de María afectó tanto sus sentimientos, así como su vida privada, por lo que solicitó al juez una indemnización por el daño causado.

⁷⁴ Sentencia María, 03.

Para condenar por daño moral, el juez utilizó dos artículos del código civil. El primero establece qué se entiende por daño moral, así como la necesidad de probar el hecho ilícito, el daño y el nexo causal entre ambos. Por su parte, el segundo artículo establece que “es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.”⁷⁵ En consecuencia, para demostrar el hecho ilícito y probar que la conducta de María efectivamente fue contraria a derecho, el juez recurrió al artículo del código civil que establece que “el matrimonio es la unión libre de dos personas [...]”⁷⁶ Acorde con su argumentación, el hecho de que el Código establezca que la relación debe ser de dos personas, “significa la prohibición de terceras personas de invadir dicho estado civil.”⁷⁷ Por consiguiente, el hecho de que María haya tenido una relación sexual con el esposo de Sofía constituía una situación contraria a derecho.

En cuanto a los hechos de prueba, el juez estableció que las comunicaciones que María le envió a Sofía por correo electrónico y por mensaje a su teléfono celular fueron fundamentales para sostener su decisión. Lo anterior debido a que el juez estimó que son prueba fehaciente de que la demandada sabía que con quien mantuvo una relación era el esposo de Sofía, por lo que se demuestra su intención de intervenir, a través de los mensajes, en el matrimonio de la actora.

Asimismo, el juez estimó que las comunicaciones presentadas por Sofía eran ciertas y verdaderas ya que María declaró que, aún suponiendo que ella hubiera enviado esos mensajes, únicamente se hace alusión a cuestiones verídicas probadas en juicio, por ejemplo, la filiación entre el esposo de la demandante y el hijo de la demandada. Con base en dicha declaración, el juez estableció que María, “**de forma evasiva**, había reconocido las expresiones enviadas a Sofía [negritas de la autora]”⁷⁸ y que, por lo tanto, se tenían por confesados los hechos. En cuanto al nexo causal entre el daño y el hecho, el juez argumentó que estaba probado debido a que la comunicación fue directa entre la demandada al correo electrónico y teléfono celular de la actora.

⁷⁵ Código Civil de la entidad.

⁷⁶ Código Civil de la entidad.

⁷⁷ Sentencia María, 03.

⁷⁸ Sentencia María, 03.

En relación con lo anterior, el juez procedió a declarar procedente la demanda de daño moral para que la autora obtuviera la reparación debida con base en los siguientes argumentos: María no tenía ningún derecho para invadir o perturbar el estado civil conyugal o personalísimo de la actora por lo que su conducta configura un hecho ilícito; por su parte, Sofía no tenía ningún deber jurídico para soportar o conocer a detalle cualquier eventualidad o hecho concreto que ocurriera entre la demandada y su esposo. Por lo tanto, el juez declaró que las comunicaciones que María envió son actos idóneos y suficientes para estimar que le causaron afecciones sentimentales y emocionales a Sofía, además de romper con la armonía de su matrimonio. Así pues, el juez, condena al pago de \$50,000 pesos estimando justo y equitativo el monto, debido a que las expresiones “oprobiosas e impertinentes” de la demandada fueron con la intención de lesionar los sentimientos, la armonía del hogar y la vida privada de la actora.

Además, el juez citó el artículo 1ro constitucional para referirse a la obligación que tiene la autoridad jurisdiccional de respetar y garantizar los DDHH. Por tanto, argumentó que una reparación integral para las víctimas es parte de dicha obligación. Así pues, el juzgador determinó que la demandada no debía repetir acciones u omisiones que en lo futuro le causen daños morales a la actora, apercibida que de no cumplir con dicha obligación utilizaría los medios de apremio necesarios para vencer su constancia. Más adelante, el juez cita el caso de *Radilla Pacheco vs. México* para demostrar que las disculpas públicas ya han sido utilizadas como medio de reparación por la Corte IDH. Por lo tanto, también condena a María a ofrecer disculpas públicas a Sofía, misma que debía verificarse en el local del juzgado ante la presencia del juez.

Esta resolución es otro ejemplo de una sentencia dictada no con base en derecho sino en la valoración del “performance” o la actuación de la mujer. Para comenzar, la construcción del hecho ilícito es deficiente. El precepto jurídico que el juez invoca para fundamentar la conducta ilícita de la demandada resulta inoperante ya que el artículo aludido para configurar el ilícito únicamente define qué es lo que la ley considera como matrimonio, así como las formalidades que deben llevarse a cabo para su celebración. Sin embargo, la norma jurídica mencionada no establece que aquél que invada dicha unión cometerá un acto ilícito o será civilmente responsable. Aun así, el juez, a partir de la regulación del contrato de matrimonio, argumentó

que constituía un hecho ilícito la invasión del matrimonio realizada por María. Aun más grave, el juez establece que “**no conforme** con tener relaciones fuera de matrimonio con el esposo de la actora, la demandada se lo hizo saber de manera clara a la propia actora [negritas de la autora].”⁷⁹ En otras palabras, el juez condena a María por un ilícito inexistente, construido a partir de la protección del estatus quo de la familia tradicional, contra el que la demandada atenta. En otras palabras, el juez le recrimina que, además de ir en contra de las normas de género, María le comunicó a Sofía sobre la relación indecente que entabló con su esposo e intervino en su matrimonio de manera intencional.

En cuanto a la prueba de la afectación en los sentimientos y vida privada de la demandante, el juez resolvió que el daño era evidente debido a las comunicaciones proporcionadas por Sofía. No obstante, no ordenó ninguna prueba pericial psicológica que pudiera, por ejemplo, resolver el grado de afección de la demandada. En este sentido, tanto la construcción del ilícito como la prueba del daño se vuelven aún más problemáticas en la determinación del monto de la indemnización. El juez determina que el hecho de que María le comunicara a Sofía de la relación con su esposo es “vejatorio, oprobioso e impertinente”⁸⁰, lo que refleja la valoración moral que está haciendo del actuar de María. A los ojos del juez, el hecho de que María haya entablado una relación con un hombre casado es algo humillante y denigrante y, por el hecho de intervenir en un matrimonio, es justo que sea amonestada y le pague una indemnización a Sofía. Sin embargo, en ningún momento funda ni motiva el grado de responsabilidad de María, que es necesario para determinar la indemnización –tal como lo establece el Código Civil. Por el contrario, decide de manera arbitraria el precio de la invasión de María, por su conducta sexual con el esposo de la demandante, en el estado civil de Sofía que afectó –sin saber en qué grado– sus sentimientos y su vida privada.

Sumado a lo anterior, la sanción a María parece ser, formalmente, consecuencia de decirle a Sofía del engaño de su esposo, mismo que causó afectaciones en su vida privada y en sus sentimientos. Sin embargo, la reparación que se ordena –específicamente, las disculpas públicas–, de hecho, haría el engaño incluso más público y sería, en sí misma, una intrusión

⁷⁹ Sentencia María, 03.

⁸⁰ Sentencia María, 03.

pública en la vida privada de Sofía. Parece, entonces, que el tema de la invasión a la vida privada de Sofía no es más que una excusa y que María, entonces, debe ser castigada por estar en una relación sentimental con un hombre casado. En conclusión, el discurso del juez fue instrumentalizado para que el performance del género de María permeara e influenciara en la decisión final. El ir en contra de una supuesta virtud de las mujeres, la castidad, llevó a un uso divergente del derecho en donde dicha acción pudiera convertirse en una conducta ilícita, a pesar de que esto no está regulado en ninguna norma jurídica. La actuación del poder jurisdiccional fue necesaria para defender las normas preestablecidas del género, en contra de las que María actuó, e incluso fue apercibida de que en caso de volver a ir en contra de ellas se utilizarían las medidas de apremio necesarias. Es decir, a María le fue negado el acceso a una tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.

4.1.3 Estereotipos sexuales y estado de indefensión

Lucía, quien era menor de edad al momento en que ocurrieron los hechos, declaró que fue forzada a subir a un carro en donde se encontraban cuatro hombres. Quienes estaban a lado de ella le quitaron su teléfono celular, dejándola incomunicada, y le jalonearon la blusa, le tocaron los senos e incluso metieron sus manos debajo de su falda. A pesar de que ella lloraba, les pedía que no le hicieran daño y que la dejaran en paz, ambos continuaban tocándola sin su consentimiento. Mientras tanto, el piloto y el copiloto se reían y se burlaban de lo que le hacían. Como la seguían manoseando, uno de ellos (el piloto) le dijo que podía cambiarse al asiento delantero para que dejaran de molestarla. Posteriormente, Lucía fue forzada a entrar a un domicilio en donde fue violada. A Manuel, quien es uno de los dos sujetos que iban en la parte trasera del carro con ella, se le acusa de pederastia. El caso que se presentará a continuación es un Amparo indirecto en contra de la resolución dictada por la jueza del Tribunal Colegiado.

El artículo 182 del Código Penal vigente, párrafo segundo, establece que:

A quien, sin llegar a la cópula o a la introducción vaginal, anal u oral, abuse sexualmente de una 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 hasta doscientos cincuenta días de salario.⁸¹

En este sentido, la jueza del Tribunal determinó que Manuel era culpable por el delito de pederastia tomando como base la declaración de Lucía así como el peritaje psicológico que le fue realizado, mismo que determinó que la víctima “presenta alteración emocional a consecuencia de los hechos que refiere, afectaciones corporales y emocionales acordes a la dinámica del evento descrito por la víctima.”⁸² La juzgadora decidió otorgar a ambas probanzas el carácter de preponderante debido a que, acorde con su argumentación, los delitos de índole sexual son realizados de manera oculta y normalmente ante la ausencia de testigos. Por lo que, dictó auto de formal prisión en contra de Manuel. No obstante, el Juez de Distrito declaró procedente el Amparo debido a que, a su interpretación, no se acreditan en su totalidad los elementos del delito de pederastia, por lo que procede a analizar el fondo de la controversia.

El juez basa su resolución principalmente en tres premisas: la no configuración de abuso sexual en la conducta de Manuel, la inexistencia del estado de indefensión de la víctima y la contradicción en los hechos. En cuanto al primer argumento, el juez establece que la declaración de Lucía y la pericial psicológica son insuficientes para acreditar el delito de pederastia. Por tanto, argumenta que uno de los elementos del tipo penal es el abuso sexual, mismo que debe ser probado fehacientemente, lo que a consideración del juez no sucedió. Argumenta que las pruebas presentadas únicamente demuestran el elemento objetivo del abuso, es decir el tocamiento o roce, sin embargo, no alcanzan para probar el elemento subjetivo, es decir, que se compruebe “eficazmente la lascivia en la conducta del quejoso.”⁸³ Además, acorde con el juez, la narrativa de Lucía “únicamente da noticia a un **hecho instintivo**, de momento de un **impulso** de tocamientos sin los extremos que requiere la lasciva para configurar ese abuso sexual en la víctima.”⁸⁴ En consecuencia, acorde con el juez, no fue probado que los tocamientos hechos por Manuel fueran con la intención de llegar a la cópula o de satisfacer un deseo sexual. Por otra

⁸¹ Código Penal de la entidad.

⁸² Sentencia Lucía y Manuel, 04.

⁸³ Sentencia Lucía y Manuel, 04.

⁸⁴ Sentencia Lucía y Manuel, 04.

parte, el juzgador utiliza una tesis jurisprudencial de la Primera Sala de la SCJN⁸⁵ con la finalidad de justificar su interpretación, ya que el criterio mencionado establece que el carácter sexual del abuso es la acción dolosa de quien lo comete, con un sentido erótico o con el fin de obtener placer, que debe ejecutarse sobre la víctima o sujeto pasivo.⁸⁶

En relación con el estado de indefensión, el juez argumenta que es un elemento necesario para calificar el delito de pederastia y que en el caso de Lucía es imposible acreditarlo. Lo anterior ya que no se encontraba inmóvil entre dos atacantes, sino que tuvo la posibilidad de pasarse al asiento delantero del vehículo para que dejaran de molestarla. Por tanto, el juez defiende que la menor no estuvo en un estado de vulnerabilidad –a pesar de estar expuesta a tocamientos y roces sin su consentimiento. En el caso de la contradicción en los hechos, el juez analiza los testimonios de diversas personas a las que Lucía les contó lo sucedido. Estima que en dichas declaraciones “no se hace mención del quejoso como agresor de la menor o que dicha agresión haya ocurrido en el vehículo.”⁸⁷ Por lo que, es imposible saber la realidad histórica de lo sucedido en el carro. Así pues, el juzgador determina que no se valoró cabalmente el material probatorio que configura la causa penal, por lo que no se logró probar la comisión del delito de pederastia que se le imputa a Manuel. En consecuencia, decide dejar insubsistente el auto de formal prisión en su contra y ordena a la jueza Tercero de Primera Instancia a emitir una nueva resolución de término constitucional en la que dicte auto de libertad al quejoso.

Nuevamente, nos encontramos frente a un caso en el que el juez resolvió con base en un estereotipo de género. En el caso de la determinación del abuso sexual, la interpretación que hace el juez es contraria a derecho, debido a que el código penal de la entidad no establece como uno de los elementos del delito de pederastia que el actuar del acusado sea con el fin último o con la intención clara de tener relaciones sexuales con la víctima o de obtener placer durante el acto. Por el contrario, en el propio código es reconocido que no es necesario llegar a la cópula. En cuanto a la tesis jurisprudencial a la que recurrió el juez, busca diferenciar un roce incidental, específicamente realizado en un lugar público como el transporte o la calle, de un abuso sexual.

⁸⁵ Tesis: 1a./J. 151/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, Enero de 2006, p. 11, Reg. digital 176408.

⁸⁶ Tesis: 1a./J. 151/2005, Reg. digital 176408.

⁸⁷ Sentencia Lucía y Manuel, 04

Es por esto que la jurisprudencia en mención determina que la ley penal sanciona el acto sexual “por la imposición del acto lascivo, el cual debe ser examinado en el **contexto** de la realización de la conducta intencional para obtener aquel resultado, es indispensable acreditar esa intención lasciva del sujeto activo, independientemente del acto que realice [negritas de la autora].”⁸⁸ Sin embargo, además de que el caso en cuestión no se trata de una situación comparable a la que establece la jurisprudencia, el juez ignora que la SCJN también estableció que era necesario analizar el acto en su contexto. Es decir, que Lucía era una menor de edad, que fue forzada a subir a un carro y quedó incomunicada, mientras que el acusado la tocaba a pesar de que ella le pedía que se detuviera. Por lo que no hay lugar para establecer que fueron rozamientos accidentales.⁸⁹

En relación con la teoría de Butler, en la construcción social sobre cómo hombres y mujeres deben de poner en escena su sexualidad, nuevamente los estereotipos dicotómicos son los que mandan. Por ejemplo, que durante la práctica sexual suele privilegiarse el placer del hombre debido a la carga impuesta a la mujer de complaciente y sumisa durante el acto sexual. Asimismo, suele ser socialmente aceptado que los hombres necesitan tener relaciones sexuales con más frecuencia que las mujeres y, por consiguiente, que las mujeres deben estar dispuestas a satisfacerles.⁹⁰ Por lo tanto, se reivindica la idea de la mujer como objeto sexual. En este sentido, el juez al añadir al delito de pederastia la necesidad de acreditar que la conducta libidinosa se realizó con “el ánimo al deleite carnal u obtener una satisfacción sexual o un apetito inmoderado de sensaciones placenteras,”⁹¹ confirma y consolida los estereotipos sexuales a los que se ha hecho alusión. Con base en la argumentación del juez, durante el supuesto “roce incidental” no puede haber delito debido a que la única característica sexual que estuvo involucrada fueron los propios cuerpos de Manuel y de Lucía, más no existió acto sexual ni abuso, a pesar de la falta de consentimiento de la víctima, debido a la falta de satisfacción y deleite sexual por parte del quejoso.

⁸⁸ Tesis: 1a./J. 151/2005, Reg. digital 176408.

⁸⁹ En este mismo sentido hace una crítica Estefanía Vela, en su artículo publicado en la revista *Nexos Caso “porkys”:* explicación y análisis de la (indignante) sentencia, disponible en <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/caso-porkys-explicacion-y-analisis-de-la-indignante-sentencia/>

⁹⁰ David Pérez-Jiménez, y Rosaura E. Orengo Aguayo, “Estereotipos Sexuales y su Relación con Conductas Sexuales Riesgosas”, *Revista puertorriqueña de psicología* 23, no. 2, (2012): 49.

⁹¹ Sentencia Lucía y Manuel, 04.

De la misma forma, en relación con su interpretación del actuar de Manuel, el determinar que sólo fue un impulso u “hecho instintivo” confirma el estereotipo de la necesidad carnal del hombre, que debe ser suficiente para justificar su actuar al ser parte de su naturaleza. En otras palabras, la autoridad jurisdiccional defendió las normas sociales del género en torno al estereotipo del hombre como ser sexual e impulsivo. En consecuencia, el precedente que deja esta sentencia es que el erotismo del que comete el acto se vuelve la parte central para determinar si hubo o no una vulneración a los derechos del sujeto pasivo. El placer del agresor se vuelve el elemento relevante y se deja de lado la garantía y protección de los derechos de la víctima.

En cuanto al estado de indefensión de la víctima y la inconsistencia en los hechos que argumenta el juez, ambas premisas son reflejo de estereotipos sobre cómo debe comportarse una mujer frente a una agresión. En el primer caso, aparentemente Lucía no estaba en una situación de vulnerabilidad ya que pudo cambiarse de asiento. Sin embargo, el juez no consideró la relación asimétrica de poder en la que se encontraba Lucía en comparación con los hombres que iban en el carro. La posibilidad de cambiarse de lugar fue gracias a la voluntad del piloto no a que ella pudiera hacerlo libremente; cabe mencionar que este sujeto fue el mismo que posteriormente la violó en el baño del domicilio al que la llevaron. Aun así, el hecho de que la víctima fue capaz de moverse físicamente dentro del mismo lugar al que había sido forzada a entrar es suficiente para que el juez alegue que tenía libertad de movimiento y que pudo impedir que Manuel siguiera tocándola, por lo que no estaba indefensa. Asimismo, el juzgador pone en duda el dicho de la menor al no haber hecho del conocimiento de sus seres cercanos lo sucedido antes de la violación ni mencionar a Manuel en su relato. Es decir, si la menor no denunció desde el inicio los tocamientos y el manoseo que Manuel le hizo dentro del carro, entonces no es tan claro que efectivamente hayan existido.

El discurso judicial utilizado por el juez en este Amparo, en vez de reconocer la diversidad que puede existir entre el actuar de los géneros, vuelve a ser ejemplo de una práctica judicial estereotipada. Así, la autoridad jurisdiccional decidió utilizar la interpretación que permitiera que los estereotipos aquí presentados fueran coherentes con la disposición normativa. En el caso del agresor, el juez argumentó la falta de agresión sexual debido a que no hubo una puesta en escena por parte del hombre que demostrara la satisfacción de un deseo sexual. En

otras palabras, no se actualiza el abuso sexual si el manoseo o tocamiento que se le haga a una mujer no provoque en el hombre placer sexual, ya que sólo está actuando por instinto, pero sin intencionalidad. Consecuentemente, defiende este actuar del hombre como si fuera una realidad dada. En el caso de Sofía, el efecto fue el contrario. Al no cumplir con lo esperado de una mujer después de ser agredida y poder (a los ojos del juez) liberarse de los tocamientos de Manuel, además de omitir a sus seres cercanos el abuso que sufrió en el carro, es suficiente para asegurar que no estaba en un estado de indefensión y para cuestionar la consistencia en los hechos. Por lo tanto, el juzgador en vez de garantizar un debido acceso a la justicia y proteger el derecho a vivir una vida libre de violencia de Lucía, decide ordenar que se libere a su agresor.

4.2 Juzgar con perspectiva de género: ¿obligación o elección?

Ahora bien, es pertinente revisar la normatividad bajo la cual los derechos de las mujeres son reconocidos y protegidos. Lo anterior ya que, en la comprensión histórica de que el derecho ha sido determinado en exclusión de los intereses y de las necesidades de las mujeres, esto lo ha hecho un terreno fértil para que los estereotipos de género tengan un impacto negativo en sus derechos. En respuesta a ello, han habido importantes consideraciones y reformas sobre la necesidad de juzgar con perspectiva de género. En este sentido, este apartado busca explorar cómo fue creado el protocolo para juzgar con perspectiva de género, tanto en el ámbito nacional como internacional y, además, cómo debió ser aplicado en los casos anteriormente expuestos.

Desde la reforma al artículo primero constitucional en el 2011, misma que se publicó el 10 de junio en el Diario Oficial de la Federación, se amplió el espectro bajo el que se promueven, garantizan, protegen y respetan los derechos humanos. Desde esta reforma, todos los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en los tratados internacionales firmados y ratificados por México pueden hacerse valer. Esta reforma impactó de manera sustantiva la actuación esperada de las autoridades mexicanas, debido a que ahora su margen de acción está delimitado por las nuevas obligaciones reconocidas constitucionalmente en virtud de los derechos humanos.⁹²

⁹² Ximena Medellín Urquiaga, *Principio Pro persona* (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013), 4, http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/1-Principio_pro-persona.pdf.

Específicamente en relación con el poder judicial, a partir de la reforma las y los juzgadores se enfrentan a una reestructuración de los planteamientos, las justificaciones y las formas de pensamiento tradicionalmente utilizados en sus sentencias, así como a una nueva significación de la impartición de justicia dentro de un Estado democrático con un orden constitucional y convencional de derecho.⁹³ Así pues, uno de los cambios más remarcables de la reforma es que, por mandato constitucional, las y los jueces deben realizar la interpretación y aplicación de las normas de manera que favorezca la mayor protección a la persona: el principio pro persona. En otras palabras, se debe hacer la interpretación más amplia de los DDHH y, a su vez, la interpretación más limitativa cuando se restringen.⁹⁴ Asimismo, a través de los tratados internacionales se ha introducido la obligación de las autoridades jurisdiccionales de juzgar con perspectiva de género con la finalidad de remediar la relación asimétrica de poder y de subordinación que existe entre hombres y mujeres.

Por lo tanto, la perspectiva de género es una obligación del Estado, que busca ser una herramienta inclusiva de los intereses de las mujeres. Además, cuestiona e identifica políticas, normas e interpretaciones aparentemente neutrales que contribuyen a consolidar las desigualdades entre los géneros, sobre la base de las diferencias biológicas de ambos. En este sentido, impone que las y los juzgadores tomen en cuenta el impacto diferenciado que tendría su resolución en los hombres y las mujeres con la finalidad de avanzar hacia la igualdad de género.

4.2.1 Ámbito nacional

Desde el 2013, el Estado mexicano cuenta con un protocolo para juzgar con perspectiva de género publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (SCJN). Asimismo, como se verá más adelante, se han integrado diversos criterios jurisprudenciales con carácter vinculante en torno al uso de esta herramienta. Este protocolo surgió como un medio de reparación contra las violaciones cometidas por Estado mexicano en los casos de *González y*

⁹³ Medellín, *Principio Pro Persona*, 7-8.

⁹⁴ Medellín, *Principio Pro Persona*, 27.

otras (Campo Algodonero), Fernández Ortega y otros y Rosendo Cantú y otras, presentadas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH).⁹⁵ Acorde con la SCJN, la perspectiva de género se incorpora al marco normativo como una herramienta de análisis e interpretación dentro de una cuestión litigiosa, que es necesaria en los casos en los que estén involucradas relaciones asimétricas de poder o bien estereotipos de género.⁹⁶

El artículo 1ro constitucional prohíbe la discriminación y establece una serie de categorías que al momento en el que se hacen distinciones injustificadas con base en ellas tienen una presunción de inconstitucionalidad y, además, remarcan la protección especial que se le debe dar a estos grupos. Entre estas categorías se encuentran el género. Como ya lo han demostrado tanto la crítica feminista como la teoría *queer*, el género es una categoría que describe una configuración social que, en su forma de mandato, sí suele tener connotaciones negativas para las mujeres. Por lo tanto, el análisis que hagan las y los jueces debe basarse en una argumentación lógica jurídica que necesariamente se aleje de los estereotipos que perpetúan la subordinación existente entre hombres y mujeres y que, además, permiten su jerarquización.

En relación con lo anterior, con base en la perspectiva de género, la jueza o el juez deben de tomar las medidas y las determinaciones jurídicas pertinentes con la finalidad de garantizar un tratamiento uniforme entre las partes, a sabiendas de que la mujer está estructuralmente en una posición de desventaja y vulnerabilidad frente al hombre. Así, las y los operadores judiciales deben garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación contenidos en los artículos primero y cuarto de la CPEUM. En otras palabras, las y los juzgadores deben ir más allá de una aplicación meramente formal de la norma y deben integrar a su análisis el contexto del conflicto, el principio pro-persona y las interpretaciones jurídicas que mejor garanticen la protección de los derechos humanos.

El primer criterio que habla sobre lo que significa juzgar con perspectiva de género es el Amparo en Revisión 2655/2013. Con este criterio la primera sala de la SCJN comenzó a

⁹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con Perspectiva de Género* (Ciudad de México: Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020), XV

⁹⁶ Gloria Poyatos Matas, “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa,” *iQual. Revista de Género e igualdad*, no. 2 (2019): 7, <http://dx.doi.org/10.6018/iQual.341501>.

construir la doctrina judicial y constitucional sobre la aplicación del protocolo para juzgar con perspectiva de género. En el mismo, la SCJN reconoció la obligatoriedad de “combatir argumentos estereotipados e indiferentes para el pleno y efectivo ejercicio del derecho a la igualdad”⁹⁷ en el análisis jurídico realizado por las y los juzgadores, que de no hacerse “condiciona el acceso a la justicia de las mujeres por invisibilizar su situación particular.”⁹⁸ Así, el protocolo pone en duda la concepción de un ciudadano universal y único, con base en el cual una igualdad formal entre los sexos era suficiente. En este sentido, la perspectiva de género comienza a cuestionar la veracidad de la realidad creada en torno al género, que omite la existencia de las mujeres que no actúan conforme al rol asignado por los estereotipos. Este es el precedente que sienta las bases para considerar a la perspectiva de género como una obligación de todas las autoridades jurisdiccionales.⁹⁹

El razonamiento del Amparo en revisión 2655/2013 dio pie a la Tesis Aislada “Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Todos los órganos jurisdiccionales del país deben impartir justicia con perspectiva de género,”¹⁰⁰ en la que se reconoce que la perspectiva de género es una herramienta que debe ser utilizada en todos los casos, aun cuando las partes involucradas no lo soliciten expresamente en sus alegatos. Por lo anterior, basta con que se advierta una situación de violencia, discriminación o vulnerabilidad por razones de género para que la jueza o el juez cuestione los estereotipos de género y entonces surja su obligación de utilizar dicha herramienta al resolver el litigio.

Posteriormente, el expediente varios 1396/2012 dio pie a la Tesis Aislada “Impartición de justicia con perspectiva de género obligaciones que debe cumplir el Estado mexicano en la materia,”¹⁰¹ publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación en el 2015. Esta tesis reconoce que la perspectiva de género implica “juzgar considerando las situaciones de

⁹⁷ Sentencia recaída al Amparo en revisión 2655/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 6 de noviembre de 2013, párrafo 60, p. 42.

⁹⁸ Sentencia recaída al Amparo en revisión 2655/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 6 de noviembre de 2013, párrafo 60, p. 43.

⁹⁹ SCJN, *protocolo*, 121.

¹⁰⁰ Tesis: 1a. XCIX/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 4, Tomo I, marzo de 2014, p. 524, Reg digital 2005794.

¹⁰¹ Tesis: P. XX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 22, Tomo I, Septiembre de 2015, p. 235, Reg. digital 2009998.

desventaja que, por cuestiones de género, discriminan e impiden la igualdad.”¹⁰² En este sentido, para que la y el juzgador garanticen el acceso a la justicia de manera efectiva e igualitaria y eviten que los estereotipos tengan una injerencia negativa en la impartición de justicia es necesario que interpretan el derecho conforme a los principios constitucionales y a los principios contenidos en los tratados internacionales de los que México es parte. Aquí además de reconocer la obligatoriedad de esta herramienta, se da el siguiente paso al determinar que la interpretación de las normas que hagan las autoridades jurisdiccionales debe tener no sólo una fuente constitucional, sino también convencional.

Diversos casos como los anteriormente presentados hicieron posible que en el 2016 se publicara en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación una tesis jurisprudencial relativa al “Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de Género.”¹⁰³ En ella se reconoce que el objetivo del protocolo es el pleno reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género. Asimismo, se reafirma que en toda controversia jurisdiccional, a pesar de que las partes no lo soliciten, es necesario constatar si existe una situación de violencia o desventaja que, por razón de género, haga imposible la impartición de justicia. En esta tesis se enlistan una serie de pasos guía que deben seguir las y los juzgadores como metodología para juzgar con perspectiva de género:

- i) Identificar si existen situaciones de poder que, por cuestiones únicamente relacionadas al género, pongan en desequilibrio a las partes;
- ii) al cuestionar los hechos y valorar las pruebas, desechar todas aquellas que empleen un estereotipo o prejuicio de género;
- iii) cuando las pruebas no sean suficientes para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación sufrida por razones de género, es menester ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dicha circunstancia;
- iv) en el caso en que detecte una situación de desventaja en virtud del género, es necesario cuestionar la neutralidad del derecho aplicable y evaluar el impacto

¹⁰² Tesis: P. XX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 22, Tomo I, Septiembre de 2015, p. 235, Reg. digital 2009998.

¹⁰³ Tesis: 1a./J. 22/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 29, Tomo II, Abril de 2016, p. 836, Reg. digital 2011430.

diferenciado de las posibles interpretaciones que puedan darse a la norma para poder llegar a una solución justa e igualitaria;

v) aplicar los diversos estándares de derechos humanos;

vi) evitar, en todo momento durante la resolución del litigio, el uso lenguaje basado en estereotipos de género, por lo que es necesario utilizar un lenguaje incluyente.¹⁰⁴

Asimismo, es importante reconocer que al ser una jurisprudencia es vinculante y obligatoria para todas las juezas y todos los jueces de los órganos jurisdiccionales.

Los diversos criterios jurisdiccionales han hecho que quede claro que la perspectiva de género no es una opción o una facultad de las y los juzgadores, sino que es un mandato legal imperativo, por lo que no es necesario que medie petición de parte. Asimismo, esta obligación incluye un análisis que reconozca la situación estructural de dominación, de violencia y de estereotipación por género en la que sistemáticamente han vivido las mujeres como consecuencia de una sociedad patriarcal. Por lo tanto, la perspectiva de género busca garantizar la no discriminación de las mujeres por razón de género, así como una igualdad sustantiva y no sólo formal.

Así pues, el protocolo para juzgar con perspectiva de género se puede dividir en tres obligaciones: las previas al análisis de fondo de una controversia, las relativas al momento de resolver el fondo y las genéricas. Las primeras se refieren a identificar las situaciones de poder, de desigualdad estructural y de violencia por cuestiones de género, así como el ordenar pruebas de oficio con la finalidad de visibilizar dichas situaciones. En cuanto a las obligaciones al momento de resolver la controversia, es necesario que la jueza y el juez analicen los hechos y las pruebas rechazando cualquier estereotipo de género. Asimismo, es indispensable que realicen un análisis con sensibilidad hacia las cuestiones de género, aplicando estándares de derechos humanos con un enfoque transversal e interseccional mientras evalúen la neutralidad de la norma y su impacto diferenciado. En cuanto a la última obligación, es imperativo que

¹⁰⁴ Tesis: 1a./J. 22/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 29, Tomo II, Abril de 2016, p. 836, Reg. digital 2011430.

dentro de la argumentación de sus sentencias utilicen un lenguaje que no refleje preferencias o estereotipos de género.

La perspectiva de género obliga a contextualizar la situación en la que las mujeres que forman parte de una controversia han vivido, de manera individual y casuística, lo que implica que visibilice la condición de desventaja en la que pueden estar. Es decir, obliga a que las y los juzgadores equilibren relaciones asimétricas de poder que se encuentran inscritas en las propias dinámicas de género.

4.2.2 Ámbito Internacional

La Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), adoptada el 18 de diciembre de 1979, fue el primer instrumento internacional creado para reconocer, admitir y atender la discriminación en contra de la mujer tanto en la esfera privada como en la pública.¹⁰⁵ El Amparo en Revisión 2655/2013, reconoció que a partir de la CEDAW es que se introduce la perspectiva de género en México. La Convención condena todas las formas de discriminación contra la mujer y obliga a los Estados parte a “reconocer la igualdad entre hombres y mujeres; adoptar las medidas adecuadas que prohíban la discriminación por razón de género; establecer un claro marco de protección jurídica de los derechos de las mujeres así como garantizar su efectiva protección; abstenerse de incurrir en prácticas discriminatorias contra las mujeres, con especial enfoque hacia las autoridades e instituciones públicas; adoptar las medidas adecuadas para modificar o derogar tanto las leyes y reglamentos como los usos y prácticas que fomenten la discriminación contra la mujer; y, finalmente, derogar las normas penales con carácter discriminatorio.”¹⁰⁶

En 1999, se aprobó el Protocolo Facultativo de la CEDAW, mismo que entró en vigor para el Estado mexicano el 3 de mayo del 2002. A través de este Protocolo es que la competencia del Comité para la Eliminación contra la Mujer (Comité CEDAW) fue reconocida por México.

¹⁰⁵ Amparo en Revisión 2655/2013, párrafo 49.

¹⁰⁶ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979, artículo 2.

Las facultades del Comité van más allá de vigilar el cumplimiento de la Convención, ya que tiene un papel activo al emitir recomendaciones con la finalidad de aclarar las diversas interpretaciones en torno a la CEDAW, así como evaluar las acciones de los Estados parte sobre las medidas adoptadas para garantizar el cumplimiento de la misma. En este sentido, el objetivo tanto de la CEDAW como de su Comité es “terminar con el estado de dominación patriarcal, erradicar la discriminación por razón de género, garantizar una vida libre de violencia para las mujeres y combatir los estereotipos utilizados en su contra para someterlas a un estilo de vida acorde con el orden social de género.”¹⁰⁷

De manera general, en cuanto a lo dicho por el Comité relacionado con los estereotipos de género, en su *Recomendación General No. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia* (Recomendación General no. 33) estableció que “los estereotipos distorsionan las percepciones y determinan resoluciones basadas en creencias y mitos preconcebidos y no en hechos relevantes.”¹⁰⁸ Igualmente, reconoce que las y los juzgadores adoptan prejuicios y tienen preconcepciones sobre el supuesto comportamiento adecuado de las mujeres. Por lo tanto, la credibilidad de las víctimas, los argumentos y los testimonios de las mujeres son desacreditados. Así, una de las peores consecuencias de la construcción estereotipada de los argumentos lógico-jurídicos en las sentencias es el fomento de la cultura de impunidad debido a que las y los jueces comprometen su imparcialidad, así como la integridad del sistema de justicia.

En el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en 1994 se adoptó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará), misma que fue ratificada por México en 1998. Esta Convención fue el primer instrumento internacional en establecer el derecho de las mujeres de vivir una vida libre de violencia. Específicamente el artículo 6 establece que este derecho incluye el de vivir libre de toda forma de discriminación, así como el derecho de la mujer a ser valorada y “educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en

¹⁰⁷ SCJN, *Protocolo 94*.

¹⁰⁸ ONU: Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), *Recomendación General No. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia*, 23 de julio de 2015, párrafo 26.

conceptos de inferioridad o subordinación.”¹⁰⁹ De igual forma, el artículo 7 establece la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas apropiadas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Es a partir de este artículo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido la obligación de juzgar con perspectiva de género de todos los Estados parte. Asimismo, los Estados convinieron, en virtud del artículo 8, modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con la finalidad de combatir las prácticas basadas en la inferioridad de la mujer, así como los papeles estereotipados en razón de género que legitiman la violencia en su contra. Por tanto, la Convención Belém do Pará reconoce que la violencia configura un impedimento para el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres y expresa medidas dirigidas a la labor jurisdiccional – tal como reconocer las relaciones asimétricas entre los sexos y eliminar los estereotipos basados en la inferioridad de las mujeres.¹¹⁰

Finalmente, los últimos elementos de carácter internacional que serán considerados son la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José o Convención Americana) así como la jurisprudencia de la Corte IDH, misma que es vinculante para las y los juzgadores mexicanos debido a que constituyen una extensión de la propia Convención.¹¹¹ Por su parte, el Pacto de San José establece la prohibición general de discriminación, la obligación de actuar con imparcialidad de las y los jueces y reconoce el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres. Es a partir de la garantía de imparcialidad que la y el juzgador deben resolver la controversia libre de prejuicios, sesgos y preconcepciones sobre lo que deben ser o hacer las mujeres y los hombres.¹¹² Por lo que, la actitud u opinión del juez o la jueza referente al actuar de las partes no debe de influenciar su decisión, sino que las autoridades jurisdiccionales deben tomar una distancia personal suficiente frente al caso. Por otro lado, a través de diversas resoluciones en contra del Estado mexicano, así como de diversos criterios utilizados por la

¹⁰⁹ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará), adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, 9 de junio de 1994, ratificada por México en 1998, artículo 6.

¹¹⁰ SCJN, *protocolo*, 101.

¹¹¹ Tesis: 1a. XXIII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 3, Tomo I, febrero de 2014, p. 677, Reg. digital 2005458.

¹¹² Clérico, “Hacia un análisis integral de estereotipos,” 72.

Corte IDH, ésta determinó la obligación de juzgar con perspectiva de género y de excluir a los estereotipos de la argumentación lógico-jurídica que hagan las y los operadores jurídicos.

Entre los casos específicos contra el Estado mexicano, destaca el de *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, decidido en 2009. La Corte IDH argumentó que la subordinación de la mujer está basada en prácticas asociadas con los estereotipos de género que además de ser dominantes son constantemente replicados en la sociedad. Lo anterior se agrava aun más si los estereotipos trascienden a la esfera jurisdiccional, al momento en el que se reflejan en el razonamiento y lenguaje de las autoridades.¹¹³ Sumado a lo anterior, la Corte agregó que en el sistema judicial persiste el análisis de casos basados no en elementos jurídicos sino en la conducta de las mujeres. Por lo tanto, ordenó al Estado mexicano a continuar implementando programas de capacitación en derechos humanos y, además, de perspectiva de género para poder superar los estereotipos sobre el supuesto rol social que tienen las mujeres, dirigidos especialmente a funcionarios públicos.¹¹⁴ En suma, este caso evidenció cómo es que el uso de estereotipos por razón de género, además de discriminar, justifican la violencia y la vulneración de derechos de las mujeres. Es importante subrayar que desde el 2009, la Corte IDH exhortó a México a juzgar con perspectiva de género.

Nuevamente en el *Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México*, resuelto en 2018, la Corte IDH reconoció que los estereotipos machistas buscan reducir a las mujeres a una mera función sexual, por lo que salir de estos roles al tener presencia en la esfera pública es suficiente motivo para castigarlas.¹¹⁵ En este caso, los policías se referían a las víctimas a través de un lenguaje sexista y estereotipado que buscaba reprenderlas por haber incumplido con sus roles de permanecer en el hogar, por lo que las torturaron y las violaron como forma de humillación y castigo.¹¹⁶ Aunado a lo anterior, la Corte determinó que los retrasos de las investigaciones por parte de las autoridades jurisdiccionales, así como la falta de

¹¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, 16 de noviembre de 2009, párr. 401.

¹¹⁴ Corte IDH, *Campo Algodonero*, párr 602-622.

¹¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*, 28 de noviembre de 2018, párr. 216.

¹¹⁶ Además, es importante mencionar que el personal médico del CEPRESO que atendió a las víctimas también aludió a estereotipos de género para justificar no atenderlas.

investigación de todos los posibles responsables penales, impidieron el acceso a la justicia de las víctimas. Además de que la investigación de tortura y violencia sexual cometida contra las mujeres del caso fue caracterizada por el tratamiento estereotipado y revictimizante, lo que violó el deber de respetar y garantizar sin discriminación los derechos de la Convención Americana. La Corte IDH concluyó que se violó la obligación de juzgar con perspectiva de género y, como medida de reparación, ordenó crear un plan de capacitación de oficiales de la Policía y del Estado mexicano, así como establecer mecanismos de monitoreo para evaluar la efectividad de las políticas e instituciones existentes para rendir cuentas.

Es a partir de los casos como los resueltos en contra de México que la Corte IDH ha determinado una serie de lineamientos para reconocer el impacto que tiene el género en las controversias, por ejemplo, a través de la identificación de estereotipos, sesgos y roles de género en los actos u omisiones del Estado, en el desarrollo de sus investigaciones, así como en la toma de decisiones. De este modo, la Corte IDH intenta identificar los niveles de discriminación relacionados con el género utilizados por los diversos Estados, con la finalidad de determinar medidas de reparación integral que además de compensar a las víctimas, rompan la condición de subordinación en la que históricamente han vivido las mujeres en Estados como el mexicano en los que el género se utiliza como forma de dominación estructural y como condición de mantenimiento del sistema patriarcal.

4.3 La aplicación del protocolo: un análisis transversal

4.3.1 Instinto materno: Elvira y Regina

En el caso de Elvira, el juez al momento de analizar los hechos y las pruebas decidió ignorar la relación asimétrica de poder y de violencia en la que vivía. El juez no actuó con la debida diligencia debido a que no investigó efectivamente los hechos (obligación establecida en el artículo 8.1 de la CADH). Lo anterior ya que no sólo no consideró la pericial psicológica, sino que a pesar de considerarla insuficiente para determinar la situación de violencia en la que vivía Elvira, no ordenó de oficio las pruebas que estimara necesarias para comprobar las circunstancias de vulnerabilidad, violencia o discriminación en la que se encontraba. Por otro

lado, tampoco aplicó los estándares de Derechos Humanos. En cuanto al deber de no discriminación, incluida la discriminación en razón de género, establecida en el artículo 1.1 de la CADH, así como en el artículo 1ro de la CPEUM, no lo respetó al utilizar estereotipos de género como medios de argumentación. Lo anterior también permitió violar lo establecido por la Corte IDH, en el caso de *Campo Algodonero*, ya que el juzgador incumplió la obligación de superar los estereotipos sobre el rol social de las mujeres dentro de la argumentación de su sentencia.¹¹⁷

El juzgador explícitamente en su sentencia utilizó el “instinto materno” como medio de argumentación y, aún más preocupante, como justificación para restarle importancia a pruebas que podrían haber actualizado una atenuante o excluyente de responsabilidad penal únicamente por una idea preconcebida que tenía sobre la mujer. Es claro que la decisión del juzgador colocó a Elvira en una situación de desventaja, debido a que la interpretación que realizó tiene un claro efecto diferenciado entre hombres y mujeres. Es decir, la carga social impuesta a las mujeres sobre su rol e instinto materno fue normalizada y utilizada como máxima para probar la culpabilidad de Elvira. El juzgar con perspectiva de género a Elvira hubiera permitido que no se minimizará la situación de violencia en la que vivía ni las razones de su actuar basadas en su estado psicológico al momento en el que ocurrieron los hechos. No obstante, el acceso a una tutela judicial efectiva le fue negado y la imparcialidad del juez fue comprometida al hacer juicios morales en vez de presentar una sentencia basada y motivada por el derecho.

El caso de Regina es similar. La jueza no identificó la relación de codependencia en la que estaba inmersa. Tampoco cuestionó la acusación de la Fiscalía en donde claramente se identifica que se le está acusando por no haber sido buena madre y consentir que violaran a Abigail. Es decir, permitió que desde la acusación estuviera presente un juicio de valor estereotipado sobre el actuar de Regina. Asimismo, en cuanto al material probatorio, ignoró los relatos de la menor en los que hacía alusión a que su madre estaba dormida y le dio un carácter preponderante a lo dicho por la fiscalía de que la madre estaba mirando mientras sucedían los hechos. Contrario a lo determinado por el protocolo, la jueza le impuso una carga social a Regina al prescribir el comportamiento que debió haber llevado a cabo en virtud de su labor de madre.

¹¹⁷ Corte IDH, *Campo Algodonero*, párrafo 531-542.

En cambio, Regina en vez de proteger a su hija a toda costa, “decidió” drogarse y consentir la violencia ejercida contra Abigail.

En este sentido, la jueza no promovió ni garantizó el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres ya que su sentencia tiene un impacto diferenciado entre los géneros por la forma particular en la que influyó que Regina sea mujer (y madre) dentro de su resolución. Tampoco erradicó todas las formas de discriminación motivadas por el género, ambas obligaciones consagradas en los artículos 4to y 1ro de la CPEUM. En cuanto a este último punto, incluso la SCJN, así como la Corte IDH establecen que “la obligación de eliminar todas las formas de discriminación contra la[s] mujer[es] lleva ínsita la obligación de eliminar la discriminación basada en estereotipos de género, toda vez que éstos resultan incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos.”¹¹⁸ Así pues, la jueza menos aún aplicó los estándares de DDHH. Si Regina hubiera sido juzgada con perspectiva de género, se le hubiera permitido entonces el acceso a la justicia sin discriminación y libre de las ideas preconcebidas de la jueza sobre lo que significa y el alcance que tiene el instinto maternal.

4.3.2 Castidad de la mujer: el caso de María

La decisión del juez fue en contra del protocolo para juzgar con perspectiva de género, debido a que la manera en la que evaluó e interpretó la norma constituye un obstáculo para alejarse de los estereotipos de género y trascender las construcciones sociales y culturales entendidas como propias de los hombres y las mujeres. Además, el juez antes de analizar el fondo de la controversia fue omiso en evaluar la posición y el contexto en el que se encontraban tanto María como Sofía a la luz de los hechos aducidos y el material presentado como prueba.

Por el contrario, el actuar del juzgador fue contra del artículo 5 (a) de la CEDAW, 6 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra La Mujer (Convención De Belém Do Pará), ya que en vez de modificar patrones socioculturales que estén basados en funciones estereotipadas de hombres y mujeres, perpetúa la práctica social del género, sumado al hecho que las autoridades están obligadas a “abstenerse de cualquier

¹¹⁸ SCJN, *Protocolo*, 175.

acción o práctica de violencia contra la mujer.”¹¹⁹ Asimismo, el Comité CEDAW en *Access to Justice – Concept Note for Half Day General Discussion. Endorsed by the Committee on the Elimination of Discrimination against Women at its 53rd Session* (documento que busca comenzar a elaborar una recomendación general sobre el acceso a la justicia), reconoció que los sistemas de justicia están influenciados por los valores de una sociedad determinada; en este sentido, tanto las normas como su interpretación pueden llevar a prácticas discriminatorias y estereotipadas. Por lo tanto, el juez tenía la obligación de no perpetuar dichas prácticas, costumbres, interpretaciones y tratos discriminatorios.

A pesar de que el juez demuestra ser consciente de la obligación que tiene de proteger, respetar y garantizar los Derechos Humanos e incluso cita dentro de su resolución la reforma al artículo primero constitucional y una sentencia en contra del Estado mexicano dictada por la Corte IDH. Sin embargo, contrario a lo pretendido por el juez, realizó una valoración moral no basada en derecho ni en una interpretación conforme a los tratados internacionales ni a la CPEUM. Además, el juzgador no citó alguno de los casos en los que México ha sido condenado por violencia contra la mujer y que son obligatorios para los juzgadores, por ejemplo: *González y otros*; *Fernández Ortega*; *Rosendo Cantú y Selvas Gómez*, todos anteriores al caso. Por el contrario, el juez utilizó un caso de desaparición forzada (*Radilla Pacheco v. México*) para justificar la determinación de una reparación integral basada en ofrecer disculpas públicas. El juez ignoró que este medio de reparación fue impuesto al Estado, no a un particular, por una clara violación a los derechos humanos de las víctimas, y no por un hecho ilícito basado en la ruptura de las normas sociales del género. Además, en el caso *Radilla Pacheco* las disculpas públicas fueron impuestas con base en el principio de no repetición, ya que el Estado es garante del orden público. En otras palabras, descontextualizó la resolución de la Corte IDH para respaldar su fallo.

En el caso aquí expuesto, el juez realiza una interpretación que permite condenar a María, quien, en lugar de realizar el performance de una mujer casta, decidió mantener una relación con un hombre casado, misma que el juez calificó como una conducta ilícita sin tener fundamentos para ello. El haber juzgado con perspectiva de género el caso en contra de María

¹¹⁹ Art. 7 (a) Convención Belém Do Pará.

hubiera puesto en evidencia que su conducta no configuraba un ilícito y el juez hubiera evitado en su argumentación la utilización de un estereotipo para condenar el performance que María decidió hacer de su género. Lo anterior pudo haber resultado en la no admisión de la demanda por daño moral realizada por Sofía.

4.3.3 Estereotipos sexuales y estado de indefensión: el caso de Lucía

En el caso de Manuel y Lucía, el juez también incumplió con el protocolo para juzgar con perspectiva de género realizado de la SCJN. Contrario a determinar que uno de los hechos particulares que colocaron a Lucía en una situación de vulnerabilidad es que fuera físicamente forzada a subirse a un vehículo y a estar entre dos de sus agresores (lo que aumentó el control que tenían sobre ella), el juez argumentó que no estaba en una situación de indefensión al poder cambiarse de asiento. Sin embargo, no consideró el contexto ya que, en primer lugar, la posibilidad de cambiarse de lugar fue gracias a la voluntad del piloto no a que ella pudiera hacerlo libremente. Además, previamente este mismo sujeto se había burlado y reído de las agresiones que se estaban ejerciendo en contra de la menor y fue él quien la violó momentos después en el baño del domicilio al que la llevaron. En otras palabras, el juez interpretó la falta de estado de indefensión de la menor con base en el argumento de que quien posteriormente la violó le dio la oportunidad de moverse a la parte delantera del coche.

Aunado a lo anterior, en cuanto a la valoración de las pruebas, en el *caso Fernández Ortega y otros vs México*, la Corte IDH ya había establecido la importancia del dicho de las víctimas de los delitos de índole sexual debido a que son normalmente cometidos en ausencia de testigos, por lo que no hace falta esperar la existencia de pruebas documentales.¹²⁰ Aun así, el juez establece que la víctima no le contó ni a sus amigas ni a su hermana sobre los hechos ocurridos en el vehículo y que nunca mencionó a Manuel como agresor suyo. A pesar de reconocer que ningún declarante estuvo presente al momento en que ocurrieron los tocamientos hacia la víctima, la autoridad jurisdiccional les otorga un peso preponderante ya que con base en ellos establece que es imposible “determinar con exactitud la realidad histórica en que

¹²⁰ Corte interamericana de Derechos Humanos, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, 30 de agosto de 2010, párr. 89.

acontecieron los hechos”¹²¹ debido a que no mencionan a Manuel. Al realizar esta valoración de los testimonios presentados, actuó en contra del artículo 5 de la CEDAW, debido a que el discurso judicial estuvo sustentado por una serie de estereotipos sobre cómo debe comportarse una mujer frente a una agresión.

Por otra parte, la autoridad jurisdiccional no identificó la situación de poder que existía entre Manuel y la menor, comenzando porque la subieron en contra de su voluntad al carro, la dejaron incomunicada y la tocaron en contra de su voluntad. Tampoco analizó el contexto, los hechos ni las pruebas a la luz de la violencia sufrida por la menor. Además de que hace una valoración e interpretación estereotipada sobre la conducta de la víctima posterior a los hechos y de la conducta del agresor al momento de tocarle los senos. En este sentido, tampoco aplicó los estándares de derechos humanos ya que, adicionalmente a lo ya mencionado, violó el artículo 7 de la Convención Belém do Pará, al no haber actuado con la debida diligencia al investigar y sancionar la violencia ejercida en contra de la víctima. Por el contrario, realizó una práctica jurídica estereotipada que respalda la tolerancia de la violencia contra la mujer. Si el juez hubiera analizado el caso de Lucía con perspectiva de género, tendría que haber confirmado la determinación de la jueza del Tribunal Colegiado y no hubiera dejado insubsistente el auto de formal prisión dictado contra Manuel.

En términos generales, los casos de Elvira, Regina, María y Lucía son reflejo de lo ya establecido por la CEDAW en el 2018 al realizar las Observaciones Finales sobre el noveno informe periódico de México. El Comité, reconoce que, a pesar de la existencia del Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, existen trabas institucionales y estructurales, así como prácticas asentadas que impiden o dificultan el acceso a la justicia de las mujeres. Entre ellas, destacan

los criterios interpretativos estereotipados y la parcialidad judicial en la resolución de los casos y la falta de rendición de cuentas de los jueces cuyo desempeño jurisdiccional no tiene en cuenta las cuestiones de género, junto con el escaso acceso público a las decisiones judiciales.¹²²

¹²¹ Sentencia Lucía y Manuel, 04.

¹²² ONU: Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), *Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de México*, 25 de julio de 2018, párr 13.

Igualmente, el Comité reconoció el escaso conocimiento sobre los derechos de las mujeres por parte de las y los juzgadores. En este sentido, una vez más recomendó al Estado mexicano¹²³ que cumpla con su obligación de capacitar a las y los otros encargados de hacer cumplir la ley sobre los derechos de las mujeres y sobre la igualdad de género. Aunado a lo anterior, estableció que el Estado debe utilizar medidas eficaces para que aquellos que utilicen estereotipos de género o discriminen a las mujeres rindan cuentas.¹²⁴

De este modo, es claro que la creación del Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género no ha sido suficiente para que las y los operadores jurisdiccionales dejen de lado las prácticas que asignan a las mujeres un rol determinado como base correcta de su actuar. Los estereotipos de género, así como la puesta en escena que se hace del mismo y su relativa performatividad menoscaban los derechos de las mujeres debido a que influyen en la manera en la que ellas son juzgadas por el sistema judicial. Las sentencias que fueron analizadas en este capítulo ponen en evidencia que –en estos casos– los argumentos realizados por las y los juzgadores contribuyen a la creación de una realidad dada o un orden social del género que determina la manera en la que las mujeres deben ser, actuar y desenvolverse.

El análisis de este capítulo permite afirmar que, en casos como estos, las sentencias judiciales se vuelven la herramienta de autoridad necesaria para que la performatividad del género sea efectiva; es decir, para que el “performance” continúe siendo una verdad inalterable. Por lo tanto, la fundamentación y motivación de las y los juzgadores demuestran que las mujeres que salieron de la puesta en escena esperada de su género fueron castigadas, no por razones exclusivamente jurídicas, sino con base en estereotipos de género. En este sentido, la presencia de estereotipos en la argumentación de las y los juzgadores en lugar de garantizar el acceso a una tutela judicial efectiva, sin que la imparcialidad de las y los jueces esté comprometida, fomentan la discriminación y la violencia contra la mujer debido a que, en lugar de ser juzgadas conforme a la ley, les es impuesta la carga social estereotipada de su género.

¹²³ En la misma línea de su recomendación general número 33 del año 2015.

¹²⁴ Otras recomendaciones del comité de la CEDAW relevantes al ámbito de la administración de justicia son las recomendaciones generales 18, 19, 28 y 35.

5. Conclusiones

En este texto me propuse a llevar a cabo un análisis de las sentencias judiciales en las que consideré que la aplicación de un estereotipo de género estaba presente dentro del discurso jurisdiccional. Particularmente, en aquellos casos en los que dicho discurso afectaba de manera negativa los derechos de las mujeres. Para ello, analicé las sentencias de Elvira, Regina, María y Lucía, todas dictadas dentro de los últimos 5 años y de diferentes entidades federativas. Con la finalidad de estudiar la argumentación lógico-jurídica de las y los juzgadores utilicé como base la teoría *queer* de Judith Butler por la proximidad y la conexión que tiene con los estereotipos de género.

Desde el *Contrato Sexual* de Pateman –publicado en 1988– hasta la crítica feminista al derecho, las mujeres no han dejado de poner en evidencia que el derecho fue pensado por los hombres y para los intereses masculinos. A pesar de que cada vez es menos común encontrar leyes que diferencian entre los derechos de las mujeres y los de los hombres, los estereotipos de género en torno a la maternidad, la castidad y la sexualidad –entre otros– siguen jugando y dándole forma a nuestro ordenamiento jurídico. Específicamente, su utilización en las sentencias revela que el derecho sigue siendo patriarcal. El discurso judicial, al construir lo masculino y lo femenino como opuestos y asimétricos, tiene como resultado la jerarquización de los géneros y, normalmente, la mujer es quien termina en el nivel de la subordinación. En otras palabras, si las y los juzgadores usan como base de la interpretación jurídica la preconcepción de que lo masculino está relacionado con la esfera pública, la racionalidad y la producción laboral, mientras que lo femenino está asociado a la esfera privada, el sentimentalismo y la reproducción, defienden el orden social del género al promover el mantenimiento de estos estereotipos. Quizás lo más grave es que, para mantener su estabilidad y su continuidad, las y los jueces no reconocen ni protegen los derechos de las mujeres al sancionar a aquellas que actúan de manera contradictoria a lo que se espera de su actuar.

Así, el derecho ha fungido como uno de los poderes institucionales que buscan preservar el orden social del género. Tal como reconoce el Comité CEDAW, los sistemas de justicia sustentan y propagan tanto las costumbres como los valores de las sociedades que norman. En

este sentido, las normas de género influyen en el desarrollo de los sistemas jurídicos. En el caso del poder judicial, las y los juzgadores, al ser las y los aplicadores e intérpretes de las normas, deben tener especial cuidado en no reproducir las costumbres y/o estereotipos que mantienen el orden social de género, al considerar estos elementos como naturales.¹²⁵

Lo binario es el principio de la acción de los estereotipos de género, en donde todo lo que no le es propio al hombre le es propio a la mujer. Como se ejemplifico en párrafos anteriores, las mujeres son quienes están en evidente desventaja debido a que es el sistema heteropatriarcal el que determina la jerarquización de ambos sexos y privilegia al hombre. Por lo tanto, la aplicación de estereotipos de género en la argumentación de las sentencias legítima que a todas aquellas que al realizar el “performance” de su género desafíen el orden social se les sancione más duramente que a los demás involucrados, justifica el uso de violencia en su contra y desacredita la condición de desigualdad estructural en la que viven.

Desde el ámbito nacional e internacional, la respuesta que se ha dado a la problemática de la utilización de los estereotipos es la perspectiva de género. Esta herramienta, ha permitido identificar el contexto y las situaciones de poder, de violencia y de desigualdad de las que son víctimas las mujeres. Otra de las virtudes de la perspectiva de género es desechar cualquier prejuicio de género tanto al momento de analizar las pruebas como al analizar el fondo de la controversia. Sin embargo, su implementación no ha cumplido del todo con sus objetivos. Desde el 2010 la Corte IDH le ordenó a las y los juzgadores ser sensibles en cuanto a las problemáticas del género al momento de emitir sus sentencias y, desde el 2013, se implementó el protocolo para juzgar con perspectiva de género, aún así los estereotipos siguen influenciando el discurso judicial.

Sin embargo, la perspectiva *queer* nos podría ofrecer una alternativa debido a que da un paso adicional a la perspectiva de género. Con base en esta teoría busco proponer que no sólo se trata de reconocer las condiciones estructurales de desigualdad en las que vive la mujer, ni de identificar los estereotipos de género, sino que hace falta desmontar las concepciones sobre lo que está bien y lo que está mal del “performance” de los géneros; en otras palabras, no basta

¹²⁵ Fernández Rodríguez de Liévana, “Los estereotipos de Género en los procedimientos judiciales,” 503.

con señalar el estereotipo, sino que es necesario cuestionarlo. Quizás una de las limitantes de la perspectiva de género es que se ha implementado como una guía o una metodología que pretende guiar a las autoridades jurisdiccionales para que al momento de emitir sus fallos logren balancear las relaciones asimétricas de poder. Sin embargo, el establecer una serie de pasos a seguir no ha permitido que, en efecto, los estereotipos de género dejen de permear en la impartición de justicia.

En cambio, la teoría *queer* sí enfrentaría a las y los juzgadores a la desarticulación de las expectativas en torno al “performance” que están haciendo, en este caso, las mujeres. Así, la deconstrucción del guion que dirige la puesta en escena que hombres y mujeres deben llevar a cabo permitiría que las autoridades jurisdiccionales realizaran una valoración distinta de los casos, sin imponer cargas excesivas a los géneros. Adicionalmente, las expectativas performativas del género no son las que llevarían el hilo conductor de la argumentación en las sentencias judiciales, sino que la teoría de Butler permite visibilizar y asimilar la diversidad que existe dentro del actuar de cada género. Por lo que, más allá de lo que propone la perspectiva de género, la teoría *queer* además de reconocer que todos somos producto de un contexto y de un sistema social, propone que se deconstruya el significado de los estereotipos –como el relativo a lo que es ser buena o mala madre– y que se cuestionen aquellas realidades aparentemente dadas e inherentes a los géneros –como el instinto materno y de la castidad de la mujer. En otras palabras, la teoría *queer* permite que se reconozca la diversidad en el actuar de los géneros, sin que esto implique una sanción para aquellas personas que no se guíen bajo el constructo social de lo que significa ser mujer o ser hombre.

Por lo tanto, es necesario que la perspectiva de género sea replanteada a los ojos de la teoría *queer*, ya que además de advertir las condiciones estructurales de las mujeres, permite el reconocimiento de que las expresiones de género son diversas y transformativas con el paso del tiempo. La aportación de la teoría *queer* es, entonces, realizar una mirada sobre las consecuencias que tiene el género como mandato y como ideología. En este sentido, la perspectiva *queer* pone en evidencia que la maternidad no tiene por qué ser auténtica, ni un sentimiento natural, por lo que no exhibir un instinto materno no tendría por qué ser causa de castigo por sí mismo (como lo fue en el caso de Elvira y de Regina). Cuestiona que las mujeres

tengan que ser naturalmente castas y que el hecho de entablar una relación sentimental con una persona casada ofenda o denigre la condición de ser mujer porque en principio tal condición no existe (contrario a lo expuesto por el juez en el caso de María). Controvierte la naturalidad con la que se afirma que la sexualidad del hombre esté destinada al placer y la de la mujer a la reproducción o que las reacciones de las mujeres deban ser de cierta forma posteriores a una agresión (como se sostuvo en el caso de Lucía). En otras palabras, la importancia de la teoría *queer* es que no hay lugar para que el factor extralegal del género sea utilizado como justificación de la parcialidad y la arbitrariedad de las y los juzgadores cuando alguno de los involucrados vaya en contra de alguna norma social y/o moral.

Al tomar en cuenta lo anterior, las y los jueces tienen un papel crucial para poder remediar situaciones estructurales que han puesto en evidente desventaja a las mujeres y evitar la existencia de una justicia dicotómica: una para los hombres y otra para las mujeres. Asimismo, el poder judicial tiene en sus manos la capacidad de visibilizar, cuestionar y objetar la presencia de estereotipos en la producción de la interpretación normativa para así generar cambios en las estructuras sociales. No obstante, así como las y los jueces pueden combatir las relaciones asimétricas de poder de la mano con la lucha feminista, también pueden perpetuarlas. El desconocimiento del poder judicial sobre los parámetros y herramientas en DDHH así como la normalización y defensa de los estereotipos de género al momento de interpretar la norma tiene consecuencias, en algunos casos irremediables, para los derechos y las libertades de las mujeres. Lo que la teoría *queer* les invita a hacer es realizar un ejercicio de reflexión que, más allá de ser una guía, los obliga a deconstruir la normalidad y la naturalidad de los estereotipos de género.

Así pues, cuando los sistemas de dominación asociados al género entran en conflicto con el derecho, la interpretación de las y los juzgadores se vuelve justicia o arbitrariedad. Esta última es evidente al momento en el que las y los jueces establecen criterios ajenos a la ley que, una vez plasmados, restringen los derechos de las mujeres. Por lo tanto, la construcción en torno al género que las y los jueces expresan en sus sentencias se vuelven un arma de doble filo: o bien deconstruyen las expectativas de lo que le es propio a hombres y mujeres, o bien condenan a las mujeres a continuar en un ciclo eterno de dominación. Judith Butler, sin embargo, puede que nos haya dado una alternativa, ya que la teoría *queer* enfrenta una de las fuentes de

parcialidad en el juzgamiento judicial: el género como mandato. El paso que sigue a la perspectiva de género es la descomposición de las expectativas de lo que es correcto e incorrecto para hombres y mujeres. Adicionalmente al reconocimiento del contexto de subordinación y de desigualdad de la mujer, es momento de avanzar hacia la teoría *queer* y reconocer la diversidad de las expresiones de género que existe entre las propias mujeres para dejar de lado la concepción binaria que ha hecho a la mujer la protagonista de la opresión patriarcal.

6. Referencias:

6.1: Documentos de la SCJN y sentencias de tribunales ordinarios y superiores

Sentencia Elvira, 01.

Sentencia Lucía y Manuel, 04.

Sentencia María, 03.

Sentencia Regina, 02.

Sentencia recaída al Amparo en revisión 2655/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 6 de noviembre de 2013.

Sentencia recaída al Amparo en revisión 852/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: ministra Norma Lucía Piña Hernández, 8 de mayo de 2019.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Protocolo para juzgar con Perspectiva de Género*. Ciudad de México: Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020.

Tesis: 1a./J. 151/2005. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. Tomo XXIII, enero de 2006, p. 11. Reg. digital 176408.

Tesis: 1a. XCIX/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. Libro 4, Tomo I, marzo de 2014, p. 524. Reg. digital 2005794.

Tesis: 1a. XXIII/2014 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. Libro 3, Tomo I, febrero de 2014, p. 677. Reg. digital 2005458.

Tesis: P. XX/2015 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. Libro 22, Tomo I, septiembre de 2015, p. 235. Reg. digital 2009998.

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

6.2: Instrumentos internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada y suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará), adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, 9 de junio de 1994, ratificada por México en 1998.

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

ONU: Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), *Access to Justice – Concept Note for Half Day General Discussion. Endorsed by the Committee on the Elimination of Discrimination against Women at its 53rd Session*, febrero 2013.

ONU: Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW). *Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de México*. Julio de 2018.

ONU: Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW). *Recomendación General No. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia*. Julio de 2015.

6.3: Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, 30 de agosto de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, 16 de noviembre de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*, 28 de noviembre de 2018.

6.4: Publicaciones y artículos

Agra Romero, María-Xosé. "Introducción." En *El Contrato Sexual*. México: Anthropos, 1995.

Benente, Mauro. "Poder disciplinario y derecho en Michel Foucault. Notas críticas." *Estudios Socio-jurídicos* 16, no. 2 (2014): 213-242.

Butler, Judith. "Actos performativos y constitución del género: Un ensayo sobre fenomenología y teoría feminista." Trad. Marie Lourties. *Debate Feminista* 18, (1998): 296- 315.

Butler, Judith. *El género en disputa*. Trad. Antonia Muñoz. Barcelona: Paidós Ibérica S.A, 2007.

Butler, Judith. "Nous ne sommes pas sexuellement déterminés." Entrevistada por Dominique Simonnet. *L'express*, 6 Julio 2005. https://www.lexpress.fr/culture/livre/nous-ne-sommes-pas-sexuellement-determines_820564.html.

Butler, Judith. "¿Qué significa que el género sea performativo?" Big Think. Video YouTube, 3:00. <https://www.youtube.com/watch?v=O61gWMsJEOE>.

Butler, Judith. "Regulaciones de género." Trad. Moisés Silva. *La ventana*, no. 23 (2005): 7-35.

- Clair, Isabelle. "Le pédé, la pute et l'ordre hétérosexuel," *Presses de Sciences Po P.F.N.S.P.*, no. 60 (2012): 67-78.
- Clérico, Laura. "Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad." *Revista Derecho del Estado*, no. 41 (2018): 67-96.
- Costa, Malena. "El pensamiento jurídico feminista en los confines del Siglo XX." *Asparkia investigación feminista*, no. 26, (Julio 2015): 35-49.
- De Beauvoir, Simone. *El segundo sexo*. Trad. Alicia Martorell. España: Ediciones Cátedra, 2005.
- Duque, Carlos. "Judith Butler y la teoría de la performatividad de género." *Colegio Hispanoamericano, Dialnet* (Noviembre 2010): 85-95.
- Facchi, Alessandra. "El pensamiento feminista sobre el Derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl." *Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, no. 6 (2005): 27-47.
- Fernández Rodríguez de Liévana, Gema. "Los Estereotipos de Género en los Procedimientos Judiciales por Violencia de Género: El Papel del Comité CEDAW en la Eliminación de la Discriminación y de la Estereotipación." *Oñati Socio-legal Series [online]* 5, No. 2 (Mayo 2015): 498-519. <http://ssrn.com/abstract=2611539>.
- Fonseca Hernández, Carlos y María Luisa Quintero Soto. "La teoría queer: la deconstrucción de las sexualidades periféricas." *Sociológica México* 24, no. 69 (2009): 43-60.
- Gilligan, Carol. *The Ethics of Care*. Barcelona: Monographs of the Victor Grigols I Lucas Foundation, 2013.
- Hernández Chong Cuy, María Amparo. "Jurisprudencia y perspectiva de género." *Revista*

Mexicana de Derecho Constitucional, no. 25 (Julio-diciembre 2011): 339-352.

Hernández, Wilson. “Derecho Versus Sentido Común y Estereotipos: El Tratamiento de los Procesos Judiciales de Pensión de Alimentos de Mujeres de Clase Alta y Baja en Perú.” *Sortuz oñati journal of emergent socio-legal studies* 7, no. 1 (2015): 29-58.

Hunter, Rosemary. “Feminist Judging in the Real World.” *Oñati Socio-legal Series* 8, no.9 (2018): 1275-1306, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=%203198259.

Kennedy, Duncan. “Strategizing strategic behavior in legal interpretation.” *Utah Law Review*, no. 3 (1995): 784-825.

Laflamme, Elsa. “Ébranler l’édifice.” *Spirale*, no. 206 (Enero- febrero 2006): 40-42.

Lösing, Norbert. “Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho.” Presentado en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano año XVII, Montevideo, 2011: 413-427. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27656.pdf>.

Medellín Urquiaga, Ximena. *Principio Pro-persona*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013. http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/1-Principio_pro-persona.

Pateman, Carole. *El Contrato sexual*. México: Anthropos, 1995.

Pérez-Jiménez, David y Rosaura E. Orengo Aguayo. “Estereotipos Sexuales y su Relación con Conductas Sexuales Riesgosas.” *Revista puertorriqueña de psicología* 23, no. 2, (2012): 48-61.

Pitch, Tomas. “Sex and Gender of and in Law: Legal Feminism.” *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, no.44 (2010): 435-459.

Poyatos Matas, Gloria. “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de

justicia equitativa.” *iQual. Revista de Género e igualdad*, no. 2 (2019): 1.21.
<http://dx.doi.org/10.6018/iQual.341501>.

“¿Qué hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación?” Suprema Corte de Justicia de la Nación.
Accedido el 13 de febrero 2021. <https://www.scjn.gob.mx/conoce-la-corte/que-hace-la-scjn>.

Red por la Ciudadanización de la Justicia. *No es justicia, análisis de sentencias y resoluciones judiciales del país. Reporte de hallazgos del primer ejercicio de auditoría judicial ciudadana*. México, 2018.
<https://equis.org.mx/wpcontent/uploads/2021/02/noesjusticia.pdf>.

Rosemary, Hunter. “The Power of Feminist Judgments?” *Feminist Legal Studies* 20, no. 2 (2012): 135-148.

Rostagnotto, Alejandro y Mariela Ruth Yesuron. “Dilemas sobre la diferencia sexual.” VIII Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XXIII Jornadas de Investigación XII Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, noviembre 2016.

Sánchez Busso, Mariana. “Respuestas judiciales a la violencia de género: el derecho como discurso y práctica social.” *Oñati Socio-Legal Series* 5, no. 2 (2015): 785-803.

Smart, Carol. *Feminism and the power of law*. Inglaterra: Routledge, 1989.

Smiraglia, Romina. “Feminismo y Liberalismo: una revisión crítica sobre El Contrato Sexual de Carole Pateman.” *Leviathan cuadernos de investigación política*, no. 11 (2015): 33-55.

6.5: Bibliografía

Igareda González, Noelia y Cruells López, Marta. “Críticas al derecho y el sujeto “mujeres” y propuestas desde la jurisprudencia feminista.” *CEFD*, no. 30 (2014): 116. ISSN 1138 9877.

Thornton, Margaret. “Feminist Jurisprudence: illusion or reality?” *Austrian Journal of Law and Society* 3 (1986): 5-29.